Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale

Fascicolo 3, Novembre 2019

«Per chi viaggia in direzione ostinata e contraria / col suo marchio speciale di speciale disperazione / e tra il vomito dei respinti muove gli ultimi passi / per consegnare alla morte una goccia di splendore / di umanità, di verità. [...] Ricorda Signore questi servi disobbedienti / alle leggi del branco / non dimenticare il loro volto / che dopo tanto sbandare / è appena giusto che la fortuna li aiuti come una svista / come un'anomalia / come una distrazione / come un dovere».

(Fabrizio de Andrè, Smisurata Preghiera, in Anime salve, 1996)

ASGI
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

md
Magistratura democratica

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

Roberta Aluffi (Univ. Torino), Marco Balboni (Univ. Bologna), Matilde Betti (magistrato, Bologna), Paolo Bonetti (Univ. Milano-Bicocca), Marco Borraccetti (Univ. Bologna), Annamaria Casadonte (magistrato, Roma), William Chiaromonte (Univ. Firenze), Roberta Clerici (Univ. Milano Statale), Pier Luigi di Bari (magistrato, Bologna), Alessia Di Pascale (Univ. Milano Statale), Chiara Favilli (Univ. di Firenze), Martina Flamini (magistrato, 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 (avvocato, Roma), Mariarosa Pipponzi (magistrato, Brescia), Enrica Rigo (Univ. RomaTre), Mario Savino (Univ. Tuscia), Guido Savio (avvocato, Torino), Alessandro Simoni (Univ. Firenze), Lorenzo Trucco (presidente ASGI), Nazzarena Zorzella (avvocato, 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 (avvocato, 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

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati. ISSN 1972-4799 via delle Pandette 35, 50127 Firenze

Indice

Editoriale, di *Alessandro Simoni*

Saggi

Ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio
di *Ilaria Tani*

Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti
di *Roberto Cherchi*

Dublin System, "Scrooge-Like" Solidarity and the EU Law: Are There Viable Options to the Never-Ending Reform of the Dublin III Regulation?
di *Giuseppe Morgese*

La riabilitazione a favore delle vittime di atti di tortura commessi all'estero: alcune riflessioni a partire dall'articolo 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura
di *Marcella Ferri*

Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della recente riforma del sistema di accoglienza
di *Nicoletta Vettori*

L'integrazione come fattore di sviluppo dell'economia locale: analisi di un progetto innovativo
di *Giovanni Calvellini*

La fin du délit de solidarité à la française,
di *Céline Chassang*

Commenti

Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea
di *Marco Borraccetti*

L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all'articolo 25 del codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto
di *Eleonora Frasca*

"Reo" ma rifugiato e, dunque, inespellibile. Nota a sentenza, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 14 maggio 2019, nelle cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17 *(M/Ministerstvo vnitra, X e X/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides).*
di *Donatella Loprieno*

Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato
di *Fabio Corvaja*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 maggio 2019 – 31 agosto 2019)

Corte europea dei diritti umani

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti – Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare.

Corte di giustizia dell'Unione europea

Direttiva qualifiche: esclusione o cessazione dello *status* di rifugiato – Direttiva qualifiche: revoca dello *status* di protezione sussidiaria – Direttiva procedure: diritto a un ricorso effettivo e poteri del giudice interno – Codice visti: persona interessata e accordi di rappresentanza tra Stati.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI**:** Espulsioni e pendenza della procedura di protezione internazionale – Competenza a conoscere della legittimità delle espulsioni amministrative in pendenza di ricorsi ex art. 31, co. 3 TU ed in materia di unità familiare ex art. 30, co. 6 TU – Espulsioni, pendenza di ricorso ex art. 31, co. 3 e valutazione dell'effettività dei legami familiari – Diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, impugnazione al Tar, espulsione per pericolosità sociale e omessa valutazione dei legami familiari – La disciplina applicabile al coniuge di cittadina dell'Unione europea non avente la cittadinanza di uno Stato membro – Espulsione amministrativa per motivi di pericolosità sociale – Espulsione e necessità di cure mediche – Profili formali e procedurali – TRATTENIMENTO: Motivazione del provvedimento amministrativo – Oggetto del giudizio di legittimità sulla convalida del trattenimento.

Ammissione e soggiorno

Il preavviso di rigetto nel procedimento di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno – Permesso per lavoro autonomo, irregolarità fiscali, risalenza della presenza in Italia

Permesso di soggiorno e requisito alloggiativo – Permesso UE per soggiornanti di lungo periodo - revoca – Permesso di soggiorno per lavoro autonomo e condanne irrevocabili per reati a protezione del diritto d'autore.

Asilo e protezione internazionale

Lo status di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – La protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale – Le misure di accoglienza nel sistema della protezione internazionale – I provvedimenti ex regolamento n. 604/2013 Dublino III – Diritti dei richiedenti asilo e dei titolari di protezione.

Cittadinanza e apolidia

Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. Requisito relativo alla permanenza del vincolo coniugale; differenza rispetto alle cause ostative all'acquisto; principio del *tempus regit actum* – Acquisto della cittadinanza *iure sanguinis*. Accertamento del possesso della cittadinanza per discendenza da cittadino italiano. Acquisto della cittadinanza a favore dei figli conviventi di chi acquista la cittadinanza; interpretazione della nozione di convivenza. Riconoscimento della cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti – Acquisto della cittadinanza *iure soli*. Accertamento effettuato a distanza di molti anni di distanza dalla nascita. Nascita in territorio italiano in base all'atto formato anch'esso molto tardivamente. Impossibilità di reperire i genitori al fine di verificarne la possibilità di trasmettere la propria cittadinanza – **Accertamento dell'apolidia.**

Famiglia e minori

FAMIGLIA: Ricongiungimento familiare in pendenza del giudizio sulla domanda di protezione internazionale – Segnalazione SIS, presenza di condanne passate in giudicato e ricongiungimento con coniuge italiano – Diritto al rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche e richiesta di certificato di matrimonio tradotto e legalizzato da un'autorità consolare italiana – Richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari e pericolosità sociale – MINORI: Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 – Minori non accompagnati. Competenza all'apertura della tutela.

Non discriminazione

Divieto di iscrizione anagrafica – Iscrizione al Sistema Sanitario Nazionale – Bonus famiglia – Reddito di inclusione – Discriminazione in base alla nazionalità – Discriminazione a mezzo stampa – Assegno di maternità di base e bonus bebè.

Penale

Decisioni della Cassazione in relazione al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento *ex* art. 14, co. 5 *ter* TU – Decisioni in materia di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *ex* art. 12 TU.

Osservatorio europeo

(periodo 1 maggio 2019 – 31 agosto 2019)

Atti di indirizzo

Politica di immigrazione – Migrazioni nel Mediterraneo.

Atti adottati

Quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE – Regolamento che istituisce un sistema rafforzato di visti.

Varie

Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera europea con l'Albania – Cooperazione in materia di migrazione tra l'Unione Europea e l'Organizzazione Internazionale delle migrazioni – Piano d'azione congiunto Europol-Guardia europea di costiera e di frontiera – Informazioni in merito ai nuovi obblighi in capo ai vettori.

Osservatorio italiano

(periodo 1 maggio 2019 – 31 agosto 2019)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Misure urgenti per consentire il divieto di accesso ai porti e alle acque territoriali, per contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e per semplificare i soggiorni per breve periodo. Profili di illegittimità costituzionale. Le osservazioni del Presidente della Repubblica – Il nuovo reato di costrizione o induzione al matrimonio, anche celebrato all'estero, a danni di cittadini italiani o di stranieri residenti in Italia – Organizzazione e funzionamento del Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura – Definizione delle zone di frontiera e zone di transito ai fini dell'esame accelerato delle domande di protezione internazionale. Le osservazioni critiche dell'ASGI.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Apertura dei conti bancari per i richiedenti asilo e loro accesso al lavoro – Imposta di bollo sulle domande di rilascio o di rinnovo dei permessi di soggiorno per richiesta asilo – Iscrizione al Servizio sanitario nazionale dei titolari dei nuovi permessi di soggiorno e assistenza sanitaria all'estero degli stranieri iscritti al SSN – Sospensione dell'esame delle domande di reddito di cittadinanza presentate da cittadini di Stati extraUE.

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Riviste e siti internet

Documenti e rapporti

EDITORIALE

ALESSANDRO SIMONI

Editoriale

«*Ehi voi, addo ite?*»
«*Eh, così, sanza meta...*»
«*Venimo?*»
«*No, no, siamo anco noi sanza meta, ma de un'altra parte*»
Le battute de «L'Armata Brancaleone» di Mario Monicelli, che Gassman/Brancaleone da Norcia scambia con un altro sgangherato condottiero in cenci che si crede valoroso crociato, tutto sommato riassumono bene il contesto politico-istituzionale nel quale esce il terzo numero del 2019 di Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Ma si può a guardar bene utilizzare l'intera scena che origina il buffo dialogo. Brancaleone si vuole infatti liberare da scomodi compagni di viaggio e coglie l'occasione di un altro ponte che cede al passaggio (perché «deus vult»...) per ritenersi svincolato dal giuramento che li legava. Lui rimarrà al comando, ma invece di puntare alla Terra Santa riprende la spedizione verso il feudo pugliese di Aurocastro, da raggiungere però senza l'altra parte della male assortita schiera.
Molti dei contributi di questo numero nascono evidentemente sulla scia di quanto fatto dal governo improvvisamente venuto meno, per il quale i temi dell'immigrazione e della cittadinanza, che la nostra Rivista da vent'anni accosta al «diritto» nel suo titolo, erano tra i principali elementi di costruzione di un'identità politica e di ricerca del consenso. L'immagine del Presidente del Consiglio che si fa riprendere in conferenza stampa sorreggendo un foglio con la scritta «decreto Salvini - immigrazione e sicurezza», modalità comunicativa inedita nella storia politica del paese, ben rappresenta la rilevanza del capitale simbolico investito nei due provvedimenti che hanno dato molto da lavorare alla rete di giuristi di varia estrazione che ruota intorno alla Rivista.
L'improvviso cambiamento delle coordinate politiche della maggioranza, in forme così peculiari, rende difficile – e forse inutile – fare ipotesi su quello che sarà il diritto dell'immigrazione italiano prossimo venturo, come dimostrato dall'apparente difficoltà per la nuova compagine di apportare correttivi immediati ai due "provvedimenti bandiera" già fortemente voluti dall'ex Ministro dell'Interno. Sembra infatti probabile che quanto elaborato nella Rivista sui «decreti sicurezza» mantenga la sua attualità molto più a lungo di quello che – forse ingenuamente – veniva spontaneo sperare nell'immediatezza dei rivolgimenti politici.
Già il primo dei saggi che appaiono in questo numero, scritto da Ilaria Tani, è fortemente radicato nel contesto politico di pochi mesi fa, e collega efficacemente quanto praticato in tema di ricerca e soccorso nel Mediterraneo alle modalità con le quali i fenomeni migratori sono oggetto di narrazione in ambito istituzionale in Italia e in Europa, al di là del linguaggio normativo in senso stretto. Modalità narrative che hanno da sempre un'importanza capitale nella costruzione delle politiche concernenti il confronto con identità avvertite come "altre" e

"minacciose" (non obbligatoriamente collegate a migrazioni, basti pensare alle "diversità interne" come i rom), non fosse altro per la loro efficacia nell'orientare in modo capillare, e spesso inosservato dal giurista attento solo al dato positivo, l'azione di chi detiene il monopolio dell'uso della forza dello stato. È legittimo chiedersi se il nuovo *frame* politico porterà alle «soluzioni pragmatiche, ponderate e costruite sulla realtà dei fenomeni, piuttosto che su "criminalizzazioni discorsive" o formalismi», «rispettose di quei diritti fondamentali che nessuna società civile auspicherebbe di vedersi negare» auspicate da Ilaria Tani o se semplicemente si proseguirà «sanza meta, ma de' un'altra parte», con un diritto dell'immigrazione puramente declamatorio, comprensibile solo attraverso l'osservazione delle prassi e dei suoi effetti finali.

Il saggio di Roberto Cherchi che segue, dedicato al respingimento alla frontiera, riguarda a ben pensarci proprio uno di quegli ambiti in cui la forza degli apparati dello stato è più difficile da imbrigliare, e dove le possibilità di una persona di godere della tutela fornita dal nostro stato di diritto possono essere fortemente ridotte per via di atti compiuti nel limbo dei controlli di frontiera, anche senza giungere ad affermare come fanno gli americani – con la chiarezza che li caratterizza – che l'*alien* non gode in questi casi del pieno diritto alla tutela giurisdizionale fornita dalla norma costituzionale sul *due process*.

Prodotto diretto degli indirizzi politici del governo che fu è anche il saggio di Nicoletta Vettori dedicato alla recente riforma del sistema pubblico di accoglienza dei richiedenti asilo e protezione internazionale, che ne mette in luce i profili di illegittimità per violazione di norme costituzionali, europee e internazionali, e in generale il decadimento che ha indotto nel livello delle prestazioni fornite tra quelle essenziali per la garanzia dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, finendo «per pregiudicare le forme di accoglienza più efficaci, sia in termini di tutela dei migranti che di corretta allocazione delle risorse pubbliche». Un decadimento espressamente ricercato, che è per certi versi anche più significativo degli indubbi aspetti di incostituzionalità e tutto sommato ne prescinde (un sistema può essere inefficace e vessatorio, ma non per questo *ipso facto* incostituzionale), in quanto rivelatore della visione del mondo propria dei *policymaker* in carica sino alla crisi agostana, che il mondo dividevano – senza nasconderlo – in una parte più degna e un'altra meno (in termini anche solo di necessità di cura dei corpi e delle menti), da ciò facendo a cascata derivare tutta una serie di atti assolutamente coerenti con tale partizione.

Le potenzialità di un approccio pragmatico e razionale alla gestione dei flussi migratori sono invece illustrate nel saggio di Giovanni Calvellini sull'integrazione come fattore di sviluppo dell'economia locale, a partire dall'esperienza di un comune dell'Emilia Romagna ove è stato approvato un progetto che prevede l'attivazione, con alcuni richiedenti e titolari di protezione internazionale, di tirocini da svolgersi con il riconoscimento di un'indennità da corrispondersi in moneta complementare (convertibile in Euro dopo sei mesi dall'emissione) spendibile per l'acquisto di beni e servizi presso esercizi commerciali siti nel territorio comunale.

Si ricollega da un punto di vista applicativo alle scelte compiute nei «decreti sicurezza», pur partendo da una prospettiva più generale e transnazionale, anche il saggio di Marcella Ferri sul diritto alla riparazione e a un risarcimento equo per le vittime di tortura e trattamenti inumani e degradanti alla luce dell'articolo 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, dove si evidenziano in chiusura alcune specificità dei processi riabilitativi, che possono avere ricadute di rilievo dopo l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari compiuta dal d.l. 113/2018.

Alcuni lettori noteranno con piacere la presenza di ben due saggi in lingue straniere. Il primo è uno scritto in inglese di Giuseppe Morgese, dedicato alle possibilità di temperare l'apparente antinomia tra il c.d. sistema di Dublino e il principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri di cui all'art. 80 del Trattato sul funzionamento dell'UE, una volta preso atto che il processo di riforma del regolamento Dublino III non sembra poter offrire uno sbocco efficace a fronte della drammaticità dei problemi dell'immediato. Il secondo invece, di Céline Chassang, ci spiega con grande precisione l'evoluzione in corso in Francia riguardo al famoso *délit de solidarité,* solo intaccato dalla (molto mediatizzata) pronuncia del *Conseil constutionnel* dell'estate 2018 a partire dal noto caso Herrou. *Délit de solidarité* tutt'altro che scomparso e che anzi sembra essere all'origine di un'attività repressiva di polizia molto intensa, che vive all'ombra dei dibattiti specialistici sulla precisa delimitazione dell'area di punibilità. Come Céline Chassang sottolinea in chiusura, l'eliminazione pura e semplice del *délit de solidarité* (invece di procedere alla ridefinizione dell'ambito della non punibilità) sarebbe possibile senza pregiudicare la lotta al traffico dei migranti. Anche oltralpe, evidentemente, molte disposizioni in materia di immigrazione vivono di una vita propria che prescinde dalla loro effettiva portata normativa, ma si fonda piuttosto nel loro carattere da un lato di "norme simbolo", la cui abrogazione – a prescindere dalle effettive implicazioni tecnico-giuridiche – potrebbe essere vista come prova di scarso vigore nella difesa delle patrie frontiere, e dall'altro di base formale di un'azione di polizia che – a prescindere dagli esiti giudiziari ultimi – rappresenta un ottimo deterrente verso slanci solidaristici nei confronti di immigrati irregolari. Due saggi in inglese e francese nello stesso numero non sono pochi, e la stessa cosa era avvenuta solo nel primo fascicolo del 2017 che inaugurava la versione online della Rivista. Se certamente la presentazione di saggi in inglese o francese riduce in qualche misura la platea dei lettori che possono usufruire delle analisi della Rivista, altrettanto certamente permette di attingere a un bacino di potenziali autori molto più vasto, necessario per il carattere ormai transnazionale del dibattito, con l'Italia catapultata in un tempo relativamente breve al centro dell'attenzione internazionale in materia di derive populiste nel governo dell'immigrazione.

La dimensione transnazionale e le ricadute giuridiche delle derive populiste sono ben rappresentate anche tra i commenti. Marco Borraccetti tratta del controllo di proporzionalità in materia di misure di revoca della cittadinanza nazionale a partire dalla sentenza *Tjebbes* della corte di giustizia dell'UE, interrogandosi in chiusura sulla rilevanza «del

principio di non discriminazione, di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, nelle ipotesi in cui la revoca andasse a riguardare solo alcuni gruppi di cittadini dello Stato, come – ad esempio – il tenore della disciplina italiana recentemente innovata porta ad ipotizzare». Donatella Loprieno invece commenta una sentenza della stessa corte circa i limiti alla possibilità per gli stati di allontanare dal proprio territorio persone alle quali sia stata revocata la protezione internazionale per la commissione di reati, e corrano tuttavia il rischio di persecuzioni qualora l'allontanamento venisse effettivamente posto in atto. Una decisione quest'ultima che non aveva mancato di entrare nella macchina mediatica populista, vista la sua apparente riducibilità alla stringa «l'Europa ci dice che dobbiamo tenerci anche i criminali».
Un commento di Fabio Corvaja mette invece a confronto due pronunce della Corte costituzionale in materia di accesso degli stranieri alle prestazioni sociali, evidenziando molto bene la permanente incertezza circa il quantum di eguaglianza da riconoscere nel godimento dei diritti sociali agli stranieri regolarmente soggiornanti, incertezza che dipende anche qui dal concorso di fonti e di giurisdizioni diverse, interne, sovranazionali ed internazionali. Eleonora Frasca analizza invece l'ordinanza del tribunale di Roma del febbraio 2019 che ha imposto al Ministero degli esteri l'obbligo di rilasciare un visto umanitario ex art. 25 del codice dei visti europeo nei confronti di un minore non accompagnato bloccato in Libia. Partendo da un caso specifico, l'autrice ci mostra come anche qui il giudice si trovi, sulla base del quadro giuridico in tema di protezione dei diritti fondamentali, a correggere in extremis le iniquità insite in meccanismi molto più ampi come il sistema dei visti che «risponde a una logica di separazione tra un "nord" globale e un "'sud" globale, basata principalmente sulla nazionalità e sulla posizione socio-economica del richiedente» e dove il visto funge «da filtro e da controllo pre-frontiera che, di fatto, limita le possibilità per i richiedenti asilo e rifugiati (che sono per la stragrande maggioranza cittadini di Paesi per cui è richiesto il visto [...]) di entrare nel territorio europeo e ivi richiedere il riconoscimento di una forma di protezione internazionale».
Anche questo numero della Rivista cerca come sempre di aprire delle finestre su un ambito di problemi enormemente complesso e articolato, non riducibile a formule e slogan. Salvo, naturalmente, non optare per un governo dei fenomeni migratori completamente distaccato dal dato di realtà, sia in termini di rappresentazione dei problemi che come prospettazione di strumenti possibili. Se abbiamo aperto questo editoriale nei toni della commedia, va da sé che le conseguenze ultime per le persone che subiscono un diritto delle migrazioni che procede «sanza meta» sono, purtroppo, una cosa seria.

•

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

RICERCA E SOCCORSO NEL MEDITERRANEO CENTRALE TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E NUOVE (DISCUTIBILI) QUALIFICAZIONI DEL FENOMENO MIGRATORIO

di Ilaria Tani

Abstract: *Il presente contributo affronta tre aspetti. In primo luogo, vengono evidenziati gli elementi essenziali richiesti dal diritto internazionale affinché la dichiarazione di una regione di ricerca e soccorso (regione SAR) produca effetti giuridici e venga efficacemente gestita e vengono messi in luce i limiti istituzionali e le debolezze operative della regione SAR libica, incluso il controverso processo che ha condotto alla sua istituzione. In secondo luogo, viene evidenziato il mutato approccio e la metamorfosi nel linguaggio in seno al dibattito sulla migrazione a livello di Unione europea. Da un lato, gli interventi umanitari discussi dal Parlamento europeo hanno lasciato il posto a risposte di tipo politico che includono strategie militari concepite in seno al Consiglio europeo, senza uno scrutinio parlamentare. Dall'altro lato, nel dibattito politico, anche a livello nazionale, il temine «migrante» – che può includere l'asilante e il rifugiato – viene sempre più spesso utilizzato quale sinonimo di «clandestino». Recentemente, le direttive del Ministro dell'interno italiano hanno finanche descritto il migrante come «potenziale terrorista». Il contributo evidenzia, in terzo luogo, che la suddetta trasformazione nella narrazione politica del fenomeno migratorio ha determinato, a sua volta, un rilevante cambiamento nelle risposte da parte delle istituzioni rispetto alla migrazione, manifestando, in alcuni casi, evidenti contrasti con il diritto internazionale.*

Abstract: *The analysis here presented is threefold. First, the paper highlights the essential elements required by international law for effectively declaring and efficiently managing a search and rescue (SAR) region and shows the multiple institutional deficiencies and operative shortcomings of the SAR region declared by Libya, including the debatable process that led to its establishment. Second, the paper highlights the changed approach and the language shift within the debate on migration at European Union level. On the one hand, humanitarian interventions discussed within the European Parliament have been replaced by policy responses involving military strategies conceived within the European Council, without parliamentary scrutiny. On the other hand, in the political debate, including at national level, the term «migrant» – which may include asylum seekers and refugees – is increasingly being used as a synonymous of «clandestine». Lately, directives enacted by the Italian Minister of the Interior have even described migrants as «potential terrorists». The paper finally highlights that the above-mentioned transformation in the political narrative on migration has led, in turn, to a major shift in the institutional responses to migration, revealing, in certain cases, striking clashes with international law.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

RICERCA E SOCCORSO NEL MEDITERRANEO CENTRALE TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E NUOVE (DISCUTIBILI) QUALIFICAZIONI DEL FENOMENO MIGRATORIO

di Ilaria Tani*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli elementi essenziali dei servizi di ricerca e soccorso in mare e il caso libico. – 3. La trasformazione narrativa rispetto all'emergenza umanitaria da parte dell'Unione europea. – 4. La risposta delle istituzioni nazionali in Italia e in Libia.

1. Premessa

Una delle menti più lucide del pensiero contemporaneo, Hannah Arendt, profetizzava che la fine del secolo scorso sarebbe stata caratterizzata dalla massiccia presenza di profughi, fuggitivi, persone private di ogni diritto e costrette a cercare sopravvivenza lontano dalla propria patria[1]. Sfortunatamente, aveva ragione. Le vicende dei profughi ammassati su precarie imbarcazioni nel Mar Mediterraneo sono oggi l'equivalente umano e morale di ciò che a loro tempo furono le immagini degli sfollati affamati e impoveriti dalle grandi guerre in Europa.

L'attuale crisi umanitaria lungo le rotte mediterranee è caratterizzata da tre elementi: un elevatissimo numero di vittime, sia in assoluto che in percentuale rispetto al numero di persone che tentano la traversata; una generalizzata impunità dei responsabili (siano essi trafficanti, scafisti o agenti di Stato); e un diffuso senso di tolleranza o indifferenza rispetto ai primi due elementi. Eppure, le modalità che hanno innescato e continuano a fomentare la crisi umanitaria in questione, nonché la sua pesante entità umana, sarebbero tali da consentire di profilare, secondo gli esperti, l'esistenza di crimini internazionali, la cui banalità agli occhi di così tanti rende questa tragedia particolarmente grave e tediante[2].

* Avvocato del Foro di Milano; professore a contratto in diritto internazionale del mare presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca (Milano); già funzionario giuridico presso la Divisione Oceani e Diritto del Mare, Ufficio Affari Giuridici, Segretariato delle Nazioni Unite (New York).

1. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, traduzione italiana di A. Guadagnin, Milano, Edizioni di Comunità, 1996, p. 372.

2. Sulla configurabilità di crimini internazionali si vedano, per esempio: *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, A/72/335, *Unlawful Death of Refugees and Migrants*, 15.08.2017, par. 1; I. Kalpouzos e I. Mann, *Banal Crimes against Humanity: the Case of Asylum Seekers in Greece*, in *Melbourne Journal of International Law*, XVI, n. 1.2015.

La crescente eterofobia sobillata dalle presunzioni autoaffermative di nuovi gruppi nazionalisti negli Stati a nord del Mediterraneo genera sempre maggiori conflitti, sul piano politico, riguardo ai mezzi con i quali affrontare questo complesso fenomeno. La maggior parte di questi conflitti è storicamente esplosa proprio dinnanzi alle migrazioni massicce di persone. Ma in ogni epoca gli individui sono fuggiti dall'inettitudine delle loro comunità di origine, cercando la prosperità, giudicando il valore di ciò che possono ottenere nella terra promessa in relazione a ciò che si lasciano alle spalle (povertà, guerre, persecuzioni, torture), e non al metro – più esigente – degli uomini fortunati. Pertanto, anche dinnanzi alle sempre più rigide misure di controllo alle frontiere, al dispiegamento di forze militari e a racconti d'oltremare di segregazione, sfruttamento o emarginazione, i migranti non fanno molto caso agli avvertimenti sui nuovi mali che troveranno nella nuova terra, quando questi derivano dai più lievi disagi di ciò che essi immaginano essere un paradiso relativo, rispetto all'inferno che abbandonano. In tal senso, lo speranzoso (o disperato) muoversi di persone verso contesti sociali più favorevoli non terminerà mai: è questo un dato di fatto dal quale occorre ricavare soluzioni pragmatiche, piuttosto che muoversi su un piano meramente contingente o teorico – né, tantomeno, pretestuosamente formalistico – che contribuisce soltanto a esasperare la situazione[3].

Guardando ai dati dell'ultimo anno, il numero di migranti che hanno raggiunto l'Europa attraverso le coste italiane è diminuito in modo consistente, ma a fronte di un aumento esponenziale di sbarchi negli Stati limitrofi (Grecia e Spagna) e di un costo più alto in termini di vite perse in mare[4]. La diminuzione degli sbarchi in Italia da navi provenienti dalla rotta del Mediterraneo centrale è stata determinata dalle azioni logistiche e finanziarie di sostegno alle autorità libiche, dalle restrizioni e da indagini e sequestri a carico di organizzazioni non governative impegnate nelle operazioni di ricerca e soccorso[5] e

3. In tema di immigrazione irregolare e diritto internazionale v., tra gli altri, *The International Law of Migrant Smuggling*, a cura di A.T. Gallagher e F. David, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; C. Pérez González, *Migraciones irregulares y derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*, in *Revista española de derecho internacional*, 2012, pp. 322-324; R. Rubio-Marín, *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Con specifico riferimento regionale, riguardo al fenomeno migratorio sia marittimo che terrestre, v. anche *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, a cura di S. Amadeo e F. Spitaleri, Torino, Giappichelli, 2015, e G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2015.

4. Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (in seguito: UNHCR), *Desperate Journeys. Refugees and Migrants Arriving in Europe and at Europe's Borders*, 2018, p. 7. Tra gennaio e giugno 2018, gli sbarchi in Italia sono diminuiti dell'81%, ma sono aumentati del 130% in Spagna e dell'88% in Grecia. Nel 2017, nello stesso periodo, si contava una morte ogni 40 migranti che tentavano l'attraversamento dalla Libia verso l'Italia; nel 2018, la proporzione è aumentata a una morte ogni 14 persone.

5. Nei primi sette mesi del 2017, otto organizzazioni non governative avevano rappresentato i principali referenti per il soccorso in mare nell'area prospicente le coste libiche, salvando quasi 39.000 persone. Queste navi soccorritrici hanno svolto un ruolo importante anche nell'avvistamento delle imbarcazioni in difficoltà: la Guardia Costiera italiana ha riportato che, nel 2017, più del 60% dei soccorsi è stato reso possibile grazie alle segnalazioni inviate dalle navi civili

dal divieto di accesso ai porti italiani per i migranti soccorsi in mare. Le azioni di contrasto della Guardia Costiera libica e la conseguente riduzione del numero di navi civili nell'area prospicente le coste libiche ha determinato che i soccorsi avvengano oggi a una notevole distanza dal luogo di partenza, con minori possibilità di intervenire tempestivamente per assistere le imbarcazioni precarie, eventualmente rovesciate o in procinto di affondare in alto mare. Una delle ulteriori conseguenze delle improprie misure intraprese per fronteggiare il fenomeno migratorio consiste nella costante incertezza, per le navi soccorritrici, riguardo all'identificazione di un porto sicuro di sbarco, che viene designato in seguito a un braccio di ferro tra gli Stati costieri, senza fondarsi sui criteri che informano la tutela della vita umana in mare e, più in generale, il rispetto della dignità di ogni essere umano bisognoso di assistenza[6].

È un dato di fatto che molti dei migranti che raggiungono le coste europee attraverso la rotta del Mediterraneo centrale non avevano, originariamente, pianificato la traversata; tuttavia, violenze e sfruttamento in alcuni Paesi di arrivo o transito (come la Libia) li hanno successivamente spinti a intraprendere il viaggio, in certi casi anche contro la loro volontà[7]. La maggior parte di essi ha subìto torture in Libia e ha assistito a uccisioni arbitrarie di altre persone[8]. Nella generalità dei casi, i migranti che arrivano dalla Libia hanno riportato di essere stati sequestrati a scopo di estorsione, venduti da gruppi armati come schiavi per lavoro forzato o sfruttamento sessuale, stuprati, torturati con l'elettricità, colpiti o minacciati con armi da fuoco, bruciati con metalli roventi, abbandonati nel deserto

---

impegnate nel monitoraggio in mare, piuttosto che a seguito di chiamate di soccorso rivolte alle autorità. Delle imbarcazioni bisognose di soccorso, il 41% è stato avvistato dagli equipaggi di navi di organizzazioni non governative: v. Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto - Guardia Costiera, Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in Mare, *Attività SAR nel Mediterraneo Centrale*, 2017. Nei primi sette mesi del 2018, invece, la Guardia Costiera libica è divenuta il principale referente per le operazioni di soccorso, con l'impiego di due motovedette, mentre il numero delle navi di organizzazioni non governative operanti nell'area si è ridotto a due.

6. Sul tema dell'immigrazione irregolare via mare, in generale, v. T. Scovazzi, *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in questa *Rivista*, n. 4.2003, p. 48 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime*, in questa *Rivista*, n. 3.2007, p. 13 ss.; R. Barnes, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, a cura di B. Ryan e V. Mitsilegas, Leiden-Boston, Brill, 2010, pp. 103-149; A. Caligiuri, *Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime esterne dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo*, in *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. Caligiuri, G. Cataldi e N. Napolitano, Padova, CEDAM, 2010, pp. 359-385; S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012.

7. Banca Mondiale, *Asylum Seekers in the European Union*, 2018; UNICEF e REACH, *Children on the Move in Italy and Greece*, 2017. Informazioni raccolte dall'UNHCR indicano che alcuni dei migranti che hanno attraversato il Mediterraneo dalla Libia sono stati costretti, in diversi casi, da datori di lavoro che non volevano pagarli.

8. Per alcune importanti decisioni di merito italiane riguardanti, in particolare, le condizioni dei Centri di detenzione per migranti in Libia, v. P. L. di Bari e L. Masera, *Rassegna di giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, n. 2.2018.

o isolati senza acqua e cibo[9]. Anche i migranti che in Libia non sono in carcere o nelle mani dei gruppi armati vivono nel costante rischio di arresto e carcerazione arbitrari. Laddove abbiano validi documenti d'identità, sono frequentemente sfruttati da datori di lavoro che non li pagano, sapendo che non esiste un effettivo ricorso alla giustizia[10]. La mancanza di liquidità nelle banche libiche ha inoltre determinato che i migranti impiegati nel pubblico settore (come insegnanti e personale medico) restassero senza stipendio negli ultimi due anni. La Missione di Supporto delle Nazioni Unite in Libia ha constatato che migranti malati, feriti e donne in travaglio vengono respinti dagli ospedali pubblici[11].

La decisione di incentrare la strategia dell'Unione europea quasi esclusivamente sulla repressione del traffico di esseri umani e di migranti[12], unita all'evidente carenza delle autorità libiche nel garantire il rispetto dei diritti umani e alla loro documentata collusione in vicende di estrema violenza o sfruttamento, ha avuto la conseguenza di intrappolare Stati e migranti in una sorta di "circolo vizioso", nel quale l'aumento dei viaggi e delle morti alle frontiere, anche marittime, spinge gli Stati a combattere rigidamente l'immigrazione irregolare intensificando i controlli e i divieti, i quali a loro volta inducono i migranti a intraprendere vie sempre più pericolose per raggiungere comunque la terra promessa[13]. Il concetto di sicurezza, inoltre, è stato costruito sempre di più nell'ottica dello Stato che allontana, piuttosto che come esigenza collettiva[14]: in altre parole, non ci si preoccupa della sicurezza dello Stato di origine, dal quale il migrante fugge, o di quello della sua destinazione finale. L'immagine certamente paradossale che deriva da un tale approccio è quella di un'Europa insicura, circondata da Paesi sicuri verso i quali i migranti dovrebbero – presuntivamente – essere respinti[15].

---

9. The Local, *Migrant Rescued at Sea Dies Hours after Arriving in Italy*, 14 marzo 2018. Sui Centri di raccolta dei migranti in Libia, v. *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, a cura di M. Veglio, Torino, SEB27, 2018.

10. Sul tema del lavoro "sommerso" di molti migranti v. anche S. Cantoni, *Lavoro forzato e "nuove schiavitù" nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, in particolare alle pp. 95-102.

11. Il numero di stranieri in Libia provenienti dall'Africa sub-sahariana e da paesi del nord Africa, secondo le difficili stime raccolte dall'Organizzazione mondiale per le migrazioni (in seguito: OMI), si aggira tra 700.000 e un milione. OMI, *UN Agency Moves to Relieve Plight of Migrants Trapped in Libya. Backing AU, EU Plan*, 2017.

12. Di questo aspetto si tratta nel paragrafo 3 del presente contributo.

13. A/72/335 cit., par. 13. Sugli attuali limiti di *governance*, tra risultati insufficienti e contestazioni politiche, v. anche D. Thym, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

14. Sulla posizione degli Stati a nord del Mediterraneo rispetto al fenomeno migratorio v., tra gli altri, S. Marinai, *The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea*, in *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, a cura di A. Del Vecchio, L'Aia, Eleven International Publishing, 2014, pp. 29-58; J. Traublinger, *Boat Refugees in the Mediterranean: Tackle the Root Causes or Build Fortress Europe?*, Amburgo, Anchor Academic Publishing, 2013; F. Casolari, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in questa *Rivista*, n. 1.2018.

15. La reazione delle istituzioni dell'Unione europea e degli Stati membri dinnanzi alla crisi migratoria degli ultimi anni si è focalizzata sui controlli di polizia e di frontiera, piuttosto che su un'organizzazione che andasse incontro alle

È sulla base di tale premessa che il presente contributo non intende riproporre le già assai diffusamente trattate norme del diritto internazionale relative ai temi qui affrontati, cioè il diritto di migrare[16], l'obbligo di soccorso in mare previsto dal diritto consuetudinario e codificato in diversi strumenti internazionali[17], il quadro giuridico internazionale della lotta ai trafficanti[18], il diritto internazionale sullo *status* dei rifugiati[19] e il principio del *non-refoulement*[20] – norme che, pertanto, si danno per presupposte. Nel presente contributo si

---

reali necessità delle persone coinvolte e a quelle degli Stati maggiormente coinvolti. M. Borraccetti, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

16. In tema di diritto di migrare, v. art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 1948) e art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966); e, tra gli altri, *The Right to Leave a Country. Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, 2013, G. Goodwin-Gill, *The Right to Leave, the Right to Return, and the Question of a Right to Remain*, in *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, a cura di V. Gowlland-Debbas, Dordrecht, Brill, 1995, pp. 95-106. Sul diritto di migrare come "diritto asimmetrico", v. T. Scovazzi, *Human Rights and Immigration at Sea*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marín, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 212 ss.

17. In tema di obbligo di soccorso, v. art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982; in seguito UNCLOS); la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi (Amburgo, 1979; emendata nel 1998 e nel 2004; in seguito: Convenzione SAR); e la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita umana in mare (Londra, 1974, come più volte emendata). Per un recente contributo sulle origini anche storiche dell'obbligo di soccorso in mare che incombe sui comandanti, v. M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, pp. 5-47.

18. In particolare, riguardo al tema qui trattato, v. il Protocollo contro il contrabbando di migranti per terra, mare e aria (Palermo, 2000) relativo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (Palermo, 2000). Sullo strumento in questione v., tra gli altri, T. Obokata, *The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, in *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, a cura di B. Ryan e V. Mitsilegas, Leiden-Boston, Brill, 2010, pp. 151-168.

19. Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati (Ginevra, 1951; in seguito: Conv. Rif.) e Protocollo aggiuntivo (New York, 1967). In tema di rifugiati v., tra gli altri, R. Barnes, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 47-76; T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; G. Goodwin-Gil e J. McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, a cura di A. Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2011.

20. Art. 33, par. 1, Conv. Rif. e art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il principio del *non-refoulement* è anche espressamente codificato nell'art. 3.1 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti (New York, 1984) e nell'art. 16 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (New York, 2006). Esso è inoltre elencato fra i Principi sulla prevenzione effettiva e l'indagine relative a esecuzioni fuorilegge, arbitrarie e sommarie, raccomandati dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite con la risoluzione 1989/1965 del 24 maggio 1989 (principio n. 5). La Corte EDU ha ripetutamente affermato che diversi strumenti internazionali contengono l'obbligo implicito di *non-refoulement* laddove vi siano sostanziali ragioni per credere che una persona sarebbe soggetta al rischio di tortura, trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti, ovvero a violazioni del suo diritto alla vita, a un equo processo, o ancora rischiasse di essere soggetta a detenzioni arbitrarie nel caso di deportazione, espulsione, estradizione, consegna o altra forma di trasferimento e rimozione dalla giurisdizione di uno Stato (v. sentenza pilota 7 luglio 1989 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Soering c. Regno Unito*, Ricorso n. 14038/1988). Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani ha parimenti affermato che l'obbligo di *non-refoulement* sorge laddove vi sia il rischio reale di gravi violazioni dei diritti dell'uomo, incluso il diritto alla vita, il divieto di tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti,

intende piuttosto elaborare qualche considerazione su alcuni sviluppi che hanno caratterizzato lo scenario migratorio lungo la rotta del Mediterraneo centrale nell'ultimo periodo, in particolare: il controverso processo che ha condotto all'istituzione della regione di ricerca e soccorso libica; l'ormai consolidata "trasformazione narrativa" del problema in sede di Unione europea, con il passaggio da considerazioni e interventi di carattere prevalentemente umanitario a strategie primariamente operative di polizia di frontiera; e la risposta delle istituzioni nazionali più direttamente interessate dalla rotta del Mediterraneo centrale (Italia e Libia), che presenta notevoli contrasti con quanto previsto dal diritto internazionale applicabile.

2. Gli elementi essenziali dei servizi di ricerca e soccorso in mare e il caso libico

La recente istituzione della regione di ricerca e soccorso libica pone due problemi distinti: da un lato, si tratta di una regione molto estesa gestita da uno Stato contrassegnato da un collasso sociale, politico, economico e operativo; dall'altro, l'accompagnamento in Libia di persone soccorse in mare comporta che esse siano esposte a violazioni gravi dei diritti dell'uomo. Il primo problema viene affrontato in questo paragrafo; il secondo, nel paragrafo finale. La domanda alla quale occorre rispondere è la seguente: perché, per fronteggiare l'emergenza umanitaria della migrazione irregolare via mare, che determina così tante vittime attraverso la rotta del Mediterraneo centrale, la soluzione è consistita nell'affidare la copertura dei servizi di ricerca e soccorso, per giunta in un tratto di mare così esteso, a uno Stato privo di adeguati mezzi e, per di più, responsabile di violazioni gravi dei diritti umani?

La Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi (Amburgo, 1979; emendata nel 1998 e nel 2004 e oggi in vigore per 113 Stati; in seguito: Convenzione SAR), che richiama l'obbligo consuetudinario di assistenza a chiunque si trovi in mare in condizioni di pericolo[21], prevede l'istituzione, da parte degli Stati costieri, di «regioni di

---

ovvero il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona ai sensi degli artt. 6, 7 e 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: HRC, *General comment No. 31[80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004. Per un'analisi giurisprudenziale sul *non-refoulement* in un'ottica comparata, v. M. Dembour, *When Humans Become Migrants – Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2015. Sul diritto al *non-refoulement* nel settore che ci occupa v., tra gli altri, J. Coppens, *Interception of Seaborne Migrants: the Applicability of the Non-Refoulement Principle at Sea*, in *German Yearbook of International Law*, 2013, pp. 425-455; M. Fornari, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La comunità internazionale*, 2002, pp. 61-78; G. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, pp. 443-457; S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, pp. 661-675.

21. Cap. 2.1.10, Convenzione SAR.

ricerca e soccorso» associate a un «Centro di coordinamento della ricerca», che prescindono, senza in alcun modo pregiudicarla, dalla questione – diversa – dei confini marittimi tra gli Stati[22]. L'obbligo di salvare la vita umana in mare si applica, naturalmente, a tutte le navi e a tutte le zone marittime e, pertanto, la previsione delle regioni in questione deriva essenzialmente dalla necessità di razionalizzare le risorse e, in questo modo, meglio garantire la sicurezza. Inoltre, la Convenzione SAR prevede che le persone che sono state soccorse in mare siano successivamente sbarcate in un «luogo sicuro» (*place of safety*)[23]. Non è individuato, tuttavia, lo Stato sul quale grava l'obbligo di assicurare lo sbarco sul proprio territorio[24].

La definizione di «luogo sicuro», com'è noto, non è fornita dalla Convenzione SAR, ma si ritrova in linee guida – come tali, non vincolanti – adottate dal Comitato marittimo per la sicurezza dell'Organizzazione Marittima Internazionale (in seguito: IMO)[25], che i governi sono stati invitati, a partire dal 2004, a trasmettere all'attenzione di tutte le autorità competenti, nonché degli armatori, degli operatori e dei comandanti delle navi battenti la relativa bandiera[26]. A questo proposito è d'obbligo ricordare che il Tribunale di Trapani, che ha recentemente riconosciuto la legittima difesa (rispetto ai contestati reati di resistenza a pubblico ufficiale e di favoreggiamento all'immigrazione irregolare) in capo a migranti che si erano ribellati alla prospettiva di essere riportati in Libia dalla nave italiana soccorritrice, ha ritenuto che la Convenzione SAR configuri in capo ai naufraghi il diritto all'individuazione di un «luogo sicuro» da parte delle autorità responsabili dei soccorsi e che la Libia non possa ritenersi tale, in considerazione delle atroci condizioni dei campi libici di detenzione dei migranti[27].

---

22. Cap. 2.1.4, Convenzione SAR. Su questo tema v., tra gli altri, J. Coppens, *Search and Rescue at Sea*, in *Crimes at Sea – La criminalité en mer*, a cura di E. Papastavridis e K. Trapp, Publications of the Centre for Studies and Research of the Hague Academy, L'Aia, 2014, pp. 381-427; S. Trevisanut, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 523-542.

23. Cap. 1.3.2, Convenzione SAR.

24. Gli Stati che potrebbero essere coinvolti allorquando si tratti di identificare il luogo sicuro di sbarco sono lo Stato di bandiera, lo Stato dal quale è partita l'imbarcazione, lo Stato nelle cui acque ha avuto luogo il soccorso, lo Stato responsabile della relativa regione di ricerca e soccorso, nonché gli Stati della nazionalità delle persone soccorse.

25. Secondo la risoluzione MSC.167(78) del 20 maggio 2004 del Comitato marittimo per la sicurezza dell'IMO, «*A place of safety [...] is a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*» (linea guida 6.12). Lo strumento aggiunge: «*A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination*» (linea guida 6.14).

26. *Ibid.*, par. 3 del preambolo.

27. Sent. Trib. Trapani del 23.5.2019, dep. il 3.6.2019. V. anche P. L. di Bari e L. Masera, *Rassegna di giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

Oltre a sottolineare che un'assistenza tempestiva in mare da parte delle navi costituisce "elemento essenziale" dei servizi di ricerca e soccorso e deve, pertanto, rimanere la "priorità assoluta" di comandanti, società armatrici e Stati di bandiera[28], le linee guida in questione contengono l'esortazione a tutti i comandanti delle navi di cercare di assicurare che i sopravvissuti non vengano sbarcati in un luogo in cui la loro sicurezza potrebbe venire ulteriormente pregiudicata[29], nonché l'esortazione ai governi di intraprendere ogni sforzo per minimizzare il tempo che i sopravvissuti trascorrono a bordo della nave che li ha assistiti[30].

Già a partire dal preambolo, la Convenzione SAR sottolinea l'importanza dell'adeguatezza e dell'efficienza dei servizi di monitoraggio, ricerca e soccorso che devono essere garantiti dagli Stati costieri nell'ambito delle rispettive regioni. Istituire una regione di ricerca e soccorso non è obbligatorio, benché auspicabile; tuttavia, è espressamente evidenziato dalla Convenzione SAR che la decisione di istituirla, conseguentemente, comporta l'assunzione della relativa responsabilità da parte dello Stato costiero[31], che in tal modo assume anche l'obbligo di inoltrare al Segretario Generale dell'IMO determinate informazioni, in particolare riguardo ai seguenti elementi: l'autorità nazionale responsabile per i servizi di ricerca e soccorso; la collocazione del Centro di coordinamento della ricerca e i relativi contatti; le coordinate geografiche della regione di ricerca e soccorso e la copertura assicurata dalle strutture a terra per le comunicazioni di emergenza e di sicurezza; nonché la tipologia delle unità disponibili per la ricerca e il soccorso. La comunicazione di questi dati all'IMO deve essere fornita con priorità e tempestivamente aggiornata in caso di modifiche, perché tutti gli operatori (gli Stati parte alla Convenzione SAR e chiunque altro sia coinvolto in un intervento di soccorso, incluse le navi civili) possano conoscere delle relative assunzioni di responsabilità e della copertura geografica garantita da un determinato Stato costiero in materia di ricerca e soccorso[32]. Inoltre, è espressamente richiesto che ogni Centro di coordinamento per la ricerca sia operativo 24 ore su 24 e sia costantemente provvisto di personale addestrato e capace di lavorare utilizzando la lingua inglese[33]. Il testo della Convenzione SAR, trattando della materia del soccorso della vita umana in mare, è costellato di espressioni (*adequate*, *effective*, *efficient*, *proper*, *effectively*, *sufficient*, *with priority*, *immediate*,

28. Risoluzione MSC.167(78) del 20 maggio 2004 del Comitato marittimo per la sicurezza dell'IMO, linea guida 3.1.

29. *Ibid.*, linea guida 5.1.6.

30. *Ibid.*, linea guida 6.8.

31. Cap. 2.1.9., Convenzione SAR.

32. Cap. 2.1.11, Convenzione SAR.

33. Cap. 2.3.3, Convenzione SAR.

capable, *promptly*, *reliably*, *in any case without delay*) che sottolineano la necessità di agire tempestivamente, con efficienza e con affidabilità nel monitoraggio marittimo e nella gestione degli interventi.

Italia, Malta e Tunisia hanno da tempo istituito le proprie regioni di ricerca e soccorso, dimostrando le necessarie capacità operative di intervento (nel caso tunisino, su un'estensione marina più limitata dalla contigua presenza delle regioni italiana e maltese). Invece, l'attuale gestione della regione di ricerca e soccorso coordinata da Tripoli, nonché il processo, con diversi vuoti procedurali, che ha condotto alla sua istituzione, non sembrano rispondere alla dovuta garanzia degli elementi essenziali dei servizi di ricerca e soccorso in mare stabiliti dalla Convenzione SAR e dai relativi strumenti esortativi[34].

Soffermandosi a riflettere sulle modalità istitutive e sull'attuale operatività della regione in questione, non appare nemmeno del tutto scontato identificare il momento in cui la Libia ne ha validamente dichiarato l'esistenza, con la conseguenza che la relativa incertezza circa una (giuridicamente valida) competenza libica nel relativo tratto di alto mare prospiciente le coste nordafricane ha tormentato per diversi mesi non soltanto i teorici, ma anche il personale operativo.

Ricostruendo la vicenda, il 18 marzo 2009 la Libia firmò un memorandum d'intesa con Malta sulla ricerca e sul soccorso, che prevedeva generici impegni di cooperazione, coordinamento e sostegno reciproci per le relative operazioni. Di fatto, Malta in questo modo poteva gestire il flusso migratorio irregolare proveniente dalla Libia e diretto verso la piccola isola. Lo strumento auspicava anche l'avvio di attività di addestramento per la ricerca e il soccorso in mare, scambi di visite e periodiche riunioni tra i rappresentanti dei due Stati per assicurare una continua e proficua cooperazione. A seguito degli avvenimenti del 2011 in Libia e fino alla dichiarazione della regione di ricerca e soccorso libica del 2017, non risultava chiaro se il memorandum d'intesa tra i due Stati, in uno dei quali si era insediato un nuovo ordine politico e istituzionale a seguito di una guerra, fosse rimasto in vigore.

Nel pieno collasso sociale, economico, politico e istituzionale libico conseguente al conflitto militare del 2011 e dinnanzi alle evidenti necessità di ricostruzione e di ristabilimento dell'ordine pubblico in un Paese tutt'oggi in balìa di una guerra civile, nessuno si sarebbe aspettato che una delle priorità individuate dal debole governo di accordo nazionale fosse l'istituzione di una regione di ricerca e soccorso, con tutti i

34. La situazione attuale non è diversa da quella che descriveva pochi anni fa l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa in *The "left-to-die boat": actions and reactions*, doc. 13532, 9 giugno 2014, par. 65: «*While efforts will be made to strengthen the capacity for SAR in North Africa, at present these capacities remain weak. It will therefore be essential at least in the short term that European Rescue Coordination Centers are immediately contacted when boats in distress at sea are identified in order to get rescue operations under way as soon as possible*».

caratteri dell'efficienza e della garanzia di unità navali affidabili e di personale addestrato, nonché di appropriate strutture a terra. Infatti, nessuno di questi elementi essenziali dei servizi di ricerca e soccorso è riscontrabile nelle operazioni condotte dal Centro di coordinamento di Tripoli.

Quanto alle modalità istitutive della regione in questione, anch'esse, come anticipato, hanno destato diverse perplessità. La dichiarazione di una regione di ricerca e soccorso costituisce un atto unilaterale dello Stato costiero, che, tuttavia, per valere nei confronti degli altri Stati, deve essere accompagnato dalla trasmissione all'IMO di tutte le informazioni sopra richiamate. Eppure, il procedimento istitutivo della regione di ricerca e soccorso libica è stato alquanto inusuale e sostanzialmente frammentato tra la seconda metà del 2017 e la prima metà del 2018.

La prima comunicazione all'IMO da parte della Libia (Ministero dei Trasporti) risale al 10 luglio 2017. In tale occasione, l'autorità inoltrante chiariva che «*due to the lack of resources and facilities at the current time, since the coast guard and Air force capabilities had been destroyed during the military operations in 2011, the Libyan government will delegate Malta to cover Tripoli SAR Region in according* (sic) *with the signed agreement. Such a delegation shall remain effective until the capabilities of the competent establishments have been rebuilt and the political situation has improved*»[35]. Veniva allegato alla comunicazione il memorandum d'intesa del 2009 con Malta e venivano indicate delle coordinate geografiche, con una carta che limitava l'estensione della neo-dichiarata regione di ricerca e soccorso libica all'estensione della c.d. regione FIR[36] di Tripoli, determinata in sede di Organizzazione internazionale dell'aviazione civile. Nessuna informazione sul Centro di coordinamento nazionale della ricerca e sulle unità navali disponibili, dovuta ai sensi della Convenzione SAR, veniva inoltrata al Segretario Generale dell'IMO. La dichiarazione libica veniva peraltro formalmente ritirata il 6 dicembre 2017[37]. Tuttavia, solo pochi giorni dopo (14 dicembre 2017), la Libia inviava una terza comunicazione (con la richiesta che la stessa sostituisse la precedente), nella quale venivano corrette le coordinate geografiche della regione di ricerca e soccorso indicate nella prima comunicazione e veniva delimitata la regione in questione in corrispondenza dei limiti esterni delle regioni FIR tunisina, maltese, greca ed egiziana[38].

35. Comunicazione del 7 ottobre 2017 al Segretario Generale dell'IMO da parte del Ministero dei trasporti libico.

36. Dall'inglese *Flight Information Region*.

37. EUNAVFOR MED Operation SOPHIA, European Operational Headquarters, Monitoring Mechanism – Libyan Coast Guard and Navy, *Monitoring Report. October 2017 – January 2018*.

38. Comunicazione del 14 dicembre 2017 al Segretario Generale dell'IMO da parte del Ministero dei trasporti libico.

Nonostante l'ultima comunicazione trasmessa al Segretario Generale dell'IMO, alla fine di giugno 2018 non erano ancora disponibili, nell'apposito archivio pubblico dell'organizzazione, le informazioni relative al Centro di coordinamento nazionale della ricerca, dovute ai sensi della Convenzione SAR. Soltanto in un momento individuabile a cavallo tra fine giugno e inizio luglio 2018, l'IMO ha reso disponibili i dati (località, contatti telefonici, numero di fax e indirizzo di posta elettronica) della suddetta struttura, incardinata a Tripoli, nell'edificio che precedentemente ospitava il Ministero delle Comunicazioni, così concludendo il tormentato e frammentato procedimento istitutivo della regione di ricerca e soccorso libica[39]. Ma nei ben nove mesi trascorsi tra la prima comunicazione e la pubblicazione delle informazioni necessarie a tutti gli operatori, incertezze e perplessità – non indifferenti sul piano giuridico – hanno contrassegnato i rapporti tra le navi civili straniere impegnate nella ricerca e nel soccorso nel tratto di alto mare corrispondente alla regione in questione e le autorità libiche. Una situazione – ci si sente di aggiungere – rispetto alla quale l'IMO non sarebbe dovuta rimanere indifferente. In particolare, è sorprendente che le due maggiori organizzazioni non governative impegnate in attività di ricerca e soccorso abbiano scoperto solo per caso della decisione libica di intervenire sul relativo tratto di mare[40], dal momento che, considerata la grave emergenza umanitaria in atto e l'estesa copertura mediatica sul conseguente dibattito politico, non si trattava di una decisione da lasciar passare inosservata. Eppure, pare che questo sia stato l'intento delle istituzioni coinvolte nella dichiarazione della regione in questione, forse proprio per l'inusuale procedimento che ha condotto al risultato di luglio 2018.

Resta fermo il fatto che gli elementi essenziali dei servizi di ricerca e soccorso non sono oggi garantiti dal Centro di coordinamento di Tripoli, nonostante l'impegno profuso anche dalla Guardia Costiera italiana nell'ambito di progetti, impegni finanziari e addestramento a sostegno alle autorità libiche[41].

Tirando le somme sulla vicenda, e rispondendo alla domanda formulata in apertura a questo paragrafo, è evidente che il governo libico non avrebbe mai potuto individuare, tra le priorità di azione, l'istituzione di una regione di ricerca e di soccorso, se non fosse stato politicamente incalzato e finanziariamente sostenuto (e sollecitato) dagli Stati investiti dal flusso migratorio proveniente dalle coste nordafricane. L'evidente obbiettivo di questi Stati, vincolati al principio del *non-refoulement* e già condannati (come nel caso dell'Italia)

39. IMO, *Global Integrated Shipping Information System*, https://gisis.imo.org.

40. Euronews, *Prompted by the EU, Libya quietly Claims Right to Order Rescuers to Return Fleeing Migrants*, 6 luglio 2018, https://www.euronews.com.

41. Tra gli altri, European Commission – Directorate-General Migration and Home Affairs, Grant Agreement HOME/2017/ISFB/AG/EMAS/0051, giugno 2017.

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per respingimenti operati in alto mare a carico di migranti[42], è stato quello di raggiungere il medesimo risultato senza più esporsi a violazioni dirette e flagranti del diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati[43]. Infatti, a differenza delle navi europee investite del controllo delle frontiere nell'ambito di operazioni di polizia internazionale, le motovedette libiche possono oggi intimare alle navi soccorritrici il rilascio dei migranti nella regione di ricerca e soccorso libica e riportare le persone in Libia, senza per questo incorrere in una violazione del divieto di *refoulement*. Diverso sarebbe, chiaramente, il caso di una nave militare italiana che consegnasse i migranti soccorsi direttamente alle autorità libiche, configurando tale consegna una

42. Per l'Italia, v. Corte EDU, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ricorso n. 27765/09, sent. 23.2.2012 (in questa *Rivista*, n. 1.2012, p. 104 ss.), para. 81. Sul caso, che ha suscitato molto interesse da parte della dottrina, v., tra gli altri, S. Borelli e B. Stanford, *Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights*, in *Uluslararası Hukuk ve Politika – Review of International Law and Politics*, 2014, pp. 29-70; J. Coppens, *The Law of the Sea and Human Rights in the "Hirsi Jamaa and Others v. Italy" Judgment of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, a cura di Y. Haeck e E. Brems, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 179-202; A. Del Guercio, *La compatibilità dei respingimenti di migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, pp. 255-282; J.A. Hessbruegge, *European Court of Human Rights Protects Migrants against "Push Back" Operations on the High Seas*, in *American Society of International Law – Insights*, 2012; M. Den Heijer, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case,* in *International Journal of Refugee Law*, 2013, pp. 265-290; R.K. Holberg, *Italy's Policy of Pushing Back African Migrants on the High Seas Rejected by the European Court of Human Rights in the Case of Hirsi Jamaa & Others v. Italy*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2012, pp. 467-474; A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: Il caso Hirsi*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, pp. 415-443; F. Lenzerini, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, pp. 721-761; V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Immigration Control?*, in *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 574-598; E. Papastavridis, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: The Strasbourg Court in Unchartered Waters?*, in *The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights – Legal and Practical Implications*, a cura di M. Fitzmaurice e P. Merkouris, Leiden-Boston, Brill, 2013, pp. 115-146; M. Tondini, *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations with reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *Journal of International Maritime Law*, 2012, pp. 59-74.

43. L'UNHCR ha già da tempo espresso il parere per cui «the purpose, intent and meaning of Article 33(1) of the 1951 Convention are unambiguous and establish an obligation not to return a refugee or asylum-seeker to a country where he or she would be risk of persecution or other serious harm, which applies wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State», 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 gennaio 2007, par. 24. Diversa era l'interpretazione fornita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che, nel caso *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et. al.*, 1993, relativo al rimpatrio in Haiti di persone intercettate in alto mare dalla Guardia Costiera statunitense, ha ritenuto che il divieto di respingimento contenuto nella Conv. Rif. fosse applicabile soltanto nei confronti di persone che si trovassero già nel territorio degli Stati Uniti. Sul caso, v. J. Villareal, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.: Low Water Mark on the High Seas*, in *Houston Journal of International Law*, 1994, pp. 335-354.

pratica di respingimento verso uno Stato che viola i diritti dell'uomo[44]. Resta da vedere se, ai fini della responsabilità internazionale, vi sia una differenza sostanziale tra svolgere direttamente un'azione illecita o servirsi di un altro Stato per svolgere la stessa azione (molto probabilmente, la differenza non esiste).

La situazione venutasi a creare a seguito dell'intervento militare delle forze alleate in Libia, della disfatta del regime di Gheddafi e di tutte le successive riprese delle ostilità è una generalizzata crisi umanitaria caratterizzata da un'estrema violenza, dall'inesistenza di istituzioni minimamente operative, dal controllo del territorio da parte di pericolosi e contrapposti gruppi armati e dal collasso dello Stato di diritto. In altre parole, una situazione in cui non è pensabile l'esistenza di un sistema di ricerca e soccorso che garantisca quegli elementi essenziali di efficienza, affidabilità e tempestività richiesti dalla Convenzione SAR, né, tantomeno, un trattamento dello straniero rispondente ai minimi criteri di civiltà e di tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano. Inoltre, a oggi, il Segretario Generale dell'IMO non ha ancora ricevuto comunicazione riguardo ad accordi conclusi tra la Libia e gli Stati limitrofi (con l'eccezione di Malta) per il coordinamento nella ricerca e nel soccorso a seguito dell'istituzione della relativa regione, come richiesto dalla Convenzione SAR[45], né riguardo al completamento, da parte della Libia, di tutte le procedure necessarie a garantire i servizi di ricerca e soccorso che si è impegnata a fornire.

In un tale contesto, è stato opportunamente sottolineato che, nonostante l'iniziativa libica, gli Stati membri dell'Unione europea non possono sottrarsi ai propri obblighi di tutela della vita umana in mare. In particolare, si sostiene che «*they are exercising sufficient functional control to be subject to the one obligation inextricably linked to ocean surveillance: an adequate and effective system of rescue*»[46] e che tale estensione "funzionale" dell'esercizio del controllo da parte delle autorità statali anche al di fuori della rispettiva regione di ricerca e soccorso comporta l'assunzione della relativa responsabilità per il diritto internazionale[47].

In conclusione, l'istituzione della regione di ricerca e soccorso libica, benché astrattamente auspicabile secondo il diritto internazionale relativo alla tutela della vita umana in mare, è stata impiegata in concreto dagli Stati europei (che interamente la

44. Per una recente rassegna delle violazioni dei diritti umani in Libia, v. G. Dinisi, *Il Caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d'accoglimento profughi in Libia*, in *Questione giustizia*, sez. Giurisprudenza e documenti, 25.9.2018, http://questionegiustizia.it.

45. Cap. 2.1.4, Convenzione SAR.

46. A/72/335, cit., par. 64.

47. E. Papastavridis, *Rescuing Migrants at Sea and the Law of International Responsibility*, in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration* Control, a cura di T. Gammeltoft-Hansen e J. Vested-Hansen, New York, Routledge, 2017.

finanziano e gestiscono) allo scopo di ostacolare i migranti nell'intraprendere la rotta del Mediterraneo centrale verso l'Italia e verso Malta. Le contestuali restrizioni imposte alle navi civili soccorritrici si sono inserite nel medesimo disegno[48]. Questi interventi di improprio contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare via mare non valgono a sottrarre gli Stati ai loro obblighi secondo il diritto internazionale del mare, dei rifugiati e dei diritti umani.

3. La trasformazione narrativa rispetto all'emergenza umanitaria da parte dell'Unione europea

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in seguito: TFUE) prevede che le politiche comunitarie in materia di asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne siano fondate sulla solidarietà tra Stati membri ed eque nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi[49], nonché governate dal principio dell'equa ripartizione di responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario[50]. In particolare, in tema di immigrazione, il TFUE prevede che l'Unione europea sviluppi una politica comune intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani[51]. A questo scopo, è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino misure relative, tra le altre questioni, anche all'immigrazione clandestina e al soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare, nonché alla lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori[52]. L'Unione europea, ai sensi del TFUE, può anche concludere accordi con Stati terzi ai fini della riammissione, nei Paesi di origine o di provenienza, di cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o che non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri[53]. La procedura legislativa ordinaria, che vede l'intervento del Parlamento europeo in qualità di co-legislatore a fianco del Consiglio[54], si applica sia alle politiche di

48. Tra gli altri, il noto Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare, disponibile all'indirizzo http://www.interno.gov.it.

49. Art. 67, TFUE. La stessa disposizione equipara gli apolidi ai cittadini di Stati terzi.

50. Art. 80, TFUE. Sull'attuazione di questi principi, tuttavia, v. anche L.M. Langford, *The Other Euro Crisis: Rights Violations Under the Common European Asylum System and the Unraveling of the EU Solidarity*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2013, pp. 217-264.

51. Art. 79, co. 1, TFUE.

52. Art. 79, co. 2, lett. c) e d), TFUE.

53. Art. 79, co. 3, TFUE.

54. Art. 294, TFUE. Si tratta della procedura senza dubbio più legittima dal punto di vista democratico. Le modalità sono identiche a quelle della precedente procedura di codecisione e il Consiglio e il Parlamento europeo si trovano in condizioni di parità.

immigrazione regolare sia a quelle relative all'immigrazione irregolare, fatto salvo il caso in cui uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi[55]. In questo caso, infatti, è soltanto il Consiglio l'istituzione competente ad adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati, deliberando su proposta della Commissione e solo previa consultazione del Parlamento europeo[56].

A partire dalla primavera del 2015, la Commissione[57], il Consiglio[58] e il Parlamento europeo[59] iniziarono a occuparsi variamente dei tragici eventi in cui si era concluso il tentativo di migrazione di migliaia di persone attraverso il Mediterraneo. Il Parlamento europeo, fra le altre questioni, «*Call[ed] for a robust and permanent humanitarian European rescue operation, which, like Mare Nostrum, would operate on the high seas and to which all Member States would contribute financially and with equipment and assets; urge[d] the EU to co-fund such an operation*»[60].

L'esortazione del Parlamento europeo, tuttavia, non ha mai condotto ad alcuna operazione umanitaria permanente di soccorso in mare nel Mediterraneo da parte dell'Unione europea. Anzi, già nel maggio 2015, nell'Agenda europea sulla migrazione, la Commissione propose diversi obiettivi per il futuro finalizzati a ridurre gli incentivi all'immigrazione irregolare e a gestire le frontiere garantendo la sicurezza[61]. Già nella proposta della Commissione di maggio 2015 si profilava, nel quadro della politica di sicurezza e difesa comune, non già l'operazione umanitaria permanente di soccorso in mare auspicata dal Parlamento europeo, ma, piuttosto, un'operazione primariamente finalizzata a "demolire" le reti di trafficanti di esseri umani e a contrastare il traffico di migranti. Per quanto riguarda quest'ultimo fenomeno, in particolare, la Commissione adottò un piano d'azione per il quinquiennio 2015-2020[62]. Tale documento, fra le altre cose, chiariva che il traffico di esseri umani e il traffico di migranti sono due fenomeni diversi, benché spesso collegati[63], e sarebbero perciò stati oggetto di strategie separate a livello europeo[64].

---

55. Art. 78, co. 3, TFUE.

56. *Ibidem*.

57. *Ten-Point Action Plan on Migration*, presentato dal Commissario europeo per le migrazioni, gli affari interni e la cittadinanza, Dimitri Avramopoulos, alla riunione del 20 aprile 2015 con i Ministri degli esteri e dell'interno degli Stati membri dell'Unione europea, http://europa.eu.

58. *Special meeting of the European Council, 23 April 2015 – Statement*, https://www.consilium.europa.eu.

59. *European Parliament resolution of 29 April 2015 on the latest tragedies in the Mediterranean and EU migration and asylum policies*, http://www.europarl.europa.eu.

60. *Ibidem*, par. 5. Dell'operazione *Mare Nostrum* si tratta in seguito, in questo contributo.

61. Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 13.5.2015.

62. Commissione europea, *Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020)*, Bruxelles, 27.5.2015.

63. «*The difference between the two is that in the former, migrants willingly engage in the irregular migration process by paying for the services of a smuggler in order to cross an international border, while in the latter they are the*

L'operazione *Mare Nostrum*, svolta sotto il comando della Marina Militare italiana, era stata un'operazione militare finalizzata a contrastare il traffico di migranti e a condurre attività di ricerca e soccorso in mare – quindi un'operazione anche a carattere umanitario. Essa era stata avviata il 18 ottobre 2013 per fronteggiare lo stato di emergenza umanitaria nello Stretto di Sicilia e si era conclusa il 31 ottobre 2014. L'iniziativa aveva preso avvio a seguito del noto naufragio che il 3 ottobre 2013, a poche miglia dal porto di Lampedusa, aveva causato 366 annegati accertati e una ventina di scomparsi presunti.

Pochi giorni dopo il naufragio, il Commissario europeo per gli affari interni aveva in realtà auspicato qualcosa di diverso dall'avvio unilaterale di un'operazione nazionale di ricerca e soccorso in mare: «*Today I have proposed to deploy an extensive Frontex search and rescue operation that will cover the Mediterranean from Cyprus to Spain. I have asked the Ministers to give their political support and to make the necessary resources available. Such an operation will help lead to quicker tracking, identifying and the rescuing of more vessels and boats. And therefore prevent the loss of lives at sea. [...]. The first reactions from Member States are encouraging and we will now look at how we can define the operation in more detail. The Directorate-General for Home Affairs and Frontex will be working along with the Member States' authorities to swiftly address the needs and priorities in order to quickly move to the organisation of the operation*»[65]. L'iniziativa del Commissario europeo per gli affari interni di avviare un'operazione umanitaria congiunta degli Stati membri nel Mediterraneo non ebbe, invece, mai alcun seguito.

Secondo le informazioni ufficialmente fornite dalla Marina Militare italiana, *Mare Nostrum* non rappresentò un'operazione nuova, derivando piuttosto dal potenziamento di una precedente missione denominata *Constant Vigilance*, già avviata nel 2004 dalla Marina Militare con una nave che incrociava permanentemente nello Stretto di Sicilia e con aeromobili da pattugliamento marittimo. L'operazione potenziata vide il coinvolgimento di personale e di mezzi navali e aerei di Marina Militare, Aeronautica Militare, Capitaneria di Porto, Carabinieri, Corpo militare della Croce Rossa italiana, Guardia di Finanza, Polizia di Stato e, in generale, di tutti i corpi dello Stato italiano che

---

victims, coerced into severe exploitation which may or may not be linked to the crossing of a border. The two phenomena are not easy to disentangle as persons who start their journeys in a voluntary manner are also vulnerable to networks of labour or sexual exploitation», *ibidem*, p. 2. Sui due fenomeni, v. anche R. Piotrowicz e J. Redpath-Cross, *Human Trafficking and Smuggling*, in *Foundations of International Migration Law*, a cura di B. Opeskin, R. Perruchoud e J. Redpath-Cross, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 234-259.

64. Commissione europea, *La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016)*, Bruxelles, 19.6.2012.

65. European Commission MEMO/13/864, *Commissioner Malmström's intervention on Lampedusa during the Home Affairs Council press conference*, https://ec.europa.eu.

concorrono al controllo dei flussi migratori via mare. Sempre secondo le informazioni pubblicamente disponibili, la missione di *Mare Nostrum* fu duplice: garantire la salvaguardia delle vite umane in mare, da un lato; e assicurare alla giustizia i trafficanti illegali di migranti, dall'altro. Oltre alle informazioni presenti sui siti istituzionali dei Ministeri coinvolti, non è tuttavia possibile rinvenire documenti relativi al piano operativo e alle regole di ingaggio per l'operazione, i cui elementi restano perciò sottratti a ogni valutazione. Nemmeno l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (in seguito: FRONTEX) e la Commissione europea, stando a quanto riportato da fonti di Bruxelles, ebbero mai chiaro quanto previsto nel piano operativo di *Mare Nostrum*, un'operazione che evidentemente fu gestita attraverso decisioni e circolari interne ai Ministeri della difesa e dell'interno italiani[66]. Eppure, le comunicazioni istituzionali – successive solo di qualche settimana al naufragio di Lampedusa – sul lavoro della *Task Force Mediterraneo* presieduta dalla Commissione europea[67] dimostrano che le attività svolte nell'ambito di *Mare Nostrum* risultarono fin da subito conosciute a livello europeo, se non negli specifici dettagli operativi, quantomeno a un livello tale da giustificare l'auspicio che operazioni simili fossero avviate anche da altri Stati membri[68]. I meriti umanitari dell'iniziativa italiana furono quindi riconosciuti, a livello europeo, per l'efficacia delle relative operazioni di ricerca e soccorso in mare: «*Italy started one of the most significant sea border patrolling and search and rescue programmes in the Mediterranean – Mare Nostrum – which contributed to saving thousands of lives since October 2013. Further engagement of Frontex in the Mediterranean is now under consideration on the basis of the discussions that took place in the Task Force*»[69].

L'efficacia dell'operazione italiana nel salvare vite umane si dimostrò in effetti assai elevata sia per la significativa quantità e per la tipologia di mezzi e di personale impiegati

66. «*It became clear from interviews [at the Commission, Directorate-General for Home Affairs,] that Frontex and the Commission were largely unaware of the launch of Mare Nostrum, in what they consider a clear unilateral member state action*», S. Carrera e L. Den Hertog, *Whose Mare? Rule of Law Challenges in the Field of European Border Surveillance in the Mediterranean*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 79, 2015, p. 3. Le interviste in questione furono condotte presso i due Direttorati Generali della Commissione europea per affari interni e affari marittimi da due ricercatori del Centro per gli Studi di Politica Europea (CEPS) di Bruxelles.

67. La *Task Force Mediterraneo* era stata istituita, sempre sull'onda dei tragici eventi di Lampedusa, in seguito alla riunione del 7 e 8 ottobre 2013 del Consiglio (Giustizia e affari interni).

68. «Gli sforzi nazionali di sorveglianza delle frontiere dovrebbero essere pienamente coordinati con le operazioni condotte da Frontex e dovrebbero formare, tutti insieme, una rete europea di pattuglie. [...]. Questo impegno potrebbe comprendere il potenziamento delle operazioni degli Stati membri secondo l'esempio dell'iniziativa italiana *Mare Nostrum*», Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attività della Task Force "Mediterraneo"*, Bruxelles, 4.12.2013, p. 17.

69. Commission Staff Working Document, *Implementation of the Communication on the Work of the Task Force Mediterranean*, 22.05.2014, p. 6 (disponibile in lingua inglese).

– circa 900 persone appositamente addestrate su navi militari con grande capacità di carico, mezzi da sbarco, gommoni a chiglia rigida, aerei ed elicotteri – sia per la particolare copertura spaziale delle attività di sorveglianza, che si estendevano oltre la zona contigua italiana avvicinandosi alle coste dalle quali partivano i migranti, riducendo di conseguenza la loro permanenza in mare e così tutti i rischi connessi a una più lunga traversata[70].

Il riepilogo delle attività fornito dalla Marina Militare alla chiusura dell'operazione (31 ottobre 2014) riportò un totale di 439 interventi di ricerca e soccorso; 366 presunti scafisti fermati e consegnati all'autorità giudiziaria; 60 interventi sanitari (16 trasporti sanitari a mezzo elicottero e 44 assistenze sanitarie a bordo di unità di superficie); 15 ispezioni su mezzi navali sospetti di traffici illeciti; e 9 navi catturate (di cui 5 navi madre); per un totale di 156.362 persone soccorse in mare. Per sostenere un tale dispiegamento di forze, gli oneri finanziari furono ovviamente consistenti[71].

Eppure, fu paradossalmente l'argomento relativo all'elevata quantità di vite salvate nell'operazione *Mare Nostrum*, prima ancora che rilievi di carattere economico, ad aprire presto la strada ad altre considerazioni: era ovvio che, laddove l'operazione avesse raggiunto il suo precipuo obiettivo – quello di salvare vite in mare – gli approdi sulle coste italiane sarebbero aumentati.

Nel corso del 2014, con l'afflusso di nuove decine di migliaia di migranti salvati nelle operazioni di ricerca e soccorso comandate dalla Marina Militare, l'iniziale entusiasmo per l'operazione umanitaria italiana lasciò gradualmente il posto a valutazioni sempre più distanti, che giunsero, infine, a riconsiderare sostanzialmente i meriti dell'operazione, trasformando *Mare Nostrum* da efficace risposta umanitaria a vera e propria concausa del fenomeno dei numerosi sbarchi. Il 6 ottobre 2014, nel Regno Unito, Lord Hylton formulò la seguente interrogazione parlamentare: «*To ask Her Majesty's Government what naval or air-sea rescue contribution they will make to prevent refugees and migrants drowning in the Mediterranean*». La risposta del governo di Sua Maestà, formulata dalla baronessa Anelay of St. Johns, fornì a tutti gli Stati membri la chiave di lettura decisiva per

70. «*The area patrolled by [Operation Mare Nostrum], which measures about 43,000 km², extends south of Lampedusa along 400 nautical miles by 150 nautical miles in the eastern part, thus overlapping with the Maltese SAR zone south of Malta as well as with the Libyan SAR zone*», Amnesty International, *Lives Adrift: Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, Londra, 2014, p. 23. Le informazioni furono raccolte da Amnesty International nel corso di visite presso i luoghi italiani di più frequente sbarco e in occasione di colloqui con l'Ammiraglio Mario Culcasi, al comando dell'operazione, presso il Comando delle Forze da Pattugliamento per la Sorveglianza e la Difesa Costiera di Augusta. Nell'estate del 2014, un ricercatore di Amnesty International trascorse cinque giorni a bordo della nave *Virginio Fasan* per osservare le operazioni di ricerca e soccorso svolte nell'ambito di *Mare Nostrum*.

71. L'Unione europea, tramite i relativi programmi finanziari, allocò soltanto una parte dei fondi necessari all'operazione. Secondo le fonti che si riferiscono a dati raccolti durante una conferenza stampa del Ministro della difesa italiano, il costo complessivo di *Mare Nostrum* fu di circa 9 milioni di euro al mese.

sottrarsi, da quel momento in poi, a complesse operazioni di natura umanitaria della portata di *Mare Nostrum*, offrendo la giustificazione per affidarsi a soluzioni diverse: «*We do not support planned search and rescue operations in the Mediterranean. We believe that they create an unintended "pull factor", encouraging more migrants to attempt the dangerous sea crossing and thereby leading to more tragic and unnecessary deaths*»[72].

Anche FRONTEX, che all'indomani del naufragio di Lampedusa era stata costantemente evocata quale imminente protagonista in operazioni congiunte di Stati membri anche e soprattutto finalizzate a salvare le vite dei migranti, a circa un anno di distanza dall'avvio di *Mare Nostrum* non solo non prese in alcun modo parte all'operazione umanitaria italiana, limitandosi – in virtù del suo immutato mandato – a gestire operazioni congiunte di diversa natura (*Hermes* e *Aeneas*), ma fece anche propria la stessa chiave di lettura secondo la quale operazioni umanitarie della portata di *Mare Nostrum* si sarebbero comunque soltanto prestate agli abusi dei trafficanti e all'aggravamento del fenomeno[73]. È fortemente percepibile, in tutti i documenti successivi all'estate del 2014, il distacco che l'Unione europea, anche attraverso FRONTEX, ha assunto nei confronti di un approccio a prevalente carattere umanitario riguardo al fenomeno dell'immigrazione via mare[74].

Anche in ambito mediatico, la rappresentazione narrativa delle attività di ricerca e soccorso in mare si è profondamente trasformata. Nonostante il tema dell'immigrazione sia sempre stato divisivo, nel linguaggio della comunicazione di massa il racconto delle operazioni umanitarie, originariamente, era comunque positivo: il fenomeno era infatti umanizzato, attraverso riferimenti ai principi di solidarietà e accoglienza. Tuttavia, negli ultimi anni si è avviata una nuova "qualificazione discorsiva", che ha gettato un'ombra sull'operato delle organizzazioni non governative impegnate nella ricerca e nel soccorso in mare, mettendole in discussione fino al punto di dubitare dello spirito umanitario che le anima. A prevalere, ora, è il sospetto[75].

---

72. I testi dell'interrogazione parlamentare e della relativa risposta sono pubblicamente consultabili all'indirizzo http://www.parliament.uk. Diversi membri del Parlamento italiano, incluso l'allora vice-Presidente del Senato, scelsero la medesima chiave di lettura esposta dalla baronessa britannica, con formulazioni solo meno raffinate che non vale la pena richiamare.

73. «*The number of trips and of persons has drastically increased with the launching of Mare Nostrum. I am afraid of saying it is a pull factor, but the smugglers have abused the proximity of this operation near to the Libyan coast to put more people in the sea with the assumption that they would be rescued very soon*», Gil Arias-Fernández, Direttore esecutivo di FRONTEX, sul tema *Frontex Activities in the Mediterranean*, LIBE/ 8/01027, 4 settembre 2014. Il video della presentazione è disponibile sul sito istituzionale del Parlamento europeo, http://www.europarl.europa.eu.

74. Sul rinnovato mandato della guardia di frontiera e costiera europea, v. reg. 2016/1624 del 14.9.2014; v. inoltre reg. 2016/1625 del 14.9.2016, che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza marittima.

75. COSPE, Associazione Carta di Roma e Osservatorio di Pavia, *Navigare a vista: il racconto delle operazioni di ricerca e soccorso di migranti nel Mediterraneo centrale*, 2017.

Come si ricorderà, risale a novembre 2014 l'avvio dell'operazione *Triton*, con il primario obiettivo di sorveglianza alle frontiere. Lo stesso Commissario europeo per gli affari interni, che all'indomani del naufragio di Lampedusa annunciava come imminente un'estesa operazione di FRONTEX di ricerca e soccorso che avrebbe operato nel Mediterraneo da Cipro alla Spagna, esattamente a un anno di distanza da quell'annuncio si ritrovò ad affermare qualcosa di sostanzialmente diverso: «*It is clear that the Triton operation cannot and will not replace Mare Nostrum. The future of Mare Nostrum remains in any case an Italian decision*»[76].

Le operazioni congiunte degli Stati membri dell'Unione europea, a differenza di *Mare Nostrum*, hanno sempre considerato la ricerca e il soccorso in mare come attività soltanto incidentali nel perseguimento di un diverso obiettivo primario, consistente nella sorveglianza delle frontiere marittime esterne. La gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione europea, incluse quelle marittime, è affidata a FRONTEX, che non dispone di mezzi e personale propri, ma si affida a fondi stanziati appositamente dall'Unione europea e alla dotazione di mezzi – terrestri e aeronavali – messi a disposizione dai singoli Stati membri allo scopo di promuovere operazioni congiunte con altri Stati membri[77].

Negli ultimi anni si è quindi andato sempre più sviluppando un indirizzo politico nell'ambito dell'Unione europea che va in una direzione improntata a interventi di polizia di frontiera e rafforzamento del controllo dei confini. È questo l'aspetto che tuttora prevale nell'attuale dibattito sulle strategie e sulle misure da adottare per una gestione efficace dei flussi migratori, con il risultato che le opzioni di mobilità legale e sicura a disposizione dei soggetti meritevoli di protezione internazionale restano ancora estremamente limitate[78].

---

76. *Statement by European Union Commissioner Cecilia Malmström on operation Triton*, 7 ottobre 2014, http://europa.eu.

77. La base giuridica relativa alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea è costituita dagli artt. 67 e 77 del TFUE, relativi, tra le altre cose, allo sviluppo di «una politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne» che includa «il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne», nonché l'instaurazione progressiva di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne». Per una critica alle operazioni congiunte condotte dagli Stati membri dell'Unione europea attraverso FRONTEX alla luce del diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati, v. anche S. Trevisanut, *Which Borders for the EU Immigration Policy? Yardsticks of International Protection for EU Joint Borders Management*, in *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, a cura di L. Azoulai e K. de Vries, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 106-148; e A. Liguori e N. Ricciuti, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2012, pp. 539-567. Sugli ostacoli al diritto a un rimedio effettivo per i migranti irregolari nel sistema delle agenzie europee, v. S. Carrera, L. Den Hertog e J. Parkin, *The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, pp. 337-358.

78. Su questo aspetto, v. F. L. Gatta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2018.

Al termine di un lungo processo negoziale da parte dei Ministeri europei per la difesa e per gli affari esteri, il 24 giugno 2014 venne approvata la Strategia per la sicurezza marittima dell'Unione europea (in seguito: Strategia). In questo documento, il fenomeno dell'immigrazione irregolare è affrontato in una prospettiva drasticamente unilaterale e trasformato da emergenza umanitaria a vero e proprio rischio per la sicurezza. Insieme ad aggressioni armate da parte di Paesi terzi, terrorismo, proliferazione di armi di distruzione di massa e disastri ambientali, la lista di rischi e minacce per i cittadini europei e per gli interessi strategici degli Stati membri oggi comprende ufficialmente «*trafficking of human beings and smuggling of migrants, organised criminal networks facilitating illegal migration*». La Strategia ha posto, da subito, l'obiettivo di sviluppare nuove capacità nel settore della sicurezza marittima, che prevedono, tra le altre cose, «*enhancing civil-military interoperability and industrial competitiveness*» e lo sviluppo di «*dual-use and multipurpose capabilities and the exploration of options for their better use*»[79]. Nella revisione alla Strategia, di giugno 2018, il Consiglio dell'Unione europea «*stresses the benefits deriving from* cross-*sectoral cooperation and the synergies between civil and military actors*»[80]. Il piano d'azione allegato si fonda, tra gli altri, su un «cross *sectoral approach (including civil-civil, civil-military and military-military cooperation)*»[81].

Le peculiari espressioni utilizzate nella Strategia (*civil-military interoperability*, *dual-use*, *multipurpose*, *comprehensive*, *cross-sectoral*, *cross-border*) non stanno che a significare che il settore della sorveglianza delle frontiere e del controllo del fenomeno migratorio richiede, secondo gli Stati membri dell'Unione europea, una risposta non soltanto attraverso operazioni di guardie di frontiera e di polizia, ma anche attraverso interventi di natura militare. Questo significa anche, tuttavia, che dal piano degli strumenti legislativi, discussi e approvati dal Parlamento europeo, ci si sposta sul piano delle decisioni del Consiglio, ovvero, come proprio nel caso della Strategia, sul piano di strumenti di indirizzo politico diversamente negoziati, che perseguono l'obiettivo di un inserimento militare in situazioni – come il controllo alle frontiere – che gli strumenti legislativi attuali, invece, non prevedono. Si tratta di un "approccio parallelo" al problema dell'immigrazione irregolare che sfugge al normale canale giuridico e istituzionale in un settore delicato per l'Unione europea. Si può rilevare che il turno di presidenza europea della Grecia e poi dell'Italia nel 2014 – proprio i due Stati membri maggiormente coinvolti

79. *European Union Maritime Security Strategy*, 24 giugno 2014, https://www.consilium.europa.eu, parr. V, a); V, d); V, e); V, g); V, c); V, 3; V, 3, c).

80. *Council conclusions on the revision of the European Union Maritime Security Strategy (EUMSS) Action Plan*, 26 giugno 2018, par. 8, https://www.consilium.europa.eu.

81. *Ibidem*, *Annex: Revised European Union Maritime Security Strategy (EUMSS) – Action Plan*, par. 1.

dal fenomeno – certamente contribuì al radicamento di questo approccio nel momento di picco dell'emergenza umanitaria.

La conferma di questa tendenza arrivò presto, con l'approvazione della Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa all'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED) [82], coordinata dallo Stato maggiore della difesa italiano. Tale strumento ha dato forma giuridica a una serie di proposte già fatte proprie dal Consiglio (giustizia e affari interni) del 10 aprile 2015 e poi ribadite il 20 aprile 2015 dal Consiglio europeo straordinario[83]. L'11 maggio 2015, l'Alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza aveva informato il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sulla crisi dei migranti nel Mediterraneo e sui preparativi in corso per una possibile operazione navale dell'Unione europea, manifestando la necessità che l'organizzazione operasse con il sostegno del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite[84]. Il 18 maggio 2015, data della decisione, il Consiglio dell'Unione europea approvò il "concetto di gestione della crisi", prevedendo, all'art. 1, par. 1, la "missione" di «condurre un'operazione di gestione militare della crisi che contribuisce a smantellare il modello di *business* delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), realizzata adottando misure sistematiche per individuare, fermare e mettere fuori uso imbarcazioni e mezzi usati o sospettati di essere usati dai passatori o dai trafficanti, in conformità del diritto internazionale applicabile, incluse l'UNCLOS e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite».

La seconda fase di EUNAVFOR MED, ribattezzata a settembre Operazione *Sophia*, iniziò il 7 ottobre 2015. Il passaggio alla fase operativa ha necessitato dell'intervento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, sollecitato a fornire la base giuridica, in virtù

82. La decisione ha come base giuridica l'art. 42, co. 4, del Trattato sull'Unione europea (in seguito: TUE), in base al quale «le decisioni relative alla politica di sicurezza e di difesa comune, comprese quelle inerenti all'avvio di una missione di cui al presente articolo, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro. L'alto rappresentante può proporre il ricorso sia ai mezzi nazionali sia agli strumenti dell'Unione, se del caso congiuntamente alla Commissione», nonché l'art. 43, co. 2, del TUE, ai sensi del quale il Consiglio adotta decisioni relative alle missioni esterne per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite, «stabilendone l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione. L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, sotto l'autorità del Consiglio e in stretto e costante contatto con il comitato politico e di sicurezza, provvede a coordinare gli aspetti civili e militari di tali missioni». Ai sensi dell'art. 43, co. 1, del TUE, le missioni appena menzionate comprendono «le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti».

83. Considerando (1) della decisione.

84. Considerando (4) della decisione.

del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite[85], per un'operazione di carattere militare degli Stati membri dell'Unione europea nel mare territoriale di un Paese terzo, la Libia, che nella decisione del Consiglio dell'Unione europea era sempre indicata, indirettamente, come "Stato costiero interessato".

Già con la risoluzione 2238(2015) del 10 settembre 2015, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite aveva espresso preoccupazione per il contrabbando di migranti e per il traffico di persone da e attraverso il territorio libico e grave allarme per la recente proliferazione di tali fenomeni nel Mediterraneo, alla base della perdita di vite umane soprattutto al di fuori delle coste libiche[86]. In quell'occasione, l'organismo deputato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali si era espresso nei seguenti termini: «*The Security Council (...) condemns cases of torture and mistreatment, and deaths by torture, in detention centres in Libya, (...), calls for the immediate release of all individuals arbitrarily arrested or detained in Libya, including foreign nationals*»[87].

Suscita quindi diverse perplessità il fatto che lo stesso organo che nel settembre 2015 constatava l'esistenza conclamata di casi di tortura e di detenzioni arbitrarie in Libia, un mese dopo abbia autorizzato un'operazione che prevede il dirottamento di persone in fuga verso le coste di partenza e addirittura la distruzione dei mezzi che queste persone impiegano per fuggire.

La risoluzione 2240(2015) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 9 ottobre 2015, che fornì la base giuridica per l'operazione di contrasto all'immigrazione via mare dalla Libia, fu il risultato di una proposta del Regno Unito, che superò tre serie di consultazioni in plenaria e discussioni informali bilaterali tra diversi Stati[88].

L'iniziativa dell'Unione europea e l'avallo ottenuto dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite hanno sollevato diverse critiche, non solo per l'inusuale velocità con cui l'operazione è stata pianificata e avviata dagli Stati membri, invece ben più lenti nell'accordarsi su altri tipi di misure (come, per esempio, sulle quote per la ricollocazione), ma soprattutto per l'ispirazione che l'impegno in questione ha tratto da un'altra operazione, EUNAVFOR ATALANTA, che tuttavia è diretta a contrastare un fenomeno

85. Il Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite conferisce al Consiglio di sicurezza poteri di natura coercitiva, che possono estrinsecarsi, sulla base dell'accertamento di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione (art. 39), nell'adozione di misure preventive (art. 40) ovvero di misure dirette contro gli Stati trasgressori, sia di natura economica (art. 41), sia comportanti l'uso della forza militare (art. 42).

86. Risoluzione 2238(2015) del 10.09.2015, par. 9.

87. *Ibidem*, par. 8.

88. Per un'analisi della risoluzione 2240(2015) e del dibattito in seno al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 9.10.2015 al momento del voto, v. T. Scovazzi, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu e T. Scovazzi, Torino, Giappichelli, 2016, p. 45 ss.

molto diverso: «*Apprehending pirates in the Indian Ocean is one thing. Defeating the networks through which smugglers traffic migrants through North Africa is quite another. The European Union's new naval force deployment in the Mediterranean – EUNAVFOR MED – drew criticism from international partners and the general public alike when plans for a "boat-sinking" operation were unveiled, raising fears about unacceptable levels of violence and collateral damage; a European version of Mexico's drug war*»[89].

Il mandato di EUNAVFOR MED è stato a più riprese esteso, con il compito aggiuntivo di monitorare l'addestramento fornito alla Guardia Costiera libica[90]. In questo contesto, si è anche inserito il memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017[91], che, accolto positivamente dal Consiglio europeo[92], ha sollevato invece le critiche del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, per non contenere alcuna disposizione che condizionasse la collaborazione tra i due Stati al rispetto dei diritti umani[93]. Altri contributi dell'Unione europea su scala globale, tra cui nuovi modelli cooperativi e il partenariato europeo in tema di migrazioni, non mancano di mostrare alterazioni e riposizionamenti dei diritti dello straniero rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana[94].

In sintesi, le misure intraprese dagli Stati dell'Unione europea, bilateralmente con Paesi terzi ovvero attraverso iniziative esecutive di natura politica, svincolate dallo scrutinio parlamentare, si sono allontanate dall'approccio umanitario e mirano all'obiettivo di neutralizzare le reti del traffico di migranti attraverso un'azione coercitiva, per giunta in un ambiente naturale ostile e in collaborazione con le deboli istituzioni di uno Stato preda di una guerra civile.

---

89. G. Faleg e S. Blockmans, *EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in troubled waters*, in *CEPS Commentary*, 26 giugno 2015, p. 1.

90. Decisione (PESC) 2017/1385 del Consiglio che modifica la decisione (PESC) 2015/778 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED operazione SOPHIA), GUUE L194/61, 26.7.2017.

91. *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2 febbraio 2017. Non si tratta del primo tentativo di intesa tra i due Paesi, che era stato preceduto da una serie di accordi bilaterali, incluso un trattato d'amicizia, allo scopo di consentire il rinvio dei migranti intercettati in mare verso la Libia; una politica che costò all'Italia la condanna sopra menzionata (v. nota 42).

92. *Malta Declaration by the members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route*, 3.2.2017, https://www.consilium.europa.eu.

93. United Nations Committee against Torture, *Concluding observations on the fifth and sixth combined periodic reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 21.11.2017, https://www.refworld.org.

94. D. Vitiello, *Il contributo dell'Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una lettura critica dei Global Compacts*, in questa *Rivista*, n. 3.2018. Sul tema dei Global Compact in questo settore, v. anche G. Cataldi e A. Del Guercio, *I Global Compact su migranti e rifugiati. Il Soft Law delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

4. La risposta delle istituzioni nazionali in Italia e in Libia[95]

La posizione assunta dalle istituzioni italiane non si distanzia dal diverso atteggiamento sviluppatosi in sede di Unione europea, ma ha, anzi, contribuito a informarne la definitiva svolta verso un'impronta primariamente coercitiva 96 . Per esempio, in una riunione dell'11 ottobre 2018 su ricerca e soccorso organizzata dalla Guardia Costiera italiana alla presenza di rappresentanti della Guardia Costiera libica e della direzione generale della Commissione europea per la migrazione e gli affari interni, oltre che dei rappresentati di diversi Stati costieri mediterranei, nel quadro dell'azione denominata Assessment of the Libyan Coast Guard Legal Framework and Capability in Terms of SAR Services (co-finanziata dal Fondo per la Sicurezza interna dell'Unione europea)97, è stata anche formulata l'interpretazione secondo la quale il sistema giuridico relativo alla ricerca e al soccorso in mare nel quadro delle Convenzioni internazionali sopra menzionate98 non sarebbe appropriato a fronteggiare il fenomeno migratorio. In tale sede, e nella premessa – in realtà smentita dall'aumento di morti in mare – secondo cui «there is no longer a migration crisis»99, si è sostenuto che gli strumenti internazionali come la Convenzione SAR oggi non contribuiscono validamente a fronteggiare un fenomeno diverso da quello di una nave che occasionalmente si trovi in difficoltà e che, pertanto, si renderebbe necessario intervenire con azioni coercitive di contenimento del flusso migratorio senza fondarsi esclusivamente sulle norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare.

È in questo scenario che si inseriscono anche le note e contestate direttive del Ministero dell'interno italiano, rubricate al N. 14100/141(8), rispettivamente del 18 marzo, 4 aprile, 15 aprile e 15 maggio 2019[100].

In generale, la funzione delle direttive è volta a regolare la condotta degli uffici pubblici, incidendo sulla struttura dei procedimenti. In particolare, nella materia di cui si

95. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, vari dati rilevanti sul piano giuridico si sono aggiunti a quelli ivi esposti, in una sequenza molto serrata di eventi, interventi legislativi e pronunce giudiziarie. Tuttavia, non sembra che, nel complesso, la situazione generale e le conclusioni possano risultarne modificati.

96. Sui più recenti sviluppi legislativi in tema di controllo dei flussi migratori, v., tra gli altri, 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; e F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

97. HOME/2016/ISBF/AG/EMAS/0051.

98. V. nota 17 e ss.

99. Simon Mordue, della Direzione generale per la migrazione e affari interni della Commissione europea, nel suo intervento alla riunione in commento.

100. La prima e la terza direttiva sono a firma del Ministro; la seconda, d'ordine del Ministro, è a firma del Capo di Gabinetto.

tratta, le direttive sono atti precettivi per la pubblica amministrazione, che incidono sull'organizzazione delle azioni di contrasto "reattivo" all'immigrazione irregolare e al suo favoreggiamento, nonché al traffico di esseri umani.

L'emanazione delle direttive in questione è stata, com'è noto, criticata, preliminarmente con l'argomento che il Ministro dell'interno avrebbe travalicato i propri poteri, invadendo quelli di altri Ministri (in particolare, quelli del Ministro della difesa e delle autorità militari da esso dipendenti). Tuttavia, le direttive in esame sono state emanate nell'ambito delle attribuzioni tipiche del Ministro dell'interno, riferite all'ordine pubblico e alla sicurezza, che costituiscono, tradizionalmente, la funzione più intrinsecamente connessa all'esercizio della sovranità dello Stato, fatti salvi ovviamente gli obblighi che derivano dal rispetto del diritto internazionale.

Si tratta di una funzione di per sé conservativa, per la cui tutela l'amministrazione statale, nonché le amministrazioni regionali e locali per la polizia amministrativa, possono adottare misure sia preventive, sia repressive (art. 159, co. 2, del d.lgs. 31.3.1998, n. 112). In generale, infatti, le attribuzioni relative all'ordine pubblico e alla sicurezza sono affidate all'Amministrazione della pubblica sicurezza, che opera sotto la responsabilità del Ministero dell'interno (l. 1.4.1981, n. 121), quale autorità nazionale di pubblica sicurezza.

Sotto il limitato profilo dell'invasione delle attribuzioni e dei poteri di altre amministrazioni (Ministro della difesa e Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), le contestazioni sollevate, ad avviso di chi scrive, non coglierebbero pienamente nel segno – e questo a prescindere, naturalmente, dal merito delle direttive medesime. Infatti, per esempio, al Ministro dell'interno fanno capo, dal punto di vista funzionale, anche le autorità provinciali e locali di pubblica sicurezza e i relativi agenti, seppure appartenenti ad altre forze di polizia (Arma dei Carabinieri, Guardia di Finanza, Capitanerie di Porto), dipendenti da altre amministrazioni, laddove invece la Polizia di Stato è direttamente incardinata nel Ministero dell'interno e ne costituisce la struttura operativa.

La contestata estensione delle attribuzioni del Ministro dell'interno su personale appartenente ad altri Ministeri è storicamente derivata dall'evoluzione delle norme che riguardano la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata e, per quanto qui interessa, il contrasto all'immigrazione clandestina.

Quanto all'oggetto delle direttive, e in particolare la prima, relativa al coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e il contrasto dell'immigrazione illegale, l'art. 11, co. 1-*bis*, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, recante il Testo unico in materia di immigrazione (in seguito: TU), affida soltanto al Ministro dell'interno – sentito, ove necessario, il Comitato nazionale per l'ordine e la sicurezza pubblica – il potere di emanare le misure necessarie per il coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana. "Coordinamento unificato" significa,

appunto, potere di organizzazione delle diverse forze di polizia, anche appartenenti ad altre amministrazioni, al fine di conseguire gli scopi prefissati dalla legge.

Peraltro, l'art. 11, co. 1, del TU prevede espressamente, quale unica forma di collaborazione tra amministrazioni dello Stato, soltanto quella tra il Ministro dell'interno e il Ministro degli affari esteri, per l'adozione del «piano generale degli interventi per il potenziamento e il perfezionamento, anche attraverso l'automazione delle procedure, delle misure di controllo di rispettiva competenza». Tuttavia, le misure di potenziamento e di coordinamento dei controlli di frontiera descritte in generale dall'art. 11 – e sostenute dalla *ratio* complessiva del TU – sono dettate mediante le direttive del solo Ministro dell'interno [101]. La norma in commento, quindi, individua espressamente il Ministro dell'interno quale unica autorità competente all'emanazione delle direttive relative al potenziamento e al coordinamento dei controlli di frontiera; coordinamento che è, perciò, esteso espressamente anche alle autorità marittime e militari, seppur dipendenti da altre amministrazioni.

In conclusione, perciò, su questo punto, ad avviso di chi scrive, sotto il profilo dell'attribuzione dei poteri, le recenti direttive del Ministro dell'interno non possono essere censurate per pretesa invasione dei poteri di altre amministrazioni. Altra questione, come si argomenta qui di seguito, riguarda il merito dell'esercizio, nella fattispecie, del potere attribuito al Ministro dell'interno, in particolare per aver utilizzato detto potere per fini diversi da quelli per i quali è attribuito. In particolare per la prima delle quattro direttive, ciò si desume dalla motivazione stessa dell'atto, che mescola in un unico contenitore problematiche profondamente diverse nell'origine e nelle conseguenze.

Infatti, prendendo le mosse dal «poliedrico approccio della dimensione interna della politica di migrazione, della tutela delle frontiere esterne dell'UE e del rafforzamento dell'azione di contrasto al traffico dei migranti», la direttiva, in un'oggettiva eterogenesi dei fini, confonde in un coacervo indistinto le norme relative alla salvaguardia della vita umana in mare con la necessità di scongiurare il rischio che «nel gruppo di migranti possano celarsi soggetti coinvolti in attività terroristiche o comunque pericolosi per la sicurezza o l'ordine pubblico».

La direttiva più rilevante, per i suoi effetti generali, è senz'altro la prima. Essa censura, innanzi tutto, le condotte poste in essere da imbarcazioni private che abbiano soccorso migranti nel Mediterraneo, considerando il loro passaggio nelle acque territoriali italiane come potenzialmente "non inoffensivo" ai sensi dell'art. 19 dell'UNCLOS. Tale

101. Il coordinamento e la sovrintendenza all'attuazione di tali direttive sono svolti dai prefetti delle Province di confine terrestre e delle Regioni interessate alla frontiera marittima, sentiti i questori e i dirigenti delle zone di polizia di frontiera, nonché le autorità marittime e militari e i responsabili degli organi di polizia (art. 11, co. 3, TU).

circostanza consentirebbe allo Stato costiero di intimare alle navi in questione di abbandonare immediatamente il mare territoriale. La conseguenza è l'invito, rivolto dal Ministro dell'interno a tutte le autorità di pubblica sicurezza, ad allontanare dal mare territoriale italiano tutte le imbarcazioni che trasportano migranti soccorsi in qualsiasi zona del Mediterraneo.

L'art. 19, co. 2, lett. g), dell'UNCLOS prevede, in realtà, che il passaggio di una nave straniera nel mare territoriale possa essere considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se tale nave mette in atto la seguente azione (per quanto qui interessa): «*the loading or unloading of any ... person contrary to customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State*». Tuttavia, la fattispecie non è in nessun caso riscontrabile in capo alle navi umanitarie che abbiano soccorso persone (sia pure migranti) in mare e che si trovino a navigare nelle acque territoriali italiane, finanche allo scopo di richiedere l'ingresso nel relativo porto. Questo risulta evidente dalla formulazione della norma. Le navi umanitarie non imbarcano (*loading*), né sbarcano (*unloading*) alcuna persona nel mare territoriale italiano violando le leggi e i regolamenti citati dalla norma in commento: le persone sono infatti soccorse al di fuori delle acque italiane e non sono fatte scendere dalla nave durante il passaggio nel mare territoriale (per esempio, accompagnandole a terra contro le istruzioni della polizia di frontiera o fornendole di più piccole imbarcazioni per raggiungere la costa clandestinamente, in violazione delle leggi e dei regolamenti dello Stato costiero). Le persone soccorse vengono tenute a bordo per tutto il momento del passaggio nel mare territoriale e fino all'esito della legittima richiesta, rivolta dal comandante della nave umanitaria alle competenti autorità della frontiera marittima, di raggiungere un porto italiano. La posizione dello Stato costiero, allertato della situazione dalla stessa nave che ospita a bordo le persone in questione, non è pregiudicata, mantenendo lo Stato ogni potere di decisione circa la valutazione della situazione della nave e delle persone a bordo. Non vi è nessuna necessità, pertanto, di intimare l'allontanamento di una nave che non pregiudica, con la sua condotta, la pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero. Come si evidenzierà anche in seguito, nessuna delle azioni finora poste in essere dalle navi umanitarie, non comportando sbarchi illegali o clandestini, può dirsi riflettere i presupposti dell'art. 19, lett. g), dell'UNCLOS necessari a rendere pregiudizievole la mera presenza della nave straniera nel mare territoriale italiano.

L'invito rivolto alle autorità di pubblica sicurezza dal Ministro dell'interno pare, inoltre, in evidente contrasto con tutto il diritto internazionale applicabile al soccorso in mare, anche solo per l'ovvia conseguenza di impedire che tale soccorso possa concludersi con l'arrivo sulla terraferma, nonché con il diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati, istruendo le autorità di pubblica sicurezza a veri e propri respingimenti collettivi,

che pregiudicano l'esame delle domande individuali di protezione internazionale e dello *status* di potenziali rifugiati e asilanti. Ma non solo. Il suddetto invito pare infine contrastare con l'art. 12, co. 9-*bis*, dello stesso TU, il quale dispone che «la nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato». L'accompagnamento della nave in questione in un porto italiano non solo è teso a consentire di verificare se la nave sia coinvolta in un traffico illecito di migranti ovvero abbia solo prestato soccorso a persone in pericolo in mare, ma anche ad assicurare che, in ogni caso, le persone soccorse raggiungano un luogo sicuro, in cui possano essere identificate a ogni conseguente effetto. È proprio sotto questo profilo che la motivazione della direttiva in questione presenta i suoi aspetti più illogici e contraddittori. L'art. 12, co. 9-*bis*, del TU appare certamente più in sintonia, rispetto alla direttiva, con il complesso di norme del diritto internazionale che riguardano non solo i poteri di protezione dello Stato costiero secondo il diritto del mare, ma anche gli obblighi di salvaguardia della vita di chi è stato soccorso in mare.

Infatti, occorre ricordare che, nella maggior parte dei casi ai quali la direttiva si riferisce, le persone a bordo non hanno attraversato il Mediterraneo sulla stessa imbarcazione che attraversa le acque territoriali italiane, finanche allo scopo di entrare in territorio italiano, ma sono state soccorse in mare da un'altra nave, che ha l'obbligo di condurle in un luogo sicuro[102]. Inoltre, sempre nella maggior parte dei casi ai quali la direttiva si riferisce, la nave soccorritrice non tenta un ingresso illegale della frontiera, approdando clandestinamente in luoghi in cui i controlli delle autorità sono più difficili e tentando, in questo modo, di eluderli (per esempio, approdando di notte, su una spiaggia isolata), ma dichiara la sua presenza nel mare territoriale e richiede formalmente alle competenti autorità l'ingresso in porto affinché sia esaminata la posizione delle persone a bordo.

In altre parole, in tutti quei casi in cui, per opposte ragioni, si è destato l'allarme che ha indotto all'emanazione delle direttive in questione, non si versava nella situazione di persone che intenzionalmente tentavano di eludere i controlli alla frontiera. Anzi, era manifesta la volontà dei comandanti delle navi soccorritrici di condurre i migranti alla frontiera marittima di un Paese (o porto) sicuro, perché fossero identificati e potessero rivolgere eventuali domande di protezione; domande il cui accoglimento o rigetto, con tutte

102. Par. 2 del presente contributo e le norme ivi richiamate.

le conseguenze del caso, resta – senza pregiudizio alcuno, è importante sottolinearlo – affidata alla normativa dello Stato. Le richieste di ingresso attraverso una frontiera marittima affinché le persone recuperate dal mare siano sottoposte, oltre che alle cure necessarie conseguenti al soccorso, anche a tutte le misure di sicurezza e di polizia eventuali, induce *ex se* a escludere, ad avviso di chi scrive, che possa configurarsi una fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a carico delle navi che hanno prestato il soccorso[103].

Ma anche in altro consistono la contraddittorietà e l'illogicità della direttiva, tali da evidenziare ancor di più lo sviamento di potere che la caratterizza. Infatti, essa si presenta solo apparentemente come connotata dall'intento di contrastare, insieme all'immigrazione irregolare, anche il rischio di ingresso di immigrati "terroristi".

Innanzi tutto, e a prescindere dal fatto che la rete del terrorismo internazionale si muove notoriamente attraverso canali diversi dal pericoloso attraversamento del Mediterraneo su imbarcazioni di fortuna, il fatto che una persona fugga da un Paese a rischio di terrorismo non significa di per sé che sia inevitabilmente un terrorista o un appartenente a organizzazioni terroristiche. L'argomento sostenuto nella direttiva resta peraltro privo di ogni fondamento probatorio, stando a quanto riferito dagli operatori delle stesse autorità destinatarie dell'atto: «per ciò che concerne gli scafisti-terroristi, questo è un tema di cui si parla, ma solo per ipotesi. Non abbiamo prove che tra gli scafisti si nascondano i terroristi. Almeno finora, non abbiamo avuto nessun caso documentato»[104]. In secondo luogo, e soprattutto, per svolgere un'azione davvero preventiva rispetto a questo rischio, considerato potenzialmente connesso alla commissione dei delitti previsti dall'art. 12 del TU, sarebbe certamente preferibile che le persone in sospetto di potenziale attività terroristica trovate a bordo di una nave nelle acque territoriali italiane fossero accompagnate in un porto e ivi identificate, piuttosto che semplicemente allontanate senza curarsi di dove andranno (magari a sbarcare clandestinamente sul territorio italiano o di altro Stato limitrofo per ivi organizzare attentati alla popolazione).

L'interesse pubblico prevalente, sia in termini di ordine pubblico che di sicurezza, dovrebbe quindi essere quello di condurre tutte le persone soccorse nel porto sicuro più vicino (che, trattandosi di imbarcazioni di soccorso che già si trovano nelle acque

---

103. Per una rassegna di provvedimenti italiani relativi alla responsabilità per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TU in capo alle organizzazioni non governative che operano soccorsi in mare, v. P. L. di Bari e L. Masera, Rassegna di giurisprudenza italiana, in questa Rivista, n. 2.2018 e n. 2.2019.

104. Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Anche il Capo di Stato Maggiore della Marina, ammiraglio Giuseppe De Giorgi, confermò di dubitare che un terrorista possa arrivare via mare, poiché le persone soccorse sono disperati che affrontano viaggi estenuanti.

territoriali italiane, sarebbe un porto italiano), ove possono essere svolte tutte le indagini, al fine di verificare quanto temuto dalla direttiva. La lotta diffusa al terrorismo su scala preventiva non si giova di respingimenti di massa o di chiusura generalizzata di porti, in maniera immotivata e senza riferimento a situazioni concrete[105]. Ricorrendo a misure generalizzate a danno di gruppi interi di individui, sembra che non ci si preoccupi neanche di accertare le reali intenzioni e condizioni di un soggetto oggettivamente definibile come "pericoloso", cadendo vittime di una «criminalizzazione discorsiva», che crea l'equivalenza tra irregolare, criminale, terrorista, e in cui «la dimensione linguistica della criminalizzazione gioca un ruolo essenziale nel plasmare un immaginario sociale che vede nel migrante irregolare una figura socialmente pericolosa»[106]. E in effetti, il termine "clandestino" è ormai un tipico esempio di categoria collettiva che viene impiegata a scopo securitario. Ma anche a prescindere dalle disposizioni del diritto internazionale – come il Protocollo contro il contrabbando di migranti per terra, mare e aria (Palermo, 2000) – che vietano che il migrante irregolare sia criminalizzato per la sua condizione, l'impiego che viene fatto dei termini «irregolare» e «clandestino» nel contesto di misure come le direttive in commento è fuorviante anche ai sensi del diritto interno, perché un illecito amministrativo compiuto da chi risulta privo della documentazione adeguata per autorizzare la propria presenza su un determinato territorio viene fatto rientrare in una fattispecie penale, in un costrutto linguistico semplificato che lascia intendere all'opinione pubblica che non si tratta di contrastare ingressi non autorizzati di persone in fuga da fame e conflitti, ma di combattere reti criminali organizzate, giustificando in tal modo una mobilitazione securitaria potenzialmente generalizzata. Questa criminalizzazione discorsiva di gruppi di individui, che risultano eccedenti rispetto alle esigenze di uno Stato, corrisponde a una precisa scelta politica[107], ma non è sostanziata da esigenze concrete di sicurezza nazionale.

A conferma del netto contrasto delle iniziative del Ministro dell'interno italiano con il diritto internazionale applicabile si è inserita una comunicazione congiunta del 15 maggio

105. La recente posizione assunta dall'Italia rievoca le chiusure di altri Stati rispetto all'esigenza di garantire i diritti dei rifugiati e, più in generale, delle persone soccorse in mare. Per esempio, v. B. Frelick, *"Abundantly clear": Refoulement*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. XIX, n. 2.2005, pp. 246 ss. Il titolo del contributo è ispirato dalla dichiarazione che il Presidente George W. Bush rilasciò il 25 febbraio 2004: «*I have made it abundantly clear to the Coast Guard that we will turn back any refugee that attempts to reach our shore*». Per un confronto tra diversi casi e approcci all'immigrazione irregolare in Europa e negli Stati Uniti, v. *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, a cura di M. Dembour e T. Kelly, Abingdon, Routledge, 2011.

106. In proposito, v. E. Gremblo, *Pericolo in movimento. I migranti e la produzione legale di illegalità*, in *Aut Aut*, *Individui pericolosi, società a rischio 2*, n. 373, 2017, pp. 126-127.

107. In proposito, v. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, traduzione italiana di M. Guareschi, Milano, Feltrinelli, 2000.

2019 dei titolari delle "procedure speciali" (relatori speciali, esperti indipendenti e gruppi di lavoro) operanti sotto il mandato del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, che l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha chiesto alla Missione permanente italiana presso le Nazioni Unite a Ginevra di trasmettere al Ministro degli affari esteri italiano[108]. La comunicazione ammonisce il governo italiano circa una serie di violazioni di obblighi internazionali derivanti dall'applicazione delle direttive in commento. Inoltre, riguardo alla criminalizzazione dei comportamenti delle organizzazioni non governative impegnate nelle operazioni di soccorso, la comunicazione afferma che vi siano fondati motivi per credere che le prime due direttive – anche in considerazione del momento della loro emanazione – siano state adottate con lo scopo di ostacolare direttamente l'attività della nave *Mare Jonio*. A questo riguardo, i titolari delle procedure speciali si sono dichiarati «profondamente preoccupati per l'approccio adottato dal Ministro dell'interno italiano», che «non è fondato su (né confermato da) alcuna decisione delle competenti autorità giudiziarie», ma rappresenta piuttosto un «tentativo politico di criminalizzare operazioni di ricerca e soccorso condotte dalla società civile», che «intensifica il clima di ostilità e di xenofobia nei confronti dei migranti», come peraltro già precedentemente sottolineato in due lettere indirizzate dagli stessi organismi al governo italiano[109], alle quali non era seguita risposta. Riguardo, infine, al paventato rischio di terroristi a bordo delle navi soccorritrici, la comunicazione rileva come le direttive in questione non siano fondate su «alcuna informazione fattuale né su dati qualitativi o quantitativi idonei a sostenere quelle affermazioni». Il risultato è che un approccio così costruito fa un «impiego strumentale del tema della lotta al traffico di persone, poiché le politiche restrittive nei confronti del fenomeno migratorio contribuiscono a esacerbare le vulnerabilità dei migranti e, in questo modo, favoriscono il traffico di persone, piuttosto che prevenirlo e proteggerne le potenziali vittime»[110].

In questo paragrafo si intende anche brevemente affrontare, come sopra anticipato, il secondo problema individuato rispetto all'istituzione della regione di ricerca e soccorso libica, cioè la circostanza che l'accompagnamento in Libia delle persone soccorse in mare le espone a gravissime conseguenze. La risposta libica rispetto all'emergenza umanitaria è, infatti, gravemente connotata da violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e dei

108. La comunicazione (AL ITA 4/2019) è stata siglata dal Relatore speciale sulla situazione dei difensori dei diritti umani, dall'Esperto indipendente sui diritti umani e solidarietà internazionale, dal Relatore speciale sui diritti umani dei migranti, dal Relatore speciale sulle forme attuali di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e relativa intolleranza, dal Relatore speciale sulla tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti e dal Relatore speciale sul traffico di persone, in particolare donne e bambini.

109. ITA 4/2018 del 19.10.2018 e ITA 2/2018 del 12.11.2018.

110. AL ITA 4/2019, pp. 2, 3, 4 e 5.

rifugiati, come riferito in numerosi rapporti di agenzie e organizzazioni internazionali[111]. La gravità delle violazioni ha indotto il procuratore della Corte penale internazionale ad avviare indagini, fin dal 2011, riguardo alla commissione in Libia di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra[112]. La situazione ha peraltro subìto un aggravamento esponenziale negli ultimi mesi[113]. La Libia, pur prendendo parte a una serie di strumenti internazionali che tutelano i diritti umani[114], non ha mai ratificato la Conv. Rif. Questo Stato è parte della Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa (Addis Abeba, 1969), che adotta una definizione di "rifugiato" simile a quella della Conv. Rif.[115], ma non ha mai adottato una legislazione nazionale sull'asilo e norme sulle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale allo straniero. Inoltre, la Missione di Supporto delle Nazioni Unite in Libia riferisce che la legislazione libica criminalizza l'ingresso irregolare, il soggiorno e l'uscita dalla Libia senza operare distinzione tra migranti, rifugiati, asilanti, vittime di traffico, migranti in condizioni di vulnerabilità, minori migranti e altri migranti bisognosi di protezione internazionale[116]. In particolare, è prevista la deportazione di coloro che entrano irregolarmente in territorio libico ovvero tentano di uscirne senza un valido documento. A partire dal 2010, una nuova legislazione[117] ha consentito la detenzione, in attesa della deportazione, di migranti in situazione di irregolarità (che possono includere rifugiati). Sebbene la legge richieda che i migranti siano trattati con umanità, rispetto della loro dignità e diritti, senza che vengano

111. Tra gli altri, v. A/72/335, cit.; UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Libya (Update II)*, settembre 2018, http://www.refworld.org; e United Nations Support Mission in Libya, *Desperate and Dangerous: Report on the Human Rights Situation of Migrants and Refugees in Libya*, dicembre 2018, https://www.ohchr.org; *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, A/73/314, 7 agosto 2018.

112. *Sixteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, https://www.icc-cpi.int.

113. *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, in relation to the escalation of violence in and around Tripoli, Libya*, https://www.icc-cpi.int.

114. Si possono ricordare il già menzionato Patto internazionale sui diritti civili e politici; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (New York, 1966); la già citata Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti; la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (New York, 1965); Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (New York, 1981); la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (New York, 1989); e la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (New York, 1990).

115. Tale strumento regionale, all'art. 1, considera "rifugiato" ogni persona che, temendo a ragione di essere perseguitata per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di tale timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti, non può o non vuole ritornarvi a causa di detto timore.

116. L. 20.6.1987, n. 6 sull'organizzazione dell'ingresso, del soggiorno e dell'uscita degli stranieri in Libia. Una traduzione inglese è reperibile qui: https://security-legislation.ly.

117. L. 28.1.2010, n. 19 sulla lotta all'immigrazione illegale. Una traduzione inglese è reperibile qui: https://security-legislation.ly.

derubati del loro denaro e dei loro averi (art. 10), si tratta di una disposizione rimasta lettera morta a fronte dell'evidente – e contrario – contesto di violenze e brutalità riferito dagli osservatori e dai rapporti del procuratore della Corte penale internazionale. Nella pratica, infatti, la stragrande maggioranza dei migranti (inclusi rifugiati) è soggetta a una detenzione arbitraria e indeterminata, spesso a fini di estorsione, senza alcun processo né accesso alla giustizia.

In questo contesto si profila la più assoluta e perentoria inopportunità, da parte delle autorità italiane, di collaborare con le autorità libiche nel gestire l'emergenza umanitaria in Mediterraneo centrale. Come evidenziato dal Relatore speciale sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite nel richiamare le politiche perseguite da alcuni Stati nel contrasto al fenomeno in questione, «*such policies may include assisting, funding or training agencies in other countries to arrest, detain process, rescue or disembark and return refugees or migrants. These policies raise serious concerns when the recipient agencies or States are alleged to be responsible for serious human rights violations of the right to life. By financing and training the very agencies that commit these abuses, funding States are potentially aiding and assisting loss of life*»[118].

Con particolare riguardo all'assistenza fornita dall'Italia alla Guardia Costiera libica, si potrebbe delineare la fattispecie descritta dall'art. 16 del progetto della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti (in seguito: Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati)[119], consistente nell'aiuto o assistenza nel compimento di un atto internazionalmente illecito (*aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act*), che sancisce la responsabilità internazionale per atto illecito di uno Stato laddove esso: 1) agisca in aiuto o assistenza di un altro Stato nella consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e 2) incorrerebbe in responsabilità internazionale se commettesse direttamente quello stesso atto. Entrambi i presupposti individuati dalla fattispecie sembrano riscontrabili nell'assistenza fornita dall'Italia alla Guardia Costiera libica affinché quest'ultima accompagni in Libia le persone soccorse in mare, con la consapevolezza che esse saranno sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, nonché arbitrariamente e indefinitamente private di libertà e diritti – e finanche del diritto alla vita.

118. A/72/335, cit., parr. 36 e 37. Per un'analisi delle responsabilità implicate nel sostenere programmi di supporto a Stati che violano i diritti dell'uomo, v. T. Gammeltoft-Hansen e J.C. Hathaway, *Non-refoulement in a world of cooperative deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2.2015.

119. Testo adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2001 e trasmesso all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite per la sessione A/56/10; v. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, *Part Two*.

Inoltre, potrebbe delinearsi un'ulteriore responsabilità dell'Italia ai sensi degli artt. 40 e 41 dello stesso Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, relativi a gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale. Gli Stati, infatti, ai sensi degli artt. citati, devono cooperare per porre fine con mezzi leciti a ogni violazione grave delle suddette norme imperative (art. 41, co. 1), tra le quali rientra l'obbligo di tutelare gli elementi fondanti del diritto umano alla vita[120], e nessuno Stato può riconoscere come legittima una situazione creata attraverso una violazione grave di una norma di *jus cogens*, né può prestare aiuto o assistenza nel mantenere tale situazione (art. 41, co. 2). Una violazione di un obbligo di *jus cogens* è grave, secondo il Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, se implica da parte dello Stato responsabile una violazione evidente e sistematica del dovere di adempiere l'obbligo (art. 40, co. 2): ebbene, conosciuta la situazione di grave pregiudizio del diritto umano alla vita in Libia, connotata da fattispecie di illecito «evidenti e sistematiche» a danno dei migranti, l'Italia dovrebbe dismettere ogni forma di aiuto o assistenza alla Libia laddove tale azione sia finalizzata all'esclusivo scopo di contenere il flusso migratorio[121].

Entrambi gli Stati, individualmente e cooperando sia tra loro che con altri Stati, hanno infine, com'è noto, messo in atto diverse pratiche di contrasto alle attività delle organizzazioni non governative impegnate nella ricerca e nel soccorso nel Mediterraneo centrale, che vanno da azioni di ostacolo dirette (da parte delle motovedette libiche) ed esortazioni di adottare determinate condotte, alla chiusura dei porti italiani alle navi umanitarie, al ritiro dell'autorizzazione a battere la bandiera fino a quel momento utilizzata per le attività di monitoraggio o soccorso, finanche a indagini e sequestri a carico degli operatori umanitari[122]. Sotto questo aspetto, oltre a quanto già elaborato rispetto all'illogicità, nell'opinione di chi scrive, del formulare imputazioni per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina da parte dei soccorritori, che non attraversano alcuna frontiera in maniera illegale né forniscono assistenza in tal senso, pare opportuno

120. Su questo tema v., tra gli altri, C. Heyns e T. Probert, *Securing the Right to Life: A Cornerstone of the Human Rights System*, in *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2016, https://www.ejiltalk.org.

121. In proposito, v. anche *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, a cura di M. Gibney e S. Skogly, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010, in particolare i capitoli 1 e 3; T. Gammeltoft-Hansen, *Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights*, in *Research Handbook on International Law and Migration*, a cura di V. Chetail e C. Bauloz, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 113-131; M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012, in particolare il capitolo 2.

122. Sui diversi ostacoli eretti nel periodo 2015-2017 nei confronti delle organizzazioni non governative che assistono i migranti, v. J. Allsopp, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

richiamare la circostanza – che risulta essenziale, laddove trattasi di operazioni che richiedono efficienza – che «*there is clear evidence that search and rescue operations deliver the best results in terms of saving migrants lives when they have multi-stakeholder leadership, involving non-governmental organizations alongside State agents, grounded in cooperation and mutual respect, while acknowledging differences. In general, however, far more needs to be done to include civil society in search and rescue work, as many non-governmental organizations have invaluable skills and access to the migrant community*»[123]. È sulla base di queste considerazioni che il Relatore speciale sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie del Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani aveva formulato già nell'agosto 2017 agli Stati le seguenti raccomandazioni: cooperare con le organizzazioni della società civile impegnate nella ricerca e nel soccorso, facilitandone il lavoro; e assicurare che tutti coloro che offrono servizi quali assistenza nelle operazioni di ricerca e soccorso, supporto medico, accoglienza e supporto legale siano espressamente tutelati contro possibili azioni giudiziarie nei loro confronti[124]. A seguito dell'aggravamento delle opposizioni rivolte dagli Stati agli operatori umanitari, lo stesso relatore, nell'agosto 2018, ha più severamente ammonito che «*in situations where States are unwilling or unable to provide humanitarian relief themselves, they must let others provide such service. ... States must not criminalize or otherwise penalize the provision of support or assistance to migrants*»[125].

In conclusione, ogni discorso sui diritti, anche quando tratta del cosiddetto "nocciolo duro", la categoria fondante dei diritti umani, coinvolge il nucleo della moralità politica contemporanea, ove si incontrano (e si scontrano) autorità e ordinamenti nazionali e internazionali. In un tale contesto occorre, come anticipato in premessa, perseguire soluzioni pragmatiche, ponderate e costruite sulla realtà dei fenomeni, piuttosto che su "criminalizzazioni discorsive" o formalismi, e che siano rispettose di quei diritti fondamentali che nessuna società civile auspicherebbe di vedersi negare.

---

123. A/72/335, cit., par. 60.

124. *Ibidem*, parr. 111 e 113. In sintonia con la seconda raccomandazione citata, era già stato evidenziato che «*saving lives at sea is not simply a question of enhancing rescue efforts, but requires the elimination of sanctions for rescue at sea that significantly impede and counter the proper functioning of the international rescue regime*», T. Basaran, *Saving Lives at Sea: Security, Law and Adverse Effects*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, pp. 365-387.

125. A/73/314, cit., par. 57.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E RESPINGIMENTO DIFFERITO: PRESUPPOSTI, TIPOLOGIE ED EFFETTI

di Roberto Cherchi

Abstract: *L'articolo analizza il respingimento dello straniero e i limiti al relativo potere. Con riferimento al respingimento alla frontiera, una speciale attenzione è stata dedicata al fenomeno dei trattenimenti de facto nei locali della polizia di frontiera degli stranieri destinatari di un provvedimento di respingimento, in attesa dell'esecuzione del decreto. Questa forma di detenzione amministrativa non è fondata su una disposizione di legge che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. e deve quindi essere reputata illegale. Tale trattenimento non è inoltre giustificato per il fatto di essere posto in essere nelle "zone internazionali" degli aeroporti, in quanto esse sono parte del territorio nazionale e non sono esenti dall'applicazione delle norme costituzionali e internazionali. Per ciò che concerne il respingimento differito, l'articolo analizza la sentenza della Corte costituzionale 275/2017, nonché il successivo d.l. n. 113/2018 (convertito con modificazioni dalla l. n. 132/2018), che a tale sentenza ha dato seguito con una normativa non priva di dubbi di legittimità costituzionale.*

Abstract: *This article analyses refoulement and the limits that constitutional and international law impose on this power. Referring to the border refoulement, this article focuses on the theme of the de facto detention of aliens at airports before they leave the country. This detention is not based on law and, therefore, must be considered illegal and in violation of article 13 of the Constitution. This article also concludes that the so called "international zones" of airports must be considered as a part of the national territory and, therefore, the application of constitutional and international law may not be excluded. This article also examines the deferred refoulement, analyzing both the decision of the constitutional Court n. 275/2017 and the following decree 113/2018 (converted into law n. 132/2018), which put in place the requested modification. However, the new rules may be in some parts unconstitutional.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E RESPINGIMENTO DIFFERITO: PRESUPPOSTI, TIPOLOGIE ED EFFETTI*

di Roberto Cherchi**

SOMMARIO: 1. La circolazione delle persone, il controllo delle frontiere e i respingimenti. Il respingimento dei cittadini di altri Paesi UE e dei loro familiari. – 2. Il respingimento dei cittadini dei Paesi terzi (e degli apolidi): tipi legali di provvedimento e limiti al potere di respingimento. – 3. Il respingimento alla frontiera. Regime giuridico e criticità costituzionali derivanti dai trattenimenti *de facto* nelle zone di transito ai valichi di frontiera. – 4. Il respingimento alla frontiera e le "zone internazionali" ai valichi di frontiera: la disciplina vigente, la prassi amministrativa e i dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale. – 5. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 5 CEDU. – 6. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. – 7. Alcune ipotesi di tutela giurisdizionale. – 8. Una ipotesi di adeguamento della disciplina del respingimento alla frontiera alla Costituzione. – 9. Tesi secondo la quale i diritti dello straniero possono essere limitati o sacrificati nell'area internazionale degli aeroporti, che non sarebbe parte del territorio nazionale: i casi francese, australiano e ungherese. – 10. Segue: le norme italiane e internazionali e le zone di transito. – 11. La prassi del respingimento degli stranieri cui sia stato revocato o non rinnovato il permesso di soggiorno quando si trovano all'estero: criticità costituzionali. – 12. Brevi note sulla procedura accelerata per l'esercizio del diritto di asilo. – 13. I presupposti del respingimento differito e la sua riconduzione alle norme costituzionali sulla libertà personale da parte della sentenza della Corte costituzionale 275/2017. – 14. Il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2017: la nuova disciplina del respingimento differito introdotta nel Testo unico dal d.l. n. 113/2018. – 15. I dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito.

1. La circolazione delle persone, il controllo delle frontiere e i respingimenti. Il respingimento dei cittadini di altri Paesi UE e dei loro familiari

Il potere di respingimento dei non cittadini è uno dei poteri in cui si estrinseca la sovranità dello Stato[1]. Se infatti al cittadino non possono essere preclusi l'ingresso, il

---

* Testo riveduto e corretto della relazione tenuta il 25 giugno 2019 nel seminario di studi su «Il respingimento dello straniero» organizzato dal Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi Milano-Bicocca, insieme con ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e con ADIM (Accademia diritto e immigrazione) promossa dall'Università della Tuscia.

** Professore associato di diritto costituzionale, Università di Cagliari.

1. Questo assunto è quasi un postulato del diritto internazionale e costituzionale. *Ex plurimis*, si veda Lord Atkinson in *Attorney-General (Canada) v. Cain and Gilhula*, PC 27 Jul 1906: «One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests».

soggiorno, l'espatrio, l'emigrazione e l'eventuale reingresso nel territorio nazionale (artt. 13 e 35 Cost.; art. 3, protocollo n. 4 CEDU; art. 12 Patto sui diritti civili e politici[2]), al contrario, con riferimento al non cittadino, l'ingresso e il soggiorno non sono liberi, ma sono regolati da norme che sono differenti a seconda che venga in rilievo il cittadino di un Paese dell'Unione europea o il cittadino di un Paese terzo (o l'apolide).

Il cittadino di un Paese dell'Unione europea, in base al Trattato sull'Unione europea, al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e alla Carta dei diritti dell'Unione europea, è titolare del diritto di libera circolazione nel territorio dei Paesi dell'Unione europea (art. 9 TUE; art. 20, par. 2, lett. a, TFUE; art. 45 Carta dei diritti dell'Unione europea). A tali enunciati normativi dei Trattati si saldano le disposizioni di diritto derivato e di diritto interno che regolano le condizioni e i limiti della libera circolazione e del soggiorno, con discipline differenziate a seconda che venga in evidenza un lavoratore o un altro soggetto (ad esempio uno studente) e a seconda della durata del soggiorno (inferiore o superiore ai tre mesi, superiore ai cinque anni) (direttiva 2004/38/CE del 29.4.2004, recepita nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 30/2007).

In base a quanto previsto dall'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 30/2007, «il cittadino dell'Unione in possesso di documento d'identità valido per l'espatrio, secondo la legislazione dello Stato membro, ed i suoi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, ma in possesso di un passaporto valido, sono ammessi nel territorio nazionale». Il respingimento è quindi possibile solo se il cittadino europeo (o il familiare che non sia cittadino europeo) è privo dei documenti di viaggio o del visto di ingresso (quest'ultimo evidentemente può essere prescritto solo con riferimento ai cittadini di Paesi terzi che non siano in possesso della carta di soggiorno), ma esso non è disposto se l'interessato, entro ventiquattro ore dalla richiesta, fa pervenire i documenti necessari ovvero dimostra con altra idonea documentazione la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 30/2007). Vi è tuttavia anche la possibilità di respingimento dei cittadini UE e dei loro familiari per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 30/2007 (si ricordano i respingimenti di studiosi revisionisti che si recavano a adunate razziste o naziste e i respingimenti di tifosi presunti pericolosi o violenti che volevano dirigersi verso competizioni sportive).

---

2. Particolarmente significativo in questo senso appare Corte cost., sent. 104/1969, punto 4 del considerato in diritto: «Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati».

Beneficia del diritto alla libera circolazione, e non può quindi essere respinto, anche il cittadino di un Paese terzo che sia titolare di un permesso di soggiorno (o di un visto per soggiorno di lunga durata), emesso da un altro Stato dell'area Schengen, affinché possa raggiungere il territorio di questo Stato, a meno che lo straniero non figuri nell'elenco nazionale delle persone segnalate dall'Italia e che tale segnalazione sia accompagnata da istruzioni di respingere o rifiutare il transito (art. 6, co. 5, lett. a, regolamento UE 399/2016/UE del 9.3.2016).

2. Il respingimento dei cittadini dei Paesi terzi (e degli apolidi): tipi legali di provvedimento e limiti al potere di respingimento

Disposizioni diverse sono vigenti con riferimento all'ingresso e al respingimento dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi, di seguito denominati stranieri ai sensi dell'art. 1, co. 1 d.lgs. n. 286/1998 (da questo momento TU).

L'ordinamento vigente prevede due fattispecie di respingimento: 1) il respingimento immediato ai valichi di frontiera dello straniero che non soddisfi i requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato; 2) il respingimento differito dello straniero che, sottraendosi ai controlli di frontiera, sia stato rintracciato all'ingresso o subito dopo l'attraversamento della frontiera o che, presentatosi ai valichi di frontiera in carenza dei requisiti legali per l'ingresso, sia stato ammesso nel territorio nazionale per esigenze di pubblico soccorso[3].

Il potere sovrano dello Stato in ordine all'ammissione e all'esclusione degli stranieri non è assoluto, essendo vigenti norme costituzionali, eurounitarie e internazionali che impongono obblighi agli Stati e prevedono diritti dello straniero. I limiti costituzionali, eurounitari e internazionali al potere sovrano sono specificati dalle norme di legge che sanciscono i divieti di respingimento, che sono misure di «protezione umanitaria a carattere negativo»[4].

A garanzia del diritto di asilo (art. 10, co. 3 Cost.; art. 18 Carta dei diritti UE), il respingimento è vietato se sono state adottate misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie (art. 20 TU), se lo straniero chiede asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato o l'adozione di misure di protezione temporanea per

3. L'art. 2 del regolamento 399/2016/UE del 9.3.2016 (codice delle frontiere Schengen) distingue le frontiere interne e le frontiere esterne. Le frontiere interne sono: a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti. Le frontiere esterne sono le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne. Le frontiere interne sono completamente libere, in quanto in linea di principio non sono effettuati controlli, anche se essi possono essere effettuati in modo episodico (alle frontiere terrestri o ferroviarie) o indiretto (ad esempio l'accertamento dei documenti di identità per chi viaggia in aereo).

4. Così Cass. civ., sez. I, 17.2.2011, (ud. 28.9.2010, dep. 17.2.2011), n. 3898, par. 5.1 dei motivi di diritto.

motivi umanitari (art. 10, co. 4 TU). La Corte di cassazione ha affermato che è da considerarsi illegittimo il respingimento dello straniero che sia giunto sul territorio nazionale o di un Paese dell'Unione europea senza che sia stato preventivamente adempiuto il dovere di informare lo stesso dell'esistenza del diritto di chiedere la protezione internazionale, nonché sulle procedure a tale scopo vigenti[5]. È reputato parimenti illegittimo il conseguente provvedimento di trattenimento[6]. In ultima analisi si può affermare che lo straniero deve innanzi tutto essere identificato e assistito, ma contestualmente gli si devono illustrare i suoi diritti di richiedente asilo.

A garanzia del diritto di asilo (art. 10, co. 3 Cost.; art. 18 Carta dei diritti UE) e del principio di *non-refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati; art. 78 TFUE; art. 18 della Carta dei diritti UE) è vietato in modo assoluto il respingimento dello straniero che sia a rischio di persecuzione, nel Paese di provenienza, a causa di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, o se lo stesso potrebbe essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (art. 19, co. 1 TU)[7]. In correlazione al divieto di sottoporre una persona a tortura o a pene o a trattamenti inumani e degradanti (art. 27, co. 3 Cost.; art. 3 CEDU; art. 4 Carta dei diritti UE; art. 7 del Patto sui diritti civili e politici) è sancito il divieto di respingimento, espulsione o estradizione qualora vi siano fondati motivi di ritenere che la persona potrebbe essere sottoposta a tortura nel territorio di quello Stato: nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (art. 19, co. 1.1 TU). Quelle di cui ai co. 1 e 1.1 dell'art. 19 TU sono le forme più ampie di protezione internazionale, in quanto integrano un divieto di respingimento non solo verso il Paese di origine, ma anche verso un Paese di transito. Ad esempio, un cittadino di Paese terzo potrebbe nel caso concreto non aver diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato o alla protezione sussidiaria ma comunque, se è giunto dalla Libia, Paese nel quale accreditate organizzazioni internazionali hanno accertato violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, non può essere ivi respinto ai sensi dell'art. 19 TU. Inoltre, tali norme sono applicate anche se non è stata presentata una domanda di protezione internazionale, la

5. Tale dovere è previsto dall'art. 8 della direttiva 2013/32/UE del 26.6.2013, dall'art. 10-*ter* d.lgs. n. 286/1998, dal d.lgs. n. 25/2008 e dal d.lgs. n. 142/2015.

6. Cfr. Cass. ord. n. 5926 del 25 marzo 2015 e ord. 4.2.2017, n. 10743.

7. Su questo divieto di respingimento v. 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, p. 31 ss., secondo il quale l'art. 19, co. 1 TU avrebbe una portata applicativa più ampia rispetto al principio di *non refoulement* elaborato nel diritto internazionale e recepito nel diritto sovranazionale, in primo luogo in quanto la norma statale integrerebbe un divieto tassativo, assoluto, laddove l'art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra e l'art. 21, par. 2, della direttiva 95/2011/UE del 13.12.2011 consentirebbero deroghe; in secondo luogo poiché i motivi della persecuzione non sono identici (l'art. 1, lett. a), n. 2 della Convenzione di Ginevra fa riferimento all'appartenenza ad un *certain groupe social*, mentre nell'art. 19 TU si utilizzano le più pregnanti formule «sesso», «lingua» e «condizioni personali e sociali»).

quale determina l'insorgere in capo allo straniero di un diritto soggettivo al soggiorno fino alla decisione sulla propria istanza[8]. L'applicazione di queste norme presuppone l'accertamento individuale, caso per caso, delle situazioni personali sussumibili nella fattispecie astratta, e non può essere fondata su una generica affermazione di pericolosità del Paese di origine (o di transito)[9]. La situazione di pericolo non può quindi essere sostenuta facendo riferimento a pubblicazioni che attestino una situazione di pericolo generalizzato in un Paese a causa di una crisi politica[10]. L'interessato ha l'onere di allegare fatti e prove da cui si evince la propria situazione di vulnerabilità (anche se questo onere probatorio va contemperato con la presunzione di buona fede prevista per i richiedenti protezione internazionale che non dispongano di prove, ma siano risultati credibili, come prevede l'art. 3, co. 5, d.lgs. n. 251/2007), mentre l'autorità giudiziaria deve porre in essere «un rigoroso esame del materiale probatorio teso al raggiungimento della piena prova in ordine alla condizione personale del soggetto»[11].

Sempre tra i divieti di respingimento, in correlazione al valore costituzionale della protezione dell'infanzia e della gioventù e ai diritti del minore (art. 31, co. 2 Cost.; art. 24 Carta dei diritti UE), è previsto un divieto assoluto («in nessun caso») di respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati (art. 19, co. 1-*bis*, TU). Deve altresì essere ricordato che nel 2001 è entrata in vigore una disposizione secondo la quale l'esecuzione del respingimento (e dell'espulsione) di persone appartenenti a categorie vulnerabili (persone affette da disabilità, anziani, minori, componenti di famiglie monoparentali con figli minori, ovvero vittime di gravi violenze psicologiche o sessuali) deve avere luogo «con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate» (art. 19, co. 2-*bis*, TU, aggiunto dall'art. 3, co. 1 lett. g), d.l. n. 89/2011, convertito nella legge n. 129/2011). Tuttavia, né la disposizione di legge né altre disposizioni regolamentari o circolari precisano le modalità del respingimento di queste persone e le linee guida per accertare la vulnerabilità, per cui si è in presenza di una norma di dubbia effettività[12].

---

8. Sul punto v. le osservazioni di M. Veglio, *Divieto di ingresso, convalida dell'accompagnamento alla frontiera, obblighi di informazione in materia di protezione internazionale, diniego, revoca e cessazione della protezione internazionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, a cura di F. Curi, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pp. 88-89.

9. In questo senso v. Corte app. Torino, sez. II, 21.5.2018, n. 966.

10. Cfr. Cass. civ., sez. I, 6.3.2008, n. 6100 (ud. 6.11.2007, dep. 6.3.2008).

11. Cfr. Cass. civ., sez. I, 17.2.2011, n. 3898 (ud. 28.9.2010, dep. 17.2.2011); v. anche Cass. Civ., sez. I, 04.5.2004, n. 8423 (ud. 6.11.2003, dep. 4.5.2004); Cass. civ., sez. I, 3.05.2010, n. 10636 (ud. 4.2.2010, dep. 3.5.2010); Cass. civ., sez. I, 8.4.2019, (ud. 10.1.2019, dep. 8.4.2019), n. 9762.

12. Sul punto v. le osservazioni di G. Savio, *Espulsioni e respingimenti. I profili sostanziali*, in www.asgi.it, p. 12.

Premesso che alcuni stranieri non possono essere respinti, è necessario definirne lo *status*. Qualora tali stranieri abbiano presentato domanda di protezione internazionale e tale domanda sia stata accolta, gli verrà rilasciato un permesso di soggiorno corrispondente alla protezione riconosciuta secondo le norme di cui al d.lgs. n. 25/2008. Con riferimento agli stranieri insuscettibili di essere respinti ai sensi dell'art. 19, co. 1 e co. 1.1, fino all'entrata in vigore del d.l. 113/2018 il Testo unico prevedeva, con una formulazione a carattere generale, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari laddove ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, co. 6 TU). Il d.l. n. 113/2018 ha sostituito il co. 6 dell'art. 5 TU, abrogando quella parte della disposizione che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari in base a presupposti di carattere generale, ed ha altresì espunto da altre disposizioni del Testo unico ogni riferimento al permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex* art. 5, co. 6 nella sua previgente formulazione. Sono quindi in vigore solo norme speciali che prevedono ipotesi tipiche di permesso di soggiorno umanitario: si tratta dei permessi di soggiorno per cure mediche (art. 19, co. 2, lett. d)-*bis* TU); per calamità (art. 20-*bis* TU); per atti di particolare valore civile (art. 42-*bis* TU), cui devono essere aggiunte le ipotesi tipiche preesistenti, ossia il permesso di soggiorno «per le vittime di violenza domestica» (art. 18-*bis* TU) e quello per «ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo» (art. 22, co. 12-*quater*, TU). A questi tipi legali si deve aggiungere quello di cui all'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008 (così come sostituito dall'art. 1, co. 2, lett. a), d.l. n. 113/2018), secondo il quale la Commissione territoriale, nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale ma ricorrano i presupposti del divieto di respingimento di cui all'articolo 19, co. 1 e 1.1, TU, «trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale 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 ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro»[13].

13. Sulle nuove norme in materia di protezione umanitaria v. M. Balboni, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, D. Belluccio, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno* e N. Zorzella, *L'abrogazione dei permessi umanitari e la sorte di quelli già rilasciati o relativi ai procedimenti in corso*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., rispettivamente p. 20 ss., p. 31 ss., p. 47 ss. Sui dubbi di legittimità costituzionale relativi all'abrogazione della clausola generale di protezione umanitaria v., *ex plurimis*, C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 6 e M. Balboni, *op.cit.*, p. 28. Su tali dubbi di legittimità costituzionale v. altresì Corte cost. sent. 194/2019, in cui si evidenzia che «l'effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa, nell'ambito della prassi amministrativa e

3. Il respingimento alla frontiera. Regime giuridico e criticità costituzionali derivanti dai trattenimenti *de facto* nelle zone di transito ai valichi di frontiera

Il respingimento ai valichi di frontiera (valichi terrestri, marittimi, lacustri e aeroportuali) è regolato in parte da fonti interne (il Testo unico) e in parte da fonti europee (il codice delle frontiere Schengen), che si differenziano parzialmente per ciò che concerne l'ambito oggettivo ed il contenuto.

L'ambito oggettivo coincide solo in parte: l'art. 14 del codice delle frontiere Schengen concerne il respingimento alla frontiera per i soggiorni di breve durata (non superiore a novanta giorni su un periodo di centoottanta giorni) e la sua applicazione presuppone la mancata soddisfazione delle condizioni di ingresso di cui all'art. 6, par. 1, del regolamento europeo; l'art. 10 TU inerisce al respingimento alla frontiera *tout court* (si applica, quindi, ai soggiorni di durata sia inferiore che superiore a tre mesi) e si collega alle condizioni per l'ingresso di cui all'art. 4 TU, che sono parzialmente coincidenti con quelle previste dall'art. 6, par. 1 del regolamento europeo.

Differenze vengono in evidenza anche per ciò che concerne il contenuto delle disposizioni in esame.

L'autorità competente è sempre la polizia di frontiera. Lo prevede l'art. 10, co. 1, TU, mentre l'art. 14 del codice delle frontiere Schengen dispone che il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale. Il respingimento alla frontiera deve essere *immediato*. Con una formula non priva di ambiguità, il Testo unico prevede che il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti ... o che deve essere comunque respinto ... è tenuto a prenderlo *immediatamente* a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero (art. 10, co. 3, TU). L'immediatezza è quindi riferita alla «presa in carico», anche se la successiva congiunzione («e a ricondurlo») consente di ascriverla anche all'esecuzione del provvedimento. Con maggior precisione, il codice delle frontiere Schengen riferisce l'immediatezza all'esecuzione del decreto di respingimento (art. 14, par. 2, del codice delle frontiere Schengen: «il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è *d'applicazione immediata*»). Il codice delle frontiere Schengen prevede altresì, con formule non tassative,

---

giurisprudenziale che andrà formandosi», e che «l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli "obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano" precedentemente contenuto nell'art. 5, co. 6, del TU immigrazione», e che quindi «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili».

poteri della polizia di frontiera funzionali a impedire l'ingresso illegale: secondo l'art. 14, par. 4, del medesimo codice «le guardie di frontiera *vigilano* affinché un cittadino di Paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento *non entri* nel territorio dello Stato membro interessato»; in base all'art. 7, par. 1 dello stesso codice, «le guardie di frontiera esercitano le loro funzioni nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili. Tutte le misure adottate nell'esercizio delle loro funzioni sono *proporzionate* agli obiettivi perseguiti con tali misure»; secondo l'allegato V, parte A, co. 2, lett. b), l'autorità di frontiera «fino al momento della riconduzione, adotta le misure necessarie, *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali, allo scopo di impedire l'ingresso illecito dei cittadini di Paesi terzi respinti».

Come si è detto, in questa fattispecie il respingimento ha luogo alla frontiera: tuttavia lo straniero, quando è situato nella cosiddetta zona di transito, si trova già nel territorio nazionale, per cui gli sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 TU.

Le condizioni positive e negative di ingresso sono stabilite, per i soggiorni di breve durata (non superiore a novanta giorni su un periodo di centoottanta giorni), dall'art. 6, par. 1, del regolamento 399/2016/UE[14]. Analogamente l'art. 4 TU disciplina le condizioni positive e negative di ingresso per soggiorni inferiori o superiori a tre mesi[15].

14. Le condizioni positive sono: a) l'essere provvisto di un titolo di ingresso nel territorio nazionale, corredato di un visto valido, se richiesto dal regolamento 539/2001/CE del 15.3.2001; b) l'essere in grado di giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto; c) il disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e per il rientro. Le condizioni negative sono: a) il non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica, le relazioni internazionali di uno degli Stati membri; b) il non essere stato segnalato al Sistema di informazione Schengen (SIS) ai fini della non ammissione. Deve tuttavia essere evidenziato che pur non soddisfacendo queste condizioni i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi sono ammessi ad entrare nel territorio degli Stati membri, per il solo transito, se sono in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto di soggiorno di lunga durata, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha emesso il titolo, o altresì se è stato loro rilasciato un visto alla frontiera a norma degli articoli 35 e 36 del regolamento 810/2009/CE del 2.4.2009.

15. Secondo quanto prevede l'art. 4 TU tra le condizioni per l'ingresso vi è: a) il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno; b) la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza (tali mezzi sono definiti con la direttiva del Ministro dell'interno dell'1.3.2000); c) il non essere lo straniero una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone; d) l'essere stato condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti (ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), per reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (ai sensi dell'art. 380, co. 1 e 2, c.p.p.) ovvero per reati inerenti gli stupefacenti (ossia i reati previsti dal Testo unico stupefacenti di cui al d.p.r. 309/1990), la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati (di cui all'art. 12 TU), 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; e) l'essere stato condannato, con sentenza irrevocabile, per violazione della normativa sulla tutela dei diritti d'autore di cui alla legge n. 633/1941, e degli artt. 473 c.p. (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni

L'art. 10 TU disciplina il respingimento ai valichi di frontiera, salvi i casi di forza maggiore, dello straniero che non soddisfi le condizioni di ingresso.

L'accertamento della sussistenza di talune di queste condizioni è elementare e comporta un'attività amministrativa vincolata (ad esempio, la ricognizione dell'eventuale presenza di condanne per determinati reati o dell'eventuale segnalazione dello straniero nel SIS). Il riscontro di altre condizioni è complesso e può implicare margini di discrezionalità. Si pensi alla verifica approfondita delle condizioni d'ingresso (tra cui la giustificazione dello scopo e delle condizioni del soggiorno), in relazione a cui, se del caso, la polizia di frontiera può chiedere l'esibizione dei documenti giustificativi che autorizzano il soggiorno e l'esercizio di un'attività professionale (art. 8, par. 3, e all. 1 codice delle frontiere Schengen)[16]. Si pensi altresì alla condizione negativa del non essere lo straniero un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di uno degli Stati contraenti: questi presupposti non sono tassativamente determinati, per cui

---

distintivi) e 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi). Lo straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare, ai sensi dell'articolo 29 TU, non è ammesso in Italia quando rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato italiano o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone. Inoltre non possono entrare nel territorio nazionale e sono respinti alla frontiera: 1) gli stranieri espulsi o respinti con decreto questorile *ex* art. 10, co. 2 TU, a meno che non abbiano ottenuto una speciale autorizzazione al reingresso o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso (determinato caso per caso tra un minimo di tre anni ed un massimo di cinque); 2) gli stranieri che debbono essere espulsi; 3) gli stranieri segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini del respingimento o della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali.

16. A norma dell'art. 8, par. 3, del codice delle frontiere Schengen, la verifica all'ingresso comprende un esame dettagliato di questi elementi: i) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo sia in possesso di un documento non scaduto valido per l'attraversamento della frontiera e, all'occorrenza, che il documento sia provvisto del visto o del permesso di soggiorno richiesto; ii) la disamina approfondita del documento di viaggio per accertare la presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione; iii) la disamina dei timbri d'ingresso e di uscita sul documento di viaggio del cittadino di Paese terzo interessato al fine di accertare, raffrontando le date d'ingresso e di uscita, se tale persona non abbia già oltrepassato la durata massima di soggiorno autorizzata nel territorio degli Stati membri; iv) gli accertamenti relativi al luogo di partenza e di destinazione del cittadino di Paese terzo interessato nonché lo scopo del soggiorno previsto e, se necessario, la verifica dei documenti giustificativi corrispondenti; v) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo interessato disponga di mezzi di sussistenza sufficienti sia per la durata e lo scopo del soggiorno previsto, sia per il ritorno nel Paese di origine o per il transito verso un Paese terzo nel quale è sicuro di essere ammesso, ovvero che sia in grado di acquisire legalmente detti mezzi; vi) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo interessato, i suoi mezzi di trasporto e gli oggetti da esso trasportati non costituiscano un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri. Tale accertamento comporta la consultazione diretta dei dati e delle segnalazioni relativi alle persone e, se necessario, agli oggetti inclusi nel SIS e negli archivi nazionali di ricerca nonché, se del caso, l'attuazione della condotta da adottare per effetto della segnalazione in questione. Se il cittadino di Paese terzo è in possesso di un visto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), il controllo approfondito all'ingresso comprende anche l'accertamento dell'identità del titolare del visto e dell'autenticità del visto tramite consultazione del sistema di informazione visti (VIS), conformemente all'articolo 18 del regolamento 767/2008/CE del 9.7.2008. In circostanze eccezionali e impreviste, tuttavia, le verifiche di frontiera possono essere snellite, ai sensi dell'art. 8, par. 3, lett. c/d, del codice frontiere Schengen. Sull'accertamento delle condizioni per l'ingresso v. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004, p. 271.

l'asserito accertamento degli stessi talvolta diviene il mezzo per il respingimento di persone semplicemente "indesiderabili"[17]. Questi margini di discrezionalità contribuiscono a spiegare l'esistenza, non solo in Italia, di diverse percentuali di respingimento ai valichi di frontiera in rapporto al totale degli arrivi[18].

Il respingimento, secondo un'opinione generalmente condivisa, è posto in essere in esecuzione di un provvedimento amministrativo e non si sostanzia in una mera attività materiale. Il dubbio si è posto in quanto mentre l'art. 3, co. 5, l. n. 39/1990 prevedeva espressamente l'adozione di un atto scritto e motivato, di contro l'art. 10, co. 6 TU dispone che «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti ... per l'ingresso nel territorio dello Stato», mentre si precisa che il respingimento differito è «disposto» dal questore (art. 10, co. 2 TU). Inoltre l'art. 10, co. 6, TU statuisce che «i respingimenti di cui al presente articolo sono *registrati* dall'autorità di pubblica sicurezza». In base alla lettera di tali disposizioni si era da alcune parti inizialmente sostenuto che il respingimento immediato dovesse essere qualificato come un atto materiale, un mero comportamento della polizia di frontiera caratterizzato dalla «totale indeterminatezza delle modalità di esecuzione»[19]. Altre disposizioni hanno tuttavia offerto argomenti a sostegno della tesi provvedimentale: il codice frontiere Schengen prevede che «il respingimento può essere disposto solo con provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise», e che avverso tale provvedimento è possibile proporre ricorso (art. 14, co. 2 e 3, regolamento 399/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio: allo stesso regolamento UE è allegato il modello uniforme di respingimento)[20]; l'art. 3 del regolamento di attuazione del Testo unico (d.p.r. 394/1999) fa riferimento al «provvedimento che dispone il respingimento»[21]; infine una circolare dispone che «al provvedimento di respingimento si applicano le garanzie di cui all'art. 2,

17. In questo senso v. G. Sirianni, *La polizia degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 58 e P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 204.

18. Significativa è, ad esempio, la diversa percentuale di respingimenti ai valichi di frontiera nel Regno unito: è stato rilevato che il 32 % dei cittadini di Paesi terzi giunti al terminal 2 dell'aeroporto di Manchester erano trattenuti per la notte e poi respinti, laddove invece solo l'1,5 % degli stessi stranieri erano trattenuti per la notte e poi respinti al terminal 1 dell'aeroporto di Heathrow: diverse percentuali che evocano un eccesso di discrezionalità che sembra sconfinare nell'arbitrio, in contrasto con il principio di non arbitrarietà della detenzione dello straniero elaborato nella sentenza Corte EDU, *Saadi v. Uk*, ricorso n. 13229/03, 29.1.2008: cfr. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, Oxford, Oxford University press, 2012, p. 543.

19. In questo senso v. M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 822.

20. Cfr. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Associazione italiana costituzionalisti. Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010, p. 352 e G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 9.

21. Cfr. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit. p. 289; L. D'Ascia, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 116.

co. 6, del TU»[22]. Queste ultime disposizioni sono coerenti con il principio costituzionale di legalità/tipicità dei provvedimenti amministrativi e assicurano l'effettività del diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.), il cui esercizio si traduce in un giudizio di carattere caducatorio. Date queste premesse, è generalmente condiviso l'assunto secondo cui il respingimento alla frontiera è posto in essere con un provvedimento motivato e la sua esecuzione consiste in un'attività materiale.

4. Il respingimento alla frontiera e le "zone internazionali" ai valichi di frontiera: la disciplina vigente, la prassi amministrativa e i dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale

Il regime giuridico del respingimento alla frontiera, nella più recente prassi applicativa, è di dubbia conformità alla Costituzione e alla CEDU.

Come si è evidenziato, il respingimento alla frontiera è comunemente definito come respingimento immediato: secondo l'art. 10, co. 3 TU «il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti ... o che deve essere comunque respinto ..., è tenuto a prenderlo *immediatamente a carico* ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero». Parimenti l'art. 14, par. 2 del codice delle frontiere Schengen prevede che «il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'*applicazione immediata*». Occorre quindi attribuire un significato alle parole «immediatamente» e «applicazione immediata». Premesso che tra il diniego dell'ingresso e la partenza del vettore un certo lasso di tempo deve necessariamente passare, occorre chiedersi quanto tempo possa ragionevolmente decorrere tra i due momenti. La tesi più garantista è nel senso che l'esecuzione del provvedimento deve esaurirsi nell'ambito di pochi minuti o poche ore. Ciò è possibile, di regola, soltanto quando il vettore compie una mera sosta tecnica, in attesa del viaggio di ritorno verso il luogo di provenienza. È altresì vero, tuttavia, che la genericità delle formule utilizzate non consente di tracciare in modo tassativo una linea di confine temporale entro la quale il decreto di respingimento "immediato" deve essere eseguito.

Alcune incertezze esistono inoltre con riferimento ai poteri della polizia di frontiera. Il Testo unico non prevede alcun potere di trattenimento in capo alla stessa. Pertanto allo straniero destinatario del decreto di respingimento dovrebbe poter essere inibito solo il superamento della zona di transito, assicurandone la comunicazione con l'esterno e la libertà di movimento (tale regime, per la sua minore capacità di restringere l'autonomia

22. Cfr. circolare 559/443/227729/12/207/1' Div. (n. 11 del '98), in www.asgi.it.

dell'individuo, se si esaurisce nell'arco di poche ore potrebbe essere reputato incisivo della libertà di circolazione), ma sicuramente non gli può essere imposta – come avviene di regola – la sosta in locali della polizia di frontiera, corredata di sorveglianza armata (che incide sulla libertà personale). Inoltre il Testo unico non prevede alcun potere di accompagnamento coattivo, per cui lo straniero ha l'obbligo di seguire il personale del vettore ma, se si rifiuta di salire a bordo del mezzo, non vi può essere accompagnato coattivamente. Anche il codice delle frontiere Schengen non prevede espressamente né il potere di trattenimento né l'accompagnamento coattivo a bordo del vettore. Esso prevede, come si è anticipato, che tra le funzioni della polizia di frontiera vi è la vigilanza affinché un cittadino di un Paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento *non entri* nel territorio dello Stato membro interessato (art. 14, co. 4, codice delle frontiere Schengen); che le guardie di frontiera esercitano le loro funzioni nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili; che tutte le misure adottate nell'esercizio delle loro funzioni sono *proporzionate* agli obiettivi perseguiti con tali misure (art. 7, par. 1 del codice); che le misure funzionali al respingimento sono adottate *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali (allegato V, parte A, par. 2, lett. b del codice).

Il tema è di particolare attualità perché in numerosi casi, in talune zone dei porti e degli aeroporti, definite dalla polizia di frontiera zone internazionali o di transito (o anche zone amministrative o zone d'attesa)[23], l'esecuzione del decreto di respingimento ha avuto luogo dopo numerosi giorni, e *medio tempore* la polizia di frontiera ha alternativamente disposto, in base a una valutazione caso per caso, la permanenza nei locali di attesa nella

23. Si noti che il decreto del Ministero dell'interno del 5.8.2019, adottato in attuazione dell'art. 28-*bis* d.lgs. 25/2008, ha individuato zone di frontiera e di transito senza fare riferimento agli aeroporti di Malpensa e Fiumicino. L'art. 2 del decreto del Ministro dell'interno del 5.8.2019 individua le zone di frontiera o di transito in quelle esistenti nelle seguenti Province: Trieste, Gorizia; Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; Caltanisetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; Trapani, Agrigento; Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna. In base all'art. 3, co. 2 del decreto, l'esame delle domande di protezione internazionale presentate nelle zone di frontiera o di transito è effettuato da parte delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale o dalle relative sezioni, competenti sulla base della circoscrizione territoriale del luogo in cui è stata presentata la domanda, specificamente individuate nell'allegato A del decreto. L'art. 3, co. 1 del decreto istituisce due nuove sezioni delle Commissioni territoriali: Matera, insediata presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo di Matera, che opera nell'ambito della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Bari, per la zona di frontiera di Matera; Ragusa, insediata presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo di Ragusa, che opera nell'ambito della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Siracusa, per la zona di frontiera di Ragusa. Sulla dubbia legittimità di tali disposizioni, che facendo riferimento a intere Province potrebbero essere interpretate nel senso che la procedura accelerata di esame della domanda di protezione internazionale debba essere applicata anche quando le domande sono presentate nelle questure di tali Province, in violazione dell'art. 43, par. 1 della direttiva 2013/32/UE, secondo il quale gli Stati membri possono applicare la procedura accelerata in luoghi diversi dalla zona di frontiera o di transito solo in casi di eccezionale afflusso di stranieri, v. Asgi, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 210)*, in www.asgi.it, p. 6 e ss.

disponibilità della polizia di frontiera (è ciò che accade di regola), oppure la permanenza nell'area transiti, in cui gli stranieri godono di una più ampia libertà di movimento (misura applicata solitamente ai nuclei familiari)[24].

Come evidenziato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nel *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, e dall'Asgi nell'ambito del progetto *In Limine*, con riferimento agli aeroporti di Roma Fiumicino e di Milano Malpensa, lo straniero è trattenuto nei locali della polizia sotto videosorveglianza ed è soggetto al controllo da parte di agenti armati, privo di assistenza legale (anche quando essa è stata espressamente richiesta[25]), con restrizioni nella comunicazione con l'esterno[26] e nell'accesso alle valigie, in carenza di prestazioni sanitarie (anche quando necessarie e richieste)[27], in condizioni materiali precarie[28]. Forti restrizioni *de facto* sono state riscontrate anche nell'esercizio del diritto di asilo. Negli aeroporti di Malpensa e Fiumicino i servizi di informazione e accoglienza in ordine alla possibilità di presentare domanda di asilo sono erogati da due cooperative convenzionate, ma all'aeroporto di Malpensa l'individuazione dell'ufficio non è agevole,

24. Si veda il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 27.6.2019, p. 4, in cui si evidenzia che allo scalo di Roma Fiumicino il trattenimento di durata pari o superiore alle tre giornate è stato di 135 soggetti su un totale di 2368 persone respinte nel 2017, e di 260 soggetti su un totale di 2415 persone respinte nel 2018, con una durata variabile, a seconda dei casi, da tre a otto giorni. Analogamente, all'aeroporto di Milano Malpensa, 2211 persone sono state respinte nel 2017 e 2111 nel 2018; di queste ultime, 333 persone sono state trattenute per un periodo pari o superiore a tre giorni, sempre con una durata variabile da tre a otto giorni. Con specifico riferimento all'aeroporto di Milano Malpensa v. altresì i dati di tenore analogo riportati in Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, in www.asgi.it, p. 1 e in Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, in www.asgi.it, p. 3.

25. Il diniego di comunicazione con un avvocato, nonostante la richiesta sia stata inoltrata attraverso la pec, è stato motivato sostenendo che la zona di transito sarebbe una zona "extraterritoriale": cfr. *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 10 e Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 2.

26. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 5.

27. In particolare, è stato segnalato che all'aeroporto Malpensa una donna incinta al terzo mese di gravidanza e un uomo che soffriva di pressione alta, entrambi trattenuti, pur avendo chiesto di poter essere assistiti da personale medico o paramedico, non sono stati visitati. Sul punto v. Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 1 e Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 4.

28. La sala nella quale sono condotti tali stranieri all'aeroporto di Milano Malpensa è piccola, considerato il numero degli stranieri presenti (si parla di una sala della grandezza di otto per sei metri). L'illuminazione è solo elettrica e viene tenuta permanentemente accesa. Le brandine sono prive di materasso, viene assegnato un cuscino da aereo e una coperta insufficiente a proteggere dal freddo durante la notte. La sala con le brande è della grandezza di quattro per quattro metri, con una suddivisione tra uomini e donne ma senza porte, ed è permanentemente sorvegliata. Il vitto e l'acqua forniti sono carenti, non è permesso l'accesso alla valigia ma solo al bagaglio a mano. La comunicazione con l'esterno ha luogo esclusivamente attraverso il telefono a gettoni in quanto il telefono portatile è sequestrato. Non esiste alcuna forma di intrattenimento (neanche la televisione). Le persone sono sotto la sorveglianza di agenti armati. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 4.

tanto che lo stesso personale della cooperativa evidenzia che gli stranieri che ivi si recano hanno tutti avuto una previa indicazione da parte della polizia di frontiera. Tali cooperative, inoltre, non dispongono di interpreti e mediatori culturali, e di conseguenza l'informazione in ordine alla facoltà di presentare domanda di asilo è carente[29]. Vi sono inoltre stati casi nei quali la stessa polizia di frontiera ha rifiutato di ricevere la domanda di asilo da parte dello straniero, nonostante questi avesse manifestato l'intenzione di presentarla anche per il tramite del suo avvocato[30].

Due sono quindi le principali criticità costituzionali che vengono in evidenza in relazione a questa prassi: il prolungato trattenimento dello straniero nelle "zone di transito"; le difficoltà esistenti nell'esercizio del diritto di asilo.

La legittimità del trattenimento e delle limitazioni all'esercizio del diritto di difesa e del diritto di asilo sono state giustificate, non soltanto in Italia, da Governi così come da funzionari della polizia di frontiera, in base a questi paradigmi argomentativi: 1) la restrizione della libertà dello straniero da parte dell'autorità amministrativa non è di per sé illegittima, pur in carenza di una disciplina legislativa, in quanto il trattenimento inciderebbe non sulla libertà personale ma sulla libertà di circolazione (quest'ultimo diritto è proprio solo del cittadino e dello straniero regolarmente soggiornante); 2) la restrizione della libertà dell'individuo e il diniego di esercizio dei diritti fondamentali (quindi anche del diritto di asilo) trovano la propria ragione giustificativa nel fatto che la zona di transito, in quanto zona internazionale, sarebbe una porzione di territorio in cui non sono efficaci gli obblighi costituzionali e internazionali.

5. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 5 CEDU

Il primo tema oggetto di riflessione è quindi se il temporaneo trattenimento dello straniero, che come si è visto può durare poche ore come diversi giorni, incida sulla libertà di circolazione o sulla libertà personale. Le conclusioni cui si può giungere possono essere diverse a seconda che si assuma come parametro la CEDU o la Costituzione.

La linea di confine tra libertà personale e libertà di circolazione non è tracciata in maniera inequivoca dalla CEDU. Il tema, con specifico riferimento al trattenimento nelle zone di transito aeroportuale, è stato affrontato nella nota sentenza Corte EDU, *Amuur v. France*, ricorso n. 19776/92, 25 giugno 1996. Nelle decisioni antecedenti a questa sentenza la Corte di Strasburgo aveva accolto la tesi secondo cui tale trattenimento

29. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 7.

30. Sul punto, sempre con riferimento all'aeroporto Malpensa, v. Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 2.

inciderebbe sulla libertà di circolazione, in quanto l'impedimento sarebbe stato solo in entrata e non anche in uscita, potendo lo straniero riacquistare la propria libertà facendo rientro nel proprio Paese o raggiungendone un altro. Nella sentenza *Amuur* si è invece assistito a un *revirement*. Per la Corte di Strasburgo non rileva il fatto che, in linea teorica, la prigione di cui si discorre sia "a tre muri", potendo sempre lo straniero riacquistare la propria libertà lasciando il Paese; si afferma piuttosto che si deve tener conto delle circostanze concrete, dalle quali potrebbe evincersi che la libertà di lasciare l'aeroporto sia solo teorica[31]. La Corte si è altresì chiesta se ad essere incisa sia la libertà di circolazione o la libertà personale: in questa come in altre decisioni essa ha affermato che il criterio per delimitare l'ambito di applicazione delle due libertà è di carattere quantitativo, piuttosto che qualitativo: viene in evidenza il *quantum* di restrizione della libertà dell'individuo, che deve essere misurato avendo riguardo alla situazione concreta, sulla base di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità della restrizione[32].

Nella sentenza *Amuur* la Corte EDU ha in linea di principio negato che il «confinamento» nelle zone di transito sia equiparabile al trattenimento nei Centri di detenzione per stranieri. Ha altresì evidenziato che il «confinamento» negli aeroporti è accettabile al fine di prevenire l'ingresso irregolare mentre lo Stato si occupa di organizzare il rimpatrio o adempie ai propri obblighi internazionali (in particolare se è stata presentata una domanda di asilo). Infine ha sostenuto che, a seconda delle circostanze del singolo caso concreto, se sono rispettate determinate garanzie, il «confinamento» può tradursi in una mera *restrizione* della libertà di circolazione, piuttosto che in una *deprivazione* della libertà personale, e può quindi non ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU (che garantisce la libertà fisica dell'individuo)[33]. La Corte si è quindi chiesta quando il «confinamento» nella zona di transito integri una mera *restrizione* della libertà di circolazione e quando invece si traduca in una *deprivazione* della libertà fisica. Nel caso di specie si è ritenuto che, data la sua lunga durata (venti giorni

31. Cfr. par. 48 della sentenza *Amuur*: «The mere fact that it is possible for asylum-seekers to leave voluntarily the country where they wish to take refuge cannot exclude a restriction on liberty [...] this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in».

32. Per appurare se ha avuto luogo una restrizione della libertà fisica, l'interprete deve valutare «his or her concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question» (sent. *Amuur*, par. 42).

33. Cfr. par. 43 della sentenza *Amuur*: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centers for the detention of aliens pending deportation. Such confinement, accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights».

senza che abbia avuto luogo un controllo giudiziale sulla lunghezza e necessità della misura) e le sue modalità (stretta e costante sorveglianza di polizia, carenza di assistenza sociale e legale, in particolare in funzione della presentazione della domanda di asilo), ad essere incisa sia stata la libertà fisica *ex* art. 5 CEDU[34]. La Corte EDU ha quindi ribadito che, in applicazione dell'art. 5 CEDU, la limitazione della libertà fisica deve essere prevista da una legge, e le norme che la prevedono devono rispettare un certo standard qualitativo, ossia devono essere chiare, conoscibili, accessibili e idonee a proteggere l'individuo da decisioni arbitrarie (sent. *Amuur*, par. 50)[35]. Inoltre, se è ragionevole che la misura restrittiva, date le circostanze, sia assunta dalla polizia di frontiera, *il suo prolungamento* deve essere oggetto di una *speedy review* da parte delle Corti, definite «*the traditional guardians of personal liberties*», e non deve inibire la presentazione della domanda di asilo (sent. *Amuur*, par. 43).

Il *focus* su durata e condizioni del trattenimento ha trovato una recente conferma nella sentenza Corte EDU *Khlaifia v. Italy,* ricorso n. 16483/12, 15.12.2016, in cui è stato affrontato il tema del confine tra libertà personale e libertà di circolazione in relazione al trattenimento *de facto* nei punti di crisi. In questa sentenza si è confermato che, quando si parla di libertà di cui all'art. 5 CEDU, si fa riferimento alla «libertà fisica», e che «tra privazione della libertà e restrizioni alla libertà di circolazione che sono soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza» (par. 64 della sentenza). La Corte ha quindi ritenuto che le caratteristiche della limitazione della libertà in quella vicenda («trattenimento prolungato», «impossibilità di comunicare con l'esterno» e «mancanza di libertà di movimento») siano

34. Cfr. par. 45 della sentenza *Amuur*: «The Court notes that for the greater part of the above period the applicants, who claimed to be refugees, were left to their own devices. They were placed under strict and constant police surveillance and had no legal and social assistance – particularly with a view to completing the formalities relating to an application for political refugee status – until 24 March, when a humanitarian association, which had in the meantime been informed of their presence in the international zone, put them in contact with a lawyer. Moreover, until 26 March neither the length nor the necessity of their confinement were reviewed by a court (see paragraph 10 above)».

35. Su queste caratteristiche del principio di legalità nella giurisprudenza CEDU e in particolare nella sentenza *Amuur*, v. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, cit., pp. 532-533; C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of global legal studies*, 2012, p. 278; C. Smyth, *Is the Right of the Child to Liberty Safeguarded in the Common European Asylum System*, in *European journal of migration and law*, 2013, p. 115; V. Vittorino, *Libertà e sicurezza personale*, in *I Diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Bologna, Zanichelli, 2013, p. 1480 ss.; D. Wilsher, *Article 6 – Right to liberty and security*, in *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford, Hart publishing, 2014, p. 133; C. Costello, *The Human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford, Oxford University press, 2016, p. 285 ss.; P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 7.

state tali da indurre a qualificare la stessa come di non lieve entità e, quindi, ascrivibile alla libertà personale[36].

In ultima analisi un trattenimento "breve" (ragionevolmente della durata di minuti o di ore), con relativa libertà di movimento, facoltà di comunicare con l'esterno e assistenza sociale e legale non incide sulla libertà personale, mentre un trattenimento "prolungato" (e in condizioni "rigide") comporta una deprivazione della stessa. Dalla giurisprudenza della Corte EDU non è tuttavia dato evincere una linea di demarcazione temporale tassativa.

6. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

Nella sentenza *Amuur* abbiamo incontrato il principio per cui solo un trattenimento "quantitativamente" rilevante (per durata e modalità dello stesso) incide sulla libertà personale. Questo assunto non sembra coerente con la giurisprudenza costituzionale sull'art. 13 Cost. La Corte costituzionale nella sentenza 105/2001, con specifico riferimento al trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri (al tempo denominati «centri di permanenza temporanea e assistenza»), ha in modo chiaro e inequivoco ascritto l'atto che lo dispone all'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost. Per la Corte «il trattenimento dello straniero presso i Centri di permanenza temporanea e assistenza è *misura incidente sulla libertà personale*, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. [...] Si determina ... nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella *mortificazione della dignità dell'uomo* che si verifica in ogni evenienza di *assoggettamento fisico all'altrui potere* e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (punto 4 del considerato in diritto). Inoltre, sempre nella stessa decisione, la Corte costituzionale ha affermato il primato del diritto di libertà personale in

36. Su questa decisione v. M. Savino, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4 2015, p. 50 ss. È degno di nota che, anche quando l'atto incide sulla libertà fisica *ex* art. 5 CEDU, la Corte EDU ne ha valutato la conformità alla Convenzione sulla base degli stessi criteri (durata e modalità della restrizione subita). Così la Corte di Strasburgo nella già citata sentenza *Saadi v. Uk* ha ritenuto che la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, che incide sulla libertà fisica *ex* art. 5 CEDU, sia ammissibile se non è arbitraria. Nel caso di specie un trattenimento della durata di sette giorni, in condizioni non rigide (ossia con una relativa libertà di movimento all'interno del perimetro dell'edificio e con la possibilità di comunicare con avvocati ed interpreti), è stato ritenuto non arbitrario. Per la Corte perché la detenzione non sia considerata arbitraria essa «must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorized entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate ... and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued». Su questa decisione, in senso critico, in quanto equipara il richiedente asilo a un qualunque altro straniero irregolarmente presente e sottopone il trattenimento allo scrutinio debole della «non arbitrarietà», piuttosto che a quello più rigoroso della «necessità», v., *ex plurimis*, H. O'nions, *Exposing flaws in the detention of asylum seekers: a critique of Saadi*, in *Nottingham Law Journal*, 2008, p. 34 ss.

quanto diritto inviolabile, negando che le garanzie che ne disegnano il contenuto possano essere oggetto di un bilanciamento con ogni altro interesse di rilievo costituzionale che possa venire in evidenza nella regolazione e controllo dei flussi migratori[37]. La sentenza 105/2001 è coerente con la giurisprudenza precedente e successiva, in base alla quale in linea di principio gli atti coercitivi sono ascritti all'art. 13 Cost. e gli atti obbligatori agli artt. 16 e 23 Cost[38]. Peraltro, anche quando in alcune sentenze il giudice delle leggi ha utilizzato un criterio "quantitativo", lo ha fatto sempre con riferimento ad alcuni atti *atipici* che sono stati ritenuti idonei a determinare un'incisione solo minima e "superficiale"[39], oppure «del tutto temporanea»[40], della libertà personale. Nella sentenza

37. Si veda il punto 4 del considerato in diritto: «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». Si vedano altresì le osservazioni di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 318, secondo il quale questa perentoria affermazione è temperata dal fatto che la Corte, in tale giudizio, ha comunque respinto la questione di legittimità «sulla base sia di una interpretazione restrittiva delle garanzie costituzionali in tema di riserva di legge e di riserva di giurisdizione dettate dall'art. 13 Cost., sia di una "benevola" interpretazione delle norme sottoposte al suo giudizio».

38. In questo senso v. Corte cost. sentt. 2/1956, 72/1963, 74/1968, 210/1975, 62/1994, 194/1996, 105/2001, 275/2017. Sulla distinzione tra obbligo, che incide sulle libertà individuali di cui agli artt. 16 e 23 Cost., e coercizione, che incide sulla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., cfr. G. Vassalli, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Padova, Cedam, 1958, p. 377 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 174-175. Deve tuttavia essere ricordato che la Corte costituzionale ha in più decisioni sostenuto che un atto obbligatorio o comunque non coercitivo (come l'ammonizione) incide sulla libertà personale se implica una «degradazione giuridica» dell'individuo, ossia una «menomazione della libertà morale» e «l'assoggettamento totale della persona al potere altrui». In questo senso si vedano le sentt. Corte cost. 11/56 e 68/1964, 23/1975 (punto 3 *cons. dir.*), 99/1980 (punto 5 *cons. dir.*), 419/1994 (punto 3.2 *cons. dir.*), 210/1995 (punto 2 *cons. dir.*), e l'ord. 384/1987. Sulla libertà personale come strumento di protezione della dignità della persona v. A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 52 ss.; sulla libertà personale come inclusiva della libertà morale v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 111 ss. Nel senso che la sola degradazione giuridica, pur in assenza di una *deminutio* della libertà fisica, sia indice di una riduzione della libertà personale, v. P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, pp. 174-175; T. Martines, *Diritto costituzionale* (a cura di Gaetano Silvestri), Milano, Giuffrè, 2002, p. 361; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale. Parte II. La Costituzione italiana. Precedenti storici. Principi fondamentali e rapporti civili*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 197; A. Barbera, F. Cocozza, G. Corso, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, il Mulino, 1997, p. 244. In senso critico v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., pp. 179, 185 ss., che ritiene rilevante solo la restrizione della libertà fisica dell'individuo, quale che ne sia l'entità, mentre reputa inconsistente il requisito della degradazione giuridica dell'individuo; nello stesso senso v. G. Filippetta, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in *I diritti costituzionali. Volume II*, a cura di R. Nania, P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 560-561; C. De Fiores, *Libertà personale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3525.

39. Così nella sentenza 30/1962 la Corte costituzionale, chiamata a decidere in ordine all'ascrivibilità alla libertà personale dei rilievi segnaletici di cui all'art. 4 t.u.l.p.s., ha ritenuto che solo i rilievi segnaletici che importino ispezioni personali ai sensi dell'art. 13 Cost. incidono su tale libertà, mentre i rilievi fotodattiloscopici non comportano una

105/2001 la Corte costituzionale non ha chiarito se il trattenimento sia da considerarsi una misura tipica (una forma di detenzione) o atipica, anche perché, ha rilevato la Corte, il legislatore «ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario»; certamente, tuttavia, essa ha evidenziato che il trattenimento è un atto che incide in modo né lieve ed esteriore, né momentaneo o del tutto temporaneo sulla libertà personale, e in modo perentorio ne ha affermato l'ascrivibilità all'art. 13 Cost.

Queste conclusioni sono confermate da quanto previsto nell'art. 13, co. 5-*bis*, TU, così come modificato dal d.l. n. 113/2018, secondo il quale, qualora non vi sia disponibilità di posti nei CPR dopo l'udienza di convalida, il giudice può autorizzare la permanenza in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida. La disposizione – la cui legittimità è peraltro discussa in quanto non pare rispettare il principio di tassatività nella determinazione dei modi di restrizione della libertà personale – rivela che il legislatore, quando ha voluto prevedere forme di trattenimento in luoghi diversi rispetto ai CPR (nella fattispecie, proprio i locali dell'ufficio

---

restrizione della stessa, e questo non tanto per la «momentaneità» o «levità» della misura, quanto per il loro incidere esclusivamente «sull'aspetto esteriore della persona». La Consulta in questa decisione ha altresì evidenziato come la soluzione adottata nella sentenza «non è – e non potrebbe essere – una soluzione definitiva», in quanto questa «spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi e modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13». Su questa sentenza v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., pp. 179 e 203, nota 17, che critica sia il riferimento al *quantum* di lesione della libertà fisica che l'utilizzo del criterio della degradazione giuridica.

40. Nella sentenza Corte cost. 13/1972 la Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, t.u.l.p.s. – in base al quale l'autorità di pubblica sicurezza può disporre l'accompagnamento coattivo per mezzo della forza pubblica nei propri uffici della persona che già era stata invitata a comparire e non si era presentata – ha escluso che un atto coercitivo come questo, che per ammissione della stessa Consulta incide sulla libertà personale, debba essere oggetto di un procedimento di convalida *ex* art. 13, co. 3 Cost., in quanto «il provvedimento incide in modo del tutto temporaneo» sulla libertà personale. La Corte costituzionale ha quindi distinto le misure *durature*, che *privano* della libertà personale, da quelle *temporanee*, che la *limitano*: non vi è dubbio che ogni forma di detenzione rientra nella prima categoria mentre altri atti tipici (come le ispezioni e le perquisizioni) e atipici (ad esempio i rilievi segnaletici) rientrano nella seconda. La sentenza *de qua*, pur criticabile per aver ammesso che un atto che incide in modo «del tutto temporaneo» sulla libertà personale non è soggetto al rispetto delle garanzie e dei limiti di cui all'art. 13 Cost., conferma l'ineludibilità di tali garanzie e limiti con riferimento a misure che privano della libertà personale in modo non «del tutto temporaneo».

di frontiera), ha comunque sentito l'esigenza costituzionale di instituire un procedimento di convalida sul modello dell'art. 13, co. 3 Cost.[41].

In ultima analisi è da ritenersi che il trattenimento nei locali della polizia di frontiera incida sempre sulla libertà personale e sia sempre illegale, in quanto non è fondato su una disposizione di legge che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. L'unica ipotesi di trattenimento legale dello straniero fermato ai valichi di frontiera è quella prevista dall'art. 14, co. 1 TU, che consente il trattenimento nei CPR quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, fermo restando che se tale trattenimento in un Centro non è possibile, il questore (evidentemente, dopo l'avvenuto ingresso) ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni (art. 14 co. 5-*bis* TU).

7. Alcune ipotesi di tutela giurisdizionale

Date queste premesse, possiamo formulare alcune ipotesi di tutela giurisdizionale.

Come si è detto il regime giuridico del respingimento è il frutto di un'integrazione tra norme europee e norme interne. In linea di principio, qualora fosse posto in essere un respingimento in occasione di un ingresso di breve durata a causa della mancata soddisfazione di una condizione di ingresso prevista dal codice delle frontiere Schengen (ad esempio, lo straniero era stato previamente segnalato al SIS), la polizia di frontiera applica le norme del regolamento europeo. Si è già posto in evidenza che il codice delle frontiere Schengen non prevede espressamente il potere di trattenimento da parte della polizia di frontiera. È vero che il codice, prevedendo tra le funzioni della polizia di frontiera la vigilanza affinché lo straniero respinto non entri nel territorio dello Stato (art. 14, co. 4 del codice) e affermando che le misure adottate nell'esercizio di tali funzioni devono rispettare il principio di proporzionalità (art. 7, par. 1 del codice), è stato da taluni interpretato come facoltizzante la detenzione amministrativa[42]. Queste disposizioni dovrebbero però essere lette in combinato disposto con l'allegato V, parte A, par. 2, lett. b) del codice, secondo il quale le misure volte a impedire l'ingresso prima del respingimento sono adottate dalla polizia di frontiera *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali. Tra le norme interne che devono essere rispettate vi è l'art. 13 Cost., per cui la misura del trattenimento dovrebbe essere prevista dalla legge e

41. Sui dubbi di legittimità costituzionale relativi a questa disposizione v. E. Valentini, L. Gennari, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 80.

42. In questo senso v. D. Wilsher, *op.cit.*, p. 142.

adottata o convalidata dall'autorità giudiziaria. Da ciò discende che, in base al diritto vigente, il giudice adito può dichiarare il trattenimento illegittimo.

Qualora poi il giudice non ritenesse la disciplina europea vigente chiara e con significato univoco, questi nel giudizio sulla legittimità del decreto di respingimento adottato *ex* art. 14 del codice delle frontiere Schengen e del trattenimento (posto in essere *ex* art. 7 del medesimo codice) potrebbe adire in via pregiudiziale la Corte europea di giustizia per conoscere l'interpretazione dell'art. 7, par. 1 e dell'art. 14, parr. 2 e 4 del regolamento europeo alla luce dell'art. 6 della Carta dei diritti (diritto alla libertà e alla sicurezza). Il significato e la portata dell'art. 6 della Carta dei diritti è equivalente a quello proprio del corrispondente art. 5 CEDU, secondo quanto previsto dall'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti. In base al criterio "quantitativo" elaborato dalla Corte di Strasburgo, verosimilmente verrebbe ritenuta non incisiva della libertà fisica la detenzione nelle zone di transito aeroportuale per un periodo di tempo ragionevolmente breve e con certe modalità detentive (tali cioè da assicurare la comunicazione con l'esterno, l'assistenza legale e la libertà di movimento). La Corte di Lussemburgo a nostro avviso dovrebbe rilevare l'invalidità dell'art. 14 del codice delle frontiere Schengen nella parte in cui non prevede un termine preciso entro il quale il decreto di respingimento deve essere eseguito, e dichiarare altresì che l'art. 7 del codice, per la sua genericità, non è una norma idonea a fondare un potere di trattenimento che restringa la libertà personale (ossia, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, un trattenimento "lungo" e in appositi locali della polizia di frontiera, con conseguenti limitazioni nella comunicazione con l'esterno, nell'assistenza legale e nella libertà di movimento): tale restrizione dovrebbe essere regolata nel rispetto del principio di legalità sostanziale e delle garanzie di cui all'art. 5 CEDU[43].

Parimenti nel caso in cui fosse oggetto di impugnazione un decreto di respingimento alla frontiera adottato in applicazione dell'art. 10, co. 1, TU, il giudice adito potrebbe ritenere che il trattenimento per qualunque durata sia illegale in quanto disposto in carenza di una norma di legge che sia conforme all'art. 13 Cost. Qualora poi fosse adita in via incidentale la Corte costituzionale per un giudizio relativo alla legittimità dell'art. 10, co. 3 TU, in cui si lamentasse che la formula «immediatamente» riferita alla «presa in carico» dello straniero da parte del vettore e all'esecuzione del respingimento violi il principio di tassatività, la Corte con una sentenza monito potrebbe evidenziare la carenza di un termine definito per l'esecuzione del decreto di respingimento e, altresì, rilevare

43. La detenzione funzionale a evitare un ingresso illegale nell'Unione europea è facoltizzata dall'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU. L'art. 5, par. 1 CEDU prevede però che la limitazione della libertà può aver luogo solo nei modi previsti dalla legge, mentre l'art. 5, par. 3 CEDU prescrive che la persona «deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura».

l'illegalità del trattenimento nei locali della polizia di frontiera in carenza di una norma di legge attributiva del potere che rispetti le garanzie dell'art. 13 Cost.

Se infine fosse posto in essere un respingimento ascrivibile sia alla norma interna, che alla norma europea (nell'ipotesi di un ingresso per un soggiorno di breve periodo, cui segua il respingimento per carenza di una delle condizioni di ingresso previste sia dal codice frontiere Schengen che dal Testo unico), in linea di principio il giudice comune dovrebbe poter adire una delle due Corti *ad libitum*, a seconda che invochi l'applicazione della norma europea o della norma interna, anche se dalla sentenza Corte cost. 269/2017 potrebbe evincersi un *favor* per la priorità del giudizio di legittimità costituzionale sulla norma interna, cui successivamente potrebbe far seguito un rinvio pregiudiziale – eventualmente anche da parte della stessa Corte costituzionale – alla Corte europea di giustizia[44].

8. Una ipotesi di adeguamento della disciplina del respingimento alla frontiera alla Costituzione

Ipotizziamo che il legislatore modifichi l'art. 10 TU, attribuendo alla polizia di frontiera il potere di trattenere lo straniero nei locali della stessa o nella zona di transito. Se come si è sostenuto tale decreto, alla luce di Corte cost. 105/2001, incide sulla libertà personale, allora dovrebbe essere introdotto un giudizio di convalida del decreto di trattenimento conforme a quello attualmente vigente con riferimento al decreto di respingimento differito e al decreto di accompagnamento alla frontiera, che prevedono la sospensione dell'esecuzione fino al compimento del giudizio di convalida (art. 10, co. 2-*bis*, TU e art. 13 co. 5-*bis* TU)[45]. Nel giudizio di convalida dovrebbe trovare applicazione quell'indirizzo giurisprudenziale in base a cui è da ritenersi nullo l'atto oggetto del giudizio se non sono state comunicate le modalità con cui presentare la domanda di protezione internazionale, o se è stata omessa la traduzione dell'atto in una lingua conosciuta dallo straniero[46].

---

44. La sentenza 269/2017 afferma la priorità del giudizio di legittimità costituzionale nell'ipotesi di "doppia pregiudizialità" relativamente alla medesima disposizione di legge o di atto avente forza di legge, laddove invece nell'ipotesi in esame il giudice potrebbe adire alternativamente due Corti diverse con riferimento a due disposizioni diverse, una di diritto eurounitario e una di diritto interno.

45. Questa soluzione garantista dovrebbe tuttavia lasciare salva la possibilità per lo straniero di anticipare l'esecuzione del respingimento. Se infatti per assurdo la legge ritenesse obbligatorio per lo straniero attendere il giudizio di convalida, si assisterebbe al paradosso per cui, con l'intento di assicurare una garanzia granitica della libertà personale (consentendo la presenza del soggetto in udienza), si imporrebbe allo straniero di subirne una compressione per un tempo più lungo rispetto a quello che subirebbe attraverso l'adesione a un rimpatrio volontario, magari eseguito in poche ore.

46. V. in questo senso Cass. civ., sez. VI, 14.12.2016, n. 25767/2016, est. Bisogni. In senso contrario, però, con specifico riferimento alla rilevanza dell'omessa traduzione, v. Cass. civ., sez. I, n. 17144 del 17.8.2016.

Ipotizziamo invece che la disposizione di legge preveda che l'esecuzione del decreto non sia sospesa fino al compimento del giudizio di convalida e che tale giudizio sia *eventuale*, da tenersi nel solo caso in cui il decreto di respingimento non sia stato eseguito entro il termine di quarantotto ore dalla sua adozione (o anche entro un termine inferiore stabilito dalla legge). Questa ipotetica disposizione dovrebbe essere ritenuta illegittima sia nell'ipotesi di condizioni di trattenimento "rigide" (ossia con obbligo di soggiornare nei locali della polizia di frontiera, sorveglianza armata, limitazioni nella comunicazione con l'esterno e nell'accesso all'assistenza legale), che di condizioni di soggiorno non rigide (con accesso all'assistenza legale e libertà di comunicazione e di movimento nella zona transiti), in quanto – ad avviso di chi scrive – il trattenimento *soft* è sempre una forma di detenzione amministrativa che incide sulla libertà personale, in forza dei principi di cui a Corte cost. 105/2001. D'altro canto abbiamo già evidenziato che, in un ipotetico rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per conoscere l'interpretazione dell'art. 14, parr. 2 e 4, e dell'art. 7, par. 1 del codice delle frontiere Schengen, la Corte di giustizia potrebbe fare applicazione del criterio "quantitativo", che collega la *durata* del trattenimento ai *modi* della restrizione, e potrebbe affermare che un trattenimento relativamente breve (in particolare se di durata inferiore alle quarantotto ore previste dall'art. 13, co. 3 Cost.) e con modalità detentive non rigide (facoltà di comunicare con l'esterno, assistenza legale e relativa libertà di movimento) incida sulla libertà di circolazione e non sulla libertà fisica *ex* art. 6 della Carta dei diritti.

L'imperativo di uguaglianza non consente di ipotizzare due diversi regimi giuridici. In un giudizio avente ad oggetto un istituto "di confine" tra gli ordinamenti come il respingimento alla frontiera, si rende necessaria una lettura integrata, sistemica e non frazionata del contenuto del diritto di libertà personale, al fine di «assicurare la massima espansione delle garanzie esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati» (Corte cost. sent. 202/2013). In questa prospettiva, due sono le soluzioni ipotizzabili.

La prima, coerente con l'esigenza di «espansione delle garanzie» e con il principio del primato della Costituzione sulla CEDU nel giudizio di legittimità costituzionale (Corte cost. sentt. 348/2007 e 349/2007), è nel senso della prevalenza dello standard costituzionale interno, che non sembra ammettere forme di trattenimento che non incidano sulla libertà personale, da cui discenderebbe l'esigenza di una norma che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. nella regolazione del trattenimento ai valichi di frontiera. Tale prevalenza può essere assicurata non solo nel giudizio di legittimità costituzionale della norma interna (l'art. 10, co. 2-*bis* TU), ma anche in un ipotetico giudizio di legittimità costituzionale della norma europea, oggetto del giudizio per il tramite della legge di esecuzione del trattato, invocando la teoria del «controlimiti», a cui è sicuramente

da ascriversi la libertà personale. Ci sarebbe tuttavia da chiedersi se vi siano i presupposti per una simile pronuncia, che implicherebbe l'utilizzo di uno strumento fortemente invasivo (l'applicazione dei «controlimiti») in presenza di una compressione lieve e limitata nel tempo del diritto di libertà personale.

La seconda soluzione ipotizzabile è invece che la Corte costituzionale aderisca al criterio "quantitativo" elaborato dalla Corte EDU, in particolare differenziando il trattenimento nei locali della polizia di frontiera, che sicuramente incide sulla libertà personale, dal «confinamento» nelle zone di transito: quest'ultimo, se la legge prevede un termine di breve periodo e assicura la facoltà di comunicare con l'esterno, l'assistenza legale e una relativa libertà di movimento, sarebbe considerato restrittivo della libertà di circolazione. La Corte in tal modo innoverebbe la propria giurisprudenza, in particolare rispetto alla sentenza Corte cost. 105/2001, facendo applicazione della tecnica del *distinguishing*. La premessa sarebbe che la restrizione della libertà di circolazione sembra implicare un *non facere*, più che un *pati*[47]; essa pare incidere sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso)[48], più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo: sulla base di questi assunti, la Consulta potrebbe affermare che mentre allo straniero trattenuto sul territorio nazionale viene imposto un *pati*, di contro allo straniero che sia stato fermato ai valichi di frontiera e "confinato" nella zona di transito viene imposto soprattutto un *non facere*. Il *pati* diventerebbe dominante, e convertirebbe il «confinamento» in trattenimento (con conseguente applicazione dell'art. 13 Cost.), solo se è non di breve durata e se ha luogo in condizioni rigide. Tale ipotetica decisione sarebbe coerente con la giurisprudenza della Corte EDU e si collegherebbe non alla giurisprudenza costituzionale consolidata che assicura una garanzia granitica del corpo dell'individuo rispetto agli atti coercitivi, ma alle controverse decisioni (Corte cost. 30/1962; Corte cost. 13/1972) in cui si escluse che vi fosse una lesione della libertà personale per il carattere lieve, esteriore, momentaneo o «del tutto temporaneo» della restrizione.

Fermo restando che l'eventuale determinazione del termine di trattenimento "breve" entro cui si esclude la necessità della convalida giurisdizionale sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore, è comunque possibile elaborare alcuni criteri.

Sicuramente non sarebbe pensabile un trattenimento – quali che ne siano le modalità – di durata superiore a quarantotto ore che non sia soggetto a controllo giurisdizionale. Infatti l'art. 13, co. 3, Cost. individua uno iato di massimo quarantotto ore tra il momento

47. Su questa distinzione come criterio per circoscrivere gli ambiti di applicazione degli artt. 13 e 16 Cost. cfr. E. Aliotta, *In tema di costituzionalità dei provvedimenti emessi dalle commissioni per l'ammonizione ai sensi degli articoli 164 e segg. del T.U. delle leggi di P.S. (artt. 13 e 16 della Costituzione)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, II, p. 406 ss.

48. Così, con specifico riferimento al respingimento alla frontiera, M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., p. 822.

in cui l'autorità di pubblica sicurezza adotta il provvedimento limitativo della libertà personale e il momento in cui esso è comunicato all'autorità giudiziaria ai fini della convalida: la sanzione per il mancato rispetto del termine è che il provvedimento si intende revocato e privo di ogni effetto. A questo modello è conforme l'art. 14, co. 5 TU, che disciplina la convalida del decreto questorile di trattenimento in un CPR. Degno di nota è inoltre, tra le fonti internazionali, l'art. 7 dei principi di base sul ruolo degli ordini forensi, adottati dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei colpevoli (Avana, Cuba, 27 agosto - 7 settembre 1990), con cui si prevede che l'intervallo tra l'inizio della privazione della libertà personale e l'accesso ad un avvocato deve essere breve, e in ogni caso deve avere luogo entro quarantotto ore dal momento in cui è iniziata la privazione della libertà personale[49]. Ciò è coerente anche con la prassi, secondo la quale di regola il trattenimento nelle zone di transito ai valichi di frontiera aeroportuale ha, in Italia come in altri Paesi, una durata non superiore ad uno o due giorni[50].

Vi sono tuttavia altri indici – alcuni di *soft law* – dai quali sembra potersi evincere il termine inferiore di ventiquattro ore. Ancor più garantista rispetto all'art. 13, co. 3, Cost. è infatti il codice di procedura penale, in base al quale il soggetto arrestato o fermato deve essere messo a disposizione del Pubblico ministero entro ventiquattro ore (diversamente il provvedimento diviene inefficace: art. 386, co. 3 c.p.p.), anche se la convalida dell'atto da parte del GIP deve sempre aver luogo entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza. Parimenti l'art. 11 d.l. n. 89/1978, convertito nella legge n. 191/1978, prevede che è nel potere dell'autorità di pubblica sicurezza accompagnare negli uffici di polizia la persona che si rifiuti di declinare le proprie generalità o con riferimento alla quale vi sia il fondato sospetto che abbia fornito false generalità. Il soggetto può essere trattenuto per il tempo necessario per l'identificazione e, comunque, per non più di ventiquattro ore. Dell'accompagnamento è data comunicazione al Pubblico ministero, che può disporre l'immediato rilascio qualora ravvisi l'insussistenza dei presupposti. Tra le regole informali viene in evidenza la circolare dei Ministero dell'interno con la quale si è previsto che, in base al metodo *hotspot*, tutti i migranti devono sbarcare in uno dei punti di crisi affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore

49. L'art. 7 dei *Basic Principles on the Role of Lawyers* prevede che «Governments shall further ensure that all persons arrested or detained, with or without criminal charge, shall have prompt access to a lawyer, and in any case not later than forty-eight hours from the time of arrest or detention».

50. Con specifico riferimento al Regno unito v. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, cit., p. 536, che evidenzia come il trattenimento di regola non dura più di una notte. Per ciò che concerne il caso italiano, il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 4, rivela che solo in una minoranza di casi il trattenimento ha una durata uguale o superiore alle tre giornate: v. *supra*, nota 24.

le operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria Eurodac 2)[51]. *Last but not least*, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura ha affermato che il soggiorno temporaneo (e forzato) dello straniero nelle aree di transito deve avere una durata ragionevole e proporzionata e, comunque, non deve superare le ventiquattro ore[52].

Qualora il legislatore decidesse di introdurre il trattenimento ai valichi di frontiera, dovrebbe prevederne anche i modi, nel rispetto degli standard costituzionali e internazionali vigenti con riferimento ai soggetti trattenuti. Giova ricordare che la pena – e peraltro si deve ricordare che lo straniero non è un criminale – non può essere contraria al senso di umanità (art. 27, co. 3 Cost.); che la Corte EDU ha precisato che la detenzione amministrativa deve aver corso in luoghi e condizioni adeguati (Corte EDU, *Hokic* e *Hrustic v. Italy*, ric., n. 3449/05, 1.12.2009, punto 22); che, secondo gli standard adottati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, dovrebbero essere forniti allo straniero mezzi adeguati al riposo notturno, dovrebbe essere garantito l'accesso alle valigie e a servizi sanitari e igienici attrezzati, e lo stesso dovrebbe esser messo in condizione di fare esercizio fisico all'aria aperta su base giornaliera (standard CPT, par. 26).

Rimane quindi da esaminare il tema dell'accompagnamento coattivo dello straniero a bordo del vettore. Come si è evidenziato, il decreto di respingimento ha effetto obbligatorio e non può essere eseguito con accompagnamento da parte della forza pubblica. Un'eventuale norma di legge che prevedesse l'accompagnamento coattivo dovrebbe quindi, secondo la giurisprudenza costituzionale già richiamata, prevedere la convalida giurisdizionale del decreto che lo dispone, secondo quanto previsto dall'art. 13, co. 3 Cost.

9. Tesi secondo la quale i diritti dello straniero possono essere limitati o sacrificati nell'area internazionale degli aeroporti, che non sarebbe parte del territorio nazionale: i casi francese, australiano e ungherese

Il secondo paradigma argomentativo utilizzato per sostenere che la restrizione (o privazione) dei diritti fondamentali non viola norme costituzionali e internazionali è quello

51. Si veda la circolare del Ministero dell'interno diramata il 6.10.2015 (prot. n. 14106); sul punto v. anche G. Savio, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in www.asgi.it, p. 3.

52. Si veda il «Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Belgique du 31 août au 12 septembre 1997», par. 45; sul punto v. anche le osservazioni contenute in Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, in www.asgi.it, p. 2.

secondo cui tali norme non sarebbero efficaci nell'area internazionale o di transito dell'aeroporto, che non sarebbe parte del territorio nazionale[53]. La tesi non è nuova, essendo stata sostenuta dal Governo francese proprio nel giudizio della sentenza *Amuur*. Al fine di inibire la presentazione e l'esame delle domande di asilo le frontiere sono sovente, a seconda della scelta politica, ampliate o ristrette. L'ampliamento si ha con i respingimenti in alto mare o negli aeroporti stranieri (attraverso l'invio di funzionari nazionali per coadiuvare l'opera di quelli dell'aeroporto straniero da cui partono i voli)[54]; la contrazione, invece, si realizza con la tecnica dell'*escissione* di una parte del territorio nazionale[55]. L'escissione delle "zone internazionali" aeroportuali, così come di isole e di porzioni di territorio di confine, divenuti luoghi di raccolta degli stranieri irregolarmente presenti, è divenuta di attualità in tempi recenti a causa delle politiche migratorie dell'Australia, dell'Ungheria e, limitatamente ai valichi aeroportuali, dell'Italia.

La prima esperienza che viene in evidenza è quella francese, da cui ha tratto origine il fatto della sentenza *Amuur*. In quella vicenda i richiedenti asilo erano giunti dalla Siria all'aeroporto di Orly il 9 marzo 1992, ed erano rimasti detenuti per venti giorni nell'Hotel Arcade, vicino ad Orly. Gli stranieri, che avevano adito il giudice competente presso il Tribunale di Creteil il 26 marzo, censurando la restrizione della propria libertà personale e il diniego dell'esercizio del diritto di asilo, furono allontanati il 29 marzo, dopo venti giorni di trattenimento. Due giorni dopo l'allontanamento, il 31 marzo, il presidente del Tribunale di Creteil con un provvedimento provvisorio dichiarò illegittima la detenzione e ordinò il loro rilascio. Di fronte alla Corte di Strasburgo il Governo francese sostenne che il fatto si era verificato nella zona internazionale o di transito, in cui lo Stato francese non sarebbe stato soggetto al rispetto degli obblighi internazionali. La Corte EDU nella sentenza *Amuur* ha avuto modo di evidenziare che il definire una parte dell'aeroporto, del confine, o del territorio come "zona internazionale" non comporta l'espunzione dello stesso

53. La tesi è stata sostenuta da ufficiali della polizia di frontiera come motivazione del diniego di ingresso nella zona di transito ai fini del colloquio con il proprio assistito: sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 7.

54. Si pensi in particolare all'Australia, che invia specialisti nell'esame dei documenti di viaggio (*Australian airline Liaison officers*) nei principali aeroporti dell'Asia e del Medio Oriente da cui trae origine un rilevante flusso migratorio: sul punto v. S. Taylor, *Offshore Barriers to asylum seeker movement: the exercise of power without responsibility?*, in J. McAdam (ed.), *Forced migration, Human rights and security*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2008, p. 93 ss.

55. Sull'utilizzo di questa duplice tecnica v. A. Ataner, *Refugee Interdiction and the Outer Limits of Sovereignty*, in *Journal of law and equality*, 2004, p. 26.

dal territorio nazionale, e che di conseguenza anche in quei luoghi trova applicazione la CEDU[56].

Vi sono anche modelli ed esperienze di escissione più recenti e attuali. Si pensi al caso australiano. Nel 2001, con l'entrata in vigore dell'*Excision Act*, numerose isole all'interno del mare territoriale sono state qualificate come esterne alla *migration zone* – prevista dalla legge australiana sull'immigrazione del 1954 – con la finalità di arginare il fenomeno degli arrivi "irregolari" di richiedenti asilo[57]. La legge del 1954 integra obblighi dello Stato nei confronti dei migranti ed è altresì l'atto normativo con cui si è data esecuzione alla Convenzione di Ginevra. Così gli stranieri in arrivo via mare, privi della regolare documentazione per l'ingresso, sono condotti verso queste isole: ciò consente allo Stato australiano di eludere gli obblighi internazionali tra i quali viene in evidenza, *in primis*, il principio di *non refoulement*. I migranti sono interrogati da funzionari australiani o dell'UNHCR in ordine alle ragioni della loro fuga e sono poi incanalati verso un sistema di asilo deficitario, in carenza di assistenza legale e di Centri di informazione governativi. Nel 2006 il modello australiano di escissione è stato ulteriormente perfezionato. Il "successo" della politica di escissione ha portato il partito laburista, ostile a un'iniziativa legislativa di analogo contenuto quando era all'opposizione, a perseguire e conseguire l'approvazione di una legge in base a cui tutto il territorio australiano è stato escisso. Ciò consente la deportazione nelle isole anche di chi arriva nell'Australia continentale e manifesta la volontà di presentare una domanda di protezione internazionale. Il territorio nazionale è rimasto invariato: si tratta quindi di una *fictio iuris* volta ad eludere il rispetto degli obblighi internazionali, costituzionali e legislativi, con particolare riferimento all'accesso alle procedure legali di asilo e agli istituti di revisione giudiziale delle decisioni amministrative sull'asilo. Nonostante alcune decisioni dell'Alta Corte abbiano inteso limitare queste pratiche amministrative eccezionali, l'accesso alle procedure legali di asilo e alla revisione giudiziale delle decisioni continua a essere l'esito di una decisione discrezionale del Ministro dell'immigrazione[58].

Un modello analogo è quello ungherese. La barriera all'accesso all'asilo è in questo caso sia fisica che giuridica. L'Ungheria ha costruito, nell'estate del 2015, due recinzioni

---

56. Cfr. par. 52 della sentenza *Amuur*: «the Court notes that even though the applicants were not in France within the meaning of the Ordinance of 2 November 1945, holding them in the international zone of Paris-Orly Airport made them subject to French law. Despite its name, the international zone does not have extraterritorial *status*».

57. Si veda il *Migration Amendment* (*Excision from Migration Zone*) (*Consequential Provision*) Act 2001, No. 127/2001.

58. Sul modello australiano, *ex plurimis*, v. A. Fischer-Lescano, T. Lohr, T. Todhidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, p. 256 ss., in part. p. 262 ss.; A. Vogl, *Over the Borderline: A Critical Inquiry into the Geography of Territorial Excision and the Securitisation of the Australian Border*, in *University of South Wales Law Journal*, 2015, p. 121 ss.

lungo il confine con la Serbia della lunghezza di 175 km (e del costo di 100 milioni di euro). Gli stranieri sono fermati a due posti di controllo, collocati lungo la barriera al confine con la Serbia, e in seguito sono fatti entrare in una zona di transito (un villaggio chiuso di contenimento), situata nei sessanta metri tra i posti di blocco e la barriera "interna". L'Ungheria consente l'ingresso a un solo straniero al giorno nella zona di transito. La barriera legale discende dal fatto che la recinzione e le zone di transito sono qualificate come "terra di nessuno", e da ciò discenderebbe, secondo lo Stato ungherese, l'inefficacia delle norme europee e internazionali in tema di protezione internazionale. Fino al 28 marzo 2017 è stata in vigore una procedura accelerata di asilo, in base alla quale i funzionari avevano otto giorni di tempo per decidere sull'ammissibilità della domanda (anche se spesso le decisioni erano prese in meno di un'ora, dopo un'audizione di pochi minuti)[59]. Lo straniero si trovava fisicamente impossibilitato ad entrare in Ungheria, trattenuto nella "terra di nessuno" anche per sei mesi e legalmente menomato nell'esercizio dei diritti derivanti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, *in primis* del diritto di asilo.

La Corte EDU ha ritenuto che la detenzione di alcuni migranti per ventitré giorni nella "terra di nessuno" sia stata in violazione dell'art. 5 CEDU. Anche in questo caso non ha aderito alla tesi secondo la quale ad essere compressa sarebbe stata la libertà di circolazione, respingendo l'argomento per cui sarebbe stato precluso solo l'ingresso in Ungheria e non l'uscita dalla "terra di nessuno" in altre direzioni. La Corte di Strasburgo ha inoltre sostenuto che la detenzione sia stata priva di base legale. Essa ha altresì rilevato la violazione dell'art. 3 CEDU, in combinato disposto con l'art. 13 CEDU, in quanto vi sarebbe stata una sostanziale impossibilità di ottenere tutela giudiziale avverso un (inesistente) provvedimento di detenzione. Essa ha infine accertato la violazione dell'art. 3 CEDU: il rischio di un trattamento inumano e degradante sarebbe derivato sia dalla qualificazione della Serbia come Paese sicuro (in base a un decreto del 2015), in contrasto con i rapporti di accreditate organizzazioni internazionali, e sia dal fatto che in quella vicenda si profilava un probabile rinvio a catena degli stranieri dall'Ungheria alla Serbia e dalla Serbia alla Grecia (Corte EDU, fourth section, *Ilias and Ahmed v. Hungary* ricorso n. 47287/15, 14.3.2017).

La procedura "iperaccelerata", in vigore dal settembre 2015, è stata temporaneamente sospesa il 28 marzo 2017 ed è stata sostituita da una nuova procedura "ordinaria", la cui idoneità ad assicurare l'effettività del diritto di asilo rimane comunque dubbia, essendo rimasti in piedi i capisaldi della politica di contenimento: le barriere, le

59. Cfr. A. Binetti Armstrong, C*hutes and Ladders: Nonrefoulement and the Sisyphean Challenge of Seeking Asylum in Hungary*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2019, p. 64.

zone di transito, il ridottissimo accesso alle stesse, la qualificazione della Serbia come terzo Paese sicuro. In base a questa nuova procedura, i funzionari competenti verificano in primo luogo l'applicabilità del regolamento di Dublino. Qualora il regolamento non sia applicabile, e non sia quindi possibile trasferire lo straniero in un altro Paese europeo, i funzionari devono decidere entro quindici giorni sull'ammissibilità, che dipende da vari fattori, incluso l'eventuale passaggio in un Paese terzo sicuro (come la Serbia). Se lo straniero non ha presentato domanda immediatamente all'ingresso della zona di transito, viene respinto dall'altra parte della recinzione; inoltre, in base alle nuove norme, la domanda non è accolta se lo straniero non presenta immediatamente la documentazione richiesta. Infine, lo straniero ha a disposizione appena tre giorni per impugnare la decisione di inammissibilità. Questa nuova legge impone peraltro di rimanere nelle zone di transito fino all'espletamento della procedura, che può durare da tre a sei mesi[60]. Date queste premesse, non stupisce che le domande di asilo accolte siano poche centinaia all'anno. Come è stato evidenziato, le più recenti leggi e politiche dell'Ungheria violano le norme internazionali ed eurounitarie sulla protezione internazionale e il divieto di *refoulement*, e così facendo hanno trasformato la richiesta di asilo in un «gioco di scivoli e scale», in cui lo straniero, semplicemente, «non può vincere»[61].

10. Segue: le norme italiane e internazionali e le zone di transito

In ultima analisi le zone di transito alla frontiera, così come gli *hotspot* al tempo dei trattenimenti *de facto*, sono il luogo (o non luogo) in cui, attraverso una *fictio iuris*, si evita l'applicazione del diritto costituzionale e internazionale. Con specifico riferimento all'Italia tale tesi si pone in conflitto in primo luogo con il diritto positivo nazionale: secondo l'art. 2 Cost., la Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; in base all'art. 2, co. 1, TU, «allo straniero *comunque presente alla frontiera* o nel territorio dello Stato sono *riconosciuti* i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»[62]. In questo senso si è pronunciata anche la Corte d'appello di Milano (sentenza n. 1292/2018), secondo la quale quando lo straniero si trova nell'area di transito è già nel territorio nazionale, con tutto ciò che ne deriva in ordine al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali[63].

60. Cfr. A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 66.

61. Cfr. A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 48.

62. Sull'incompatibilità della *fictio iuris* prospettata in relazione alle zone di transito con l'art. 2 TU v. le osservazioni di P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., pp. 284-285.

63. Su questa sentenza v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit.

Ad analoghe conclusioni si giunge in base alle fonti internazionali. In questo senso depone la lettera della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, la quale chiarisce che gli obblighi internazionali si applicano su tutto il territorio nazionale, se non è specificato diversamente [64]. Con riferimento alle zone aeroportuali l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nel rapporto del 12 settembre 1991 sull'arrivo dei richiedenti asilo negli aeroporti europei, ha posto in evidenza come le cosiddette zone internazionali sono parte del territorio nazionale, nelle quali lo Stato, esercitando poteri sovrani, è soggetto ad obblighi costituzionali e internazionali [65]. *Last but not least*, argomenti inequivoci sono prospettati nella sentenza *Amuur*, in cui sono stati accolti gli assunti del citato rapporto del Consiglio d'Europa, e si è quindi negata l'ammissibilità di tale *fictio iuris*.

In ogni caso, ragionando per assurdo, se anche muovessimo dalla premessa secondo cui le "zone internazionali" non sarebbero parte del territorio nazionale, giova ricordare che per la Corte EDU, in base all'art. 1 CEDU, secondo il quale gli Stati contraenti «riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro *giurisdizione* i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo» della Convenzione, lo Stato può essere reputato responsabile per gli atti adottati anche al di fuori del territorio nazionale. Questo principio è chiaramente affermato nella sentenza Corte EDU, *Hirsi Jamaa and others v. Italy,* ric. n. 27765/09, 23.2.2012, sui respingimenti in mare, in cui la Corte ha ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata[66], si presume che la giurisdizione incontri il limite del territorio nazionale, ma che in casi eccezionali gli atti posti in essere – o produttivi di effetti – al di fuori di tale territorio, possono costituire esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (parr. 71 e 72 sent. *Hirsi*). Ogni qual volta uno Stato eserciti «controllo e autorità» su un individuo, esercita giurisdizione (par. 74 sent. *Hirsi*)[67].

---

64. Sul punto v. le osservazioni di A. Edwards, *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, in *International and comparative law quarterly*, 2008, p. 808.

65. Cfr. Sent. *Amuur*, par. 26: «Asylum-seekers are detained in a so-called international zone at the airport, which means that they are not yet on French territory and the French authorities are therefore not under a legal obligation to examine the request as they would be if a request was made by someone already on French territory. The international zone has no legal background and must be considered as a device to avoid obligations».

66. Si veda, con riferimento al caso Ocalan, la sentenza Corte EDU *Ocalan v. Turkey*, ric. n. 46221/99, 12.5.2005; con riferimento agli atti adottati nei confronti di attivisti turchi in Kenya, si veda la sentenza Corte EDU *Issa v. Turkey*, ric. n. 31821/96, 16.11.2004. Anche nella sentenza Corte EDU *Xhavara e altri v. Italy and Albania*, ric. n. 39473/98, 11.1.2001, originata da una collisione in mare tra una nave della marina militare italiana e una cosiddetta "carretta del mare" trasportante migranti, in seguito a cui morirono cinquantotto persone, il caso fu dichiarato inammissibile per mancato esaurimento dei rimedi interni, ma fu anche affermato che l'Italia stava esercitando la propria giurisdizione e che, se il merito fosse stato esaminato, sarebbe venuta in rilievo l'eventuale violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU). Per una ricostruzione di questi precedenti v. B. Vandvik, *Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect: A View from ECRE*, in *Amsterdam law forum*, 2008, p. 30.

67. Sul punto v. E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in E. Feller, V. Tirk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on*

11. La prassi del respingimento degli stranieri cui sia stato revocato o non rinnovato il permesso di soggiorno quando si trovano all'estero: criticità costituzionali

Il permesso di soggiorno «in corso di validità» è un titolo legittimante all'ingresso secondo quanto previsto dal codice delle frontiere Schengen (art. 6, par. 1, lett. b), regolamento 399/2016/UE); parimenti il Testo unico prevede che «per lo straniero in possesso di permesso di soggiorno è sufficiente, ai fini del reingresso nel territorio dello Stato, una preventiva comunicazione all'autorità di frontiera» (art. 4, co. 2 TU). Non vi è dubbio – alla luce delle circolari del Ministero dell'interno – che anche il permesso di soggiorno scaduto unito alla ricevuta della richiesta di rinnovo è un titolo legittimante all'ingresso. La prassi della polizia di frontiera, con riferimento agli stranieri che siano stati titolari del permesso di soggiorno e se lo siano visti revocare o non rinnovare quando si trovavano temporaneamente all'estero, è nel senso di notificare nella zona di transito il provvedimento sfavorevole inerente al titolo di soggiorno e di adottare contestualmente un decreto di respingimento immediato[68]. È certo singolare che la stessa polizia di frontiera consideri la zona di transito una zona "extraterritoriale", al fine di escludere la titolarità dei diritti costituzionali, e poi ritenga ritualmente notificato il provvedimento proprio nella medesima area. Tuttavia, se si aderisce alla tesi sostenuta in questo scritto secondo cui tali zone aeroportuali sono parte del territorio nazionale, il provvedimento dovrebbe essere ritenuto ritualmente notificato[69].

Eppure, vi sono altri argomenti in virtù dei quali è da ritenersi che lo straniero regolarmente soggiornante che abbia perduto il diritto al soggiorno abbia comunque, in

---

International Protection, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 110, secondo i quali «the responsibility of the Contracting State for its own conduct and that of those acting under its umbrella is not limited to conduct occurring within its territory. Such responsibility will ultimately hinge on whether the relevant conduct can be attributed to that State and not whether it occurs within the territory of the State or outside it». V. altresì A. Ataner, op.cit., pp. 28-29: «for the state's self-declared capacity to obstruct her passage by means of coercion is precisely what gives rise to its obligation to entertain her claim. The fact that she happens to be, as yet, outside the state's territorial boundary is, ultimately, irrelevant; what matters is that she has encountered the outer limits of its sovereign power». V. altresì S. Kneebone, *The legal and ethical implications of extraterritorial processing of asylum seekers: the "safe third country" concept*, in J. McAdam (ed.), *Forced migration, Human rights and security*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2008, p. 148, secondo cui «article 33 [*non-refoulement* obligation] applies to any situation where the State has "effective control" of the asylum seekers». V. infine anche A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 88, per cui «a State's obligation to respect the non-refoulement principle is not confined to its territory; it applies wherever the State exercises control. Where a State is deemed to have control, it may only return an asylum seeker to another country if that country will also abide by the principle of *non-refoulement* and allow the individual to seek asylum in accordance with international law».

68. Su questa prassi si veda il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 16 e Asgi, *Illegittime le espulsioni notificate nelle aree di transito aeroportuali*, in www.asgi.it.

69. La tesi secondo la quale la notifica del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno non produrrebbe effetti nella zona di transito è stata invece sostenuta dalla Corte d'appello di Milano, sent. 1292/2018.

questi frangenti, diritto all'ingresso. Depongono in questo senso l'argomento letterale, l'argomento sistematico e l'interpretazione conforme a Costituzione.

In primo luogo è vero che, come si è detto, il titolo di soggiorno in corso di validità costituisce un titolo legittimante all'ingresso. Deve tuttavia essere evidenziato che in base agli artt. 4 e 10 TU i provvedimenti sfavorevoli inerenti al permesso di soggiorno, adottati in un momento di assenza dal territorio nazionale, non sono espressamente previsti come presupposto del respingimento, né è previsto espressamente il tempo e il luogo nel quale la notifica di tale provvedimento sfavorevole deve essere posta in essere. A ciò si aggiunga che l'art. 13, co. 2, lett. b), TU prevede il rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno tra i presupposti dell'espulsione (e non del respingimento). Questo quadro normativo consente quindi l'inveramento di una diversa prassi amministrativa diretta a consentire l'ingresso dello straniero, a notificare il provvedimento inerente al permesso di soggiorno dopo il superamento del valico di frontiera e a procedere eventualmente all'espulsione. Una tale prassi amministrativa, oltre a trovare fondamento nell'interpretazione *a contrariis* delle disposizioni vigenti, appare coerente con l'esigenza di correttezza e di garanzia del reciproco affidamento nelle vicende inerenti all'ingresso e all'allontanamento, che discende da una lettura "contrattuale" dei rapporti tra lo Stato e lo straniero, affermata dalla Corte costituzionale allorquando essa ha sottolineato che il principio di «stretta legalità» delle fattispecie espulsive «permea l'intera disciplina dell'immigrazione e ... costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» (Corte cost. ord. 146/2002, sent. 148/2008)[70].

Neppure può dirsi legittimo il respingimento fondato sull'art. 4, co. 6 TU, in base al quale è precluso l'ingresso agli stranieri che «devono essere espulsi». Tale disposizione legittima il respingimento dello straniero con riferimento al quale sia già stato adottato un provvedimento di espulsione, ma non dello straniero cui sia solo stato notificato il provvedimento sfavorevole inerente al permesso di soggiorno, cui non necessariamente segue l'adozione di un decreto di espulsione. Questo assunto discende in primo luogo dall'art. 12, co. 2, d.p.r. 394/1999, secondo il quale, salvo che debba disporsi il respingimento o l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera, quando il

70. Sul paradigma contrattuale nella letteratura scientifica statunitense v. P. H. Schuck, *The transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, 1984, 1 ss., in part. 6 e 44; S. H. Legomsky, *Immigration law and the principle of plenary congressional power*, in *The Supreme Court Review*, 1984, 255 ss.; V. C. Romero, *United States immigration policy: contract or human rights law?*, in *Nova law review*, 2008, p. 309 ss.; Id., *Everyday law for immigrants*, London, Boulder, Paradigm publishers, 2009, p. 5 ss. Ci si consenta altresì di rinviare al nostro R. Cherchi, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del Convegno Annuale di Cassino. 10-11 giugno 2016*, collana del Gruppo di Pisa, a cura di V. Baldini, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 190.

permesso di soggiorno è rifiutato il questore concede «un termine, non superiore a quindici giorni lavorativi, per presentarsi al posto di polizia di frontiera indicato e lasciare volontariamente il territorio dello Stato, con l'avvertenza che, in mancanza, si procederà a norma dell'art. 13 del Testo unico». In ultima analisi, di regola, nell'ipotesi del mancato rinnovo (o della revoca) del permesso di soggiorno l'espulsione non è necessaria e inevitabile: lo straniero *può* ma non *deve* essere espulso. Anche nelle altre ipotesi di espulsione, l'adozione del provvedimento non è necessitata perché è l'esito dell'esercizio di poteri discrezionali. I provvedimenti ministeriali di espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1 TU) e per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1, l. n. 155/2005) sono espressione di ampia discrezionalità. I provvedimenti prefettizi di espulsione nei confronti di stranieri che sono entrati nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera e non sono stati respinti (art. 13, co. 2, lett. a), TU), di quelli relativi a stranieri appartenenti a categorie di soggetti pericolosi (art. 13, co. 2, lett. c), TU) e di quelli che devono essere espulsi per vicende inerenti il permesso di soggiorno (e per gli altri presupposti di cui all'art. 13, co. 2, lett. b), TU), non sono più espressione di attività vincolata ma sono anch'essi espressione di una valutazione discrezionale. Il recepimento della direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (cd. direttiva rimpatri) ha infatti portato a prevedere che l'espulsione prefettizia è disposta «caso per caso» (art. 13, co. 2, TU, così modificato dal d.l. n. 89/2011)[71]; successivamente la Corte costituzionale con una sentenza additiva ha imposto all'amministrazione competente una valutazione discrezionale che tenga conto dei legami ascrivibili al diritto alla vita privata e familiare (Corte cost. sent. 202/2013). Se quindi l'adozione di un provvedimento di espulsione è sempre e solo eventuale, il disposto di cui all'art. 4, co. 6, TU, secondo il quale «non possono fare ingresso nel territorio dello Stato e sono respinti alla frontiera ... gli stranieri che debbono essere espulsi», deve essere interpretato nel senso che esso fa riferimento alla futura esecuzione di un decreto di espulsione già adottato, e non alla futura (e incerta) adozione di un provvedimento di espulsione non ancora venuto in essere.

Depone nel senso di consentire l'ingresso allo straniero in tali frangenti anche l'interpretazione adeguatrice. Lo straniero cui al rientro da un viaggio sia notificato il diniego di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno non è un soggetto "estraneo". Al contrario, il titolare di un permesso di soggiorno non rinnovato o revocato è stato regolarmente soggiornante e può aver sviluppato nel territorio nazionale legami ascrivibili a diritti fondamentali, in particolare al diritto alla vita privata e familiare, che come si è anticipato possono costituire un limite al potere di espulsione (Corte cost. sent. 202/2013;

71. V. art. 13, co. 2 TU, così come modificato dall'art. 3, co. 1, lett. c), n. 1), lett. a), del d.l. n. 89/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 129/2011.

Cass., sez. VI civile, 12.7.2016, n. 14176/16, est. Bisogni). Il denegato ingresso a questo straniero, quindi, non incide solo sulla libertà di ingresso e di circolazione (che a rigore non sono diritti costituzionali dello straniero privo di titolo di soggiorno[72]), ma anche su altri diritti, il cui esercizio deve essere bilanciato con gli altri interessi esistenti nel procedimento di espulsione.

Ad adiuvandum è utile ricordare, applicando il metodo della comparazione, alcune importanti decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti. Tale Corte aveva sviluppato negli anni Cinquanta, in alcune risalenti sentenze (*Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Knauff v. Shaughnessy,* 338 U.S. 537 (1950)), la dottrina della *entry fiction*, in base a cui lo straniero alla frontiera è privo di diritti costituzionali in quanto è come se non fosse mai entrato nel territorio nazionale (si era in presenza di un'altra forma di escissione). In particolare nel caso *Mezei* lo straniero, che era regolarmente soggiornante di lungo periodo e aveva una famiglia negli Stati Uniti, dopo aver lasciato il Paese aveva cercato di entrare nuovamente nel territorio nazionale, senza riuscirvi perché fermato alla frontiera in forza di una decisione dell'*Attorney general*. In quanto al di fuori dei confini, Mezei era stato considerato privo di diritti costituzionali e, quindi, passibile di detenzione amministrativa a tempo indeterminato. Questo indirizzo interpretativo, che risentiva del clima della guerra fredda, è stato successivamente corretto da una sentenza del 1982 (*Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982)), con la quale la Corte Suprema ha affermato che allo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo, anche quando si trovi alla frontiera a causa di un viaggio e sia stato coinvolto in attività che sarebbero causa di inammissibilità per uno straniero non residente (nella fattispecie, *trafficking* di stranieri in Messico), devono comunque essere riconosciuti alcuni diritti costituzionali – e in particolare il diritto al *due process of law* – se può vantare «legami» (*ties*) con il territorio maturati in virtù di un precedente ingresso e soggiorno regolare: «once an alien gains admission to our country and begins to develop the ties that go with permanent residence, his constitutional status changed accordingly»[73]. Sulla base di questa decisione, la signora

72. Sul punto v. Corte cost., sent. 148/2008, punto 3 del considerato in diritto.

73. In senso analogo v. la decisione della Corte Suprema *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), in cui si evidenzia che «the distinction between an alien who has effected an entry into the United States and one who has never entered runs throughout immigration law. [...] It is well established that certain constitutional protections available to persons inside the United states are unavailable to aliens outside of our geographic borders. [...] But once an alien enters the country, the legal circumstance changes, for the due process clause applies to all "persons" within the United States, including aliens, whether their presence is lawful, unlawful, temporary, or permanent». Il principio giuridico espresso nella *Mezei* è stato invece ripreso e valorizzato nella *dissenting opinion* del *Justice* Scalia, in cui si sostenne che non vi sarebbe differenza, in base alla *Mezei* (che, evidenzia il *Justice*, non è stata *overruled*), tra uno straniero oltre il confine e uno straniero che, dentro i confini, abbia visto estinguersi il proprio diritto al soggiorno in forza di un ordine di allontanamento («we are offered no justification why an alien under a valid and final order of removal – which has totally extinguished whatever right to presence in this country he possessed – has any greater due process right to be

Plasencia fu ammessa temporaneamente nel territorio nazionale (*paroled*) in attesa della decisione della Corte di merito. Il mutamento è stato quindi radicale, quasi un *overruling*: secondo *Mezei* lo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo, una volta che oltrepassa la frontiera, è equiparato allo straniero che faccia per la prima volta domanda di ingresso sul territorio nazionale; secondo *Plasencia*, invece, il diritto al *due process* – e quindi all'equo contemperamento degli interessi in gioco nella decisione amministrativa – è stato riconosciuto a chi, in virtù di un precedente ingresso e soggiorno legale, aveva maturato legami con il territorio e poteva quindi vantare la titolarità di interessi ascrivibili alla libertà e alla proprietà. Dopo Plasencia, la portata applicativa della *Mezei* è rimasta circoscritta all'ipotesi di assenze particolarmente prolungate[74].

In ultima analisi, assoggettare al respingimento alla frontiera sia lo straniero "estraneo" al territorio che lo straniero cui il mancato rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno siano stati notificati nella zona di transito, oltre che essere in violazione della lettera e dello spirito delle disposizioni di legge vigenti, comporta l'assimilazione di categorie di soggetti sensibilmente differenti nella titolarità e nel godimento di diritti fondamentali e appare priva di una qualunque ragione giustificativa: essa è, pertanto, manifestamente arbitraria. Poiché la disciplina del respingimento e dell'espulsione, con la determinazione dei relativi presupposti, è rimessa alla discrezionalità del legislatore entro il limite dell'arbitrio manifesto (Corte cost. sent. n. 206/2006 e ord. n. 361/2007), deve quindi essere data un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 4, 10 co. 1 e 13, co. 2 lett. b) TU, nel senso che non consentono la notifica al valico di frontiera del

---

released into the country than an alien at the border seeking entry»). Su questa decisione e la relativa *dissenting opinion* v. R. Canty, *The new world of immigration custody determinations after Zadvydas v Davis*, in *Georgetown immigration law journal*, 2003-2004, p. 470 ss.; J. W. Gardnert, *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, in *Cornell International law journal*, 2003-2004, p. 177 ss.; G. Martinez, *Indefinite detention of immigrant information: federal and State overreaching in the interpretation*, in *The Yale law journal*, 2010, p. 667 ss.; A. Bramante, *Ending indefinite detention of non-citizens*, in *Case western reserve law review*, 2011, p. 933 ss.

74. Il Congresso, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha poi precisato che uno straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo non è soggetto all'applicazione delle cause di inammissibilità *(inadmissibility grounds)*, cui è già stato soggetto al suo primo ingresso, se la sua assenza non è stata superiore ai 180 giorni continuativi (INA § 101 (a) (13)): non è ancora chiaro, tuttavia, se il superamento di questa soglia temporale comporti, per lo straniero residente permanente che si sia allontanato dal territorio nazionale, la rescissione dei legami con il territorio e il conseguente venire meno delle garanzie del *due process of law*. Sulle decisioni *Mezei*, *Knauff* e *Plasencia* v., *ex plurimis*, D. Martin, *Due process and membership in the national community: political asylum and beyond*, in *The University of Pittsburgh Law Review*, 1983, pp. 22-23; M. Scaperlanda, *Polishing the tarnished golden door*, in *Wisconsin Law Review*, 1993, p. 7 ss.; C. D. Weisselberg, *The exclusion and detention of aliens: lessons from the lives of Ellen Knauff and Ignatz Mezei*, in *University of Pennsylvania law review*, 1995, p. 933 ss.; M. LeBuhn, *The Normalization of Immigration Law*, in *Northwestern Journal of Human Rights*, 2017, pp. 120-121.

provvedimento sfavorevole del permesso di soggiorno e il contestuale respingimento dello straniero.

12. Brevi note sulla procedura accelerata per l'esercizio del diritto di asilo

Un'ultima notazione riguarda l'esercizio del diritto di asilo nelle zone di frontiera o di transito.

Il quadro normativo è il seguente: l'art. 11, co. 6 TU prevede che presso i valichi di frontiera sono istituiti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi. Tali servizi sono forniti, ove possibile, all'interno della zona di transito. In attuazione dell'art. 11, co. 6, TU, l'art. 24 del d.p.r. 394/1999 prevede che i servizi di accoglienza alla frontiera sono istituiti presso i valichi di frontiera nei quali è stato registrato negli ultimi tre anni il maggior numero di richieste di asilo o di ingressi sul territorio nazionale, e rinvia a un decreto del Ministro dell'interno la definizione delle modalità per l'espletamento dei servizi di assistenza, anche mediante convenzioni con organismi non governativi o associazioni di volontariato, enti o cooperative di solidarietà sociale. L'art. 3 d.m. 22.12.2000 attribuisce ai prefetti la competenza ad attivare i servizi «direttamente o attraverso la stipula di apposite convenzioni con enti, associazioni, o altri organismi del privato sociale iscritti nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri». L'art. 1 del d.m. 30.4.2001 dispone che «è istituito un servizio di accoglienza ... presso il valico di frontiera terrestre, portuale e aeroportuale nelle province di: Ancona, Bari, Brindisi, Bologna, Bolzano, Como, Firenze, Gorizia, Imperia, Roma, Torino, Trieste, Trapani, Varese e Venezia». La circolare del Ministero dell'interno del 2.5.2001 prevede le attività da svolgere e i modi di implementazione e di gestione. Il registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, cui si è fatto in precedenza riferimento, include organismi privati, associazioni ed enti aventi i requisiti di cui all'art. 53, d.p.r. 31.8.1999, n. 394 (così come modificato dal d.p.r. 18.10.2004, n. 334). Tale iscrizione presuppone il rispetto dei requisiti di affidabilità ed esperienza specifica e pluriennale nel settore e implica la possibilità di accesso a finanziamenti pubblici.

A questo quadro normativo si deve aggiungere quanto prescritto da alcune disposizioni del d.lgs. n. 25/2008, introdotte dal d.l. n. 113/2018, con cui si sono previste l'individuazione di «zone di frontiera o di transito» e l'istituzione di ulteriori sezioni delle Commissioni territoriali per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate dallo straniero «direttamente alla frontiera o nelle zone di transito ... *dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli*» (art. 28-*bis*, co. 1-*ter* e 1-

quater 25/2008). La Commissione territoriale definisce *questi casi* applicando la procedura accelerata (entro sette giorni dalla recezione della domanda la Commissione territoriale procede all'audizione dello straniero e decide nei due giorni successivi: art. 28-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 25/2008).

Considerato che le zone di frontiera o di transito individuate sono collocate all'interno delle isole maggiori, della Puglia e dei territori frontalieri del Nord-est, la procedura accelerata di esame della domanda di asilo può trovare applicazione sia in alcuni valichi di frontiera (ad esempio, i porti e aeroporti di Trapani e Cagliari) sia in talune zone di transito, allorquando lo straniero sia stato rintracciato «*dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli*» (art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008).

Alcune notazioni devono essere formulate.

La prima è che tale procedura accelerata non è applicabile nei valichi di frontiera degli aeroporti di Malpensa e Fiumicino (e del porto di Civitavecchia). Il Ministro dell'interno con decreto del 5.8.2019 ha infatti individuato zone di frontiera e di transito senza includere questi siti, in cui in cui si deve quindi applicare la procedura ordinaria, anche quando lo straniero sia stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli[75]: è questo sicuramente il caso di coloro che si trovino in un aeroporto italiano in transito verso un'altra destinazione e che, usciti dall'aereo, si diano alla fuga e siano poi successivamente rintracciati, così come degli stranieri che abbiano cercato di indurre in errore la polizia di frontiera, producendo documenti falsi o contraffatti, e solo dopo abbiano fatto richiesta di asilo.

La seconda notazione attiene al fatto che la determinazione legislativa dei presupposti della procedura accelerata è imprecisa, e potrebbe quindi prestarsi a un'interpretazione in termini non restrittivi, tale da far divenire la procedura medesima una regola generale con riferimento a coloro che siano stati rintracciati fuori dai valichi di frontiera e siano stati ammessi nel territorio nazionale per esigenze di pubblico soccorso[76].

---

75. V. *supra*, nota 23.

76. Cfr. G. Crescini, F. Ferri, L. Gennari, *Le nuove disposizioni in materia di domanda reiterata, procedure accelerate e di frontiera*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 124 s., secondo i quali il presupposto dell'applicazione della norma – aver eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera – è «una situazione definita in modo molto vago, una fattispecie che si presta quindi ad interpretazioni difformi, che lascia un ampio margine di discrezionalità in capo all'amministrazione e che potrebbe trovare potenzialmente un'applicazione sistematica, addirittura determinando un ribaltamento del rapporto regola-eccezione che dovrebbe caratterizzare l'utilizzo delle procedure accelerate rispetto a quella ordinaria». V. altresì Asgi, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 210)*, cit., p. 8 ss., in cui si evidenzia che l'art. 31, par. 8, lett. g), della direttiva 2013/32/UE consente agli Stati membri di prevedere una procedura accelerata ma «esclude ogni automatismo rispetto al mero fatto dell'essere stato fermato all'atto dell'attraversamento della frontiera, che di per sé non esclude l'intenzione dello straniero di presentarsi quanto prima alle autorità per chiedere protezione».

Deve essere altresì rilevato che il d.lgs. n. 25/2008 prevede una procedura meno favorevole per l'esame della domanda di protezione internazionale se lo straniero proviene da un «Paese sicuro». L'applicazione della procedura accelerata e la previsione dei «Paesi sicuri» potrebbero avere, in ultima analisi, l'effetto di disincentivare la presentazione delle domande di protezione internazionale e di porre le basi per l'adozione di provvedimenti di respingimento[77].

13. I presupposti del respingimento differito e la sua riconduzione alle norme costituzionali sulla libertà personale da parte della sentenza della Corte costituzionale 275/2017

Il respingimento differito è disposto con un decreto del questore, motivato in fatto e in diritto (art. 3 l. n. 241/1990), ed è un atto recettizio che produce effetti dopo la sua notificazione all'interessato. Come si è anticipato, la sua esecuzione comporta l'accompagnamento alla frontiera dello straniero che, sottraendosi ai controlli ivi istituiti, sia stato rintracciato all'ingresso o «subito dopo» o che, presentatosi ai valichi di frontiera senza avere i requisiti legali, sia stato temporaneamente ammesso sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso (art. 10, co. 2, TU)[78].

Da più parti, in vigenza dell'art. 10 TU nella sua originaria formulazione, si era sostenuto che il decreto di respingimento differito, data la natura coercitiva (e non

77. Le norme sul riconoscimento della protezione internazionale sono molto meno favorevoli nell'ipotesi in cui il migrante provenga da un «terzo Paese sicuro». Se infatti la domanda è presentata da un soggetto che sia cittadino di un «terzo Paese sicuro» (o apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese), l'onere della prova è in capo allo straniero: la decisione è motivata esclusivamente dando atto che lo straniero non ha dimostrato la sussistenza di *gravi motivi* per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla sua situazione particolare (art. 9, co. 2-*bis* d.lgs. n. 25/2008). Tali domande sono esaminate in via prioritaria (art. 28, co. 1, lett. c-*ter*) d.lgs. n. 25/2008) e sono considerate manifestamente infondate, salvo appunto che non sia stata offerta una prova adeguata (art. 32, d.lgs. n. 25/2008). Inoltre, l'ufficio di polizia è tenuto ad informare il richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro che la domanda può essere rigettata ai sensi dell'art. 9, co. 2-*bis* (ossia salvo che lo stesso straniero non alleghi la prova dei gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla sua situazione particolare). Il quadro normativo è tale da costituire un forte disincentivo alla presentazione della domanda di protezione internazionale da parte di questi soggetti, e qualora la domanda non fosse presentata vi sarebbe l'adozione di decreti di respingimento. L'elenco dei Paesi sicuri è contenuto nel decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, adottato di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro della giustizia, del 4.10.2019, pubblicato su GU del 7.10.2019, che all'art. 1 qualifica come sicuri i seguenti Paesi: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina. Sulla disciplina europea e interna inerente ai Paesi terzi sicuri e sulle criticità che tale istituto comporta con riferimento all'effettività del diritto di asilo v. F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della L. 132/2018 di conversione del C.D. «decreto sicurezza» (D.L. 113/2018)*, in questa *Rivista*, p. 147 ss., spec. p. 167 ss.

78. Il questore è l'organo competente a firmare il decreto di respingimento differito. I decreti riportanti la sola formula «d'ordine del questore», con un timbro dell'ufficio immigrazione, sono stati da alcune ordinanze dichiarati nulli. Inoltre il decreto notificato senza la certificazione di conformità all'originale è stato dichiarato nullo: cfr. Trib. Catania, sez. I civ., ord. 30.1.2016, est. Casentino; Trib. Catania, sez. I civ., est. Castorina (sul punto v. E. Rigo, G. Savio, *Rassegna di giurisprudenza italiana: allontanamento e trattenimento*, in questa *Rivista*, 1.2017).

meramente obbligatoria) dell'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, sarebbe stato idoneo a determinare una restrizione della libertà fisica di non lieve entità e avrebbe quindi inciso sulla libertà personale. Si era quindi evidenziata l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2 TU, in quanto esso non prevedeva né la competenza dell'autorità giudiziaria, né il procedimento di convalida giurisdizionale *ex post* del decreto questorile, a differenza di quanto disposto con riferimento al decreto questorile di trattenimento nel CIE (art. 14, co. 4 TU) e al decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso (art. 13, co. 5-*bis* TU)[79].

Questa conclusione ha poi trovato un'inequivoca conferma nella sentenza Corte cost. 275/2017 in cui la Consulta, dopo aver ricordato i suoi precedenti in cui aveva sostenuto che l'accompagnamento coattivo dello straniero rimpatriando incide sulla libertà personale (Corte cost. sentt. 2/1956, 105/2001, 224/2004), ha ascritto alla libertà personale la traduzione alla frontiera da parte della forza pubblica dello straniero respinto[80]. Nella stessa decisione viene altresì ribadito che l'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni[81], producendo un effetto «obbligatorio» e non «coercitivo», non incide sulla libertà personale e non deve quindi essere oggetto di convalida giurisdizionale (nello stesso senso Corte cost. sentt. 210/1995). Sempre nella sentenza 275/2017 la Corte costituzionale ha precisato che l'adozione dell'ordine di lasciare il territorio nazionale fa venir meno gli effetti del decreto di respingimento differito («questo provvedimento non affianca il precedente ... ma lo supera»), laddove invece, secondo la precedente prassi amministrativa, il decreto questorile di respingimento avrebbe visto temporaneamente sospesi i propri effetti, «per riprendere poi vigore ed essere eseguito a

79. Il Testo unico nella sua originaria formulazione non prevedeva un procedimento di convalida, ma siccome la sentenza della Corte costituzionale 105/2001 ha lasciato intendere l'illegittimità della disciplina originaria, con decreto-legge si è previsto il procedimento di convalida del decreto questorile nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, co. 3 Cost. (art. 13, co. 5-*bis* TU, introdotto dall'art. 2, d.l. 51/2002, convertito con modificazioni nella l. 106/2002 e poi modificato dal d.l. 241/2004).

80. Si veda in particolare la sentenza 105/2001 in cui la Corte costituzionale, dopo aver richiamato alcuni antichi precedenti (Corte cost. sentt. 2/1956 e 62/1994), ha affermato che «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione». Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di atti limitativi della libertà personale v. P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 256-257.

81. Secondo l'art. 14, co. 5-*bis* TU tale decreto è adottato successivamente all'adozione di un decreto di espulsione o di respingimento, laddove non sia stato possibile il trattenimento in un Centro di permanenza per i rimpatri, oppure se la permanenza presso uno di questi Centri non ha poi consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, o se dalle circostanze concrete non emerge più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto nello Stato di origine o di provenienza.

discrezione dell'autorità di polizia» (punto 3 del considerato in diritto)[82]. Al termine del considerato in diritto la Corte costituzionale ha esortato il legislatore a modificare l'art. 10, co. 2 TU, richiedendo che la modalità esecutiva del respingimento con accompagnamento alla frontiera sia disciplinata «in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.».

14. Il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2017: la nuova disciplina del respingimento differito introdotta nel Testo unico dal d.l. n. 113/2018

In seguito alla sentenza della Corte cost. n. 275/2017, il d.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018, ha modificato la disciplina vigente adeguando il regime giuridico del respingimento differito a quello dell'espulsione (art. 10, co. 2-*bis* TU, che rinvia all'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8 TU).

In base alle nuove disposizioni il decreto di respingimento differito, analogamente al decreto di espulsione, è comunicato allo straniero assieme all'indicazione delle modalità di impugnazione e a una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in una delle lingue internazionali (inglese, francese, o spagnolo: art. 13, co. 7 TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU)[83].

Come il decreto di espulsione, anche il decreto di respingimento differito può essere impugnato mediante la proposizione di un ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, nelle stesse forme e termini previsti con riferimento al decreto di espulsione (art. 13, co. 8, TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU).

Il decreto di respingimento è immediatamente esecutivo anche se sottoposto a impugnativa da parte dell'interessato. Anche se la disposizione che prevede l'immediata esecutività del decreto di espulsione, pur se sottoposto a gravame o impugnativa (art. 13, co. 3, TU), non è richiamata dall'art. 10, co. 2 TU (che disciplina il respingimento differito), tale conclusione discende dall'interpretazione *a contrariis* dell'art. 13, co. 5-*bis*

82. Sul punto v. le osservazioni di P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 11 ss.

83. È quindi da ritenersi applicabile la giurisprudenza sulla traduzione del decreto di espulsione, con riferimento alla quale la Cassazione, dopo il *revirement* del 2012, preso atto dell'esistenza di flussi migratori stabili per nazionalità ed etnie e del fatto che non è necessaria una traduzione «personalizzata», in quanto i testi del decreti «erano e sono standard», ha dichiarato la nullità del decreto non tradotto nella lingua dello straniero, a meno che l'amministrazione non dimostri la sostanziale impossibilità di disporre di un modulo standardizzato e l'irreperibilità di un traduttore (Cass. civ., sez. VI, sent. 8.3.2012, n. 3678/12). La giurisprudenza più risalente riteneva sufficiente motivare la mancata traduzione nella lingua dello straniero con l'esistenza di difficoltà tecnico-organizzative (Cass. civ., sez. I, n. 25362/2006; Cass. civ., sez. VI, n. 24170/2010; 17572/2010). La nullità del decreto di espulsione (e di respingimento) per carente traduzione può essere fatta valere anche in sede di opposizione tardiva (Cass. civ., sez. I, 179/2008), avendo il giudice di ultima istanza precisato che «nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per proporre impugnazione». Su questi indirizzi giurisprudenziali v. G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 20 e ss.

TU (cui fa rinvio l'art. 10, co. 2 TU), secondo il quale «l'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida».

La giurisprudenza in ordine alla sospensione del decreto di espulsione e – se si aderisce alla prospettiva ricostruttiva che vede il provvedimento di respingimento differito come *species* del provvedimento di espulsione[84], del decreto di respingimento – non è univoca. La competenza giurisdizionale in ordine a tali ricorsi è del Giudice di pace, che giudica secondo il rito sommario di cognizione. L'art. 5 del d.lgs. n. 150/2011 ammette la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti oggetto di giudizio solo nei casi in cui il potere è espressamente previsto dallo stesso decreto, e l'art. 18 del d.lgs. n. 150/2011 non lo prevede. In senso contrario, però, la sospensione cautelare può trovare fondamento nel principio affermato dalla sentenza Corte cost. 161/2000[85].

84. Numerose decisioni di giudici ordinari e amministrativi di primo grado avevano rilevato un'omogeneità «contenutistica e funzionale» tra decreto di respingimento e provvedimento di espulsione, evidenziando l'esistenza di un rapporto da *species* a *genus* tra decreto di respingimento e decreto di espulsione, da cui sarebbe discesa l'applicabilità in via analogica al respingimento dell'art. 13 TU (in questo senso v., per la giurisprudenza amministrativa, Tar Sicilia, 9.9.2010 n. 1036 e 17.3.2009, n. 510; Tar Campania, 3.7.2007, n. 6441; Tar Calabria, 23.2.2007, nn. 112 e 113; Tar Sicilia, 7.11.2006, n. 2706; Tar Calabria, 26.4.2006, n. 432; per la giurisprudenza ordinaria v. Giud. pace Agrigento 8.7.2011, n. 478 e 26.9.2008, n. 555). La Corte di Cassazione a sezioni unite, sent. 26.2./17.6.2013, n. 15115, ha dimostrato di non condividere questa tesi, sostenendo che non potrebbe farsi applicazione analogica dell'art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286 del 1998, «trattandosi di norma speciale che ha abrogato la previsione contenuta nell'art. 5, co. 3, d.l. n. 416 del 1989, conv. in l. n. 39 del 1990», e ha quindi radicato la giurisdizione nel plesso giurisdizionale ordinario sulla base di un altro argomento, ossia che il decreto di respingimento inciderebbe su diritti soggettivi «indegradabili» (il diritto di libertà personale e il diritto di asilo). La tesi che nega il rapporto da *genus* a *species* tra espulsione e respingimento non è tuttavia condivisibile. Se è vero infatti che la legge n. 40/1998 conteneva disposizioni di abrogazione espressa, e che tali disposizioni sono confermate all'art. 47 TU, è altresì vero che l'entrata in vigore del Testo unico integra un'abrogazione implicita della disciplina previgente, non potendosi ritenere ancora in vigore la norma che radicava la giurisdizione nel plesso giurisdizionale amministrativo. Inoltre, con l'ausilio della comparazione si può mettere in evidenza l'anomalia, nel contesto europeo, di un ordinamento che contempla un *tertium genus* tra respingimento immediato ed espulsione (v. B. Nascimbene, *Intervento*, in *Associazione italiana costituzionalisti. Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 456). Parimenti, con un argomento sistematico, si può porre in evidenza la almeno parziale identità dei presupposti e degli effetti dei due provvedimenti, che si evince dal fatto che lo stesso presupposto – l'ingresso nel territorio sottraendosi ai controlli di frontiera – è previsto dall'art. 10, co. 2 per il respingimento differito e dall'art. 13, co. 2, lett. a), per l'espulsione (sull'identità di tali presupposti v. P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 6) e dal fatto che sono entrambi atti idonei a incidere su diritti umani. Alla tendenziale omogeneità strutturale e funzionale delle due fattispecie deve essere ascritto il monito contenuto nella sentenza Corte cost. 275/2017 affinché la disciplina del respingimento differito di cui all'art. 10, co. 2.2 TU sia resa conforme all'art. 13, co. 3 Cost. Infine, sempre nel solco della ricostruzione sistematica dell'ordinamento, deve essere evidenziato che il seguito dato dal legislatore alla sentenza 275/2017 ha tracciato il solco di una tendenziale uniformazione del regime giuridico del respingimento differito e dell'espulsione, sia pure nel quadro di alcune differenze residue che forse si spiegano in ragione della specificità del respingimento differito, deciso nella sostanziale immediatezza dell'ingresso, senza che un rapporto con il territorio abbia avuto modo di svilupparsi.

85. Si tenga inoltre in considerazione il fatto che, secondo la sentenza Corte cost. 190/1985, in mancanza di una disposizione attributiva del potere di sospensione del provvedimento impugnato (che non è rinvenibile nell'art. 5, d.lgs. n. 150/2011), il potere stesso può essere esercitato in via cautelare d'urgenza. Questo principio è stato affermato dalla Consulta con riferimento a un regime normativo che non riconosceva al giudice amministrativo la possibilità di

La principale novità normativa del d.l. n. 113/2018 in tema di respingimento differito è stata l'introduzione di un procedimento di convalida giurisdizionale del decreto questorile, sul modello di quello già vigente con riferimento al decreto di accompagnamento alla frontiera in esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione e al decreto di trattenimento nel CPR. Il decreto deve essere comunicato al Giudice di pace territorialmente competente entro quarantotto ore e deve essere convalidato dallo stesso nelle quarantotto ore successive alla sua comunicazione (il relativo termine decorre dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria). Se la convalida non è concessa o non sono osservati i termini, il provvedimento del questore perde ogni effetto. L'esecuzione del decreto è sospesa fino alla decisione sulla convalida. Avverso la decisione di convalida del Giudice di pace è proponibile ricorso per Cassazione, ma il relativo ricorso non sospende l'esecuzione del decreto di respingimento[86].

Così come allo straniero espulso, anche allo straniero destinatario del decreto di respingimento differito è vietato un nuovo ingresso nel territorio italiano per non meno di tre e non più di cinque anni (la durata è definita in concreto, nel decreto questorile, tenuto conto di tutte le circostanze: art. 10, co. 2-*sexies* TU). Lo straniero può rientrare nel territorio nazionale solo in forza di una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. Qualora faccia reingresso nel territorio nazionale in violazione del divieto, è destinatario delle sanzioni penali vigenti per il reingresso dello straniero espulso: è punito con la pena da uno a quattro anni di reclusione ed è espulso con accompagnamento immediato alla

---

sospendere i provvedimenti impugnati innanzi a sé. Il tema si intreccia peraltro con quello della compatibilità della tutela cautelare con il rito sommario di cognizione che, sia pur in una forma ibrida, continua a regolare il procedimento di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 150/2011. La tesi della non incompatibilità si è affermata in giurisprudenza: *ex plurimis* cfr. Cass. civ., sez. II, sent., 15.1.2015, n. 592; Tribunale Torino, sez. III, ord., 29.8.2014. Nel senso della compatibilità della tutela cautelare con il rito sommario di cognizione v. S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 3/2011, p. 463 ss.

86. La convalida ha luogo nel rispetto del principio del contraddittorio nell'udienza. L'udienza si svolge in Camera di Consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. Il questore che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente o avvalendosi di funzionari appositamente delegati. Lo straniero è tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza, ed è ammesso sia all'assistenza legale da parte di un difensore di fiducia munito di procura speciale, che al gratuito patrocinio a spese dello Stato. Qualora l'interessato sia privo di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice tra gli avvocati iscritti alle liste dei difensori d'ufficio, nonché, se necessario, da un interprete. Il giudice provvede alla convalida con decreto motivato, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti e sentito l'interessato, se comparso. La convalida del decreto di respingimento – come già la convalida del decreto di esecuzione dell'espulsione e del decreto di trattenimento in un CPR – è posta in essere nei locali e con le risorse forniti al Giudice di pace dalle questure, nei limiti delle risorse disponibili (art. 13, co. 5-*ter*, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU). Dubbi di legittimità costituzionale possono essere formulati con riferimento a questa norma. Le questure sono organi periferici del Ministero dell'interno, mentre l'art. 110 Cost. prevede che «spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia». Peraltro, i locali sono messi a disposizione da una delle parti in causa che ha adottato il provvedimento, con evidente pregiudizio della terzietà del giudice e del principio di "parità delle armi" di cui all'art. 111 Cost.

frontiera (art. 10, co. 2-*ter* TU). Qualora poi lo straniero sia già stato denunciato per il reato di reingresso illegale, sia stato espulso e abbia fatto nuovamente reingresso nel territorio nazionale, è punito con la reclusione da uno a cinque anni (art. 10, co. 2-*quater* TU). È previsto l'arresto obbligatorio dello straniero (anche fuori dai casi di flagranza) e il giudizio con rito direttissimo qualora uno di questi due reati sia stato commesso (art. 10, co. 2-*quinquies* TU). Infine, in analogia con quanto era già previsto con riferimento allo straniero espulso, anche lo straniero respinto viene inserito, a cura dell'autorità di pubblica sicurezza, nel sistema di informazione Schengen (SIS). Tale inserimento implica il divieto di ingresso e soggiorno anche nel territorio degli altri Stati membri dell'Unione europea e degli Stati non membri cui si applica l'*acquis* di Schengen (art. 10, co. 6-*bis*, TU).

15. I dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito

Nonostante la novella del 2018, sulla normativa vigente aleggiano alcuni dubbi di legittimità costituzionale.

Continua ad essere controversa la legittimità di norme che, prevedendo un procedimento di convalida *ex post* del decreto questorile, sono conformi al modello di cui all'art. 13, co. 3 Cost. e non a quello di cui all'art. 13, co. 2 Cost. Non ci si può esimere dal considerare che meglio sarebbe stato se la sentenza Corte cost. n. 275/2017 avesse contenuto un monito a conformare il regime giuridico del respingimento all'art. 13 Cost., anziché all'art. 13, co. 3 Cost., perché l'indicazione di questo comma può aver alimentato la convinzione dell'adeguatezza di un procedimento di convalida *ex post*[87]. Non si può che ribadire in questa sede quanto da più parti sostenuto in sede scientifica, ossia che l'art. 13, co. 3 Cost. consente alla legge di devolvere l'adozione degli atti limitativi della libertà personale alla competenza dell'autorità di pubblica sicurezza solo in casi eccezionali di necessità e urgenza, tassativamente previsti dalla legge, e che nella fattispecie del respingimento differito tali presupposti sono carenti.

In primo luogo, il regime giuridico di convalida del decreto di respingimento differito – come quello relativo al decreto di esecuzione dell'espulsione e al decreto di trattenimento in un CPR – non rispetta il principio di eccezionalità. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost. sent. 64/1977), l'eccezionalità implica la previsione di una

87. Sul punto v. però le osservazioni di P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 16, secondo il quale il riferimento all'art. 13, co. 3 Cost., congiuntamente all'interpretazione del respingimento differito contenuta nella sentenza, non esime il legislatore dal differenziare la regola generale, in cui la competenza deve essere dell'autorità giudiziaria, dai casi eccezionali di necessità e urgenza, nei quali è ammessa la devoluzione della competenza all'autorità di pubblica sicurezza.

deroga alla regola generale, in quanto il termine «eccezionale» non è legato «alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria»[88]. Nella fattispecie del respingimento differito il decreto è adottato secondo regola generale (e non in via di eccezione) da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, invece che dall'autorità giudiziaria. In questa sede abbiamo qualificato il respingimento differito come una *species* dell'espulsione (v. *supra*, nota 84), e la tesi appare confermata dalla recente tendenza ad uniformare il regime giuridico dei due istituti. Ci potremmo quindi chiedere se, *de iure condendo*, si possa ipotizzare un procedimento di esecuzione dell'espulsione conforme all'art. 13 co. 2 Cost. e un procedimento di respingimento differito, in via di eccezione a questa regola, conforme all'art. 13, co. 3 Cost. La risposta è almeno parzialmente negativa. Perché vi possa essere un'eccezione alla regola generale è necessaria una *ratio* giustificativa, che sarebbe da individuarsi nell'eventuale esistenza, nell'ipotesi del respingimento differito (e a differenza dell'esecuzione dell'espulsione), dei presupposti della necessità ed urgenza. È stato evidenziato che la sussistenza di tali presupposti può essere riscontrata con riferimento allo straniero fermato in occasione o subito dopo l'ingresso nel territorio nazionale, ma non in relazione allo straniero che sia stato ivi ammesso per esigenze di pubblico soccorso, in quanto il soggetto in questa ipotesi «non è o non è stato nelle condizioni fisiche tipiche di una persona capace di rendersi irreperibile o comunque di sottrarsi all'esecuzione di provvedimento di allontanamento dal territorio italiano»[89]. Allo stato attuale, *de iure condito*, i principi di eccezionalità, necessità e urgenza di cui all'art. 13, co. 3 Cost. non appaiono rispettati. Date queste premesse – *de iure condendo* – il regime giuridico del respingimento differito dello straniero ammesso per ragioni di pubblico soccorso (come quello dell'esecuzione dell'espulsione) dovrebbe essere conformato al modello dell'art. 13, co. 2 Cost.; il regime giuridico del respingimento differito dello straniero rintracciato nell'atto di sottrarsi ai controlli di frontiera (o subito dopo) potrebbe, invece, essere eccezione alla regola generale e prevedere il procedimento di convalida.

I dubbi di legittimità costituzionale discendono anche dalla sospetta violazione del principio di tassatività (art. 13, co. 2 e 3 Cost. e art. 5 CEDU), in quanto i presupposti dell'atto sono definiti in termini generici e sostanzialmente indeterminati. Non è infatti

88. Sul punto v. le osservazioni di P. Bonetti, *Il Respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 25/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 5 e G. Savio, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, in www.asgi.it, p. 12.

89. Così P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., p. 287. Sui presupposti della necessità e urgenza come requisiti che possono trovare applicazione «solo quando vi sia un effettivo pericolo di fuga o di inquinamento delle prove» v. altresì A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., p. 205.

certo cosa significhino le parole «pubblico soccorso», la cui specificazione in concreto è rimessa alla discrezionalità amministrativa. Parimenti polisemica è la formula «subito dopo»: non è chiaro se la stessa abbia una valenza spaziale (nel qual caso il "rintraccio" dovrebbe avvenire poco dopo l'attraversamento della frontiera, ma non è precisato entro quale distanza dal confine) o temporale (il decreto dovrebbe essere adottato poco tempo dopo l'attraversamento della frontiera, ma non è stabilito entro quale termine)[90]. In questa zona grigia in numerosi casi si potrebbe alternativamente adottare, a discrezione delle amministrazioni competenti, un decreto di espulsione o un decreto di respingimento differito.

L'esigenza di una dettagliata disciplina dei presupposti del respingimento differito potrebbe apparire oggi meno rilevante in quanto espulsione e respingimento differito presentano, per effetto della recente novella all'art. 10 TU, una disciplina tendenzialmente comune. Rimangono tuttavia alcuni elementi differenti che rendono il mancato rispetto del principio di tassatività non privo di conseguenze giuridiche.

In primo luogo, è diversa l'autorità competente ad adottare il provvedimento (al prefetto è devoluta l'adozione del decreto di espulsione; il questore è competente all'adozione del decreto di respingimento differito).

In secondo luogo, ai respingimenti non si applica la direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (cd. direttiva rimpatri). L'art. 2 della direttiva europea consente infatti agli Stati di non applicarne le norme alle fattispecie del respingimento alla frontiera e del respingimento differito, e lo Stato italiano si è avvalso di tale facoltà nel recepimento della direttiva con il d.l. n. 89/2011, convertito nella legge n. 121/2011. A garanzia degli stranieri respinti, tuttavia, l'art. 4, par. 4 della direttiva rimpatri stabilisce che gli Stati membri rispettano il principio di *non refoulement* e provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto previsto dall'articolo 8, paragrafi 4 e 5 della direttiva (che prevedono limiti all'uso di misure coercitive per il rimpatrio, le quali devono essere proporzionate, non eccedere un uso ragionevole della forza e devono essere attuate conformemente a quanto previsto dalla

90. Sulla dubbia legittimità costituzionale di questa disciplina v. C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 158-159; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., pp. 287 e 530; S. Romanotto, P. Bonetti, *Respingimenti*, in www.asgi.it, p. 5; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 17 ss.; A. Pugiotto, *op. cit.*, p. 353; C. Favilli, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2011, pp. 15-29; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 148 ss.; M. Savino, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 260 ss.; G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 17; P. Bonetti, *Il Respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 25/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 2 ss.; S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista Aic*, 1/2019, www.rivistaaic.it, pp. 149-150.

legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica dello straniero); dall'art. 9, par. 2, lett. a), per il quale gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento per un congruo periodo, tenuto conto, in particolare, delle condizioni fisiche o mentali dello straniero; dall'art. 14, par. 1, lett. b) e d), per le quali devono essere assicurate anche allo straniero respinto le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie, e si deve tener conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili; dagli artt. 16 e 17, che disciplinano le condizioni di trattenimento.

Come conseguenza dell'*opt out* esercitato dall'Italia, alcuni istituti regolati dalla legge di recepimento della direttiva con riferimento all'espulsione non sono previsti in relazione al respingimento. Facciamo riferimento alla facoltà per lo straniero di chiedere e ottenere la fissazione di un termine per la partenza volontaria, prevista solo con riferimento all'espulsione (art. 13, co. 5, TU, che recepisce l'art. 7, co. 4 della direttiva rimpatri), mentre secondo l'art. 10 TU il respingimento differito ha luogo sempre mediante accompagnamento coattivo alla frontiera; alla mancata previsione delle misure alternative al trattenimento a favore dello straniero destinatario del provvedimento di respingimento, che invece possono essere disposte nei confronti dello straniero espulso se questi è in possesso di un passaporto o di un altro documento equipollente in corso di validità[91]. Si pensi, altresì, alla facoltà di chiedere e ottenere la revoca del divieto di reingresso, riconosciuta solo allo straniero che abbia ottenuto la fissazione di un termine per la partenza volontaria a condizione che fornisca la prova di aver lasciato il territorio nazionale entro il termine (art. 13, co. 14 TU). Si pensi anche alla disposizione secondo la quale l'espulsione è disposta dal prefetto «caso per caso» (art. 13, co. 2 TU e considerando n. 6 della direttiva), mentre un'analoga valutazione non è prevista in relazione all'adozione del decreto di respingimento differito (anche se essa è obbligatoria con riferimento al riscontro in concreto dei divieti di respingimento).

In terzo luogo, è da evidenziare che esistono fatti che integrano divieti di espulsione ma non di respingimento, a garanzia di situazioni di particolare vulnerabilità: si pensi all'ipotesi delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19, co. 2, lett. b), TU) e agli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità (art. 19, co. 2, lett. d)-*bis*, TU), nonostante entrambe le norme siano riconducibili a diritti inviolabili o fondamentali dell'uomo *ex* art. 2 Cost.

91. A norma dell'art. 13, co. 5.2 TU, tali misure sono: la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Ulteriori differenze possono essere rilevate in ordine al regime della tutela processuale[92].

All'ambiguità dei presupposti si aggiunge la scarsa tempestività nell'esercizio delle funzioni amministrative. È infatti accaduto che solo diversi giorni dopo il "rintraccio" dello straniero sia stato adottato il decreto di respingimento differito e il decreto di trattenimento in un Centro di permanenza per i rimpatri, per cui lo straniero ha subito una restrizione *de facto* della libertà personale (giustificata come funzionale al «pubblico soccorso»[93]). In questi casi si verifica un'elusione dei termini del procedimento di convalida di cui all'art. 13, co. 3 Cost. e una violazione dell'art 5 CEDU, così come anche recentemente interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Khlaifia*. Alcune decisioni di Giudici di pace hanno affermato che il tempo che intercorre tra il «rintraccio» dello straniero e l'adozione del decreto questorile di respingimento deve essere «ragionevolmente breve», e non può protrarsi per numerosi giorni[94]; in una decisione il decreto questorile adottato svariati giorni dopo il «rintraccio» dello straniero è stato ritenuto illegittimo per eccesso di potere[95].

In conclusione, così come la disciplina del respingimento alla frontiera, anche il regime giuridico del respingimento differito rivela lacune e criticità costituzionali. Si rende quindi necessario un nuovo atto normativo, eventualmente sollecitato da una nuova sentenza monito

---

92. Si pensi al fatto che nella fattispecie del respingimento differito vi è un solo decreto, che è oggetto del giudizio di convalida giurisdizionale (*ex* art. 13, co. 5-*bis*, TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU) e che può essere oggetto di impugnazione da parte dell'interessato (*ex* art. 13, co. 8 TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU), mentre l'espulsione comporta l'adozione di due decreti, per cui l'impugnazione ha ad oggetto il decreto prefettizio di espulsione, mentre il giudizio di convalida ha ad oggetto il decreto questorile di accompagnamento alla frontiera. Si pensi altresì al fatto che, stando alla lettera dell'art. 14, co. 4, TU, nel giudizio di convalida del decreto di trattenimento dello straniero in un CPR il giudice estende il proprio sindacato al decreto di espulsione e ai suoi requisiti, e non al decreto di respingimento differito. Il *favor libertatis* dovrebbe indurre a interpretare tale disposizione in via analogica (e non *a contrariis*), ma la prassi giurisprudenziale non sembra orientata in questo senso: sul punto v. G. Savio, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, cit., p. 14. Inoltre, secondo la lettera della disposizione, si applica solo allo straniero espellendo la disposizione secondo la quale il questore, «quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere ... prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali» (art. 13, co. 3 TU): solo l'applicazione analogica può comportare l'estensione dell'istituto del nulla osta all'ipotesi del respingimento differito. Infine, l'art. 142 d.p.r. 115/2002 prevede il diritto al gratuito patrocinio a spese dello Stato a favore dello straniero che impugni il decreto di espulsione (e non quello di respingimento): solo l'interpretazione analogica di tale disposizione può indurre a ritenere esistente il diritto al patrocinio a spese dello Stato in capo allo straniero che sia destinatario di un decreto di respingimento.

93. Sulla scorretta applicazione dell'art. 10 TU in occasione dell'arrivo di stranieri dal Nord Africa nel corso della "primavera araba", v. E. Fornale, *The European returns policy and the re-shaping of the national: reflections on the role of domestic courts*, in *Refugee Survey Quarterly*, dicembre 2012, p. 12 ss.

94. Cfr. Giudice di pace di Torino, decreto n. 15637/2011; Giudice di pace di Agrigento, decreto n. 10910 del 12.7.2011.

95. Cfr. Giudice di pace Agrigento, decreto 8.11.2011, n. 15470.

della Corte costituzionale, che ridetermini l'autorità competente, il procedimento di adozione, i presupposti dell'atto di respingimento differito (così come dell'atto di esecuzione dell'espulsione e dell'atto di trattenimento nei CPR), in conformità all'art. 13, co. 2 e 3 Cost.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

DUBLIN SYSTEM, "SCROOGE-LIKE" SOLIDARITY AND THE EU LAW: ARE THERE VIABLE OPTIONS TO THE NEVER-ENDING REFORM OF THE DUBLIN III REGULATION?

di Giuseppe Morgese

***Abstract**: According to Article 80 of the TFEU, EU asylum policy shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States. Nevertheless, EU Institutions and Member States have so far done very little to give substance to this principle to the benefit of those MS more exposed to migratory flows. Starting from the legal structure of Article 80 and the persistent European "scrooge-like" solidarity proofs, this paper aims at demonstrating that past and present initiatives (i.e. relocation quotas and the recent Draft Malta Joint Declaration of Intent of September 2019) are intended not to be successful and the amendment process of the so-called "Dublin System" hardly could lead to more structural solidarity. Thus, maybe it is time to rethink the implementation of Article 80, either by setting-up of a EU humanitarian visa system and/or shifting into a "Common But Differentiated Responsibilities" system, placing the burden of the first reception on the frontline MS (as it is today) but amending the 2003 Long Term Resident Directive in order to substantially reduce (or completely remove) the period of time during which refugees and beneficiaries of subsidiarity protection are not allowed to move to other MS for more than three months.*

***Abstract**: Secondo l'art. 80 TFUE, la politica di asilo dell'UE è governata dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Tuttavia, le Istituzioni europee e gli Stati membri non hanno sinora fatto granché per dare attuazione a quel principio in modo da andare incontro alle richieste degli Stati più esposti ai flussi migratori. Partendo dalla struttura dell'art. 80 TFUE e della persistente "tirchia" solidarietà europea, in questo lavoro ci si ripropone di dimostrare che le iniziative passate e presenti (come le quote di ricollocazione o la recente bozza di dichiarazione comune di intenti, fatta a Malta nel settembre 2019) sono destinate al fallimento, e che il processo di modifica del sistema Dublino difficilmente può condurre a maggiore solidarietà. Allora, forse sarebbe opportuno "ripensare" l'applicazione dell'art. 80 TFUE nel senso di creare un sistema di visti umanitari e/o di introdurre un sistema di "responsabilità comuni ma differenziate" che ponga l'onere della prima accoglienza sui Paesi di frontiera esterna (come oggi) ma che, al contempo, porti a una modifica della direttiva del 2003 sullo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo nel senso di una riduzione sostanziale (o una completa rimozione) del periodo di tempo nel quale rifugiati e beneficiari di protezione sussidiaria non possono spostarsi verso altri Stati membri per più di tre mesi.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

DUBLIN SYSTEM, "SCROOGE-LIKE" SOLIDARITY AND THE EU LAW: ARE THERE VIABLE OPTIONS TO THE NEVER-ENDING REFORM OF THE DUBLIN III REGULATION?*

di Giuseppe Morgese**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Current EU solidarity in asylum matters. – 3. "Scrooge-like" solidarity, reform of the Dublin III Regulation, and some recent initiatives. – 4. The Malta Draft Joint Declaration of Intent of September 2019: a useless and harmful development? – 5. Two different viable solutions: a) the setting-up of a EU humanitarian visa system. – 6. b) The amendment of the 2003 Long Term Resident Directive. – 7. Conclusion.

1. Introduction

The present article deals with the antinomy (or the contradiction) between the so-called Dublin System and the principle of solidarity referred to in Article 80 of the TFEU, that seems unlikely to be resolved in the short-term as in the past. Starting from an overview of the issue at stake, it will be briefly submitted some viable options to address the imbalances of the implementation of the Dublin System, pending its never-ending reform.

The topic is a well-known and much debated one. On the one hand, the Dublin System (provided for in Regulation 604/2013, known as "Dublin III")[1] provides for mandatory criteria to define which EU Member State[2] has responsibility – i.e., obligation – to evaluate international protection claims filed by asylum seekers arriving in those States. Except for some family and sovereignty clauses, the responsible State is by far the one of

* The main argument of this article, i.e. the amendment of the 2003 Long Term Resident Directive, has been presented at the 4th International Conference on *Migrants and Refugees in the Law*, held by the Cátedra Inocencio III, Universidad Católica de Murcia, 12th-14th December 2018. The article was completed in September 9, 2019.

** Research fellow, EU Law, University of Bari Aldo Moro.

1. Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council, of 26 June 2013, OJ L 180, 29 June 2013, p. 31. See G. Morgese, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4.2013, p. 15; O. Feraci, *Il nuovo regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 2.2013; S. Peers, *The Dublin III Regulation*, in *EU Immigration and Asylum Law. Volume 3: EU Asylum Law*, edited S. Peers, V. Moreno-Lax, M. Garlick, E. Guild, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 345 ss.; F. Maiani, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, edited V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 473.

2. Plus Switzerland, Norway, Iceland and Liechtenstein.

the first entry, either legal or illegal[3]. Due to actual migration flows in Europe, it means that States of the first entry are usually those ones located at the southern EU external borders (Greece, Italy, Spain, Malta and, more recently, Cyprus). So, it is not surprising that the "First Entry Rule", into force since 1990, has put a considerable burden on frontlines States over the years.

On the other hand, Article 80 of the TFEU – laid down by the 2007 Lisbon Treaty, entered into force in 2009 – states that the policies of the EU related to asylum "and their implementation shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States" (first sentence)[4]. It must be stressed out that the principle of solidarity is not mandatory for European Institutions[5] insofar as, following the second sentence of the provision, "[w]henever necessary, the acts of the Union adopted [in asylum matters] shall contain

3. Apart from subsequent transfers of competence due to the expiry of specific time limits related to "taking charge" and "tacking back" procedures, those criteria may be derogated only in three cases: where a non-responsible Member State independently decides to examine an asylum application (*sovereignty clause*); where the responsible Member State requests a non-responsible one to take responsibility of an applicant in order to bring together any family relations, on humanitarian grounds (*humanitarian clause*); and where the transfer of an applicant to the responsible Member State proves impossible because there are substantial grounds for believing that there are systemic flaws in the asylum procedure and in the reception conditions for applicants in that Member State, resulting in a risk of inhuman or degrading treatment (*N.S. rule*, where the non-responsible Member State must continue to examine the criteria in order to find another Member State that can be designated as responsible and, in the absence, the former Member State shall take responsibility: see ECJ, Joined Cases C-411/10 and C-493/10, *N.S. and others*, 21 December 2011, ECLI:EU:C:2011:865).

4. See D. Vanheule, J. van Selm, C. Boswell, *The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration*, 2011, www.europarl.europa.eu; H. Gray, *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175; G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, edited G. Caggiano, Torino, Giappichelli, 2014, p. 365; M. Garlick, *Solidarity under Strain. Solidarity and Fair Sharing of the Responsibility for the International Protection of Refugees in the European Union*, Doctoral Thesis, Radboud University, 19 September 2016; K. Hailbronner, D. Thym, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, edited K. Hailbronner, D. Thym, München-Oxford-Baden-Baden, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2016, p. 1023 ff., p. 1043; M.I. Papa, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, n. 3.2016, p. 287; M. Messina, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, edited M. Messina, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 127; S. Morano-Foadi, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223; V. Moreno-Lax, *Solidarity's reach: Meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740; G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci Editore, 2018.

5. Nor it is at the international level, in the absence of a proper mechanism to systematically, equitably and predictably allocate responsibilities between States: see R. Dowd, J. McAdam, *International Cooperation and Responsibility-Sharing to Protect Refugees: What, Why and How?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 863.

appropriate measures to give effect to this principle". It means that Article 80 TFEU allows EU Institutions a wide margin of discretion to evaluate both the necessity and the appropriateness of measures intended to give effect to the solidarity principle, that in turn makes Article 80 TFEU in itself not reliable on to sue EU Institutions (and Member States) for their possible "lack of solidarity"[6].

To sum up, we face a mandatory act dealing with responsibility allocation (the Dublin III Regulation) that – at least from 2009 – runs counter a non-mandatory Treaty provision on responsibility-sharing (Article 80 of the TFEU). This is not an unfortunate consequence of a hindered mechanism but a conscious political decision of (the majority of) the Member States, that have chosen not to change the *status quo* in order to move towards an overall fair system of evaluation of asylum claims. In fact, EU Institutions and Member States have so far done very little to give substance to the solidarity principle to the benefit of those ones more exposed to migratory flows[7].

2. Current EU solidarity in asylum matters

It is true that, over the last years, EU Institutions have provided some technical and financial solidarity in order to address the situation of frontline Member States. One can remember the creation of Frontex/European Border and Coast Guard and EASO Agencies, whose founding acts[8] contain provisions aimed at supporting in an operational way Member States affected by migrant pressures at their external borders[9]. It must be also borne in mind some financial solidarity by mobilising long-term and emergency

6. See G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri*, *cit. supra* note 4, p. 87 ff., and more recently Id., *The Dublin System vis-à-vis EU Solidarity before the European Court of Justice: The Law, The Whole Law, and Nothing But The Law!*, in *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, edited G.C. Bruno, F.M. Palombino, A. Di Stefano, Roma, CNR Edizioni, 2019.

7. See F. Munari, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517; B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 101; C. Favilli, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, edited M. Savino, Napoli, Edizioni Fondazione Basso, 2017, p. 279.

8. As regards Frontex, see Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, OJ L 349, 25 November 2004, p. 1, then replaced by Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard, OJ L 251, 16 September 2016, p. 1. On EASO, see Regulation (EU) No 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office, OJ L 132, 29 May 2010, p. 11.

9. See H. Rosenfeldt, *The European Border and Coast Guard in Need of Solidarity: Reflections on the Scope and Limits of Article 80 TFEU*, in *Securitizing Asylum: Extraterritoriality, Deterrence, and Human Rights*, edited V. Mitsilegas, V. Moreno-Lax, N. Vavoula, Leiden-Boston, Brill (forthcoming); E.(L.) Tsourdi, *Bottom-up Salvation? From Practical Cooperation Towards Joint Implementation Through the European Asylum Support Office*, in *European Papers*, 2016, p. 997.

funding through the Asylum, Migration and Integration Fund (AMIF), the Internal Security Fund (ISF), the Emergency Assistance Instrument and *ad hoc* resources[10].

Following the "migration crisis" in 2015, a physical solidarity mechanism – the relocation mechanism – has been put in force by two different Council Decision (n. 2015/1523 and n. 2015/1601)[11]. Those Decisions has been adopted on the legal basis of Article 78, para. 3, TFEU, according to which "[i]n the event of one or more Member States being confronted with an emergency situation characterised by a sudden inflow of nationals of Third Countries, the Council, on a proposal from the Commission, may adopt provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned". They have put in place a temporary derogation from the Dublin III Regulation through an emergency relocation of a total of 160.000 asylum seekers from Italy and Greece to other Member States (and Third Associated States). It must be stressed that Decision 2015/1601, unlike the 2015/1523, was compulsory to the extent that it provided national mandatory quota of asylum applications to be examined by all the concerned States other than Italy and Greece[12].

Despite its limited potential and some weaknesses[13], the relocation scheme has been strongly opposed by the so-called "Visegrad Group" of Member States (the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia). The latter by far support a voluntary and flexible approach to solidarity[14], while frontline Member States ask for a fairer and compulsory redistribution of asylum seekers disembarked on their territories. So, it is not a coincidence that, while the first Decision has been taken unanimously within the

10. See G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri*, *cit. supra* note 4, p. 155 ff.

11. Council Decision (EU) 2015/1523, of 14 September 2015, OJ L 239, 15 September 2015, p. 146; and Council Decision (EU) 2015/1601, of 22 September 2015, OJ L 248, 24 September 2015, p. 80.

12. See M. Borraccetti, *"To quota" or "not to quota"? The EU facing effective solidarity in its Asylum Policy*, in *Eurojus*, rivista.eurojus.it, 31 luglio 2015; M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*», in questa *Rivista*, n. 2.2015, p. 1; C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 701, p. 744 ff.; P. Mori, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *DUE online - Osservatorio europeo*, www.dirittounioneeuropea.eu, September 2015; S. Peers, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 24 September 2015; F. Munari, *cit. supra* note 7, p. 534 ff.; B. Nascimbene, *cit. supra* note 7, p. 106 ff.; S. Nicolosi, *Emerging challenges of the temporary relocation measures under European Union asylum law*, in *European Law Review*, 2016, p. 338; C. Favilli, *La crisi*, *cit. supra* note 7, p. 290 ff.

13. See G. Morgese, *La ricollocazione dei richiedenti protezione: il problema delle quote nazionali*», in *Per una credibile politica*, edited M. Savino, *cit. supra* note 7, p. 38.

14. Joint Statement of the Heads of Governments of the V4 Countries, Bratislava, 16 September 2016: see P. De Bruycker, E.(L.) Tsourdi, *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsibility instead of solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 27 September 2016. See also M. den Heijer, *Corrective Allocation or Effective Solidarity? The Slovak Presidency Non-Paper on the Revision of the Dublin System*, *ivi*, 10 March 2017.

Council, the second one has been adopted by only a majority of Member States, with Czech Republic, Romania, Slovakia and Hungary voting against. It is not a coincidence too that not only the four Visegrad Member States have substantially failed to fulfil their obligations under the two Relocation Decisions[15], but Slovakia and Hungary has also brought actions before the European Court of Justice (ECJ) for annulment of the second Relocation Decision (the mandatory one).

Having the ECJ dismissed in their entirety their actions in September 2017[16], the following December the European Commission has referred the Czech Republic, Hungary and Poland to the ECJ for non-compliance with their legal obligations on relocation: after almost two years, the three infringement cases are still pending before the Court.

3. "Scrooge-like" solidarity, the reform of the Dublin III Regulation, and some recent initiatives

It should be pointed out that the lack of political will to resolve the "solidarity dilemma" – and, eventually, to put such a principle into place in a proper manner – is affecting the Dublin System's amendment process and, in turn, blocking the entire reform process of the Common European Asylum System (CEAS).

For the time being, Member States are still struggling to find a proper compromise between responsibility and solidarity. This is so despite a Commission proposal of May

15. See E. Guild, C. Costello, V. Moreno-Lax, *Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and of Greece*, www.europarl.europa.eu, March 2017; L. Marin, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, www.fsjeurostudies.eu, n. 1.2019, p. 55, p. 66 ff. One can also remember the failed Orban's referendum of October 2016 against the relocation scheme.

16. Joined Cases C-643/15 and C-647/15, *Slovak Republic and Hungary v. Council of the European Union*, 6 September 2017, ECLI:EU:C:2017:631. See H. Labayle, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 11 September 2017; M. Messina, *La Corte di giustizia afferma la validità giuridica del meccanismo provvisorio di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale. A quando la volontà politica di alcuni Stati membri UE di ottemperarvi?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, www.rivistaoidu.net, 2017, p. 603; D. Obradovic, *Cases C-643 and 647/15: Enforcing solidarity in EU migration policy*, in *European Law Blog*, europeanlawblog.eu, 2 October 2017; S. Peers, *A Pyrrhic victory? The ECJ upholds the EU law on relocation of asylum-seekers*», in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 8 September 2017; S. Penasa, *La* relocation *delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE on line*, www.dpceonline.it, 2017, p. 735; A. Rizzo, *Ricollocazione infracomunitaria e principio di solidarietà: un nuovo paradigma per le politiche d'asilo dell'Unione*, in *La Comunità internazionale*, 2017, p. 397; B. De Witte, E.(L.) Tsourdi, *Confrontation on relocation - The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union:* Slovak Republic and Hungary v. Council, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1457.

2016[17], that submitted to EU co-legislators a "corrective allocation mechanism" which would automatically be established when a Member State has to handle a disproportionate number of asylum applications, exceeding 150% of its reference quota[18]. The discussions on such proposal lead to the "revolutionary" European Parliament (EP) Resolution of November 2017[19], according to which the first entry criterion should be completely abandoned in favour of the criterion of the "genuine link" of asylum seekers with a particular Member State and, in the absence of that, in favour of a permanent and automatic relocation mechanism under which asylum seekers that do not have such a genuine link would automatically be assigned to an European State which would take responsibility for them upon arrival in the EU, chosen by asylum seekers themselves among the four Member States which at that given moment have received the fewest asylum seekers[20].

Due to the current deadlock in the Council and the long-lasting lack of political will on different proposed relocation mechanisms[21], that by the way proves significant "scrooge-

17. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), 4 May 2016, COM (2016) 270 final.

18. See G. Caggiano, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 221, p. 235 ff.; M. Di Filippo, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 12 May 2016; Id., *Dublin 'reloaded' or time for ambitious pragmatism?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 12 October 2016; F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*», www.europarl.europa.eu, 2016; P. Mori, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*», in *Eurojus*, rivista.eurojus.it, 7 September 2016; D. Vitiello, *Du vin vieux dans de nouvelles outres? Réflexions sur la proposition de règlement "Dublin IV"*, in *European Papers - European Forum*, europeanpapers.eu, 27 December 2016; C. Favilli, *La crisi*, *cit. supra* note 7, p. 293 ff.; F. Maiani, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 622; G. Morgese, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento Dublino*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, edited E. Triggiani, F. Cherubini, E. Nalin, I. Ingravallo, R. Virzo, Bari, Cacucci Editore, 2017, p. 471; S. Progin-Theuerkauf, *The 'Dublin IV' Proposal: Towards more solidarity and protection of individual rights?*», in *Sui-Generis*, 2017, p. 61; P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267; T.M. Moschetta, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 5.2018.

19. European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), 16 November 2017, 2016/0133(COD).

20. See F. Maiani, C. Hruschka, *The Report of the European Parliament on the reform of the Dublin system: certainly bold, but pragmatic?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 20 December 2017; P. De Pasquale, *cit. supra* note 18, p. 274; L. Rizza, *La riforma del sistema di Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*», in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1.2018; G. Morgese, *La ricollocazione*, *cit. supra* note 13, p. 40 ff.; D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 463, p. 473 ff.

21. See recently Council of the European Union, The future of the EU migration and asylum policy, 3 June 2019, doc. 9511/1/19 rev. 1. See G. Caggiano, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo*

like" solidarity among Member States, the question is how to find viable solutions in the 2019-2024 parliamentary term[22]. While it is not clear at the moment whether and how the EP and the Commission itself will resume their position on the reform of the Dublin System[23], in my opinion a proper solution cannot be found in those "administrative" arrangements between Member States that *de facto* supersede the Dublin System[24], nor are feasible for the time being to put in place "regional disembarkation platforms" as envisaged by the European Council in its Conclusions of 28-29 June 2018[25], given the opposition of potentially involved Third Countries[26].

Most of all, it does not look like sustainable anymore to move forward through *ad hoc* disembarkation-and-relocation solutions after Search-and-Rescue (SAR) events in the Central Mediterranean Route. Not prohibited by the discretionary clauses set forth in Article 17 of the Dublin III Regulation, such solutions has been put in place since the summer of 2018 under the coordination of the European Commission and supported by Frontex and EASO, pending the Italian previous policy on "closed ports"[27].

---

euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la "questione europea dell'immigrazione"?, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 553, p. 562 ff.

22. As to the shifting from "heavy" to "light" reform options, see F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*, *cit. supra* note 18, p. 45 ff.

23. On the chance to resume or continue the consideration of so-called "unfinished businesses" (i.e., these proposals that have not been previously voted at the Plenary), according to Rule 229 of the Rules of Procedures of the European Parliament, see S. Nicolosi, *Unfinished Business: The European Parliament in the negotiations for reform of the Common European Asylum System*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 23 June 2019; K. Pollet, *All in vain? The faith of EP positions on asylum reform after the European elections*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 23 May 2019.

24. See S. Poularakis, *The Case of the Administrative Arrangement on Asylum-Seekers between Greece and Germany: A tale of "paraDublin activity"?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 8 November 2018; L. Marin, *cit. supra* note 15, p. 70 ff.

25. Doc. EUCO 9/18. See M. Di Filippo, *Unione Europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018*», in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 9 July 2018.

26. See F. Maiani, *"Regional Disembarkation Platforms" and "Controlled Centres": Lifting The Drawbridge, Reaching out Across The Mediterranean, or Going Nowhere?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 18 September 2018; S. Marinai, *Extraterritorial Processing of Asylum Claims: Is It a Viable Option?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 481; G. Morgese, *Ultimi sviluppi della politica migratoria europea*, in *Sud in Europa*, December 2018, p. 13 ss.; D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond*, *cit. supra* note 20, p. 469 ff.

27. See M. Carta, *Il criterio dello Stato di primo ingresso, secondo il regolamento Dublino III, in occasione degli interventi Search and Rescue (SAR)*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, *Focus Human Rights*, n. 3.2018; E. Papastavridis, *Recent "Non-Entrée" Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of "Refoulement"?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 493 ff.; ECRE, *Relying on Relocation: ECRE's Proposal for a Predictable and Fair Relocation Arrangement Following Disembarkation*, Policy Paper 6, www.ecre.org, January 2019; S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean: Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 2019-10, www.ceps.eu.

It must be stressed that, despite a December 2018 Communication according to which the Commission called for putting into place temporary arrangements as an immediate solidarity solution pending the reform of the Dublin System[28], discussions on the way forward between the Member States have proven difficult: not surprisingly, given that any arrangement giving up the *ad hoc* solution and moving to a more predictable solidarity mechanism, albeit limited in time, would indeed be nothing more than a "micro-reform" of the Dublin System.

4. The Malta Draft Joint Declaration of Intent of September 2019: a useless and harmful development?

In this regard, the latest episode in the relocation saga starts with a July 2019 draft Temporary Disembarkation Scheme supported by a coalition of 14 willing Member States led by France[29]. Unfortunately, the subsequent "Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure - Voluntary Commitments by Member States for a Predictable Temporary Solidarity Mechanism", agreed in Malta on September 2019[30], at a meeting of five EU Member States' Ministers in charge of migration (Italy, France, Germany, Malta, Finland) in the presence of the EU Migration Commissioner, looks like all flash and almost no bang.

The Joint Declaration sets out a draft pilot project, temporary in nature (no less than 6 months, renewable), that provides a solidarity mechanism to ensure a "dignified disembarkation" of migrants rescued at sea during SAR operations in the Central Mediterranean. According to the first four Participating States, the solidarity mechanism thereof would establish a "predictable and efficient" disembarkation-and-relocation system with the aim of ending previous *ad hoc* distributions. In the majority of cases, migrants rescued at sea in the Central Mediterranean – either by private or state-owned vessels engaged in rescue operations – would be landed in the nearest Place Of Safety (POS) according to the applicable international rules: most likely, as today, in Italy and Malta, even if Member States are always free to provide a POS other than the closest one[31].

28. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Managing migration in all its aspects: progress under the European Agenda on Migration, 4 December 2018, COM (2018) 798 final.

29. The scheme was, at that moment, strongly contested by Italy and Malta. See www.statewatch.org/news/2019/jul/eu-com-disembarkation-note.pdf.

30. See www.statewatch.org/news/2019/sep/eu-temporary-voluntary-relocation-mechanism-declaration.pdf

31. The fact that, on this point, the Joint Declaration does not refer only to "Participating" Member States means that every EU and Schengen State can make such an offer.

However, in case of a disproportionate migratory pressure[32] or a high number of international protection applications in a Participating State, the draft suggest that alternative POS "shall be proposed on a voluntary basis", while state-owned vessels would be obliged to disembark "in the territory of their flag State".

The key component of the Malta mechanism consists in the fact that those disembarked migrants claiming the international protection would be swiftly relocated in other Participating Member States, in derogation to the Dublin III Regulation's "First Entry Rule" and under a fast-track procedure that would last no more than four weeks[33]. Most of all, unlike previous *ad hoc* distribution cases, such relocations would be carried out as a result of pre-declared national pledges. As a consequence, the Participating Member State of relocation should take responsibility for relocated migrants, i.e. would be responsible for examining their application for international protection and, if not eligible, for returning them in an effective and quick way.

As part of the arrangement, the Draft Declaration incorporates a re-edition of the "Code of Conduct for NGOs Undertaking Activities In Migrants' Rescue Operations at Sea", prepared by Italian Authorities in July 2017[34]. It also puts on the table some safeguard clauses to the extent that the (future) solidarity mechanism not only might be suspended in the case of a substantial increase of relocated persons, but it would also be terminated in the case of misuse by Third Parties.

The Draft Declaration raises so many problems that it could be seen both as useless and harmful. It is true that some requests of Italy and Malta have been accepted, as to the wide personal scope of migrants involved (not only those beneficiaries of international protection but all asylum-seekers) and a reasonable timetable of relocations. But it is also true that, at the moment, it is not entirely clear its legal nature, i.e. whether the solidarity mechanism will be incorporated in a Decision according to Article 78, para. 3, of the TFEU (as well as Decision 2015/1523) or in a Recommendation putting down a *Dublin-minus* voluntary arrangement, or it will be the subject of an enhanced cooperation according to Article 20 of the TEU.

Moreover, as far as its uselessness, the proposed mechanism is a third best solution, that provides a very partial response due to its voluntary and temporary nature and, at the present time, because of the great unknown of the amount of national pledges. Furthermore, the only voluntary "port rotation" does not look like a great example of

32. In terms of limitation of national (or local?) reception capacities.

33. Based on to-be-agreed Standard Operating Procedures (SOP).

34. See www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2017/07/2017070516-EU-Code-of-Conduct.pdf. See I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 24 ff.

solidarity between the Participating States (although this is not a so-negative element with respect to compliance to international SAR rules)[35]. Also the suspension clause seems very counterintuitive, insofar as the mechanism is intended to spread its very wings mainly in times of raising numbers of persons to relocate. It must also say that the solidarity mechanism completely disregards the fact that, nowadays, the higher disembarkations numbers are being tested during the Eastern Mediterranean Route. Finally, in my opinion, the mechanism is harmful insofar as it could risk undermining the need of a wide reform of the allocation criteria of the Dublin III Regulation without proposing a valid alternative solution.

Despite its non-binding and temporary nature, it is a matter of fact that EU Member States have not precisely been thrilled with the Draft Malta Declaration. During the Justice and Home Affairs Council of 7 and 8 October 2019, only three States (Ireland, Luxembourg and Portugal) have informally decided to support the first four Participating States; other four States (Romania, Croatia, Lithuania and Sweden) said neither yes or no, while Greece, Spain, Cyprus and Bulgaria – currently affected by larger arrivals of migrants than the Central Mediterranean Route – would not participate to the Malta mechanism but are understandable not contrary as a matter of principle. As always, there have been opposition from the Visegrad States, still unwilling to relocate in their territories as in the past. Moreover, Germany itself has expressed its favourable opinion on the proposed solidarity mechanism as long as arrivals continue to be low in number. So, it is not a case that EU Interior Ministers have decided to further deepen the issue in the next months.

5. Two different viable solutions: a) the setting-up of a EU humanitarian visa system

Rather than persist in relocation options – whether binding or voluntary and temporary or permanent – one may find at least two different, maybe combined, ways to overcome the "solidarity conundrum" and making a permanent solution available, therefore putting the Dublin mechanism (albeit not formally) into question.

The first solution deals with the setting-up of an extraterritorial pre-entry screening of asylum requests in the form of an *EU humanitarian visa system*. It would allow persons in need of international protection to enter EU in a safe, orderly and regularly manner and to file asylum applications in the Member State of destination. Such humanitarian visas should be granted upon request by Member States' consular

35. It is clear that an alternative POS that is far away from the rescue event could expose rescued migrants to some personal risks.

authorities, just like the current optional "visa with limited territorial validity" set out in Article 25, para. 1, of the Regulation 810/2009 (Visa Code)[36], but on the mandatory legal basis of a new EU legislative instrument[37].

The latter would overcome those shortcomings of the Article 25(1) of the Visa Code left untouched by the 2019 legislative revision[38] and highlighted in the well-known *X and X* case of the 7th March 2017, where the ECJ stated that Member States are not required, under EU law in force, to grant a humanitarian visa to persons who wish to enter their territory with a view to applying for asylum, but they remain free to do so on the basis of their national law[39]. Maybe a light could be shed by a decision in the case of *M.N. and Others v. Belgium*, still pending before the European Court of Human Right (ECtHR), where a factual situation similar to *X and X* is at stake[40].

The option of setting-up an EU humanitarian visa system has been shared in December 2018 by the EP, that requested the Commission to table, by the end of March 2019, a legislative proposal establishing a European Humanitarian Visa in order to give access to the issuing Member State for the sole purpose of submitting an application for international protection[41]. The EP legislative initiative report was backed by 429 MEPs, 194 voted against and 41 abstained. Following such solution, genuine asylum seekers, on the one hand, would not be forced to reach the EU through irregular and dangerous

36. Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council, of 13 July 2009, establishing a Community Code on Visas (Visa Code), OJ L 243, 15 September 2009, p. 1.

37. See further D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond*, *cit. supra* note 20, p. 475 ff.

38. Regulation (EU) 2019/1155 of the European Parliament and of the Council, of 20 June 2019, amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), OJ L 188, 12 July 2019, p. 25. See further E. Guild, *Amending the Visa Code: Collective Punishment of Visa Nationals?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog.eu, 10 May 2019; S. Peers, *The revised EU visa code: controlling EU borders from a distance*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.com, 17 April 2019.

39. Case C-638/16 PPU, *X and X*, 7 March 2017, ECLI:EU:C:2017:173. See G. Caggiano, *Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, www.fsjeurostudies.eu, n. 2.2017, p. 7, p. 14 ff.; G. Cellamare, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 527; A. Del Guercio, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers - European Forum*, www.europeanpapers.eu, 12 maggio 2017; C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 553; G. Raimondo, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *SIDIBlog*, www.sidiblog.org, 1 May 2017; M. Zoeteweij-Turhan, S. Progin-Theuerkauf, *CJEU Case C-638/16 PPU, X and X - Dashed hopes for a legal pathway to Europe*, in *European Law Blog*, europeanlawblog.eu, 10 marzo 2017.

40. Application no. 3599/18, also referred to as *Nahhas and Hadri v. Belgium*. See D. Schmalz, *Will the ECtHR Shake up the European Asylum System?*, in *Verfassungsblog*, verfassungsblog.de, 30 November 2018.

41. European Parliament resolution of 11 December 2018 with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas, 11 December 2018, 2018/2271(INL).

means and, on the other hand, would in some sense be redistributed in advance in their favourite Member State[42].

The legislative path to the creation of such visa scheme looks quite troublesome insofar as "more attractive" Member States (usually, not the frontline ones) would hardly accept obligations in this respect: this is so because such a mandatory humanitarian visa scheme would *de facto* overcome the Dublin System's "protection belt" around them. It is thereby not a case that the Commission has substantially rejected the EP initiative, claiming that its 2016 Union Resettlement Framework proposal, currently under examination by the Council and the EP itself[43], if approved, would be broad enough to reach the objective pursued by the EP and that "it is politically not feasible to create a subjective right to request admission and to be admitted or an obligation on the Member States to admit a person in need of international protection"[44].

6. b) The amendment of the 2003 Long Term Resident Directive

In light of the above, a second option looks like more viable, albeit in principle. I refer to the possibility to put into place an amendment of the 2003 Long Term Resident (LTR) Directive[45], in order to substantially reduce the period of time during which beneficiaries of international protection are not allowed to freely move across the EU.

---

42. See C. Parisi, *La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union Européenne au prisme de l'asile*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, www.fsjeurostudies.eu, n. 2.2019, p. 140, p. 151 ff.

43. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Union Resettlement Framework and amending Regulation (EU) No 516/2014 of the European Parliament and the Council, 13 July 2016, COM (2016) 468 final.

44. Follow up to the European Parliament non-legislative resolution with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas, 1 April 2019, SP (2019) 149. For another "alternative" solution, i.e. an Emergency Evacuation Visa System, see V. Moreno-Lax, *A Model Instrument for an Emergency Evacuation Visa*, Paper for the International Bar Association, July 2019, www.academia.edu/40441161/Model_Instrument_for_an_Emergency_Evacuation_Visa_International_Bar_Association_2019.

45. Council Directive 2003/109/EC, of 25 November 2003, concerning the *status* of third-country nationals who are long-term residents, OJ L 16, 23 January 2004, p. 44. See S. Peers, *Implementing Equality? The Directive on Long-Term Resident Third-Country Nationals*, in *European Law Review*, 2004, p. 437; S. Boelaert-Suominen, *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals Who Are Long-Term Residents: Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1011; A. Di Stasi, *Verso uno "statuto" euro-nazionale del c.d. immigrato di lungo periodo*, in *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, edited U. Leanza, Napoli, 2005, p. 451; L. Halleskov, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 181; L. Manca, *Lo status dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo nell'Europa allargata: problemi e prospettive*, in *L'integrazione dei cittadini di Paesi terzi nell'Europa allargata*, edited M.R. Saulle, L. Manca, Napoli, 2006, p. 27; K. Groenendijk, *The Long-Term Resident Directive, Denizenship and Integration*, in *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, edited A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2007, p. 429; D. Acosta Arcazaro, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of*

It must be reminded that, even after obtaining a protection status in the Member State responsible for examining their applications, those beneficiaries have limited right of movement in the EU territory. In fact, the residence permit issued after the international protection has been granted[46], together with the travel document issued at their request to refugees and, if unable to obtain a national passport, also to subsidiary protection beneficiaries[47], only allows to move and stay in other Schengen Member States[48] (and in States Parties to the European Agreement on the Abolition of Visas for Refugees)[49] for no more than 90 days in any 180-day period, provided that other requirements are met[50]. It is only after at least five years of legal and continuous residence within the territory of the granting Member State that those beneficiaries – just like other Third-Country nationals – may acquire long-term resident status according to the LTR Directive[51], under which they may also acquire the right to reside in the territory of other Member States for the exercise of an economic activity, for the pursuit of studies or vocational training, or for other purposes, following the conditions set out in Articles 14-23 of the LTR Directive[52].

Indeed, in my opinion, by reducing the period of time of legal and continuous residence *from five to three or two years*, or even less, is suitable to put into place a different kind of solidarity among Member States: i.e., a Common-But-Differentiated-Responsibilities' system not so far from the well-known principle of environmental law included in the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)[53]. While the latter acknowledges that all the States are required to combat climate change and the adverse effects thereof but takes into account the national different capabilities, in the EU

EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; A. Di Stasi, R. Palladino, *La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 375.

46. According to Article 24 of the Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, of 13 December 2011, on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, OJ L 337, 20 December 2011, p. 9.

47. Article 25 of the Directive 2011/95, according to which Member States issue a Convention Travel Document (CTD) in the form prescribed in the Schedule to the 1951 Geneva Convention on Refugee *Status*.

48. Except, for the time being, Ireland, United Kingdom, Romania, Bulgaria, Croatia and Cyprus.

49. Strasbourg, 20 April 1959.

50. Article 6 of the Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council, of 9 March 2016, on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), OJ L 77, 23 March 2016, p. 1.

51. It follows from the entry into force of the Directive 2011/51/EU of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2011, amending Council Directive 2003/109/EC to extend its scope to beneficiaries of international protection, OJ L 132, 19 May 2011, p. 1.

52. See S. Peers, *Transfer of International Protection and European Union Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2012, p. 527.

53. Rio de Janeiro, 4 June 1992.

asylum law the suggested amendment of the LTR Directive would be suitable to distribute national burdens on a differentiated basis.

Indeed, such a system would place on frontline Member States the burden of reception measures and examination process, but over a shorter period of time than today; in contrast, other Member States – typically more attractive in terms of national economic situation or social integration – would bear before now the burden of medium-long term integration/inclusion measures for those LTR beneficiaries that have decided to move from frontlines Member States to their territories. Such a system could be easily supplemented by a financial solidarity mechanism according to which the EU general budget could cover or contribute to the cost of the material reception conditions in frontlines Member States and the cost of (early) integration/inclusion measures in those States where LTR beneficiaries have decided to move in.

The proposed solution would be likely to obtain some benefits[54]. First of all, it would keep unchanged the Dublin System criteria and the responsibility of the Member State of the first entry for early reception and the evaluation of international protection claims filed by asylum seekers arrived in those States, thus softening those sharp contrasts between Member States set out above. Secondly, it would significantly mitigate the impact of arrivals on frontline Member States, whose economic and social costs would be more limited than today, particularly if totally or partially covered by the EU general budget. Lastly, but no less important, such a solution would allow international protection beneficiaries to express in a not-too-distant future a fundamental choice of life, i.e. whether to continue to stay in first reception Member State or moving to other Member States, by the way reducing their incentive to circumvent the Dublin criteria.

In this respect, the suggested amendment of the LTR Directive in practice would likely to give a fresh twist to the topic of the "mutual recognition of positive asylum decisions", although not immediately and completely. It must be said that current EU asylum law provides for mutual recognition of *negative* asylum decisions, insofar as, under the Dublin System, decisions of Member States' Responsible Authorities on exclusion from, revocation of, ending of or refusal to renew protection status are mandatory for any other Member State[55]. On the contrary, notwithstanding Article 78, para. 2, of the TFEU[56], mutual recognition of Member States' *positive* international protection decisions

54. See also G. Morgese, *La ricollocazione*, *cit. supra* note 13, p. 44.

55. See C. Favilli, *Reciproca fiducia*, *cit. supra* note 12, p. 703.

56. According to which "the European Parliament and the Council (...) shall adopt measures for a common European asylum system comprising: (a) a uniform *status* of asylum for nationals of third countries, valid throughout the Union".

are only partially governed by the 1980 European Agreement on Transfer of Responsibility for Refugees[57] and by national practice that is not always univocal[58].

Of course, it is not to say that the suggested amendment would result in a full chance of transfer of international protection status across the EU[59], also because such an option not only is quite difficult to achieve[60], but is also currently outside the scope of the 2011 amendment to the 2003 LTR Directive[61]. It must rather be stressed that a reduction of the period of time needed to international protection beneficiaries to acquire the LTR status, despite all other protection gaps of the 2003 LTR Directive[62], would be a not-so-bad compromise between "hard Dubliners" and those advocating a fairer and more solidarity EU asylum system.

7. Conclusions

In this paper, I tried and explain that we should move away from the "myth" of relocation and other distribution systems of asylum-seekers. This is so not only because there are considerable political differences between EU States, but also due to its unsustainability in terms of social integration of asylum-seekers themselves: nobody would like to be transferred in an unknown national territory without at least have the opportunity to make a choice.

Of course, we all waiting with trepidation the expected "New Pact on Migration and Asylum", called for by the new President of the Commission Von der Leyen. She

57. Strasbourg, 16 October 1980. See S. Peers, *Transfer of International Protection*, *cit. supra* note 52, p. 531 ff. The Agreement is applicable to the sole beneficiaries of the refugee status and has been ratified by only 11 EU Member States.

58. See N. Lassen, J. van Selm, J. Doomernik, *Study on the transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum*, 2004, publications.europa.eu, p. 46 ff. See also ECRE, *Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, Discussion Paper, www.ecre.org, November 2014, p. 14; V. Mitsilegas, *Humanizing solidarity in European refugee law: The promise of mutual recognition*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 721, p. 735; S.F. Nicolosi, *La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia normative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 521 ff., p. 533 ff.

59. See S. Peers, *Transfer of International Protection*, *cit. supra* note 52, p. 555 ff.; ECRE, *Mutual recognition*, *cit. supra* note 58, p. 15 ff.; J. Verhellen, *Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status*, in *Journal of Refugee Studies*, 2017, p. 427; G. Morgese, *La ricollocazione*, *cit. supra* note 13, pp. 42-43.

60. See M. Di Filippo, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1.2015, p. 47, pp. 56-58.

61. Recital 9 of Directive 2011/51: "[t]ransfer of responsibility for protection of beneficiaries of international protection is outside the scope of this Directive".

62. See ECRE, *Mutual recognition*, *cit. supra* note 58, p. 15 ff.; V. Mitsilegas, *Humanizing solidarity*, *cit. supra* note 58, p. 736. See recently the report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2003/109/EC concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, 29 March 2019, COM (2019) 161 final.

expressed the intention to relaunch the reform of asylum rules, finding new forms of solidarity according to which all Member States would make "meaningful contributions" to support EU States under pressure. In this respect, recent hesitations on the occasion of the Draft Malta Joint Declaration of Intent on a solidarity mechanism only confirm the wide difficulty of finding a common ground in the matter.

While it seems that Member States (contrary to the EP) do prefer to further explore the so-called "external dimension" of EU asylum system[63], I have proposed two different viable "internal" solutions with strong redistributive effect that put aside the reform of the Dublin System, waiting for better times (if any).

63. Aimed at developing strategic partnerships both with Countries of Origin of migrants and Neighboring Countries and Regions (Western Balkans, Turkey, North Africa and Eastern Partnership Countries) in order to stop – or to try and stop – irregular migration at an earlier stage, no matter what.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

LA RIABILITAZIONE A FAVORE DELLE VITTIME DI ATTI DI TORTURA COMMESSI ALL'ESTERO: ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DALL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE CONTRO LA TORTURA

di Marcella Ferri

Abstract: *Il diritto ad una riparazione e a un risarcimento equo per le vittime di tortura e trattamenti inumani e degradanti è riconosciuto dall'art. 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura. Tale disposizione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale circa la sua idoneità a porre obblighi in capo agli Stati anche in relazione agli atti di tortura commessi fuori dalla propria giurisdizione. Tale questione, focalizzatasi sull'eventuale riconoscimento di un principio di giurisdizione civile universale, ha lasciato in secondo piano la riabilitazione: questa forma di riparazione mira a ripristinare l'autonomia e le capacità fisiche, mentali, sociali e professionali della persona vittima di atti di tortura, al fine di garantirne un pieno reinserimento all'interno della società. Partendo dall'analisi di alcune significative pronunce del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (General Comment n° 3 (2012), AN v. Switzerland e Adam Harun v. Switzerland) e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (MP c. Secretary of State for the Home Department, C-353/16), questo scritto ha l'obiettivo di evidenziare che la riabilitazione presenta alcune specificità rispetto alle altre forme di riparazione e, per sua natura, deve essere garantita dagli Stati anche in relazione agli atti di tortura commessi al di fuori della propria giurisdizione. Questa specificità della riabilitazione può avere alcune ricadute significative nell'ordinamento italiano, dopo l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte del d.l. 113/2018.*

Abstract: *The right to redress and compensation for victims of torture and inhuman and degrading treatment is recognised by article 14 of the UN Convention against torture. Starting from this provision, a significant debate arose about its applicability to acts of torture committed outside the States' jurisdiction. Focusing on the issue of universal civil jurisdiction, this debate has not paid a great deal of attention to the rehabilitation: this form of reparation aims to assure the restoration of physical, psychological, social, and professional independence of victims in order to promote their reintegration into society. Starting from some meaningful decisions of the United Nations Committee against torture (General Comment No. 3 (2012), AN v. Switzerland e Adam Harun v. Switzerland) and the Court of Justice of the European Union (MP c. Secretary of State for the Home Department, C-353/16), this paper aims to stress that rehabilitation has certain characteristic features that make it distinct from other forms of reparation: by its nature, it must be guaranteed by States also to persons who have been victims of torture outside their jurisdiction. This conclusion may be particularly relevant in the Italian legal system, after the abrogation of humanitarian residence permits by the Decree-Law 113/2018.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA RIABILITAZIONE A FAVORE DELLE VITTIME DI ATTI DI TORTURA COMMESSI ALL'ESTERO: ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DALL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE CONTRO LA TORTURA

di Marcella Ferri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'applicabilità extraterritoriale dell'articolo 14: la questione della giurisdizione civile universale (*cenni*). – 3. Il rapporto tra diritto alla riparazione (*redress*) e diritto al risarcimento (*compensation*). – 4. La nozione di riabilitazione elaborata dal Comitato contro la tortura nel *General Comment n° 3 (2012)*. – 5. Il riconoscimento del diritto alla riabilitazione come diritto autonomo nella prassi più recente del Comitato. – 6. La rilevanza della riabilitazione ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria: la sentenza *MP* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 7. Osservazioni conclusive: la specificità della riabilitazione come forma di riparazione da garantire anche in relazione agli atti di tortura commessi all'estero. – 8. (*segue*) e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano dopo l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

1. Introduzione

Come noto, il verificarsi di un illecito internazionale determina il sorgere di un obbligo di riparazione in capo allo Stato autore dell'illecito. Nell'ipotesi in cui questo derivi dalla violazione di una norma di tutela dei diritti umani, è bene operare una distinzione tra gli obblighi esistenti nell'ambito dei rapporti interstatali e quelli tra lo Stato e l'individuo vittima della violazione. Come autorevolmente evidenziato in dottrina, la violazione di norme internazionali in materia di diritti umani non impedisce, infatti, il prodursi di un obbligo interstatale di riparazione in capo allo Stato autore dell'illecito. Se per un verso, il contenuto della norma violata si riflette in alcuni aspetti dell'obbligo di riparazione e in particolare nell'ambito dei diritti umani, l'obbligo di riparazione si caratterizza per avere una portata *erga omnes* e non limitata al solo Stato leso, d'altra parte, anche in tale materia la riparazione assume le forme tradizionali della *restitutio in integrum*, del risarcimento del

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. L'Autrice desidera ringraziare le Professoresse Chiara Favilli e Sara De Vido per i preziosi spunti di riflessione forniti nel corso della redazione del lavoro; un ulteriore ringraziamento ai Revisori anonimi per i suggerimenti proposti rispetto ad una precedente versione dello scritto. Eventuali errori e imprecisioni devono, ovviamente, essere attribuiti solo all'Autrice.

danno, della soddisfazione e delle garanzie di non ripetizione, definite nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali[1].

Per quanto concerne l'obbligo di riparazione dello Stato nei confronti degli individui vittime delle violazioni, le evoluzioni del diritto internazionale contemporaneo hanno consentito alla dottrina di giungere ad affermare l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario che riconosce l'obbligo dello Stato autore della violazione di assicurare all'individuo il diritto ad un'adeguata riparazione[2] e il diritto ad un rimedio interno effettivo[3]. Giova rimarcare che, come evidenziato da un autorevole Autore, anche qualora si voglia adottare un'interpretazione restrittiva della prassi e dell'*opinio iuris* degli Stati al riguardo, deve ugualmente riconoscersi l'esistenza di tali obblighi in relazione alle *gross violations* e alle violazioni di norme di diritto internazionale umanitario e dei diritti umani aventi valore di *ius cogens*, tra le quali rientra certamente la norma in materia di divieto di tortura[4]. A quest'ultimo proposito, si ricordi infatti che tale divieto non è disposto solo da norme di diritto pattizio, tra cui in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, ma anche da norme di diritto consuetudinario imperativo, come in più occasioni affermato dalla giurisprudenza internazionale e, in particolare, dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia relativa al caso *Belgio v. Senegal*[5].

La ricostruzione del contenuto dell'obbligo di riparazione esistente in capo allo Stato in seguito a violazioni di diritti umani risulta evidentemente complessa. Da un lato, occorre tenere conto delle forme tradizionali che la riparazione assume nell'ambito del regime di

---

1. F. Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, Giuffrè, p. 159 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *International Obligations to Provide for Reparation Claims?*, in A. Randelzhofer, C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 149-172, in particolare p. 154; Id., *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea*, in *La Comunità Internazionale*, n. 53.1998, pp. 215-235; G. Bartolini, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2009.

2. R. Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2.2012, pp. 310-326. Cfr. altresì P. d'Argent, *Le droit de la responsabilité international complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, in *Annuaire Français de Droit International*, n. 51.2005, pp. 27-55.

3. Si tratta di quello che, in altra sede, Pisillo Mazzeschi definisce un obbligo di riparazione "procedurale"; cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea*, *op. cit.*, p. 217.

4. R. Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, *op. cit.*

5. Corte Internazionale di Giustizia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, par. 99: «the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)». Si vedano altresì, *inter alia*, Tribunale penale internazionale per l'*ex* Jugoslavia, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, 10 december 1998, case n° TI-95-17/1-T. (1999) 38, par. 144; Corte EDU, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, App. No. 35763/97, sentenza 21 novembre 2001, par. 60.

responsabilità degli Stati per illecito internazionale e, dunque, di quanto delineato nel Progetto di articoli. D'altra parte, è necessario tenere conto della specifica natura della norma internazionale violata e, in particolare, considerare che la riparazione avrà come destinatario l'individuo vittima[6]. Particolarmente esemplificativi al riguardo sono i *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2005[7]. Come autorevolmente evidenziato in dottrina, è possibile constatare una «manière d'isomorphisme»[8] tra i Principi e il diritto in materia di responsabilità internazionale dello Stato: i Principi, infatti, riprendono in gran parte le categorie enucleate nel Progetto di Articoli, pur tuttavia presentando alcune considerevoli differenze[9]. Nell'ambito di tali differenze, particolarmente significativa è la figura della riabilitazione: i *Basic Principles* qualificano la riabilitazione come una forma di riparazione, unitamente alla restituzione, all'indennizzo, alla soddisfazione e alle garanzie di non ripetizione, specificando che essa dovrebbe includere «medical and psychological care as well as legal and social services»[10]. L'istituto della riabilitazione[11] è oggetto di numerosi richiami nel diritto internazionale dei

6. Al riguardo, cfr. G. Bartolini, *op. cit.*, p. 206.

7. UN General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, UN Doc. A/RES/60/147, 16 December 2005.

8. P. d'Argent, *op. cit.*, p. 50.

9. Per un'analisi approfondita di tali categorie e delle specificità che esse assumono con riferimento alla riparazione per violazione dei diritti umani, cfr. ancora G. Bartolini, *op. cit.*, p. 207 ss.

10. UN General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, cit., par. 21.

11. Per una disamina più completa della riabilitazione nel diritto internazionale, cfr. *inter alia* REDRESS, *Rehabilitation as a form of reparation under international law*, London, Redress 2009, redress.org/wp-content/uploads/2018/01/The-right-to-rehabilitation.pdf; N. Sveaass, *Gross human rights violations and reparation under international law: approaching rehabilitation as a form of reparation*, in *European Journal of Psychotraumatology*, n. 1.2013, p. 4 ss.; International Commission of Jurists, *The right to a remedy and to reparation for gross human rights violations. A Practitioners Guide*, International Commission of Jurists, Geneva, 2018, p. 204 ss. Sulla riparazione a seguito di gravi violazioni dei diritti umani, cfr. tra gli altri D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Id., *The right to reparations for acts of torture: what right, what remedies?*, in *Torture*, n. 17.2007, pp. 96-116; M. Nowak, E. McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 452 ss.; S. Pinton, *La riparazione dovuta alle vittime di tortura*, in S. Pinton, L. Zagato, *La tortura nel nuovo millennio*, Padova, Cedam, 2010, pp. 95-129; C. Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, in particolare p. 44 ss.; R. Falk, *Reparations, International Law, and Global Justice: A New Frontier*, in P. de Greiff (eds.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 478-503; C. Tomuschat, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 10.2002, pp. 157-184; Id., *Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*, in M.G. Kohen (eds.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Leinden, Nijhoff, 2007, pp. 569-590; H. Rombouts, P. Sardaro, S. Vandeginste, *The Right to Reparation for Victims of*

diritti umani[12]. Al riguardo rilevano in particolare la Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata[13], la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità[14] e la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Come si approfondirà nel corso della trattazione, in tale contesto la riabilitazione deve intendersi come quel processo olistico volto a ripristinare l'autonomia della vittima e le sue capacità fisiche, mentali, sociali e professionali, al fine di garantirne un pieno reinserimento all'interno della società[15].

Significativi riferimenti alla riabilitazione compaiono altresì nella prassi dello *Human Rights Commitee* che, in alcuni *General Comments*, l'ha annoverata tra le forme di riparazione che gli Stati sono tenuti a garantire a fronte delle violazioni del diritto alla vita[16], del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti[17] e, più in generale, di tutti i diritti riconosciuti dal Patto Internazionale sui diritti civili e politici[18]. La riabilitazione è

Gross and Systematic Violations of Human Rights, in K. De Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt, P. Lemmens (eds.), *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, pp. 345-503.

12. La riabilitazione è inoltre annoverata dall'articolo 75 dello Statuto della Corte penale internazionale tra le forme di riparazione che la Corte deve garantire a favore delle vittime o dei loro aventi diritto.

13. Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, articolo 24, parr. 4 e 5: «Ogni Stato Parte assicura nell'ambito del proprio ordinamento giuridico che le vittime di sparizione forzata abbiano il diritto di ottenere riparazione ed un indennizzo rapido, equo e adeguato. 5. Il diritto di ottenere una riparazione di cui al paragrafo 4 del presente articolo comprende i danni materiali e morali nonché, laddove opportuno, altre forme di riparazione quali: a) restituzione in integro; b) riabilitazione c) soddisfazione, compresa la restituzione della dignità e della reputazione; d) garanzie di non ripetizione».

14. Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, articolo 16, par. 4: «Gli Stati Parti prenderanno tutte le misure appropriate per facilitare il recupero fisico, cognitivo e psicologico, la riabilitazione e la reintegrazione sociale delle persone con disabilità che siano vittime di qualsiasi forma di sfruttamento, violenza o maltrattamenti, in particolare attraverso l'offerta di servizi di protezione. Il recupero e la reintegrazione dovranno avere luogo in un ambiente che promuova la salute, il benessere, il rispetto verso sé stessi, la dignità e l'autonomia della persona e che prenda in considerazione le esigenze specifiche legate al genere e all'età». La nozione di riabilitazione è presente altresì in altri Trattati in materia di diritti umani con un significato diverso. Nella Convenzione sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (articolo 17, par. 4), essa è richiamata con riferimento ai diritti dei soggetti privati della propria libertà personale per affermare che il trattamento detentivo deve avere la finalità di promuovere la riabilitazione sociale, intesa pertanto in un'ottica di reintegrazione e reinserimento all'interno della comunità; nella Convenzione sui diritti del fanciullo (articolo 24, par. 1; articolo 23, par. 3) e in talune disposizioni della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (articolo 25, par. 1 e articolo 26), la riabilitazione è invece prevista in relazione al diritto alla salute, riferendosi a quel complesso di trattamenti volti a favorire il recupero fisico e psicologico della persona.

15. Si veda al riguardo D. Shelton, *op. cit.*, pp. 302-303; l'Autrice definisce la riabilitazione come «the process of restoring the individual's full health and reputation after the trauma of a serious attack on one's physical or mental integrity, aims to restore what has been lost [...] It seeks to achieve maximum physical and psychological fitness».

16. Human Rights Committee, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, par. 28.

17. Human Rights Committee, *General comment No. 20 (1992): Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)*, par. 15.

18. Human Rights Committee, *General Comment No. 31 (2004), The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, par. 16: «The Committee notes that, where appropriate, reparation can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies,

ampiamente riconosciuta quale forma di riparazione delle violazioni dei diritti umani anche nella giurisprudenza della Corte Inter-americana dei diritti umani che, in molteplici occasioni, ha disposto l'adozione delle misure necessarie a ristabilire la piena riabilitazione della vittima[19].

Il presente contributo si focalizzerà in particolare sulla riabilitazione prevista dall'articolo 14 della Convenzione delle Nazioni Unite in forza del quale

«Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible»[20].

Questa disposizione ha trovato ampia applicazione con pressoché esclusivo riferimento all'esperimento di azioni giurisdizionali volte ad ottenere in sede civile il risarcimento dei danni derivanti da atti di tortura. Tale aspetto che, peraltro ha sollevato numerose questioni interpretative con riferimento alla possibilità di enucleare un principio di giurisdizione civile universale in relazione ai crimini di tortura, ha lasciato per lungo tempo in secondo piano la questione della riabilitazione. In tempi recenti, tale istituto ha invece ricevuto una rinnovata attenzione da parte del Comitato contro la tortura (CAT): la riabilitazione è stata al centro di importanti specificazioni nel *General Comment n° 3 (2012)*[21] sull'articolo 14 e, ben più significativamente, è stata riconosciuta quale oggetto di un diritto autonomo nel parere reso nell'agosto 2018 in relazione al caso *AN c. Svizzera*. Un importante riferimento alla riabilitazione compare altresì nella sentenza *MP*, adottata qualche mese prima dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui i giudici di Lussemburgo hanno attribuito rilevanza

public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations».

19. Cfr. *inter alia*, Inter-american Court of Human Rights, *Case Barrios Altos v. Peru*. Reparations and Costs. Judgment of November 30, 2001. Series C No. 87, paras. 42-45; *Case of Barrios Family, v. Venezuela*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2011. Series C No. 238, para. 329; *Case of Atala Riffo and Daughters v. Chile*. Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 24, 2012 Series C No. 232; *Case of Contreras et al. v. El Salvador*. Merits, reparations and costs. Judgment of August 31, 2011 Series C No. 232, para. 199. Al riguardo cfr. T. Antkowiak, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 46.2008, pp. 351-419, in particolare p. 375 ss.; G. Donoso, *Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments strengths and challenges for a comprehensive approach*, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 49.2009, pp. 29-68.

20. Nella versione italiana: «Ogni Stato Parte, nel proprio ordinamento giuridico, garantisce alla vittima di un atto di tortura il diritto ad una riparazione e ad un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Se la vittima muore in seguito ad un atto di tortura, gli aventi causa hanno diritto ad un risarcimento. 2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni diritto ad un risarcimento di cui la vittima, o qualsiasi altra persona, gode in virtù delle leggi nazionali». Occorre svolgere qualche precisazione dal punto di vista terminologico: la traduzione italiana della disposizione fa riferimento al diritto alla riparazione (corrispondente all'inglese *redress*) e al risarcimento (*compensation*), che deve ricomprendere anche i mezzi per assicurare la riabilitazione (*rehabilitation*) più completa possibile.

21. CAT, *General comment No. 3 (2012)*, Implementation of article 14 by States parties, UN Doc. CAT/C/GC/3 (2012).

all'articolo 14 della Convenzione contro la tortura ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della Direttiva qualifiche. Dopo aver brevemente richiamato la dibattuta questione relativa alla possibilità di riconoscere, a partire dall'articolo 14, un principio di giurisdizione civile universale, questo scritto si concentrerà sul rapporto esistente tra il diritto alla riparazione (*redress*) e il diritto al risarcimento (*compensation*) e, infine, sullo specifico contenuto che l'istituto della riabilitazione assume nell'ambito delle altre forme di riparazione. L'analisi si concentrerà sulle pronunce rese dal CAT e dalla Corte di Giustizia che, pur costituendo una prassi certamente ancora molto limitata e suscettibile di ulteriori sviluppi, appaiono particolarmente significative poiché concorrono a qualificare la riabilitazione come una forma di riparazione che, per sua natura, determina l'insorgere in capo agli Stati di obblighi anche in relazione agli atti di tortura commessi al di fuori della loro giurisdizione. Come si sottolineerà in sede conclusiva, il riconoscimento di tale diritto può assumere una particolare rilevanza nell'ordinamento italiano in seguito all'abrogazione, disposta dal d.l. 113/2018, del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

2. L'applicabilità extraterritoriale dell'articolo 14: la questione della giurisdizione civile universale (*cenni*)

L'interpretazione dell'articolo 14 della Convenzione contro la tortura ha dato adito a un intenso dibattito in relazione all'applicabilità extraterritoriale della disposizione e, in particolare, alla possibilità di riconoscere un principio di giurisdizione civile universale. I dubbi ermeneutici trovano origine nel fatto che l'articolo 14 non contiene alcun riferimento volto a limitarne l'applicabilità ai soli atti di tortura verificatisi all'interno del territorio sottoposto alla giurisdizione dello Stato. Sotto questo profilo, la disposizione si differenza significativamente dall'articolo 5 che, invece, definisce precisamente le condizioni per l'esercizio della giurisdizione penale e, al paragrafo 2, sancisce un principio di giurisdizione universale. I dubbi riguardo all'ambito di applicazione dell'articolo 14 sono oltremodo alimentati dai lavori preparatori della disposizione. La proposta, presentata dai Paesi Bassi, di inserire uno specifico riferimento ai soli atti «committed in any territory under its jurisdiction», inizialmente accettata dal *Working Group* della Commissione dei diritti umani, fu poi eliminata nella versione finale, senza peraltro che nei lavori preparatori si trovi traccia delle motivazioni all'origine di tale modifica. Rileva altresì al riguardo la riserva formulata dagli Stati Uniti che, in sede di ratifica, dichiararono di limitare la portata della disposizione ai soli atti di tortura posti in essere nel territorio sottoposto alla giurisdizione statunitense. Essa, se da un lato, consente di desumere l'implicita volontà degli altri Stati di non limitare l'applicabilità della disposizione sotto il profilo geografico, d'altra parte sembra alimentare ulteriori dubbi poiché, durante la discussione del progetto di legge di ratifica della

Convenzione davanti al Senato statunitense, la soppressione del preesistente riferimento ai soli atti commessi sotto la giurisdizione dello Stato, fu attribuita ad un errore[22].

La successiva prassi del Comitato al riguardo non è particolarmente copiosa. Rileva innanzitutto al riguardo il parere reso sul caso *Marcos Roitman Rosenmann v. Spain* (2002)[23], relativo ad un cittadino spagnolo di origini cilene vittima di atti di tortura durante il periodo della dittatura di Pinochet. Davanti al CAT, egli lamentava che il governo spagnolo non avesse prestato la diligenza necessaria per completare la procedura di estradizione avviata dalle autorità giudiziarie nei confronti di Pinochet e, in tal modo, avesse violato, tra gli altri, l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura. In tale occasione il Comitato ha considerato inammissibile la comunicazione ritenendo che il diritto al risarcimento di cui all'articolo 14 potesse trovare applicazione solo nei confronti dello Stato responsabile degli atti di tortura. Successivamente, con il *General Comment n° 3 (2012)*, specificamente dedicato all'articolo 14 della Convenzione, il Comitato ha esplicitamente affermato che

> «the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party»[24].

Questa definizione dell'ambito di applicazione della disposizione dal punto di vista territoriale trova giustificazione – ha precisato il Comitato – da un lato, nella *ratio* dell'articolo 14 da rintracciarsi nella necessità di garantire a tutte le vittime di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti di avere accesso a mezzi di ricorso e ottenere riparazione, dall'altro, nella constatazione del fatto che, talvolta, per le vittime risulta impossibile esercitare i diritti che sono loro riconosciuti dall'articolo 14 nello Stato in cui gli atti sono stati posti in essere[25].

La questione è stata successivamente affrontata dal Comitato nel parere sul caso *Z. v. Australia* (2014)[26], riguardante un cittadino australiano vittima di atti tortura da parte

22. *Summary and Analysis of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, in *Message from the President of the Unites States transmitting the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 20 May 1998, 10th Congress, 2nd Session, Treaty Doc. 100-20.

23. CAT, *Marcos Roitman Rosenmann v. Spain*, Communication No. 176/2000, U.N. Doc. CAT/C/28/D/176/2000 (2002), par. 6.6.

24. *General comment No. 3 (2012)*, cit., par. 22.

25. CAT, *General comment No. 3 (2012)*, cit., par. 22: «The Committee considers that the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party. The Committee has commended the efforts of States parties for providing civil remedies for victims who were subjected to torture or ill-treatment outside their territory. This is particularly important when a victim is unable to exercise the rights guaranteed under article 14 in the territory where the violation took place. Indeed, article 14 requires States parties to ensure that all victims of torture and ill-treatment are able to access remedy and obtain redress».

26. CAT, *Z. v. Australia*, Communication No. 511/2012, UN Doc. CAT/C/53/D/511/2012.

delle autorità cinesi. Nella comunicazione presentata al CAT egli lamentò una violazione dell'articolo 14 poiché la domanda risarcitoria, esperita davanti alle Corti australiane nei confronti dell'ex presidente cinese e di altri esponenti del governo cinese, era stata respinta a fronte della necessità di riconoscere a costoro l'immunità dalla giurisdizione delle Corti territoriali. Benché in tale occasione il Comitato abbia dichiarato irricevibile la domanda, negando la propria competenza a conoscere di atti commessi fuori dal territorio dello Stato contro cui era stata presentata la comunicazione, tale decisione non è sufficiente a tacciare la prassi del CAT di incoerenza e contraddizione[27]. Rileva in questo senso la circostanza che il Comitato, pur giungendo a tale conclusione, abbia richiamato quanto affermato nel *General Comment n° 3 (2012)* sull'applicabilità dell'articolo 14 anche in relazione a fatti verificatisi fuori dal territorio dello Stato e abbia posto l'accento sulle specifiche circostanze del caso di specie[28]. Non può infatti essere sottovalutato il fatto che nel caso in esame le Corti australiane avessero negato la propria competenza in ragione della necessità di garantire l'immunità agli agenti di uno Stato estero: il difetto di giurisdizione derivante dal riconoscimento dell'immunità deve, infatti, tenersi distinto dal difetto di giurisdizione territoriale.

Occorre d'altra parte riconoscersi che quanto affermato dal CAT nel *General Comment n° 3 (2012)* non trova riscontro nella prassi degli Stati che si dimostrano tutt'altro che disponibili a dare applicazione al principio della giurisdizione civile universale. Particolarmente importante è al riguardo la chiusura operata, nel noto caso *Kiobel*, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in relazione all'*Alien Tort Statute* (ATS) che, per lungo tempo, ha rappresentato «the most spectacular example of the exercise of the extraterritorial jurisdiction in protection of human right»[29]. Questa normativa federale, risalente al 1789[30],

27. Questa osservazione sembra emergere nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso *Naït-Liman v. Switzerland* in cui la Corte ha affermato che nei pareri resi sulle comunicazioni individuali il CAT dimostra «a more reserved attitude towards the geographical scope of Article 14»; cfr. Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], App. No. 51357/07, 15 March 2018, par. 54; in tal senso si veda in dottrina E. Benvenuti, *Quale tutela del diritto di accesso alla giustizia civile per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani? Riflessioni a margine della decisione della grande camera della Corte europea nel caso Nait-Liman*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3.2018, pp. 322-332, in particolare p. 326.

28. CAT, *Z. v. Australia*, cit., par. 6.3: «The Committee recalls its general comment No. 3 (2012) on the implementation of article 14 by States parties, in which it considers that "the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party" and that "article 14 requires States parties to ensure that all victims of torture and ill-treatment are able to access remedy and obtain redress". However, the Committee observes that, *in the specific circumstances of this case*, the State party is unable to establish jurisdiction over officials of another State for alleged acts committed outside the State party's territory» (corsivo aggiunto).

29. O. De Schutter, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 195.

30. L'*Alien Tort Statute* (Judiciary Act of 1789) afferma che «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

fu significativamente valorizzata a partire dalla sentenza *Filártiga v. Pena Irala*[31], relativa alle torture subite in Paraguay da alcuni cittadini paraguayani, residenti negli Stati Uniti. La Corte federale di appello per il Secondo distretto riconobbe, in forza dell'ATS, la propria giurisdizione in relazione alla domanda risarcitoria presentata dalle vittime per gli atti di tortura subiti da parte di un ex ufficiale paraguayano che, al momento della presentazione della domanda, si trovava negli Stati Uniti essendovisi trasferito, peraltro illegalmente. Questa sentenza segnò l'inizio di un'ampia giurisprudenza in cui le Corti statunitensi, considerando sufficiente la presenza nel territorio del foro del presunto autore di gravi violazioni dei diritti umani commesse all'estero, si riconoscevano competenti a conoscere le azioni risarcitorie avviate nei loro confronti dalle vittime[32]. L'ATS trovò una rilevante applicazione anche in relazione alle violazioni dei diritti umani commesse fuori dal territorio statunitense da imprese multinazionali che avessero un contatto, anche minimo con gli USA, costituito da un ufficio, una rappresentanza o finanche dallo svolgimento stabile e continuativo delle proprie attività. La giurisprudenza post-*Filártiga* fu talmente ampia e consolidata da condurre autorevole dottrina a ritenere che la giurisdizione civile universale, quale *pendant* della giurisdizione penale universale, potesse «considerarsi come avallata dal diritto internazionale generale»[33]. Questa significativa giurisprudenza ha conosciuto una paradigmatica battuta di arresto con l'*Opinion* resa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*[34], relativo alle gravi violazioni dei diritti umani di cui si era resa complice la sussidiaria nigeriana della società anglo-olandese *Royal Dutch Petroleum* ai danni di alcuni membri delle tribù Ogoni nell'area del delta del Niger. In tale occasione, la Corte ha affermato l'esistenza di una «presumption against extraterritoriality» in relazione all'ATS ed è giunta a concludere che la presenza degli uffici della multinazionale nel territorio statunitense non potesse considerarsi sufficiente a superare tale presunzione. Con una formula tutt'altro che chiara, la Corte ha infatti statuito che «even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application»[35] e, in tal modo, ha significativamente limitato la portata dell'ATS ai fini dell'esercizio della giurisdizione civile universale[36].

31. United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

32. Cfr. *inter alia*, US Court of Appeal, D.C. Cir., *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 517 F. Supp. 542 (D.D.C. 1981); United States District Court, D. Massachusetts, *Xuncax v. Gramajo and Ortiz v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Ct. Mass. 1995); United States Court of Appeals, Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 74 F.3d 377 (2nd Cir. 1996).

33. B. Conforti (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 219.

34. United States Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1663 (2013).

35. *Ivi*, p. 14.

36. La letteratura sull'ATS e sulle implicazioni della pronuncia *Kiobel* con specifico riferimento alla responsabilità delle multinazionali per violazioni dei diritti umani è estremamente ampia; si vedano, *inter alia*, N. Boschiero, *Corporate*

Estremamente significativa – per l'autorevolezza dell'organo in questione – appare poi la sentenza resa nel 2018 dalla Corte europea dei diritti umani in relazione al noto caso *Naït-Liman c. Svizzera*[37]. In tale occasione, la Grande Camera della Corte, confermando a larga maggioranza quanto già affermato due anni prima dalla seconda sezione, ha affermato che il rifiuto dei Tribunali svizzeri di riconoscere la propria competenza giurisdizionale nei confronti di un'azione di risarcimento dei danni subiti all'estero da un cittadino tunisino non costituisce una violazione del diritto di accesso al giudice, riconosciuto dall'articolo 6 della CEDU. La Corte è giunta a tale soluzione ritenendo che né la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, né tantomeno il diritto internazionale consuetudinario impongono agli Stati l'obbligo di riconoscere un principio di giurisdizione civile universale in relazione agli atti di tortura commessi all'estero. Pur addivenendo a tale decisione la Corte, nell'ambito delle sue conclusioni generali, ha tenuto a precisare che quanto statuito nel caso di specie non va in alcun modo ad intaccare «the broad consensus within the international community on the existence of a right for victims of acts of torture to obtain appropriate and effective redress»[38] e, in tale prospettiva, ha incoraggiato gli Stati a garantire effettività a tale diritto estendendo la competenza delle proprie Corti ad esaminare le domande risarcitorie presentate in relazione a fatti di tortura commessi al di fuori dei propri territori. La soluzione della Corte sembra quindi porsi in linea con quella prospettata da un'autorevole

---

responsibility in transnational human rights cases. The U.S. Supreme Court decision in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2.2013, pp. 249-292; A. Bonfanti, *No Extraterritorial Jurisdiction under the Alien Tort Statute: Which "Forum" for Disputes on Overseas Corporate Human Rights Violations after "Kiobel"?* in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2.2013, pp. 379-400; M. Fasciglione, *Corporate Liability, Extraterritorial Jurisdiction and the Future of the Alien Tort Claims Act: Some Remarks after "Kiobel"*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2.2013, pp. 401-435; C. Macchi, *Imprese multinazionali, violazioni ambientali e diritti individuali: la sentenza Shell della Corte distrettuale dell'Aja*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2.2013, pp. 517-524; C. Bright, *L'esercizio extraterritoriale della giurisdizione civile con riferimento alle gravi violazioni dei diritti umani da parte delle imprese multinazionali*, EUI Working Paper LAW 2015/44, 2015, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/38188/LAW_2015_44.pdf?sequence=1&isAllowed=y; R. Cadin, *Di pirati e multinazionali: l'Alien Tort Statute e la tutela extraterritoriale dei diritti umani da parte della giurisprudenza civile degli Stati Uniti*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 4.2018, pp. 435-456; M. M. Porcelluzzi, M. Winkler, *C'era una volta "Kiobel": i giudici americani tornano a pronunciarsi sull'extraterritorialità dell'"Alien Tort Statute"*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, n. 3.2015, pp. 892-906. Si veda altresì la posizione di Conforti che, nella più recente versione del manuale, ha rivisto la posizione precedentemente richiamata (v. nota 33) affermando che, alla luce della giurisprudenza *Kiobel*, il principio di giurisdizione civile universale non trova più riscontro nella prassi; cfr. B. Conforti (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 225.

37. Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], cit.; per un commento su questa sentenza cfr. *inter alia* E. Benvenuti, *op. cit.*; R. Pavoni, *Giurisdizione civile universale per atti di tortura e diritto di accesso al giudice la sentenza della grande camera della Corte europea dei diritti umani nel caso Naït-Liman*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3.2018, pp. 888-896; M. Buscemi, *Atti di tortura commessi all'estero e azioni risarcitorie basate su fori esorbitanti*, in *Giur. it.*, n. 1.2019, pp. 71-82; sulla sentenza resa sullo stesso caso dalla seconda sezione della Corte in data 21 giugno 2016, cfr. B. Bonafé, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione universale in materia civile*, in *Riv. dir. intern.*, n. 4.2016, pp. 1100-1122; C. Ryngaert, *From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity : Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in Nait-Liman*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3.2017, pp. pp. 782-807.

38. Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], cit., par. 218.

dottrina, secondo cui l'articolo 14 della Convezione contro la tortura – nonché il diritto internazionale consuetudinario –, pur non sancendo l'obbligo degli Stati di riconoscere la giurisdizione civile universale in relazione agli atti di tortura, non pone un divieto in tal senso[39].

3. Il rapporto tra diritto alla riparazione (*redress*) e diritto al risarcimento (*compensation*)

Gli obblighi che la Convenzione pone in capo agli Stati parte della Convenzione a seguito della violazione del divieto di tortura sono definiti dagli articoli 12, 13 e 14. Essi sanciscono, rispettivamente, l'obbligo di avviare un'indagine immediata e imparziale, l'obbligo di assicurare ad ogni persona, che affermi di essere stata sottoposta a tortura, il diritto di sporgere denuncia e, infine, il diritto alla riparazione e al risarcimento. È opportuno soffermarsi sul legame esistente tra queste disposizioni e su quanto affermato al riguardo dal Comitato in alcuni pareri resi su comunicazioni individuali. Esso ha in più occasioni riconosciuto che l'inefficacia delle indagini, tale da impedire di ricostruire la natura e le circostanze degli atti di tortura verificatisi e di individuare i responsabili, oltre a determinare una violazione dell'obbligo di cui all'articolo 12, implica altresì una violazione del diritto, sancito all'articolo 13, di presentare una denuncia al fine di avviare un esame immediato e imparziale. Appare particolarmente significativo evidenziare quanto emerge dalla prassi del Comitato circa il legame tra l'inefficacia delle indagini, cui consegue il mancato adempimento degli obblighi posti dagli articoli 12 e 13, e la violazione dell'articolo 14. Tale connessione emerge, infatti, solo parzialmente: se da un lato l'assenza di un'indagine effettiva preclude altresì l'avvio della procedura giudiziaria necessaria per ottenere il diritto al risarcimento del danno subito, d'altra parte, il Comitato in più di un'occasione ha evidenziato che l'articolo 14 va oltre il "mero" diritto al risarcimento, poiché riconosce un più ampio diritto ad una riparazione.

Tale aspetto emerge chiaramente laddove il CAT ha riconosciuto il diritto alla riparazione come un diritto autonomo che prescinde dal risarcimento eventualmente già corrisposto dallo Stato. Particolarmente significativo al riguardo quanto affermato nel parere sul caso *Kepa Urra Guridi v. Spain*, relativo ad un cittadino spagnolo vittima di atti

39. Cfr. tra gli altri M. Nowak, E. McArthur, *op. cit.*, p. 492 ss.; A. Byrnes, *Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention Against Torture?*, in C. Scott (ed.), *Torture as Tort*, Oxford, Hart, 2001, pp. 537 ss; K. Parlett, *Universal Civil Jurisdiction for Torture*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5.2007, pp. 921-937; S. Yee, *Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality*, in *Chinese Journal of International Law*, n. 10.2011, pp. 503-530, in particolare p. 527. Tra gli Autori che invece sostengono la pacifica applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione contro la tortura anche agli atti di tortura commessi all'estero, cfr. C.K. Hall, *The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad*, in *European Journal of International Law*, n. 5.2007, pp. 921-937; A. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, in *The European Journal of International Law*, n. 5.2008, pp. 955-970, in particolare pp. 960 ss.

di tortura da parte di agenti della *Guardia Civil* che erano stati poi condannati ad una pena detentiva e al pagamento di un risarcimento. Urra Guridi lamentò davanti al Comitato una violazione dell'articolo 14 poiché la grazia successivamente concessa ai poliziotti, consentendo loro di non scontare la pena detentiva, equivaleva ad una negazione dei fatti e delle sofferenze da egli subite. Il dato significativo è rappresentato dal fatto che, nonostante il risarcimento già corrisposto alla vittima, il Comitato ha riconosciuto una violazione dell'articolo 14, affermando che

«the State party indicates that the complainant received the full amount of compensation ordered by the trial court and claims that the Convention has therefore not been violated. *However*, article 14 of the Convention not only recognizes the right to fair and adequate compensation but also imposes on States the duty to guarantee compensation for the victim of an act of torture. The Committee considers that compensation should cover all the damages suffered by the victim, which includes, among other measures, restitution, compensation, and rehabilitation of the victim, as well as measures to guarantee the non-repetition of the violations, always bearing in mind the circumstances of each case. The Committee concludes that there has been a violation of article 14, paragraph 1, of the Convention»[40].

Come emerge dal passaggio citato, il diritto al risarcimento (*compensation*) costituisce solo uno degli elementi che compongono il più ampio diritto alla riparazione (*redress*). Tale principio è stato altresì affermato dal Comitato con specifico riferimento al mancato riconoscimento di quelle misure necessarie a garantire un'adeguata riabilitazione alle vittime di tortura[41]. A ben vedere, infatti, la riabilitazione è l'istituto in relazione al quale si coglie maggiormente l'autonomia esistente tra il diritto al risarcimento e quello alla riparazione:

40. CAT, *Kepa Urra Guridi v. Spain*, Communication No. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005), par. 6.8 (corsivo aggiunto).

41. CAT, *Jean Ndagijimana v. Burundi*, Communication No. 496/2012, U.N. Doc. CAT/C/62/D/496/2012 (2018), par. 8.7: «The Committee recalls that article 14 of the Convention not only recognizes the right to fair and adequate compensation but also requires States parties to ensure that the victim of an act of torture obtains redress. Redress should cover all the harm suffered by the victim. It encompasses, among other measures, restitution, compensation and guarantees of non-repetition, while taking into account the circumstances of each case. In this case, the Committee has noted the complainant's claim that he is experiencing the consequences – back trouble, for instance, and the loss of physical capacity – of the treatment he suffered. He has nonetheless not benefited from any treatment or rehabilitation measures»; *Rached Jaïdane v. Tunisia*, Communication No. 654/2015, U.N. Doc. CAT/C/61/D/654/2015 (2017), par. 7.12: «The Committee further notes that the victim has not benefited from any rehabilitation measure for the severe physical and psychological after-effects that he continues to suffer and that have been categorically attested by medical examinations. The Committee therefore considers that the complainant has been denied his right to redress and compensation under article 14 of the Convention»; *Kabura v. Burundi*, Communication No. 549/2013, UN Doc. CAT/C/59/D/549/2013 (2017), par. 7.6; *Ennaâma Asfari v. Morocco*, Communication No. 606/2014, UN Doc. CAT/C/59/D/606/2014 (2017), par. 13.6; *Niyonzima v. Burundi*, Communication No. 514/2012, UN Doc. CAT/C/53/D/514/2012 (2015), par. 8.6.

tale aspetto emerge in modo particolarmente significativo dall'analisi di quanto affermato dal Comitato nel *General Comment n° 3 (2012)*.

4. La nozione di riabilitazione elaborata dal Comitato contro la tortura nel *General Comment n° 3 (2012)*

L'articolo 14 è stato oggetto di uno dei pochissimi *General Comment* adottati dal CAT e, in particolare, del già richiamato *General Comment n° 3 (2012)*[42]. Il Comitato in tale occasione ha affermato che l'obbligo degli Stati di garantire riparazione alle vittime di tortura si caratterizza per una duplice natura: sostanziale e procedurale. Sotto il profilo sostanziale, la riparazione (*redress*) può assumere cinque forme: la restituzione, l'indennizzo, la riabilitazione, la soddisfazione e il diritto alla verità e, infine, le garanzie di non ripetizione. Per quanto riguarda specificatamente la riabilitazione, essa è definita come

«the restoration of function or the acquisition of new skills required as a result of the changed circumstances of a victim in the aftermath of torture or ill-treatment»[43].

La riabilitazione deve intendersi secondo un approccio olistico e interdisciplinare tale da ricomprendere non solo un trattamento medico, fisico e psicologico, ma anche un sostegno

42. Per un'analisi sul *General Comment n° 3(2012)*, cfr. C. Grossman, O. Amezcua, *Panel II: The Role of the Committee against Torture in Providing Full and Adequate Reparation to Victims*, in *Human Rights Brief*, n. 4.2013, pp. 19-23. Gli altri due *General Comments* riguardano l'articolo 2 relativo all'obbligo degli Stati di adottare i provvedimenti necessari a impedire il compimento di atti di tortura nel territorio sottoposto alla loro giurisdizione (*General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States parties*, UN Doc. CAT/C/GC/2) e l'articolo 3 relativo al principio di *non-refoulement* in relazione alla presentazione di comunicazioni individuali davanti al Comitato ai sensi dell'articolo 22 della Convenzione (*General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, UN Doc. CAT/C/GC/4). La circostanza che il Comitato abbia adottato solo tre *General Comments* e che uno di questi riguardi proprio l'articolo 14 costituisce un'ulteriore conferma dell'importanza di tale disposizione. L'importanza della disposizione trova conferma in quanto affermato da alcuni Stati a fronte della dichiarazione presentata dal Bangladesh il quale, in sede di adesione alla Convenzione, ha dichiarato di applicare l'articolo 14 conformemente alla legislazione nazionale (United Nations Treaty Collection, UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Declarations and Reservations, Bangladesh: «The Government of the People's Republic of Bangladesh will apply article 14 para 1 in consonance with the existing laws and legislation in the country», https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en#EndDec). Alcuni Stati e, in particolare Germania, Paesi Bassi, Francia, Spagna, Svezia, hanno evidenziato che la dichiarazione dovesse considerarsi dal punto di vista sostanziale una riserva e, ponendo l'accento sulla natura generale della riserva, hanno obiettato che essa fosse incompatibile con l'oggetto e lo scopo della Convenzione; pur non rilevando l'incompatibilità con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, un'obiezione di analogo tenore è stata sollevata dalla Finlandia. Il richiamo, operato dagli Stati obiettanti, all'incompatibilità con l'oggetto e lo scopo è espressione dell'importanza riconosciuta all'articolo 14; tale elemento emerge peraltro esplicitamente dalle dichiarazioni rese al riguardo dalla Francia e dalla Spagna, i quali hanno sottolineato che le disposizioni relative al diritto delle vittime degli atti di tortura di ottenere riparazione e risarcimento hanno natura essenziale per assicurare la concreta implementazione degli obblighi derivanti in capo agli Stati dalla Convenzione.

43. CAT, *General comment No. 3 (2012)*, cit., par. 11.

legale e un programma di formazione professionale e reinserimento sociale e, in generale, tutti quegli interventi che risultino necessari per ripristinare, per quanto possibile, l'autonomia e l'indipendenza del soggetto, le sue funzionalità e capacità fisiche, mentali, sociali e professionali e per promuoverne una piena reintegrazione e partecipazione all'interno della società. Come specificato dal Comitato, l'obbligo degli Stati di garantire la riabilitazione non può dipendere dalle risorse in essi disponibili e non può essere differita nel tempo. Al contrario,

> «[i]n order to fulfil its obligations to provide a victim of torture or ill-treatment with the means for as full rehabilitation as possible, each State party should adopt a long-term, integrated approach and ensure that specialist services for victims of torture or ill-treatment are available, appropriate and readily accessible»[44].

Le vittime devono poter accedere il prima possibile ai programmi di riabilitazione che devono essere modulati e formulati tenendo conto delle specifiche caratteristiche della vittima, dei suoi bisogni, della sua capacità di resilienza, nonché della sua cultura e identità. Come precisato dal Comitato, peraltro, l'obbligo di riabilitazione deve essere distinto dall'obbligo di garantire, immediatamente dopo il verificarsi degli atti di tortura i servizi medici e psico-sociali necessari alle vittime: quest'ultimo obbligo, infatti, non esaurisce l'obbligo di riabilitazione e, d'altra parte, l'obbligo di riparazione si configura come autonomo e distinto rispetto ad esso. Appare infine particolarmente significativo sottolineare che, se da un lato, l'articolo 14 implica l'obbligo degli Stati di mettere a disposizione i rimedi giurisdizionali necessari a ottenere un'adeguata riparazione, d'altra parte, tali rimedi hanno sia natura giurisdizionale che non giurisdizionale; tale elemento trova particolare rilevanza proprio con riferimento alla riabilitazione poiché, come esplicitamente affermato dal Comitato, l'accesso ai programmi di riabilitazione prescinde dall'esperimento di azioni giurisdizionali.

Alla luce dell'analisi qui svolta, appare particolarmente significativo evidenziare quanto affermato dal CAT nello specificare gli obblighi procedurali connessi alla riparazione che gli Stati devono garantire alle vittime ai sensi dell'articolo 14. Si è già avuto modo di ricordare che, nel *General Comment*, il Comitato ha chiaramente definito l'ambito di applicazione di tale disposizione, specificando che essa non deve ritenersi limitata a coloro che sono stati oggetto di atti di tortura all'interno del territorio degli Stati parte o commessi da o nei confronti di cittadini degli Stati parte. Un altro aspetto fortemente evidenziato fin dalle prime battute del *Comment* è quello secondo cui la disposizione deve applicarsi a tutte le vittime di tortura e trattamenti inumani e degradanti, senza alcuna discriminazione, a

44. *Ibi*, par. 13.

prescindere dalla loro identità e dall'appartenenza a gruppi vulnerabili e pertanto – come peraltro esplicitamente precisato dal Comitato – anche ai richiedenti asilo e ai rifugiati. Al riguardo, giova altresì rimarcare che in numerose *Concluding Observations*, adottate dal Comitato in relazione ai rapporti periodici presentati dagli Stati riguardo all'implementazione delle disposizioni della Convenzione, esso ha raccomandato l'adozione delle misure necessarie a garantire che i rifugiati e i richiedenti asilo, che siano stati vittime di tortura, abbiano accesso ad adeguati programmi di riabilitazione[45]. A questo proposito, un altro interessante riferimento alla riabilitazione compare nel Rapporto presentato nel 2010 dallo *Special Rapporteur* sulla tortura che ha avuto specificamente ad oggetto i centri di riabilitazione per le vittime di tortura e il ruolo fondamentale da essi svolto per cercare di far fronte alle conseguenze psicologiche, oltre che fisiche, che gli atti di tortura lasciano, in modo spesso duraturo e drammatico, sulle vittime [46]. Nell'esprimere la propria preoccupazione per le difficoltà finanziarie di cui tali centri soffrono a causa delle limitate risorse ad essi garantite dagli Stati, lo *Special Rapporteur* ha posto l'accento sul ruolo cruciale di tali centri per garantire sostegno medico e psicologico ai rifugiati che sono stati vittime di tortura[47].

5. Il riconoscimento del diritto alla riabilitazione come diritto autonomo nella prassi più recente del Comitato

Come già richiamato la riabilitazione ha trovato significativo riconoscimento nel parere reso dal CAT nell'agosto 2018 sul caso *AN c. Svizzera*[48]. Esso riguardava un cittadino eritreo che, accusato di aver aiutato un proprio conoscente a lasciare illegalmente il Paese,

45. Cfr. *inter alia Concluding Observations* Sud Africa, CAT/C/ZAF/CO/2 (2019), par. 37, lett. h); Germania, CAT/C/DEU/CO/5 (2011), par. 15, lett. b); Croazia, CAT/C/HRV/CO/4-5 (2014), par. 15, lett. c); Stati Uniti d'America, CAT/C/USA/CO/3-5 (2014), par. 29; Australia, CAT/C/AUS/CO/4-5 (2014), par. 18, lett. b); Serbia, CAT/C/SRB/CO/2 (2015), par. 13; Francia, CAT/C/FRA/CO/7 (2016), parr. 38-39; Finlandia, CAT/C/FIN/CO/7 (2017), par. 13, lett. d); Irlanda, CAT/C/IRL/CO/2 (2017), par. 12, lett. c). Particolarmente esemplificativo quanto affermato nelle *Concluding Observations* adottate in relazione al Rapporto presentato da Israele, in cui il CAT ha affermato di essere «concerned that the measures taken by the State party do not seem to fully ensure the effective identification of victims of torture among asylum seekers and to guarantee that they receive adequate State-sponsored holistic rehabilitation support and free legal aid when they do not qualify as victims of trafficking (arts. 2, 3, 14 and 16)», cfr. Israele, CAT/C/ISR/CO/5 (2016), par. 46.

46. Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, *Interim report*, UN Doc. A/65/273 (2010), par. 63.

47. *Ivi*, par. 73: «Rehabilitation centres within the EU assume a crucial role in providing services to thousands of individuals who have had to flee their home countries and seek refuge after experiencing war, persecution and torture. [...] The availability in those States of well-functioning rehabilitation centres where many refugees can open up and receive medical treatment for the first time is essential and their value cannot be overestimated».

48. CAT, *A.N. v. Svizzera*, UN Doc. CAT/C/64/D/742/2016 (2018); per un primo commento riguardo a tale decisione, cfr. L. Della Torre, *Comitato ONU contro la tortura e rinvii "Dublino" dalla Svizzera verso l'Italia*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 1.2019, pp. 226-230.

fu arrestato e detenuto per cinque anni in condizioni disumane: sottoposto a continue minacce, violenze verbali e torture fisiche. Una volta rilasciato, riuscì finalmente a lasciare il Paese e a raggiungere, attraverso il deserto, la Libia dove fu rapito da un gruppo di trafficanti e soggetto a ulteriori maltrattamenti. Raggiunte le coste italiane a bordo di un'imbarcazione di fortuna, dopo pochi giorni scappò in Svizzera e qui presentò domanda di asilo. A fronte della decisione della Segreteria di Stato per la Migrazione di trasferire il richiedente in Italia, in forza del c.d. Regolamento di Dublino III[49], egli presentò ricorso davanti al Tribunale Amministrativo Federale facendo valere le conseguenze derivanti da un suo trasferimento in Italia. AN non si limitò a richiamare le carenze del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo, ma fece altresì valere che, accusando i sintomi tipici di un disturbo da stress post traumatico, fin dal suo ingresso in Svizzera aveva intrapreso un percorso di recupero presso la clinica specializzata in trattamento dei traumi per le vittime di guerra e tortura dell'ospedale universitario di Ginevra. Come certificato nel rapporto medico presentato dal richiedente, il trasferimento in Italia avrebbe compromesso il trattamento da lui avviato, determinando il rischio di un serio aggravamento delle sue condizioni psicologiche. Inoltre, l'allontanamento dalla Svizzera avrebbe comportato la separazione del richiedente dal fratello, il cui supporto morale e la cui vicinanza erano riconosciuti dai medici svolgere un ruolo fondamentale per il buon esito del trattamento psicologico cui era sottoposto. A fronte della decisione di manifesta infondatezza del Tribunale Amministrativo Federale, egli fu trasferito in Italia dove tuttavia non ricevette alcuna informazione riguardo alla procedura di asilo e nessuna assistenza, tanto che dopo soli due giorni, fuggì nuovamente in Svizzera e ivi presentò una nuova domanda di asilo. La Segreteria di Stato per la Migrazione, dopo aver presentato alle autorità italiane una richiesta di presa in carico del richiedente, ne dispose il trasferimento. L'esecuzione della decisione fu tuttavia sospesa a seguito della richiesta di misure provvisorie presentata dal richiedente nell'ambito della procedura nel frattempo avviata davanti al CAT.

Nella sua comunicazione davanti al Comitato, il richiedente affermava che il trasferimento verso l'Italia avrebbe comportato una violazione degli articoli 3 (principio di *non-refoulement*), 14 (diritto alla riparazione) e 16 (divieto di trattamenti crudeli, inumani o degradanti) della Convenzione contro la tortura. In primo luogo, richiamando i dati dell'*Asylum Information Database*, i Rapporti di alcune ONG, nonché quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Tarakhel c. Svizzera*[50], AN asseriva che, a seguito dell'elevato numero di rifugiati giunti in Italia, le autorità italiane non sarebbero state in

49. Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 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 da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

50. Corte EDU, *Tarakhel v. Switzerland*, App. No. 29217/12, 4 November 2014.

grado di garantirgli accesso all'alloggio, alle cure mediche e alle procedure per la presentazione della domanda di asilo. Tale situazione avrebbe costretto il richiedente alla necessità di cercare protezione altrove, esponendolo al rischio di essere soggetto ad una serie di respingimenti fino al suo Paese di origine, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione. In secondo luogo, il richiedente sosteneva che, in considerazione dell'impossibilità di beneficiare di cure adeguate a fronte del grave disturbo psicologico da cui era affetto, il suo trasferimento in Italia avrebbe configurato un trattamento crudele, inumano e degradante, determinando una violazione degli articoli 16 e 3 della Convenzione.

Il dato interessante è rappresentato dalle argomentazioni presentate dal richiedente per sostenere che il trasferimento in Italia avrebbe altresì determinato una violazione dell'articolo 14. In relazione a tale diritto, AN non richiamava esclusivamente la violazione del diritto ad un ricorso effettivo nell'ambito della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, ma altresì la violazione del diritto alla riabilitazione. Egli affermava, infatti, che il trasferimento in Italia, privandolo del supporto offertogli dal fratello e impedendogli di continuare ad avere accesso ad un trattamento medico specializzato, avrebbe potuto avere effetti traumatici sulla sua salute psichica, privandolo del diritto alla riabilitazione, riconosciuto dall'articolo 14 della Convenzione alle vittime di tortura.

Stante il carattere innovativo di tale richiamo, il contraddittorio tra lo Stato e l'autore della comunicazione è stato incentrato, oltre che sulle condizioni garantite dal sistema italiano di accoglienza dei rifugiati, sulla possibilità di invocare l'articolo 14. In particolare, lo Stato convenuto contestava che, in relazione a tale disposizione, la comunicazione fosse ammissibile *ratione materiae*[51], asserendo che l'obbligo di riparazione da essa sancito sussista esclusivamente in capo allo Stato all'interno del cui territorio siano stati commessi atti di tortura o i cui cittadini siano stati vittime o autori di tali atti. Ad avviso del governo svizzero, benché né l'articolo 14 né il *General Comment n° 3 (2012)* escludano la possibilità degli Stati di assicurare la riabilitazione alle vittime, queste non possono ritenersi titolari del diritto di scegliere lo Stato in cui ottenere uno specifico trattamento[52]. A fronte di tali obiezioni, AN ribatteva che il governo svizzero non aveva dato esecuzione all'obbligo di cooperazione da esso stesso richiamato: le autorità svizzere infatti si erano limitate a informare quelle italiane delle condizioni di salute del richiedente, ma non avevano richiesto

51. Lo Stato convenuto affermava l'inammissibilità *ratione materiae* della comunicazione anche in relazione all'articolo 16 (divieto di trattamenti inumani e degradanti); in tale sede ci si limiterà tuttavia ad analizzare i profili riguardanti l'articolo 14.

52. Lo Stato convenuto contestava la fondatezza della comunicazione in relazione all'articolo 14 anche sotto il profilo sostanziale, asserendo che il richiedente non si trovasse in una condizione di particolare vulnerabilità e che non vi fosse ragione di ritenere che in Italia egli non avrebbe potuto beneficiare di un trattamento analogo a quello di cui fruiva in Svizzera.

alcuna rassicurazione circa il trattamento che gli sarebbe stato assicurato. Per quanto concerne l'applicabilità geografica dell'articolo 14, l'autore della comunicazione evidenziava che solo gli obblighi di riparazione (*redress*) e risarcimento (*compensation*) sussistono in capo allo Stato nel cui territorio sono stati commessi gli atti di tortura; al contrario, il diritto alla riabilitazione non soffre di alcuna limitazione geografica. Tale conclusione si fonda sul principio, sancito nel *General Comment n° 3 (2012)*, secondo cui l'obbligo degli Stati di garantire le misure di riabilitazione non può essere in alcun modo differito e, conseguentemente, deve essere attuato in modo che le vittime di tortura abbiano accesso alla riabilitazione più completa disponibile. Da ultimo, AN evidenziava la contraddittorietà insita nell'argomentazione del governo: qualora la tesi della limitazione geografica del diritto alla riabilitazione fosse stata fondata, infatti, l'articolo 14 non avrebbe determinato alcun obbligo neppure in capo all'Italia.

L'argomentazione di AN è stata accolta dal Comitato che nella propria decisione ha respinto l'obiezione di inammissibilità *ratione materiae* presentata dallo Stato. Appare significativo evidenziare che il CAT non si sia limitato a richiamare – ed evidentemente a fare propria – l'argomentazione dell'autore della comunicazione, ma abbia affermato che

> «the obligations of States parties towards the rehabilitation of victims of torture require them to ensure that their legal systems allow for such protection in situations in which, under some circumstances, deportation to another State party may raise questions under article 16. Accordingly, the Committee finds the complainant's allegations under articles 14 and 16 admissible *ratione materiae*»[53].

In tal modo il Comitato ha fatto espresso riferimento agli obblighi degli Stati di garantire la riabilitazione delle vittime di atti di tortura, a prescindere dal luogo in cui questi siano stati commessi.

Per quanto concerne il merito della decisione, il Comitato ha riconosciuto che il trasferimento verso l'Italia avrebbe comportato una violazione della Convenzione sotto un duplice profilo. In primo luogo, la situazione in cui il richiedente si sarebbe trovato a vivere in Italia, unitamente al mancato sostegno offertogli dal fratello, avrebbe comportato un aggravamento delle sue condizioni di salute tale da esporlo al rischio di suicidio; poiché il maltrattamento cui egli sarebbe stato sottoposto avrebbe pertanto raggiunto un livello paragonabile alla tortura, il CAT è giunto alla conclusione che il trasferimento in Italia avrebbe comportato una violazione del principio di *non-refoulement*.

In secondo luogo, il Comitato ha attribuito particolare rilevanza al fatto che le autorità svizzere, in occasione del primo trasferimento, si erano limitate ad informare le autorità

53. CAT, *A.N. v. Svizzera*, par. 7.3.

italiane delle condizioni di salute del richiedente, senza tuttavia specificare che questi era stato vittima di tortura e senza richiedere alcuna assicurazione circa il trattamento cui egli avrebbe potuto accedere. Il secondo trasferimento era stato addirittura disposto senza neppure inserire nel modulo di richiesta di presa in carico alcuna informazione riguardo alle condizioni di salute del richiedente e ai suoi specifici bisogni. In considerazione di ciò, il Comitato ha affermato che le autorità svizzere avrebbero dovuto procedere ad una valutazione individualizzata circa il rischio «reale e personale» cui il richiedente sarebbe andato incontro a seguito del trasferimento in Italia e non basare invece la propria decisione sul presupposto che egli non si trovasse in una condizione di particolare vulnerabilità e avrebbe potuto fruire, anche in Italia, di un adeguato trattamento. L'elemento significativo è rappresentato dal fatto che il Comitato ha individuato esplicitamente nel *diritto alla riabilitazione* l'oggetto della valutazione da operare e delle assicurazioni da ottenere da parte delle autorità dello Stato destinatario del trasferimento.

«Against this background, the Committee considers that the State party should have ascertained whether appropriate rehabilitation services in Italy were actually available and accessible to the complainant in order to satisfy his *right to rehabilitation* as a victim of torture, and to seek assurances from the Italian authorities to ensure that the complainant would have immediate and continuing access to such treatments until such time as he no longer needed them»[54].

Alla luce di tali considerazioni, il Comitato è giunto alla conclusione che lo Stato non abbia svolto una valutazione sufficientemente adeguata e individualizzata circa le conseguenze cui il richiedente, alla luce delle sue condizioni personali, sarebbe stato esposto a seguito del trasferimento e ciò ha determinato una duplice violazione.

«The Committee therefore considers that, by deporting the complainant to Italy, *the State party would deprive him of his right to rehabilitation*, and that this situation would by itself amount, in the circumstances of the complainant, to ill-treatment. Accordingly, forcibly returning the complainant to Italy would constitute a breach of articles 14 and 16 of the Convention»[55].

Come emerge dal passaggio citato, il CAT ha ritenuto che il trasferimento avrebbe privato il richiedente del diritto alla riabilitazione e tale privazione avrebbe a sua volta determinato, stante le particolari condizioni del richiedente, un trattamento disumano e degradante.

Le conclusioni cui è prevenuto il Comitato in tale parere appaiono estremamente significative per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, il diritto alla riabilitazione è

54. *Ibi*, par. 8.8. (corsivo aggiunto).
55. *Ibidem* (corsivo aggiunto).

riconosciuto nella sua dignità di diritto autonomo che deve rientrare a pieno titolo nella valutazione svolta dalle autorità di uno Stato quando dispongono il trasferimento verso un altro Stato membro dell'Unione europea ai sensi del Regolamento Dublino III. In secondo luogo, appare particolarmente importante quanto affermato dal Comitato in relazione alle violazioni esistenti qualora le autorità non svolgano tale valutazione: da un lato, si configura una violazione del diritto alla riabilitazione di per sé considerato; d'altra parte, in talune circostanze – quali quelle esistenti nel caso di specie – il mancato riconoscimento di tale diritto può determinare altresì un trattamento disumano e degradante.

Pochi mesi dopo la decisione sul caso *AN*, il CAT ha adottato un parere su un caso simile, giungendo invece a una soluzione di segno parzialmente diverso. Si tratta del caso *Adam Harun c. Svizzera*[56] relativo ad un cittadino etiope che, imprigionato per ragioni politiche, era stato vittima di gravi atti di tortura. Temporaneamente rilasciato a causa delle sue gravi condizioni di salute, riuscì a raggiungere la Libia e successivamente l'Italia dove ottenne lo *status* di rifugiato. Costretto a lasciare la comunità di accoglienza in cui era ospitato e a vivere per strada per alcuni mesi, decise di fuggire in Norvegia, dove presentò una nuova domanda di asilo. Le autorità norvegesi domandarono all'Italia di prendersi carico del richiedente e ne disposero quindi il trasferimento, assicurandogli che egli avrebbe avuto tutta l'assistenza sociale e medica necessaria. Al contrario, al suo arrivo in Italia gli fu negata qualsiasi possibilità di cura e di alloggio e gli furono ritirati i documenti, tanto che Adam Harun decise di fuggire in Svizzera e qui presentò una nuova domanda di asilo. In considerazione del fatto che egli aveva già ottenuto lo *status* di rifugiato in Italia, l'Ufficio Federale delle Migrazioni chiese a quelle italiane la sua riammissione in forza dell'Accordo europeo sul trasferimento della responsabilità relativa ai rifugiati. Adam Harun presentò un rapporto medico in cui si attestava che, poco dopo il suo ingresso in Svizzera, egli aveva iniziato ad essere seguito da un medico, instaurando una forte relazione terapeutica con lui che sarebbe venuta meno a seguito di un suo rinvio in Italia, aggravando ulteriormente lo stato di grave depressione da cui egli era affetto. Nonostante ciò, l'Ufficio Federale delle Migrazioni, con una decisione successivamente confermata dal Tribunale Amministrativo Federale, dispose il rinvio in Italia, ritenendo che qui egli avrebbe potuto ottenere le cure adeguate al suo stato di salute.

Analogamente al caso *AN*, anche in questo caso l'autore della comunicazione lamentava davanti al CAT che il suo trasferimento avrebbe determinato una violazione del principio di *non-refoulement* (articolo 3), del divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti (articolo 16), ma anche del suo diritto alla riabilitazione (articolo 14), in considerazione del fatto che il venir meno della relazione terapeutica con il suo medico, a seguito del rinvio in

56. *Adam Harun*, UN Doc. CAT/C/65/D/758/2016 (2018).

Italia, avrebbe potuto essergli fatale. A differenza del parere precedentemente esaminato, in tale occasione il Comitato ha ritenuto che Adam Harun non avesse dimostrato che i fatti all'origine della comunicazione sollevassero delle questioni distinte in relazione all'articolo 14 (e all'articolo 16) e ha pertanto deciso di esaminarla esclusivamente sotto il profilo dell'articolo 3.

Appare al riguardo interessante richiamare l'opinione dissenziente di uno dei membri del CAT, Mr. Hani, il quale ha affermato la propria posizione contraria proprio in relazione alla decisione del Comitato di ritenere che i fatti all'origine della comunicazione non ponessero questioni rilevanti e distinte in relazione agli articoli 3, 14 e 16. Con specifico riferimento all'articolo 14, l'esperto indipendente, oltre a sottolineare la contraddizione esistente tra la decisione adottata dal CAT nel caso di specie e la precedente decisione nel caso *AN*, ha evidenziato che lo Stato convenuto non aveva dimostrato di aver proceduto ad una valutazione individuale circa la situazione personale del richiedente e, in particolare, circa le condizioni di vulnerabilità in cui egli versava a fronte delle precedenti torture subite e il suo specifico bisogno di fruire di un'adeguata riabilitazione. La violazione lamentata non riguardava l'effettività del diritto alla riabilitazione in Svizzera, bensì il rischio di subire una violazione di tale diritto a seguito di un rinvio verso l'Italia; peraltro la Svizzera, in quanto Stato parte della Convenzione contro la tortura non avrebbe potuto liberarsi degli obblighi derivanti dall'articolo 14 semplicemente "scaricandoli" su altri Stati.

6. La rilevanza della riabilitazione ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria: la sentenza *MP* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Particolarmente rilevante per la questione trattata appare infine la sentenza adottata, nell'aprile 2018, dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *MP*[57]. Esso riguardava un cittadino dello Sri Lanka che presentò domanda di asilo nel Regno Unito in ragione delle torture subite in patria e del timore di essere vittima di nuovi maltrattamenti qualora avesse fatto ritorno nel Paese d'origine. La domanda fu respinta dal Regno Unito ritenendo che le autorità dello Sri Lanka non avessero più alcun interesse nei suoi confronti. La decisione fu successivamente confermata dall'*Upper Tribunal* (Tribunale superiore del Regno Unito) che, nonostante le prove attestanti la grave forma depressiva e il disturbo da stress post traumatico di cui era affetto MP e la sua determinazione a togliersi la vita in caso di rientro nel Paese d'origine, ritenne che non gli si potesse riconoscere lo *status* di rifugiato in forza della Convenzione sullo *status* dei rifugiati e della Direttiva

57. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *MP c. Secretary of State for the Home Department*, Causa C-353/16, sentenza 24 aprile 2018.

qualifiche[58]. Il giudice inglese accolse, invece, il ricorso in forza dell'articolo 3 CEDU, sostenendo che tale norma precludesse un rientro di MP nel Paese di origine poiché, nonostante egli non corresse il rischio di subire atti di tortura, l'inaccessibilità e l'inadeguatezza dei servizi di salute mentale in Sri Lanka avrebbero reso impossibile la fruizione delle cure di cui egli necessitava a fronte del suo grave stato psichico. Tale decisione fu successivamente confermata dalla *Court of Appeal* e nuovamente impugnata da MP davanti alla *Supreme Court of the United Kingdom* (Corte Suprema del Regno Unito). In tale sede, MP contestò in particolare l'interpretazione eccessivamente restrittiva adottata tanto dall'*Upper Tribunal* che dalla *Court of Appeal* in relazione al campo di applicazione della Direttiva qualifiche: a suo avviso, infatti, egli avrebbe dovuto beneficiare della protezione sussidiaria considerando che la patologia mentale da cui era affetto non derivava da cause naturali, bensì era conseguenza delle torture subite nel Paese di origine e che, in caso di ritorno, egli non avrebbe potuto beneficiare di cure adeguate stante l'inadeguatezza dei servizi medici presenti. La questione pregiudiziale, sollevata dalla Corte Suprema britannica, verteva pertanto sulla possibilità di riconoscere la protezione sussidiaria al cittadino di un Paese terzo che, in caso di rientro nel Paese di origine, sarebbe stato esposto al rischio effettivo di subire danni gravi alla sua salute, stante l'impossibilità di beneficiare delle cure necessarie a trattare le conseguenze di precedenti episodi di tortura subiti in tale Paese.

La Corte, dopo aver ribadito che il criterio dell'effettività del rischio sancito dalla Direttiva qualifiche, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, e un'interpretazione sistematica di tale Direttiva devono condurre a escludere che il fatto di aver subito in passato atti di tortura sia di per sé sufficiente a determinare il riconoscimento della protezione sussidiaria qualora il rischio effettivo del ripetersi di tali atti sia venuto meno, ha evidenziato le specificità caratterizzanti la situazione di MP. Egli infatti, pur non correndo alcun rischio nel caso di rientro nel Paese di origine, soffriva delle gravi conseguenze psicologiche derivategli dagli atti di tortura qui subiti in passato e il rientro avrebbe ulteriormente aggravato tali conseguenze fino al punto di indurlo al suicidio.

Seguendo il ragionamento della Corte, è bene delineare con precisione l'oggetto della questione sottopostale. Richiamando quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza

58. Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta; la Direttiva è stata rifusa nella Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno s*tatus* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. La questione oggetto di interpretazione nella presente sentenza non è stata peraltro modificata da parte della Direttiva 2011/95/UE.

Paposhvili[59] e la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa all'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti)[60], i giudici della Grande Sezione hanno evidenziato che gli articoli 4 e 19, par. 2 (principio di non respingimento), della Carta precludano l'allontanamento di una persona verso uno Stato terzo qualora da esso possa derivare un aggravamento «significativo e irrimediabile» del disturbo mentale di cui soffre e, in particolare, qualora tale aggravamento possa essere tale da mettere a rischio la sua sopravvivenza. Come evidenziato in dottrina[61], si tratta di un importante *obiter dictum*: pur ponendosi nel solco di quanto precedentemente affermato nei casi *CK* e *Abdida*, la Corte è giunta qui per la prima volta ad affermare che gli Stati membri non possono allontanare il cittadino di un Paese terzo, affetto da disturbi fisici o psicologici estremamente gravi qualora l'assenza di cure mediche adeguate a trattare tali disturbi o la difficoltà di accedervi nel Paese di origine, metta in pericolo la sua vita, poiché in tali ipotesi l'allontanamento configurerebbe un trattamento disumano e degradante. Svolta questa precisazione, la Corte ha opportunamente sottolineato che la questione pregiudiziale sottopostale non riguardava la tutela contro l'allontanamento ai sensi dell'articolo 3 CEDU, nonché dell'articolo 4 della Carta – tutela che, invero, era stata riconosciuta dai giudici nazionali –, bensì il riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della Direttiva qualifiche e, in particolare, la necessità di riconoscere tale forma di protezione al cittadino di un Paese terzo che, a seguito del rientro nel Paese di origine, potrebbe andare incontro ad un aggravamento, fino a commettere suicidio, delle conseguenze psicologiche di cui soffre a causa degli atti di tortura ivi subiti. A tale riguardo, la Corte ha posto l'accento sul fatto che i disturbi psichici di cui egli era affetto erano conseguenza delle torture subite nel Paese di origine e, sotto questo profilo, essa ha individuato un elemento distintivo tra il caso in esame e quello oggetto della sentenza *M'Bodj*[62] in cui, invece, il disturbo di cui soffriva il cittadino di un Paese terzo era stato determinato da un'aggressione di cui era stato vittima nello Stato membro in cui soggiornava. Ad avviso della Corte, benché l'aggravamento sostanziale delle condizioni psicologiche di MP non potesse configurare di per sé un trattamento inumano o degradante, tale aggravamento e le cause delle sue attuali condizioni di salute – da ricercarsi negli atti di tortura subiti nel Paese di origine – dovevano assumere rilevanza ai fini dell'interpretazione della nozione di danno grave adottata dalla Direttiva qualifiche.

59. Corte EDU, *Paposhvili v. Belgium* [GC], App. No. 41738/10, sentenza 13 dicembre 2016.

60. La Corte ha richiamato in particolare Corte di Giustizia (Quinta Sezione), *C. K. e a. c. Republika Slovenija*, Causa C-578/16, sentenza 16 febbraio 2017.

61. S. Bartolini, *Arrêt "MP": dans quelles conditions une victime de tortures passées bénéficie-t-elle de la protection subsidiaire?* in *Journal de droit européen*, 251.2018, pp. 270-271.

62. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *M'Bodj c. État belge*, Causa C-542/13, sentenza 18 dicembre 2014.

Alla luce di tale valutazione, la Corte ha nuovamente richiamato quanto affermato nella sentenza *M'Bodj* in cui essa aveva attribuito particolare importanza alla circostanza che la Direttiva qualifiche indichi tassativamente i soggetti responsabili del danno grave[63] e sancisca il principio secondo cui i rischi cui è esposta in modo generale la popolazione di un Paese «di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave»[64]. Alla luce di ciò, essa era giunta ad affermare che le carenze generali del sistema sanitario del Paese di origine non sono di per sé sufficienti a configurare il concetto di danno grave e che, conseguentemente, la protezione sussidiaria non possa riconoscersi al cittadino di un Paese terzo gravemente malato a fronte del rischio di un aggravamento delle sue condizioni di salute derivante dall'assenza di terapie adeguate nel Paese di origine, qualora tali carenze non siano conseguenza di una «privazione di assistenza sanitaria inflittagli volontariamente»[65].

L'elemento interessante della sentenza MP è rappresentato dalla circostanza che la Corte, dopo aver richiamato quanto affermato nella pronuncia *M'Bodj* e pur continuando ad attribuire particolare rilevanza al criterio della «privazione intenzionale delle cure», ha affermato che la valutazione relativa all'effettiva esistenza di tale rischio deve avvenire, conformemente a quanto affermato nel Preambolo della Direttiva, alla luce degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani[66] e, tra questi, ha in particolare richiamato l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura che, come si vedrà, assume un ruolo imprescindibile ai fini della decisione cui perviene la Corte.

A differenza della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura non è stata oggetto di particolari richiami da parte della Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza. Sollecitata dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot che, peraltro giungevano ad una soluzione opposta a quella infine adottata nella sentenza, la Corte in questa decisione ha avuto per la prima volta l'occasione di chiarire i rapporti tra la Convenzione contro la tortura e la Direttiva qualifiche. I giudici di Lussemburgo hanno affrontato tale questione evidenziando che la Convenzione contro la tortura e la Direttiva qualifiche perseguono finalità diverse e, conseguentemente, definiscono sistemi di protezione distinti. Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi che una violazione dell'articolo 14 non possa considerarsi di per sé sufficiente a determinare un automatico riconoscimento della protezione sussidiaria. La valutazione circa la rilevanza di tale violazione sarà invece

63. Direttiva 2004/83/CE, articolo 6, corrispondente all'articolo 6 della Direttiva 2011/95/UE.

64. Direttiva 2004/83/CE, considerando 26, corrispondente al considerando 35 della Direttiva 2011/95/UE.

65. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *M'Bodj c. État belge*, cit., par. 36.

66. La Corte si riferisce in particolare al Considerando 25 della Direttiva 2004/83/CE corrispondente al considerando 34 della Direttiva 2011/95/UE, in forza del quale «È necessario introdurre criteri comuni per l'attribuzione, alle persone richiedenti protezione internazionale, della qualifica di beneficiari della protezione sussidiaria. Tali criteri dovrebbero essere elaborati sulla base degli obblighi internazionali derivanti da atti internazionali in materia di diritti dell'uomo e sulla base della prassi esistente negli Stati membri».

rimessa al giudice del rinvio cui spetterà considerare se, a fronte del ritorno nel Paese di origine, il richiedente sarebbe esposto al rischio di subire «una privazione intenzionale delle cure adeguate» a trattare le conseguenze fisiche e psicologiche derivategli dalle torture commesse nei suoi confronti dalle autorità di tale Paese. Il concetto di privazione intenzionale delle cure è specificato dalla Corte affermando che tale ipotesi si configurerebbe in particolare

«se, in circostanze nelle quali, come nel procedimento principale, il cittadino di un Paese terzo rischia di commettere suicidio a causa del trauma derivante dalle torture che gli sono state inflitte dalle autorità del suo Paese di origine, risulti chiaro che le stesse autorità, nonostante l'obbligo di cui all'articolo 14 della Convenzione contro la tortura, non siano disposte a garantirne la riabilitazione. Un rischio del genere potrebbe anche presentarsi qualora risultasse che dette autorità abbiano un comportamento discriminatorio in termini di accesso ai servizi di assistenza sanitaria, avente l'effetto di rendere più difficile, per taluni gruppi etnici o alcune categorie di persone, nelle quali rientrerebbe MP, l'accesso al trattamento dei postumi fisici o mentali degli atti di tortura commessi da tali autorità»[67].

Benché questa specificazione offra alcune indicazioni riguardo alle concrete modalità applicative del criterio della privazione intenzionale, il riferimento a tale criterio appare ampiamente criticabile in ragione del suo carattere estremamente indeterminato e impreciso e del considerevole onere probatorio che esso pone in capo al richiedente[68]. Peraltro, come evidenziato da un'attenta dottrina[69], il riferimento a tale criterio non appare coerente con l'articolo 6 della Direttiva qualifiche che, nell'indicare i responsabili della persecuzione o del danno grave, si fonda sulla teoria della protezione contro la persecuzione e non sulla teoria della responsabilità nella persecuzione[70]. Giova infatti ricordare che la lettera c) della disposizione indica tra i responsabili anche i soggetti non statali, qualora si dimostri che lo Stato o i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, «comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire la

67. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *MP*, cit., par. 57.

68. Al riguardo si veda in dottrina H. Gribomont, *Le champ d'application de l'article 15, b), de la directive qualification de plus en plus précis*, in *Cahiers de l'EDEM*, www.uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie, juin 2018; l'Autrice definisce questo criterio «flou et difficilement prouvable», evidenziando al riguardo che «Les difficultés auxquelles ferait face un demandeur de protection internationale qui tenterait de prouver l'intention des autorités de son pays d'origine de le priver de soins de santé sont évidentes. Une charge de la preuve partagée entre le demandeur et les autorités compétentes – prévue par les principes généraux et les législations et consacrée par les jurisprudences mais encore laborieusement concrétisée en pratique – sera dans ce cas plus que nécessaire».

69. J.Y. Carlier, L. Leboeuf, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 3.2019, p. 124.

70. Sul punto cfr. J.M. Lehmann, *Availability of Protection in the Country of Origin: An Analysis under the EU Qualification Directive*, in C. Bauloz, M. Ineli-Ciger, S. Singer, V. Stoyanova (eds.), *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden-Boston, Brill, 2015, pp. 111-140.

protezione contro persecuzioni o danni gravi»[71]. Il riferimento alla circostanza che le autorità statali non possano garantire protezione risulta contrario a quell'elemento di intenzionalità adottato invece dalla Corte nella sentenza *M'Bodj* e ribadito nella pronuncia *MP*[72].

Nonostante ciò, la sentenza *MP* rappresenta indubbiamente una pronuncia estremamente importante, laddove la Grande Sezione della Corte, peraltro adottando una soluzione contraria a quella indicata dall'Avvocato Generale, ha richiamato l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura per elaborare un'interpretazione estensiva della nozione di danno grave, rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria. Nonostante l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura non sia stato espressamente richiamato dalla Corte nel dispositivo della sentenza[73], a differenza dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali, appare infatti evidente che esso funga da parametro interpretativo.

Pur non essendo questa la sede per una dettagliata disamina della pronuncia, preme sottolineare alcuni aspetti particolarmente rilevanti ai fini dell'analisi qui svolta. Innanzitutto, appare interessante evidenziare l'importanza assunta ai fini della pronuncia della Corte di Giustizia non tanto dall'articolo 14 complessivamente considerato, bensì proprio dall'istituto della riabilitazione. Tale aspetto risulta di per sé evidente se si considera che il riferimento operato dalla Corte alle cure necessarie al trattamento dei postumi fisici e psicologici derivanti dagli atti di tortura richiama grandemente la nozione di riabilitazione adottata dal CAT nel *General Comment n° 3 (2012)*. Questa evidenza trova un'ulteriore e interessante conferma nella lettura delle Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale secondo cui il diritto alla riparazione, di cui all'articolo 14 della Convenzione contro la tortura, deve considerarsi ammissibile a condizione che «sia stata presentata una denuncia

71. Direttiva 2011/95/UE, Articolo 6: «I responsabili della persecuzione o del danno grave possono essere: a) lo Stato; b) i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio; c) soggetti non statuali, se può essere dimostrato che i responsabili di cui alle lettere a) e b), comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire la protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'articolo 7»; la norma corrisponde all'articolo 6 della precedente Direttiva 2004/83.

72. Cfr. al riguardo J.Y. Carlier, L. Leboeuf, *op. cit.*; gli Autori evidenziano che è proprio l'elemento dell'intenzionalità a caratterizzare la distinzione tra la nozione di persecuzione tipica del diritto penale internazionale e, in particolare, dell'articolo 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, e la nozione di persecuzione su cui si fonda il diritto internazionale dei rifugiati: solo la prima si caratterizza, infatti, per l'elemento di intenzionalità.

73. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *MP*, cit.: «L'articolo 2, lettera e), e l'articolo 15, lettera b), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, letti alla luce dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che è ammissibile allo *status* di protezione sussidiaria il cittadino di un Paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo Paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente, con il rischio che il cittadino di cui trattasi commetta suicidio, in ragione di un trauma derivante dagli atti di tortura subiti, se sussiste un rischio effettivo di privazione intenzionale in detto paese delle cure adeguate al trattamento delle conseguenze fisiche o mentali di tali atti di tortura, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

o che sia stato proposto un ricorso giurisdizionale» volto a ottenere un risarcimento[74]. Tale affermazione non trova alcun riscontro nella pronuncia della Grande Sezione la quale dimostra così di aver tenuto conto che, conformemente a quanto affermato dal CAT nel *General Comment*, l'articolo 14 non pone in capo alla vittima diritti esigibili esclusivamente per via giudiziale e, in particolare, l'accesso a programmi di riabilitazione prescinde dall'esperimento di un'azione giurisdizionale.

Se sotto questo profilo la Corte ha adottato una posizione assolutamente in linea con la nozione di riabilitazione elaborata dal CAT nel *General Comment* e la pronuncia *MP* deve certamente salutarsi con favore, occorre evidenziare che, per altri versi, la Corte ha dato applicazione alla figura della riabilitazione adottando una posizione maggiormente restrittiva rispetto a quella elaborata dal CAT. Tale aspetto emerge in primo luogo considerando che il diritto alla riabilitazione non assume rilevanza autonoma, bensì in quanto la sua violazione costituisca un trattamento inumano e degradante. Ciò trova riscontro considerando l'importanza, riconosciuta dalla Corte, al rischio che MP giungesse a togliersi la vita a seguito dell'aggravamento derivante alle sue condizioni psichiche a seguito del rientro nel Paese d'origine. Il legame individuato dai giudici della Grande Sezione tra l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura e il divieto di trattamenti inumani e degradanti trova ulteriore conferma nel fatto che essi, tanto nel paragrafo conclusivo della pronuncia quanto nel dispositivo, abbiano affermato di giungere alla conclusione di cui si è detto interpretando la nozione di danno grave alla luce dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali. In secondo luogo, il richiamo al criterio della «privazione intenzionale delle cure», già elaborato in *M'Bodj*, ha condotto la Corte a subordinare il riconoscimento della protezione sussidiaria alla circostanza, eventualmente accertata dal giudice remittente, che il richiedente sia esposto nel Paese di origine ad un rischio effettivo di privazione intenzionale delle cure a lui necessarie. Se per un verso tali discrepanze tra l'interpretazione elaborata dalla Corte e quella delineata dal CAT sono giustificate dalla Grande Sezione alla luce dei distinti ambiti di applicazione della Convenzione contro la tortura e della Direttiva qualifiche – e più in generale del sistema europeo comune di asilo –, d'altra parte esse si ricollegano al complesso rapporto tra la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Al riguardo giova richiamare l'articolo 53 della Carta[75], in forza del quale il livello di tutela offerto dagli

74. Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. Bot presentate il 24 ottobre 2017, Causa C-353/16, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, par. 60.

75. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, articolo 53: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali

strumenti di diritto internazionale dei diritti umani di cui siano parte tutti gli Stati Membri, tra i quali deve annoverarsi la Convenzione contro la tortura, non può essere in alcun modo compromesso dalle disposizioni della Carta[76]. Questo paradigma interpretativo non sembra trovare piena applicazione nella sentenza *MP*, laddove la Corte ha dimostrato di voler difendere strenuamente la propria autonomia e di essere disposta a conformarsi, solo parzialmente, allo standard di tutela definito dal CAT in materia di diritto alla riabilitazione[77].

Da ultimo, appare significativo domandarsi se la Corte potrebbe riconoscere la protezione sussidiaria ad un soggetto che in caso di ritorno nel Paese di origine, pur non essendo più esposto al rischio di subire atti di tortura, andrebbe incontro al rischio di essere intenzionalmente privato delle cure adeguate a trattare i disturbi fisici e psicologici di cui soffre, qualora tali disturbi fossero il risultato degli atti di tortura subiti in un Paese diverso da quello di origine. A tale questione sembra doversi dare risposta negativa. Certamente si tratterebbe di una soluzione in contrasto con quanto affermato dal CAT nel *General Comment*; una tale interpretazione particolarmente restrittiva non dovrebbe peraltro stupire alla luce della già richiamata autonomia che la Corte tende a rivendicare quando si trova a valutare il rapporto tra il sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione e le fonti di diritto internazionale. Con specifico riferimento al caso ipotizzato, la Corte farebbe probabilmente riferimento al fatto che, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi della Direttiva qualifiche rileva esclusivamente il rischio effettivo di subire «tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine». L'esclusivo riferimento[78] al Paese di origine ai fini dell'esistenza del rischio di subire torture potrebbe portare la Corte a negare qualsiasi rilevanza alle torture subite in un Paese diverso da quello di origine ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria. Come si è visto, determinante nel ragionamento operato dalla Corte nella pronuncia *MP* è la distinzione operata tra il caso oggetto di tale sentenza e il caso *M'Bodj*,

---

l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri».

76. Al riguardo si vedano G. Gaja, *The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights*, in *European Papers*, n. 3.2016, pp. 791-801; A. Rosas, *The Charter and Universal Human Rights Instruments*, in S. Peers et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1699.

77. Sotto questo profilo, con specifico riferimento all'interpretazione elaborata dalla Corte in relazione al principio dei *best interests of the child* e al rapporto tra la posizione della Corte e quella elaborata dal Comitato per i diritti del fanciullo, si permette di rinviare a M. Ferri, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 1.2019, in particolare p. 17 ss.

78. Riguardo alla significativa limitazione derivante dall'esclusivo riferimento al Paese di origine, cfr. in dottrina S. Peers, V. Moreno-Lax, M. Garlick, E. Guild, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Brill, Leiden-Boston, 2015, p. 136.

proprio in considerazione del fatto che nel primo le condizioni fisiche e psicologiche di cui soffriva il richiedente erano la conseguenza delle torture di cui era stato vittima nel Paese di origine. Ed è proprio «la causa delle attuali condizioni di salute del cittadino di un Paese terzo in una situazione come quella di cui al procedimento principale, vale a dire le torture inflitte dalle autorità del suo Paese di origine in passato»[79] uno degli elementi di cui, ad avviso della Corte, occorre tenere conto per interpretare la nozione di danno grave ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria.

7. Osservazioni conclusive: la specificità della riabilitazione come forma di riparazione da garantire anche in relazione agli atti di tortura commessi all'estero

L'analisi svolta consente di evidenziare che la riabilitazione presenta alcune specificità che la distinguono rispetto alle altre forme di riparazione cui è tenuto lo Stato responsabile della violazione del divieto di tortura. Questa specificità deriva dalla natura stessa della riabilitazione: essa mira, infatti, ad assicurare un pieno recupero fisico, psicologico e socioeducativo della vittima e, in quanto tale, è oggetto di un obbligo indifferibile in capo agli Stati. L'accesso ai programmi di riabilitazione non può infatti dipendere dalle risorse economiche in essi disponibili[80], deve essere garantito alle vittime il prima possibile[81] e prescinde dall'esperimento di un'azione giurisdizionale[82]. Tali aspetti, che trovano ragione ultima nel carattere indifferibile della riabilitazione, conducono ad affermare che essa costituisce una peculiare forma di riparazione: a differenza delle altre categorie, previste dall'articolo 14, essa deve infatti essere garantita dagli Stati anche in relazione agli atti di tortura commessi al di fuori della propria giurisdizione. Questo aspetto della riparazione non si pone peraltro in conflitto con il mancato riconoscimento della giurisdizione civile universale; al riguardo giova infatti notare che, se da un lato, la riabilitazione può costituire una delle forme di riparazione che lo Stato in cui si sono verificati gli atti di tortura è tenuto a garantire nell'ambito dell'azione di risarcimento ivi esperita in sede civile, d'altra parte, il riconoscimento della riabilitazione prescinde dall'esperimento di un'azione giurisdizionale.

La specificità della riabilitazione trova ulteriore conferma nel *General Comment n° 3 (2012)* e nelle *Concluding Observations* laddove il Comitato ha esplicitamente affermato che la riabilitazione deve essere garantita altresì ai richiedenti asilo e ai rifugiati i quali, come noto, per definizione si trovano fuori dallo Stato nel quale hanno in passato subito atti di tortura. Quanto detto riguardo alla peculiare natura della riabilitazione emerge altresì nel

79. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *MP*, cit., par. 47.

80. CAT, *General comment No. 3 (2012)*, cit., par. 12: «The obligation does not relate to the available resources of States parties and may not be postponed».

81. *Ivi*, par. 15: «Torture victims should be provided access to rehabilitation programmes as soon as possible following an assessment by qualified independent medical professionals».

82. *Ibidem*: «Access to rehabilitation programmes should not depend on the victim pursuing judicial remedies».

parere reso dal CAT nel caso *AN* e, indirettamente, nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *MP*. In primo luogo, il parere del Comitato ha qualificato espressamente la riabilitazione come oggetto di un diritto autonomo; l'autonomia del diritto alla riabilitazione ha trovato ulteriore riscontro, se pur implicitamente, nella sentenza *MP* in cui l'interpretazione elaborata dalla Corte è stata orientata proprio dal diritto alla riabilitazione. In secondo luogo – e in modo strettamente correlato – il caso *AN* ha offerto un'ulteriore conferma del fatto che la riabilitazione non deve essere assicurata solo dallo Stato autore della violazione del divieto di tortura: nella misura in cui essa si configura come indifferibile, essa deve essere, al contrario, assicurata da qualsiasi Stato in cui si trovi l'individuo vittima degli atti di tortura, a prescindere dal luogo in cui questi si siano verificati. Anche sotto questo profilo, rileva la sentenza *MP* laddove la Corte ha qualificato la riabilitazione come oggetto di un diritto che, se pur in determinate condizioni, deve essere garantito attraverso il riconoscimento della protezione sussidiaria dallo Stato in cui si trova il richiedente asilo.

Occorre, più in generale, evidenziare che la riabilitazione, per esempio in quanto titolo per il riconoscimento nell'ambito del nostro ordinamento del diritto di asilo, può contribuire a colmare quel «right-remedy gap»[83] denunciato da alcuni Autori in relazione alle più gravi violazioni dei diritti umani e, in particolare, del divieto di tortura. Al riguardo è stato, infatti, evidenziato che talvolta le Corti tendono a privilegiare un approccio meramente risarcitorio che impedisce di cogliere la natura «straordinaria» del divieto di tortura cui dovrebbe corrispondere una reazione altrettanto straordinaria del «diritto con riguardo alle condizioni delle vittime [...] e dei bisogni di riparazione di cui sono portatrici»[84].

8. (*segue*) e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano dopo l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari

A questo proposito e in guisa di conclusione, appare opportuno interrogarsi circa la rilevanza che la peculiare natura della riabilitazione può avere nell'ordinamento italiano con specifico riferimento all'assetto delineato dal legislatore a seguito dell'emanazione del d.l. 113/2018, convertito dalla l. 132/2018[85], che per effetto dell'articolo 1, comma 1, lett. b) è andato a modificare l'articolo 5, comma 6 del TU sull'immigrazione laddove consentiva il

83. T. Antkowiak, *op. cit.*, p. 354.

84. S. Pinton, *op. cit.*, p. 97.

85. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113 recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata»; per un commento si rinvia a C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. intern.*, n. 1.2019, pp. 164-171; C. Padula, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?* in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 21 novembre 2018.

rilascio del permesso di soggiorno qualora sussistessero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»[86]. Nel previgente assetto normativo, infatti, la situazione di vulnerabilità del richiedente era valutata tenendo conto altresì delle gravi violenze subite e dei traumi intercorsi nel corso del viaggio precedente all'arrivo in Italia e, in particolare, durante il transito in Libia. È possibile rintracciare alcuni significativi provvedimenti in cui tale aspetto, unitamente all'effettiva integrazione raggiunta in Italia[87], è stato tenuto in particolare conto dai Tribunali di merito quale elemento su cui fondare il riconoscimento della protezione umanitaria[88]. Particolarmente significativi appaiono due provvedimenti del Tribunale di Genova in cui si è censurato il fatto che la Commissione territoriale non avesse attribuito alcuna rilevanza ai traumi subiti nei Paesi di transito. Ad avviso del Tribunale tale aspetto si pone in contrasto con l'articolo 8 del d.lgs. 25/2008 di attuazione della Direttiva qualifiche, in forza del quale la domanda di protezione internazionale deve essere esaminata tenendo conto delle informazioni relative alla situazione generale non solo del Paese di origine del richiedente, ma anche di quella dei Paesi di transito[89]. In considerazione di ciò, il Tribunale ha rilevato che tale norma impone di tenere conto

> «dei traumi subiti dal richiedente non solo nel Paese di origine, ma anche in quelli di transito e più in generale nel corso del viaggio dal proprio Paese all'Italia, quando questi abbiano lasciato un segno nel richiedente, quanto meno ai fini di una eventuale protezione umanitaria»[90].

In entrambe le occasioni, il Tribunale ha richiamato quanto evidenziato dall'*Handbook* elaborato dall'UNHCR in relazione alle cause di cessazione dello *status* di rifugiato previste

86. D.lgs. 25.7.1998 n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

87. L'integrazione sociale ai sensi dell'articolo 8 CEDU ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria era stata in particolare valorizzata dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 4455/2018; al riguardo si veda in dottrina, C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 14 marzo 2018.

88. Si richiamano in particolare Tribunale di Genova, ordinanza 6.12.2017 (RG. 10172/2017) e ordinanza 9.2.2018 (RG. 12138/2017); Tribunale di Bologna, ordinanza 28.7.2018 (RG. 14618/2016); Corte d'appello di Trieste sentenza n. 246/2018 (RG. 293/2017). Una posizione diversa è stata assunta dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 2861/2018 in cui la Corte ha ritenuto che il richiedente non avesse sufficientemente illustrato la connessione esistente tra il transito nel territorio libico e la sua domanda di protezione internazionale; si veda al riguardo in questa *Rivista*, Rassegna di giurisprudenza «Asilo politico e protezione internazionale», 1, Marzo 2018. In relazione alla rilevanza del transito in Libia ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, si veda altresì nello stesso numero N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, pp. 14-15.

89. D.lgs. 25 del 28 gennaio 2008 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato», articolo 8, comma 3 (prima parte): «Ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati».

90. Tribunale di Genova, ordinanza 6.12.2017 (RG. 10172/2017), p. 3 e ordinanza 9.2.2018 (RG. 12138/2017), p. 3.

dall'articolo 1(C), numeri 5 e 6 della Convenzione di Ginevra, relative alle ipotesi in cui, venute meno le circostanze in base alle quali la persona è stata riconosciuta come rifugiato o apolide, essa può fare ritorno nel Paese di cui ha la cittadinanza o, nel caso dell'apolide, il domicilio; tali clausole non trovano tuttavia applicazione qualora la persona possa far valere l'esistenza di gravi motivi legati a persecuzioni precedenti. In relazione a tale aspetto, l'*Handbook* dell'UNHCR evidenzia che le eccezioni previste «reflect[s] a more general humanitarian principle, which could also be applied to refugees other than statutory refugees. It is frequently recognized that a person who – or whose family – has suffered under atrocious forms of persecution should not be expected to repatriate»[91].

Come si è già evidenziato, il caso in cui le torture subite non siano da attribuirsi alle autorità del Paese di origine, bensì a quelle del Paese di transito potrebbe difficilmente rilevare ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia nel caso *MP*; per quanto una nuova pronuncia della Corte con specifico riferimento alla possibilità di riconoscere la protezione in tale ipotesi sarebbe certamente auspicabile, i motivi sopra richiamati non lasciano intravedere una risposta positiva da parte dei giudici di Lussemburgo. Come visto, peraltro, il riconoscimento della protezione sussidiaria sarebbe in ogni caso subordinato alla possibilità di ravvisare il rischio di una privazione intenzionale delle cure necessarie; non rileverebbero invece quelle carenze del sistema sanitario del Paese di origine che, pur essendo generali e non quindi sufficienti al riconoscimento della protezione sussidiaria, sarebbero tuttavia tali da precludere un trattamento adeguato dei postumi psicologici di cui soffre il richiedente.

In relazione a quelle situazioni che, nel previgente assetto normativo, sarebbero state ricondotte all'istituto della protezione umanitaria, paiono intravedersi oggi tre ipotesi. In primo luogo, la riabilitazione, come interpretata dal CAT, potrebbe essere valorizzata ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per cure mediche introdotto dal d.l. 113/2018 a favore dello straniero affetto da «condizioni di salute di particolare gravità» che, come precisato nella Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l., siano «tali da arrecare un irreparabile pregiudizio alla sua salute in caso di rientro nel Paese di origine»[92]. Occorre certamente richiamare che i nuovi permessi di soggiorno per casi speciali soffrono di numerosi limiti derivanti, come evidenziato in dottrina, sia dalle loro caratteristiche intrinseche – si tratta infatti di permessi di durata annuale e non convertibili

91. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Ginevra, 1992, HCR/IP/4/Eng/REV.1, par. 136.

92. Relazione illustrativa «Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», Atto Senato n. 840, XVIII Legislatura, p. 6.

in permessi per motivi di lavoro – sia dalla loro generale incapacità di «includere le diverse tipologie di vulnerabilità che potevano essere protette attraverso il permesso di soggiorno per motivi umanitari»[93]. Stante questa imprescindibile premessa, il nuovo permesso di soggiorno per cure mediche è quello che, rispetto alle altre tipologie di permessi di soggiorno per casi speciali, può assumere maggiore rilevanza per offrire tutela ad alcune, pur certamente limitate, ipotesi che precedentemente erano ricoperte dall'istituto della protezione umanitaria[94]. Una significativa valorizzazione del permesso di soggiorno per cure mediche potrebbe aversi proprio richiamando il diritto alla riabilitazione: il contenuto attribuito dal CAT a tale diritto consente di affermare che il rimpatrio del soggetto cui debba riconoscersi il diritto di accedere a un adeguato programma di riabilitazione comporti – tra l'altro – quell'«irreparabile pregiudizio alla [sua] salute» tale da giustificare il rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche.

In secondo luogo, deve qui richiamarsi l'ipotesi, prospettata da un'autorevole dottrina[95], di un'applicazione diretta del diritto di asilo costituzionale, sancito dall'articolo 10, comma 3, della Costituzione e di una «valorizzazione del rapporto» tra tale disposizione, l'articolo 2 della Costituzione e quegli obblighi internazionali cui il permesso di soggiorno per motivi umanitari consentiva di garantire attuazione[96]. In tale prospettiva, le libertà costituzionali, richiamate dall'articolo 10, comma 3, Cost., la cui negazione assume rilevanza ai fini del riconoscimento del diritto di asilo (costituzionale) devono ricomprendere tutti i diritti fondamentali oggetto di obblighi internazionali. La soluzione prospettata potrebbe consentire, attraverso un contestuale richiamo sia dell'articolo 8 CEDU che dell'articolo 14 della Convenzione contro la tortura di garantire nuovamente tutela a quelle situazioni in cui la protezione umanitaria era riconosciuta in ragione dei traumi subiti nei Paesi di transito e dell'integrazione sociale raggiunta in Italia. La rilevanza, che in tale prospettiva, potrebbe assumere l'articolo 14 della Convenzione contro la tortura trova fondamento se si considera che nel *General Comment n° 3 (2012)* la riabilitazione si configura come una forma di riparazione da cui discendono obblighi in capo agli Stati che non sono in alcun modo differibili; questo loro carattere di indifferibilità implica che essi vengano a costituire un limite all'allontanamento, come si evince peraltro chiaramente nel parere reso dal CAT relativamente al caso *AN*.

93. C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re!*, *op. cit.*, p. 165.

94. A questo riguardo, si veda ancora la Relazione illustrativa, in cui si afferma che nell'ambito delle ipotesi riconducibili al permesso di soggiorno per cure mediche «rientra anche il caso di colui che, affetto da gravi patologie, non possa essere adeguatamente curato nel Paese di origine o di provenienza», cit., p. 6.

95. C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re!*, *op. cit.*, p. 168 ss.

96. *Ivi*, p. 170. Questa valorizzazione si pone, peraltro, nel solco della sentenza della Corte di cassazione 4455/2018.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

SERVIZIO PUBBLICO DI ACCOGLIENZA E DIRITTI FONDAMENTALI DEI RICHIEDENTI ASILO

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELLA RIFORMA INTRODOTTA DAL D.L. N. 113/2018

di Nicoletta Vettori

Abstract: *Il contributo esamina la recente riforma del sistema pubblico di accoglienza dei richiedenti asilo e protezione internazionale (operata con il d.l. 4.10.2018, n. 113, conv. in l. 1.12.2018, n. 132) e le condizioni previste dal nuovo schema di capitolato d'appalto per la gestione dei relativi servizi (approvato con d.m. 20.11.2018), evidenziandone i profili di illegittimità per violazione del diritto costituzionale, europeo e internazionale. In particolare, si mostra come i provvedimenti governativi e ministeriali escludono molte delle prestazioni essenziali per la garanzia dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, mortificano le libertà degli operatori che concorrono all'affidamento della gestione dei Centri e finiscono per pregiudicare le forme di accoglienza più efficaci, sia in termini di tutela dei migranti che di corretta allocazione delle risorse pubbliche.*

Abstract: *The essay examines the recent reform of the public reception system for asylum seekers (set up for the Decree 4.10.2018, n. 113, conv. in l. 1.12.2018, n. 132), highlighting the profiles of illegitimacy for violation of Constitutional, European and International law. In particular it shows how the government acts exclude many of the welfare benefit necessary for the protection of the fundamental rights of asylum seekers, limit the freedoms of the private operators that manage the reception services and compromise the most effective forms of reception, both in terms of the protection of migrants and the correct allocation of public resources.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

SERVIZIO PUBBLICO DI ACCOGLIENZA E DIRITTI FONDAMENTALI DEI RICHIEDENTI ASILO

PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELLA RIFORMA INTRODOTTA DAL D.L. N. 113/2018

di Nicoletta Vettori*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accoglienza dei richiedenti asilo come attività di servizio sociale alla persona. – 3. I servizi di accoglienza per i richiedenti asilo nel nuovo schema di capitolato d'appalto. – 3.1. La violazione delle condizioni di accoglienza imposte dalla Direttiva 2013/33/UE. – 3.2. Garanzia del «nucleo essenziale» dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e servizi di accoglienza. – 4. Servizi di accoglienza e flussi migratori: le implicazioni della gestione accentrata e straordinaria. – 4.1. Procedure d'affidamento e libertà degli operatori del settore. – 4.2. "Mercato dei servizi di accoglienza" e obiettivi sociali comuni. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il d.l. 4.10.2018, n. 113 convertito in l. 1.12.2018, n. 132, modifica radicalmente il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e protezione internazionale (re)istituzionalizzando misure straordinarie ed emergenziali di gestione del fenomeno e imponendo una drastica riduzione dei servizi offerti.

In particolare, il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), costituito dalla rete di Centri gestiti dagli enti locali che offrono una pluralità di servizi di assistenza[1], operante dal 2002 a favore dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale e umanitaria[2], è stato riservato a coloro cui sia stata riconosciuta una delle vigenti forme di protezione[3] e ai minori stranieri non accompagnati[4].

---

* Ricercatrice a tempo determinato (tipo b) in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena.

1. Sull'evoluzione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo v., tra gli altri, M. Giovannetti, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di partiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, pp. 1-30; F. Biondi Dal Monte, *La disciplina del diritto d'asilo tra accoglienza ed emergenza. Il quadro italiano* in J. Woelk, F. Guella, G. Pelacani (a cura di), *Modelli di accoglienza nell'emergenza immigrazione. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale al diritto regionale*, Università di Trento, 2016, p. 75 ss.

2. La protezione umanitaria, in precedenza riconosciuta in applicazione dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 27.7.1998, n. 286 e dell'art. 32 d.lgs. 28.1.2008, n. 25, è stata abrogata dal d.l. n. 113/2018 convertito in l. n. 132/2018.

3. Compresi i titolari dei permessi di soggiorno per *casi speciali* introdotti dal d.l. 4.10.2018, n. 113, conv. in l. 1.12.2018, n. 132. In particolare: i titolari di permesso per motivi di protezione sociale (*ex* art. 18, d.lgs. n. 286/1998); per vittime di violenza domestica (*ex* art. 18-*bis*), per vittime di particolare sfruttamento lavorativo (*ex* art. 22, co. 12-*quater*, a condizione che non accedano a sistemi di protezione specificamente dedicati); i titolari di permesso di soggiorno per cure mediche (*ex* art. 19, co. 2, lett. d-*bis*), per calamità nel Paese di origine (*ex* art. 20-*bis*); per atti di particolare

Per tale motivo, lo SPRAR è stato rinominato *Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati* (SIPROIMI).

Sono stati quindi esclusi dalla possibilità di usufruire di tali servizi i possessori dei permessi di soggiorno per motivi umanitari, oggi soppressi[5], e i migranti che hanno presentato la domanda di protezione e sono in attesa della definizione della procedura[6]. Questi ultimi saranno destinati ai Centri governativi di prima accoglienza (*ex* artt. 6, 9 e 8, d.lgs. 18.8.2015, n. 142 del 2015) e ai Centri di accoglienza straordinaria (*ex* art. 11, d.lgs. 18.8.2015, n. 142) che dovranno essere organizzati in applicazione delle condizioni stabilite dal nuovo schema di capitolato di appalto[7], approvato dal Ministero dell'interno e diretto ad orientare le prefetture nell'elaborazione dei bandi di gara delle procedure di affidamento a livello locale.

La scelta di differenziare i percorsi di inclusione, di inserimento sociale e lavorativo dei titolari di protezione internazionale, rispetto a quelli offerti a coloro la cui posizione deve essere ancora vagliata dalle autorità competenti, avrebbe potuto anche essere giustificata; se non fosse che i provvedimenti con cui si riorganizzano i servizi dedicati ai (meri) richiedenti violano gli obblighi posti dal diritto internazionale, europeo e interno[8].

---

valore civile (*ex* art. 42-*bis*). In base alla lettera delle norme sembrano invece rimanerne esclusi i titolari di permesso di soggiorno per casi speciali (*ex* art. 9, d.l. n. 113/2018) e di permesso per protezione speciale (*ex* art. 19, co. 1, d.lgs. n. 286/1998).

4. A prescindere dal fatto che abbiano presentato o meno domanda di protezione internazionale. Ai sensi dell'art. 12, co. 5-*bis*, d.l. n. 113/2018 i minori non accompagnati richiedenti asilo possono rimanere nel sistema di protezione anche dopo il raggiungimento della maggiore età e fino alla definizione della procedura di riconoscimento.

5. Secondo l'art. 12, co. 6, d.l. n. 113/2018 i titolari di protezione umanitaria possono rimanere in accoglienza solo «fino alla scadenza del periodo temporale previsto dalle disposizioni di attuazione sul funzionamento del medesimo Sistema di protezione e comunque non oltre la scadenza del progetto di accoglienza». Si veda però Tar Lazio, ord., sez. I-*ter*, 5483/2019 che ha accolto la misura cautelare proposta contro un provvedimento di rifiuto dell'accoglienza di un titolare di protezione umanitaria nel sistema SPRAR (oggi SIPROIMI) affermando che «ad una sommaria delibazione ed alla luce dell'art. 12, co. 6, d.l. n. 113/2018 convertito in l. n. 132/2018, [...] sussistono i presupposti per un riesame del procedimento che tenga conto dell'esistenza di una fase transitoria relativamente ai titolari di permesso umanitario ottenuto ai sensi della normativa in vigore *ante* d.l. n. 113/2018».

6. I quali, ai sensi dell'art. 12, co. 5, d.l. n. 113/2018 possono rimanere nelle strutture di accoglienza solo fino alla conclusione del progetto in corso, già finanziato. Saranno altresì esclusi coloro che hanno fatto ricorso avverso la decisione di rigetto della protezione internazionale e i titolari di protezione umanitaria che abbiano impugnato la decisione amministrativa chiedendo il riconoscimento di un livello più elevato di protezione.

7. Approvato con d.m. 20.11.2018 del Ministero dell'interno. Il nuovo schema di capitolato e i relativi allegati sono consultabili all'indirizzo http://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/bandi-gara-e-contratti/schema-capitolato-gara-appalto-fornitura-beni-e-servizi-relativo-alla-gestione-e-funzionamento-dei-centri-prima-accoglienza.

8. Va ricordato che sul d.l. 4.10.2018, n. 113, conv. in l. n. 132/2018, si è pronunciata la Corte costituzionale con le sentenze n. 194 e 195 depositate il 24 luglio 2019. In particolare, per quanto maggiormente interessa le questioni oggetto d'esame, la sentenza n. 194 del 2019 è stata pronunciata in risposta ai ricorsi proposti da alcune Regioni che lamentavano la indiretta violazione di alcune competenze regionali, residuali o concorrenti, da parte delle disposizioni del titolo I del d.l. 113/2018 che abrogano la protezione umanitaria, che escludono i richiedenti asilo dal sistema di accoglienza SIPROIMI e ne vietano l'iscrizione anagrafica. La Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità rinvenendo «un difetto di motivazione sulla ridondanza delle prospettate censure sulle

In particolare, i provvedimenti ministeriali ridefiniscono il servizio pubblico di accoglienza escludendo molte delle prestazioni essenziali per la garanzia dei diritti riconosciuti (dal diritto positivo vigente) ai richiedenti asilo e protezione internazionale (§ § 3), senza prospettare alcuna soluzione realistica per risolvere i complessi problemi che si "agitano" attorno all'affluenza migratoria.

Al contrario, come vedremo, la riforma messa in campo inasprisce le criticità esistenti, interrompendo il (già lento e faticoso) processo di "normalizzazione" del sistema avviato a partire dal 2014 (§ 4), mortifica le libertà dei soggetti operanti nel settore (§ § 4.1) e finisce per pregiudicare le forme di accoglienza più efficaci, sia in termini di tutela dei migranti che di corretta allocazione delle risorse pubbliche (§ § 4.2.).

2. L'accoglienza dei richiedenti asilo come attività di servizio sociale alla persona

Una questione essenziale che occorre chiarire in via preliminare è la natura giuridica dell'attività di accoglienza che lo Stato deve garantire ai richiedenti asilo e protezione internazionale.

Non si tratta, infatti, di un'attività rimessa alla discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione, bensì di una funzione doverosa in quanto imposta e regolata dal diritto costituzionale, internazionale ed europeo.

In primo luogo, l'ordinamento costituzionale, quello internazionale e quello europeo prevedono uno specifico vincolo nell'*an* alla discrezionalità legislativa e amministrativa nella misura in cui impongono il divieto di respingere chiunque fugga da situazioni di grave pericolo e di persecuzione e, dunque, il dovere di ammetterlo sul territorio (quantomeno al fine di presentare una domanda di protezione).

Più in particolare, e in estrema sintesi, l'art. 10 della Costituzione riconosce il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica allo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana[9].

Tale diritto trova ampia tutela – seppur in base a presupposti parzialmente diversi[10] – anche in altre fonti, internazionali ed europee[11], che l'Italia si è impegnata a rispettare:

---

competenze regionali e degli enti locali [...] restando impregiudicata ogni altra valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni contestate».

9. La prima normativa in materia di asilo è stata il d.l. 30.12.1989, n. 4162, conv. in l. 28.2.1990, n. 39, poi modificata dalla l. 30 luglio 2002, n. 189. Sul tema, tra gli altri, P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1134 ss.; M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007.

10. Non vi è, infatti, piena coincidenza tra il diritto di asilo costituzionale, lo *status* di rifugiato e il diritto alla protezione internazionale riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal diritto europeo (su cui v. subito *infra* nel testo e nelle note), poiché la categoria degli aventi diritto all'asilo costituzionale è più ampia di quella dei rifugiati politici, in quanto per quest'ultimi il fattore cui consegue il riconoscimento della protezione è la persecuzione in concreto

primi fra tutti la Convenzione di Ginevra sul riconoscimento dello *status* di rifugiato[12] e gli artt. 4, 18 e 19 CDFUE in base ai quali, come affermato di recente dalla Corte di giustizia, il diritto dell'Unione riconosce una protezione più ampia di quella riconosciuta dalla stessa Convenzione[13].

Cardine fondamentale di tali fonti è il principio del *non refoulement*, alla luce del quale è fatto divieto allo Stato, cui la domanda di asilo è stata presentata, di respingere o di espellere il richiedente verso Paesi nei quali vi è il rischio che la sua vita o la sua libertà siano messe in pericolo (a causa della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche) ovvero nei quali «esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, a tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti» (art. 19 CFDUE).

È bene ricordare che l'applicabilità del principio del *non refoulement* non è subordinata al formale riconoscimento dello *status* di rifugiato: il divieto di respingimento e, dunque, l'obbligo di soccorso e di accoglienza operano nei confronti di coloro i quali ne abbiano (solo) richiesto il riconoscimento.

Ciò perché lo *status* di rifugiato non è un atto costitutivo, bensì meramente dichiarativo della posizione di diritto soggettivo di cui è titolare il non cittadino[14]: la persona che si trova nelle condizioni personali e possiede i requisiti previsti dalla

---

o un fondato timore di essere perseguitati, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10 Cost., il quale si riferisce più genericamente al mancato godimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione. Sul punto v. B. Nascimbene, *Asilo e status di rifugiato*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 304 ss.; C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011; e i contributi raccolti nel fascicolo monografico 2, 2018, di *Questione Giustizia*.

11. Cfr. la direttiva 2004/83/CE, *Norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato e di protezione sussidiaria*, recepita con d.lgs. 19.11.2007, n. 251 poi sostituita dalla Direttiva 2011/95/UE, recepita con il d.lgs. 21.2.2014, n. 18; la Direttiva 2005/85/CE, *Norme minime sulle procedure applicate ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, recepita con il d.lgs. 28.1.2008, n. 25, e da ultimo le direttive 2013/33/UE, *Procedure comuni ai fini del riconoscimento e la revoca dello status di protezione internazionale*, e 2013/32/UE, *Norme per l'accoglienza richiedenti protezione internazionale*, del 26.6.2013, recepite con il d.lgs. 18.8.2015, n. 142.

12. La Convenzione è stata firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 ed è stata ratificata dall'Italia con l. 24.7.1954, n. 722.

13. La Corte di giustizia dell'UE, nella sentenza della Grande Sezione, 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17 ha affermato che «mentre l'articolo 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra priva il rifugiato "che sia considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese" del beneficio del principio del non respingimento verso un paese in cui la sua vita o la sua libertà sia minacciata, l'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 dev'essere interpretato e applicato, come conferma il considerando 16 di quest'ultima, in osservanza dei diritti garantiti dalla Carta [CDFUE], segnatamente dall'articolo 4 e dall'articolo 19, paragrafo 2, di quest'ultima, che vietano in termini perentori la tortura nonché le pene e i trattamenti inumani o degradanti, a prescindere dal comportamento dell'interessato, così come l'allontanamento verso uno Stato in cui esista un rischio serio di essere sottoposto a trattamenti del genere».

14. Nel senso che il diritto alla protezione internazionale «ha natura di diritto soggettivo che va annoverato tra i diritti umani fondamentali» v. Cass. civ., SU, 28.2.2017, n. 5059.

normativa, di fonte internazionale ed europea, ha diritto alla protezione fin dal momento in cui manifesta la volontà di richiederla[15]. Tanto che l'autorità amministrativa esaminante e il giudice, di fronte al quale sia contestato un provvedimento di diniego, debbano svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della procedura, provvedendo l'una ad informare i migranti della possibilità di presentare la domanda di protezione[16], l'altro ad assumere d'ufficio le informazioni e ad acquisire tutta la documentazione necessaria, in deroga al principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario[17].

In sintesi, ogni richiedente potrebbe essere effettivamente rifugiato e non è rinviabile o espellibile prima della conclusione della procedura, pertanto deve essere accolto.

D'altra parte, il diritto europeo pone alla discrezionalità (legislativa e amministrativa) degli Stati membri anche dei vincoli nel *quid*. La Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2013/33/UE del 26.6.2013 (c.d. Direttiva accoglienza), infatti, impone agli Stati membri di garantire alcune condizioni minime di assistenza ai richiedenti che si trovano sul loro territorio, anche a prescindere da ogni valutazione in merito all'effettiva competenza a decidere sul riconoscimento della protezione. Obiettivo della Direttiva è garantire che i migranti godano dello stesso livello di tutela in tutta l'Unione, indipendentemente da quale sia lo Stato competente a esaminare la domanda.

Ne deriva che lo Stato di primo ingresso ha specifici obblighi di soccorso, accoglienza e assistenza, obblighi che sussistono anche nel caso in cui non sia competente a decidere della domanda e che perdurano fino all'effettivo trasferimento del migrante nello Stato

15. Cfr. l'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 142/2015 stabilisce che «Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano dal momento della manifestazione della volontà di chiedere la protezione internazionale».

16. L'obbligo dell'amministrazione di dare informazioni tempestive e in una lingua comprensibile all'interessato sulle modalità con le quali formalizzare la volontà di chiedere l'asilo o la protezione internazionale, è oggi espressamente sancito dall'art. 8, Dir. 2013/32/UE del 26.6.2013 e dagli artt. 10 e 10-*bis* d.lgs. n. 25/2008 come modificati dal d.lgs. n. 142/2015. Già in precedenza era stato affermato dalla giurisprudenza europea e nazionale. V. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in diverse pronunce contro Italia: sentenza 23.2.2012, ric. n. 27765/09 *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*; sentenza del 21.10.2014, ric. 16643/09, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, sentenza del 15.12.2016 della Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia*. Per la giurisprudenza nazionale cfr. Cass., sez. VI civ., ord. 5926 del 25.3.2015; Cass. civ., sez. VI-1, ord. 24.2./10.5. 2017, n. 10743; ord. 24.2/10.5.2017, n. 11468. Sul punto v. D. Belluccio, *Richiedente asilo o persona irregolare: se il confine è nel silenzio*, in questa *Rivista*, 2.2017.

17. Sui caratteri del giudizio di protezione internazionale, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario e libero da preclusioni o impedimenti processuali v. Cass. civ., SU, 17.11.2008, n. 27310, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Straniero*, n. 154 e di recente Cass. civ., sez. VI, ord. 6.2.2018, n. 2875 in *Foro it.*, I, 3260. In dottrina v. A. Proto Pisani, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3043 ss.; M. Acierno e M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in questa *Rivista*, n. 1.2017; M. Flamini, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 181 ss; F. Del Russo, *Protezione internazionale e cooperazione istruttoria officiosa (brevi note sul combinato disposto degli art. 3 d.lgs. 251/07 e 8 d.lgs. 25/08)*, in *Foro it.*, 2018, c. 3264 ss.

competente secondo le regole del Regolamento Dublino[18], sempre che tale Stato offra adeguate garanzie circa il rispetto dei diritti umani fondamentali[19].

La Direttiva 2013/33/UE e il relativo d.lgs. n. 142 del 2015 di attuazione, dunque, riconoscono ai richiedenti asilo specifici diritti che gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare. In particolare, il diritto all'informazione sui benefici e sugli obblighi derivanti dall'accoglienza nonché, nel corso della permanenza, il diritto di comunicare con parenti, avvocati o consulenti legali per continuare a essere informati sui propri diritti e doveri e sullo stato di avanzamento della procedura[20]; il diritto di circolare liberamente sul territorio dello Stato membro dove è stata presentata la domanda, salvo limitazioni che non pregiudichino l'accesso ai benefici previsti dalla Direttiva[21] o salvo condizioni che giustifichino il trattenimento[22].

Inoltre, i richiedenti asilo, in quanto titolari di un regolare titolo di soggiorno (che peraltro consente di svolgere attività lavorativa[23]) hanno diritto di accedere ai servizi pubblici garantiti sul territorio[24], in condizione di tendenziale parità con i cittadini italiani[25].

---

18. Cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 27.9.2012, *Cimade e GISTI* C-179/11, su cui v. S. Mirate, *Diritto d'asilo e condizioni minime di accoglienza: la Corte chiarisce obblighi e responsabilità degli Stati membri*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2013, p. 808 ss.

19. Secondo la Corte di giustizia UE, l'art. 4 CDFUE e l'art. 3 CEDU impongono agli Stati membri di non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato competente ai sensi del regolamento CE/343/2003, c.d. Dublino II (oggi reg. UE/2013/604, c.d. Dublino III), ogniqualvolta essi non possano ignorare che in tale Stato le carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza siano tali da far ragionevolmente supporre che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di detta disposizione. In questi termini v. Corte giustizia UE, sent. 21.12.2011, *N. S. e a* (cause riunite C-411/10 e C 493/10); CEDU, Grande Chambre, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, del 21.1.2011 (n. 30696/09) su cui v. P. Mori, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. Un. eur.* (II), 1, 2014, p. 127 ss.

20. Cfr. art. 3 e art. 1, d.lgs. n. 142/2015 in base al quale i richiedenti protezione hanno diritto di comunicare con i parenti, gli avvocati o i consulenti legali, i rappresentanti dell'UNHCR e altri organismi e organizzazioni nazionali, internazionali e non governative competenti.

21. Quali, ad esempio, l'assegnazione di uno specifico luogo di residenza in un'area delimitata.

22. Cfr. gli artt. 8, 9, 10 Dir. 2013/33/UE.

23. Cfr. l'art. 22, d.lgs. n. 142/2015 «Il permesso di soggiorno per richiesta asilo di cui all'articolo 4 consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non è concluso e il ritardo non può essere attribuito al richiedente».

24. V. l'art. 2, co. 5, d.lgs. 286/1998 e l'art. 5, co. 3, d.lgs. n. 142/2015. Come noto il d.l. 113/2018 ha aggiunto all'art. 4 del d.lgs. n. 142/2015, il comma 1-*bis* secondo cui il permesso di soggiorno per richiesta di asilo «non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica...» in questo modo ostacolando l'accesso ai servizi che pur l'art. 5, co. 3, del medesimo d.lgs. 142/2015, prevede possano essere fruiti nel luogo di domicilio dichiarato al momento della formalizzazione della domanda di riconoscimento della protezione internazionale. Tuttavia, la giurisprudenza di merito (Tribunale di Firenze, ord. 18.3.2019, n. 361, Tribunale di Bologna, ord. 2.5.2019, n. 5220, Tribunale di Genova, ord. 22.5.2019, n. 2365; Tribunale di Prato, ord. 28.5.2019, n. 1183, Tribunale di Lecce, ord. 4.7.2019, n. 5330) ha dato una lettura costituzionalmente orientata della norma in base alla quale essa non preclude l'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione, ma elimina l'automatismo dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ospitati nella struttura di accoglienza. Infatti, in base all'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 (introdotto dalla l. n. 46/2017) i richiedenti erano iscritti all'anagrafe su impulso del responsabile della struttura; a seguito della recente riforma invece dovranno seguire le procedure e sottostare ai controlli previsti dal regolamento anagrafico (d.p.r. 223/1989) per gli altri stranieri regolarmente soggiornanti e per i cittadini. Di recente vari Comuni italiani, dando seguito a questa interpretazione,

D'altra parte, i richiedenti che risultano privi di mezzi sufficienti a garantire il sostentamento proprio e dei propri familiari hanno diritto di essere alloggiati (in Centri di accoglienza, case private, appartamenti, alberghi), di ricevere determinate condizioni materiali di accoglienza nonché adeguata assistenza sanitaria[26], in un contesto in grado di assicurare l'unità del nucleo familiare e l'accesso al sistema educativo dei figli minori[27].

Al riguardo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che benché gli Stati membri possano scegliere se garantire le condizioni materiali di accoglienza in natura o in forma di sussidi economici, ovvero mediante una combinazione di questi strumenti, in ogni caso le misure apprestate devono essere sufficienti a garantire un livello di vita dignitoso e adeguato alle specifiche condizioni di salute nonché al sostentamento delle persone accolte[28].

A tutto ciò si aggiungono specifici obblighi nei confronti dei migranti con particolari situazioni di vulnerabilità (quali minori, vittime di abusi, sfruttamento, tortura, trattamento crudele, disumano o degradante o che abbiano sofferto gli effetti di un conflitto armato) i quali hanno diritto a misure di assistenza predisposte in relazione alle loro particolari esigenze[29] e fornite da personale «che abbia ricevuto e continui a ricevere una specifica formazione»[30].

---

stanno consentendo l'iscrizione anagrafica ai richiedenti protezione. Sulla questione si veda D. Consoli, N. Zorzella, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Diritti senza confini* (https://www.asgi.it/diritti-senza-confini/), 8.1.2019; G. Serra, *L'iscrizione anagrafica e i richiedenti asilo dopo il d.l. n. 113/2018*, *ivi*, 25.3.2019.

25. Sull'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali v., tra gli altri, C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 3/2014 e Id., *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. Bartolini, A. Pioggia (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, vol. VIII degli *Studi a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* diretti da Leonardo Ferrara e Domenico Sorace, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 133 ss; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, pp. 58-63; A. Guariso (a cura di), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali*, in www.asgi.it. Con particolare riferimento ai titolari di protezione internazionale v. Corte di giustizia dell'UE, 21.11.2018, (C 713-17) che ha affermato che l'art. 29 della "Direttiva qualifiche" obbliga gli Stati membri a riconoscere la parità di trattamento dei beneficiari di protezione internazionale nell'accesso all'assistenza sociale ed è norma produttiva di effetti diretti. Sul punto v. F. Biondi Dal Monte, *Il diritto all'assistenza sociale dei rifugiati. Riflessioni a partire da Corte di giustizia, sentenza 21 novembre 2018 (C-713/17)*, in *Diritti senza confini*, (https://www.asgi.it/diritti-senza-confini), 8.4.2019.

26. Artt. 17, 18, 19 Direttiva 2013/33/UE e artt. 12, 14, d.lgs. n. 142/2015.

27. Cfr. gli artt. 12 e 14 Dir. 2103/33/UE.

28. Cfr. al riguardo Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 27.2.2014, causa C-79/13 *Saciri*.

29. Cfr. il Considerando n. 14 Dir. 2013/33/UE: «L'accoglienza di persone portatrici di particolari esigenze di accoglienza dovrebbe essere la prima preoccupazione per le autorità nazionali affinché tale accoglienza sia configurata specificamente per rispondere alle loro speciali esigenze in materia». Cfr. altresì gli artt. 21, 22, 23 25 Dir. 2013/33/UE e gli artt. 17, 18 d.lgs. n. 142/2015.

30. Cfr. gli artt. 24, co. 4, e 25, co. 2, della Direttiva 2013/33/Ue «Lo Stato deve assicurare che il personale che lavora nei Centri di accoglienza, ed in particolare quello che si occupa di minori stranieri non accompagnati e delle vittime di torture, stupri o altri gravi atti di violenza, abbia ricevuto e continui a ricevere una specifica formazione in merito alle esigenze delle stesse».

Com'è evidente, dunque, l'accoglienza dei richiedenti asilo è qualificabile come un'attività di servizio pubblico (doverosa nell'*an* e regolata nel *quid*) che, per la natura dei diritti che coinvolge (e quindi del tipo di prestazioni che presuppone) è qualificabile come «servizio sociale alla persona»[31].

Ciò significa che gli atti di programmazione e pianificazione – quali i bandi di gara e i capitolati d'appalto – che individuano le prestazioni di soccorso e di prima accoglienza da rendersi agli stranieri al momento dell'ingresso (e in caso di trattenimento) devono essere emanati nel rispetto delle condizioni stabilite dalla disciplina di settore nonché delle regole e dei principi, costituzionali ed europei, in materia.

3. I servizi di accoglienza per i richiedenti asilo nel nuovo schema di capitolato d'appalto

Alla luce del quadro normativo richiamato, il nuovo schema di capitolato di appalto per l'affidamento dei servizi di accoglienza e i relativi allegati (sulla base dei quali le prefetture svolgono le gare a livello locale) presentano vari profili di illegittimità.

In primo luogo, i servizi previsti risultano insufficienti rispetto alle condizioni di assistenza imposte dalla Direttiva 2013/33/UE e dal d.lgs. n. 142/2015.

In secondo luogo, si prevedono delle differenziazioni non ragionevoli nei servizi offerti tra i diversi Centri di accoglienza straordinaria, contravvenendo all'obbligo di garantire parità di trattamento «in tutte le fasi, in tutti i tipi di procedimento relativi alla domanda di protezione internazionale nonché in tutti i luoghi e i Centri di accoglienza dei richiedenti»[32].

In termini più generali, il modo in cui i provvedimenti ministeriali orientano l'offerta da parte dei gestori porta a configurare un modello di servizio standardizzato e spersonalizzato, nell'ambito del quale l'assistenza al migrante è concepita come un problema di sicurezza e sanità pubblica.

Si tratta di un modello noto, che ricalca la concezione di assistenza sociale del periodo pre-costituzionale, ma che è lontano dal concetto di servizio alla persona oggi delineato dall'ordinamento costituzionale e normativo e, seppur di recente, espressamente previsto anche per i richiedenti protezione internazionale[33].

---

31. In termini analoghi v. anche M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 169-197.

32. V. il Considerando 8 della Dir. 2013/33/UE: «Per assicurare la parità di trattamento dei richiedenti nell'Unione, la presente Direttiva dovrebbe applicarsi in tutte le fasi e a tutti i tipi di procedure relative alla domanda di protezione internazionale, in tutti i luoghi e i Centri di accoglienza dei richiedenti, purché essi siano autorizzati a soggiornare nel territorio degli Stati membri in qualità di richiedenti».

33. Cfr. § 3.2.

3.1. La violazione delle condizioni di accoglienza imposte dalla Direttiva 2013/33/UE

Lo schema di capitolato, in attuazione del dichiarato fine di ridurre le risorse pubbliche destinate all'accoglienza[34], prevede tagli sostanziali nella quantificazione della somma giornaliera da corrispondere per ciascun migrante ospitato, destinata a ridimensionarsi dai precedenti 35 euro (importo della base d'asta nelle gare bandite nel 2017) ad un importo molto inferiore, variabile dai 19 ai 26 euro in base alle caratteristiche del Centro[35].

In questo quadro, le specifiche tecniche (contenute negli allegati allo schema di capitolato) sono dedicate quasi esclusivamente alla definizione delle «condizioni materiali» di accoglienza: l'alloggio, i pasti, il vestiario, la pulizia dei locali, la visita medica di primo ingresso diretta ad accertare lo stato di salute del migrante[36]. Sono invece – a dir poco – minimali, sia sul piano qualitativo[37] che sul piano quantitativo[38], le specifiche tecniche relative ai servizi di assistenza alla persona: l'assistenza generica (offerta dagli operatori diurni e notturni), quella sanitaria e sociale, i servizi di informazione e di mediazione linguistica.

D'altra parte, sono state completamente eliminate alcune delle attività qualificate come prestazioni minime obbligatorie nelle linee-guida SPRAR[39]: l'insegnamento della lingua italiana, il supporto all'inserimento scolastico per i minori, l'orientamento nell'accesso ai servizi del territorio, l'assistenza per l'inserimento lavorativo e sociale e l'orientamento legale.

La CGIL Funzione pubblica ha quantificato questi tagli, misurando le differenze rispetto ai servizi affidati con procedure contrattuali nel 2017-2018: in un Centro di

---

34. L'articolo 1, co. 767, l. 30.12.2018, n. 145, Legge di Bilancio 2019, stabilisce che «Il Ministero dell'interno pone in essere processi di revisione e razionalizzazione della spesa per la gestione dei Centri per l'immigrazione in conseguenza della contrazione del fenomeno migratorio, nonché interventi per la riduzione del costo giornaliero per l'accoglienza dei migranti dai quali, previa estinzione dei debiti pregressi, devono derivare risparmi connessi all'attivazione, locazione e gestione dei Centri di trattenimento e di accoglienza per stranieri irregolari per un ammontare almeno pari a 400 milioni di euro per l'anno 2019, a 550 milioni di euro per l'anno 2020 e a 650 milioni di euro annui a decorrere dal 2021 [...]».

35. V. le tabelle di cui all'Allegato B dello *Schema di capitolato di gara di appalto*, approvato con d.m. 20.11. 2018.

36. Anzi, ad alcune di esse (in particolare ai pasti e alle pulizie) i provvedimenti dedicano un'attenzione quasi ossessiva. Ad esempio, nella specifica sulla fornitura di pasti (All. 1-*bis*, 2-*bis*, 3-*bis*) si indicano dettagliatamente le quantità (in grammi) di cibo e di bevande che devono essere corrisposte, senza lasciare margini alla possibilità di calibrare i servizi sulle diverse esigenze alimentari che potrebbero avere gli ospiti, in ragione delle diverse condizioni fisiche e sanitarie in cui possono trovarsi.

37. V. gli Allegati 1-*bis*, 2-*bis*, 3-*bis* recanti *Specifiche tecniche integrative dello Schema di capitolato di appalto relative alla erogazione dei servizi di assistenza e alla fornitura di beni* rispettivamente per le unità abitative, per i Centri collettivi fino a 50 e per i Centri collettivi fino a 300 posti.

38. V. l'Allegato A recante la *Tabella dotazione personale*.

39. Cfr. gli artt. 30, 31 del d.m. 10 agosto 2016 del Ministero dell'interno che approva le *Linee guida per il funzionamento del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR)*.

accoglienza di medie dimensioni, con un bacino che va dai 151 ai 300 posti, il numero di operatori previsto durante il giorno è passato da 8 a 2, quello di operatori notturni è sceso invece da 3 a 1, che significa uno per 300 ospiti[40].

Una riduzione ancora maggiore ha riguardato i lavoratori qualificati: nei Centri di accoglienza che ospitano sino a 50 persone la presenza dell'assistente sociale è prevista per 6 ore a settimana, il mediatore linguistico (figura fondamentale anche a supporto di tutte le altre figure professionali) solo per 8 ore. Ciò significa che, senza contare il tempo da dedicare alle questioni burocratiche, ogni ospite potrà incontrare l'assistente sociale in media per 28,8 minuti al mese (in precedenza la media era di 86,4 minuti al mese) e il mediatore per 48 minuti al mese (contro le precedenti 2 ore e 52,8 minuti al mese). Tempi che sono destinati a ridursi ulteriormente nei Centri di grandi dimensioni[41].

Ancora più riduttiva appare la (ri)definizione dei servizi di assistenza medica e psicologica. In via generale si stabilisce che «per l'espletamento dell'attività connessa alle visite mediche d'ingresso e al primo soccorso sanitario è garantito l'impiego del medico per una media di *4 ore all'anno per ciascun migrante*» e si elimina l'obbligo di avere in struttura gli infermieri[42].

In più, si esclude dai Centri di prima accoglienza (di cui agli artt. 9 e 11 d.lgs. n. 142/2015) qualsiasi forma di assistenza psicologica o psichiatrica, che rappresenta la prestazione probabilmente più necessaria per far fronte alle condizioni personali dei richiedenti asilo, la assoluta maggioranza dei quali ha subito violenze, abusi e altri trattamenti disumani e degradanti.

È vero che nello schema di capitolato si fa riferimento alla possibilità che delle esigenze sanitarie (ulteriori rispetto al primo soccorso) si facciano carico le ASL; ma non si dà alcuna indicazione specifica al riguardo né, soprattutto, si pretende che gli operatori, in sede di offerta, dimostrino di essere in grado di «attivare» progetti o accordi di collaborazione con le strutture del territorio.

Solo negli *hotspot* (art. 10-*ter*, d.lgs. n. 286/1998) e nei Centri per i rimpatri (art. 14, d.lgs. n. 286/1998) si ammette la presenza giornaliera di un medico e di uno psicologo, nonché un numero lievemente maggiore di ore di personale competente nell'assistenza sociale e nella mediazione linguistica.

---

40. Cfr. https://www.fpcgil.it/2019/04/06/decreto-salvini-6-mesi-dopo/. V. altresì il dossier elaborato dalla Società Cooperativa In Migrazione *La nuova (mala)accoglienza. Radiografia del nuovo schema per gli appalti dei Centri di Accoglienza Straordinaria* reperibile all'indirizzo https://www.inmigrazione.it/UserFiles/File/Documents/273_Dossier%20appalti%20accoglienza.pdf.

41. In strutture sino a 150 ospiti la presenza media dell'assistente sociale per utente scende a 12,8 minuti al mese, quella del mediatore linguistico ad appena 19, 2 minuti.

42. Gli infermieri prima presenti 24 ore su 24, con le nuove condizioni saranno presenti solo negli *hotspot* e nei Centri di espulsione (*ex* art. 14, d.lgs. n. 286 del 1998) e soltanto per 6 ore al giorno.

Tale differenziazione, oltre che contraria alla c.d. Direttiva accoglienza che impone parità di trattamento «in tutti i luoghi e i Centri di accoglienza dei richiedenti»[43], pare difficilmente giustificabile in termini di ragionevolezza.

In primo luogo, non è comprensibile quale motivo possa indurre ad assicurare tali servizi a chi potrebbe essere rimpatriato e non a chi si accinge a intraprendere un percorso di integrazione nel nostro Paese. In secondo luogo, e soprattutto, non è possibile presumere che le situazioni di disagio che giustificano il sostegno medico e psicologico possano essere superate nel breve periodo di permanenza nei Centri di primo soccorso.

Infine, ulteriori profili di illegittimità dello schema di capitolato emergono dalle misure di assistenza a favore delle persone in condizioni di vulnerabilità. Nessuna indicazione viene data agli operatori che parteciperanno alle gare circa l'erogazione di prestazioni *specificamente calate sulle esigenze dei soggetti vulnerabili*: in questo modo si contravviene agli obblighi derivanti dalla Direttiva accoglienza e dal d.lgs. n. 142/2015[44] e si disattendono le linee-guida sulla presa in carico dei migranti in situazioni di vulnerabilità, redatte del Ministero della salute in collaborazione con associazioni di tutela e società medico-scientifiche attive nella tutela degli stranieri[45].

Com'è evidente, dunque, i servizi di accoglienza che saranno erogati in attuazione delle disposizioni ministeriali sono insufficienti, sul piano quantitativo, e inadeguati, sul piano qualitativo, rispetto agli standard minimi imposti dalla Direttiva 2013/33/UE.

Si potrà obiettare che condizioni analoghe hanno sempre caratterizzato i Centri di primo soccorso e di accoglienza straordinaria. Tuttavia, se nella *ratio* del d.lgs. n. 142/2015 la lacunosità del sistema era compensata dal carattere temporaneo della fase della «prima accoglienza», posto che i migranti avrebbero dovuto essere trasferiti il più rapidamente possibile nelle strutture del sistema SPRAR, con l'eliminazione della c.d. «seconda accoglienza» per i richiedenti asilo, le criticità sono diventate tali da esporre l'Italia a censure da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea nonché da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[46].

---

43. V. il Considerando 8 della direttiva accoglienza 2013/33/UE, cit.

44. V. le misure di accoglienza per i minori previste dall'art. 23 della Dir. 2013/33/UE e dall'art. 18, d.lgs. n. 142/2015 nonché le misure per le vittime di violenze e torture previste dall'art. 25 della Direttiva e dall'art. 17 d.lgs. n. 142/2015.

45. V. le *Linee guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale* consultabili all'indirizzo http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?id=2599.

46. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza della Grande Camera sul caso *Tarakhel c. Svizzera* (n. 29217/12) ha censurato le gravi carenze del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo poiché non assicuravano un'accoglienza dignitosa, non sovraffollata e igienicamente corretta a un nucleo familiare con minori, tanto da rischiare di arrecare un trattamento degradante o una violazione della vita privata o familiare. Ciò ha portato la Corte ad

3.2. Garanzia del «nucleo essenziale» dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e servizi di accoglienza

La contrazione dei costi prevista nel nuovo schema di capitolato d'appalto va a scapito della qualità delle prestazioni, in particolare di quelle più essenziali per rispondere ai bisogni delle persone accolte.

Ciò emerge con evidenza dal fatto che le specifiche tecniche sono molto più dettagliate ed esigenti per quando attiene alla fornitura di beni e alle attività strumentali, omogenee e quindi standardizzabili (fornitura di pasti, pulizia dei locali, smaltimento dei rifiuti, trasporto) che non rispetto ai servizi alla persona (informazione, mediazione linguistica e culturale, assistenza sanitaria e psicologica). Eppure, quest'ultime dovrebbero rappresentare gli aspetti essenziali su cui valutare le offerte tecniche presentate degli operatori e dovrebbero costituire l'oggetto centrale degli accordi-quadro da stipulare con gli aggiudicatari.

Ancora più indicativa di questo approccio è la specifica tecnica sui servizi di assistenza sanitaria: i gestori dei Centri devono sostanzialmente assicurare solo le misure di salute pubblica (visita di ingresso profilattica e interventi di primo soccorso), come se la finalità fosse quella di proteggere la collettività *dal* migrante. Manca invece, come ricordato, l'indicazione della necessità di apprestare misure di tutela della dignità e della salute calate sulle specifiche esigenze delle persone accolte.

In questo quadro, inoltre (nonostante quanto enunciato all'art. 1, co. 9, dello schema di capitolato), nessuna indicazione è prevista affinché i soggetti partecipanti alla gara debbano dimostrare la loro capacità di organizzare i servizi in modo da garantire «il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, *anche in considerazione della sua provenienza, della sua fede religiosa, del suo stato di salute, della differenza di genere* [...]» (come imposto dall'art. 10, d.lgs. 142/2015).

Gli atti di programmazione degli affidamenti, infatti, non contengono alcuna previsione che assicuri l'impegno dei gestori dei Centri (in larga parte enti non profit che svolgono l'attività per finalità solidaristiche) a garantire il rispetto del pluralismo (*i.e.* religioso, morale, culturale) nell'organizzazione delle strutture di permanenza e nell'erogazione dei servizi, così da tutelare le diverse sensibilità – in senso lato – culturali delle persone accolte.

Tutto ciò fa sì che il tipo di attività che tali provvedimenti configurano sia difforme rispetto al modello di servizio sociale alla persona ormai consolidato nel nostro ordinamento, costituzionale e normativo.

---

affermare che gli altri Stati sono tenuti a esaminare le domande di asilo e a non rinviare migranti verso l'Italia senza avere ottenuto precise garanzie circa la messa a disposizione di forme di accoglienza adeguate per ogni richiedente asilo.

Come noto, infatti, i servizi sociali, in applicazione degli artt. 2 e 3 Cost., sono attività strumentali alla tutela dei diritti della persona riconosciuti dalla Costituzione e dalle Carte europee, e – per essere tali – devono concretizzarsi in attività (per la gran parte) non standardizzabili, perché connotate da un particolare carattere "relazionale"[47] che si traduce nella tendenziale personalizzazione delle prestazioni, le quali vanno "costruite" (quanto più possibile) a partire dall'individuo cui si rivolgono, tenendo conto delle sue esigenze e necessità[48].

Per queste ragioni, sono elementi strutturali (i.e. costituzionalmente necessitati) dei servizi sociali anche l'integrazione fra tipologie diverse di prestazioni (socio-sanitarie, socio-educative etc.) e, quindi, la collaborazione tra personale dotato di diverse competenze specialistiche, nonché la previsione di misure volte a garantire la tendenziale "neutralità ideale" nell'organizzazione delle strutture e delle attività[49].

Un modello del genere era stato (almeno in parte) configurato anche per i servizi di accoglienza dal d.m. 10 agosto 2016, recante le linee-guida per il funzionamento del Sistema SPRAR, e dal *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza e integrazione in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale*[50].

In base a tali provvedimenti, il Sistema deve porre al centro il concetto di *accoglienza multidimensionale e integrata* diretta a garantire non solo il primo soccorso o le condizioni di sussistenza materiali, bensì a supportare la persona migrante al fine di assicurare l'emancipazione dallo stato di bisogno (così da ridurre anche il carico sul *welfare*) e il recupero di autonomia individuale[51], quali condizioni indispensabili per una proficua integrazione e una partecipazione attiva nella vita della comunità.

---

47. Cfr. E. Longo, *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 2014, p. 71 ss.

48. Sui caratteri del modello costituzionale di servizio sociale alla persona v. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffré, 2007, spec. pp. 131-160; A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 1-42; e sia consentito rinviare a N. Vettori, *Persona e diritti all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2016, pp. 307-332.

49. La questione è resa particolarmente rilevante dal fatto che nel campo dei servizi di assistenza sociale, e anche nel settore in esame, operano molti soggetti *non profit* i quali svolgono la loro attività di assistenza mossi dalle più svariati ragioni ideali (etiche, religiose, etc.) che possono condizionare il modo di svolgerle. In questo quadro, il principio personalista e il principio di laicità delle istituzioni impongono che quando tali soggetti concorrono all'erogazione di un'attività di servizio pubblico (in base all'affidamento da parte dello Stato o di altro ente pubblico) siano sottoposti a un regime giuridico che assicuri una tendenziale "neutralità" nell'espletamento del servizio, quale garanzia di effettivo rispetto del pluralismo e delle diversità (culturali, religiose, ...) degli utenti. Sul punto v. A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., pp. 151-161; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 178-181.

50. Reperibile all'indirizzo https://www.sprar.it/wp-content/uploads/2018/08/SPRAR-Manuale-Operativo-2018-08.pdf.

51. Cfr. l'art. 29 del d.m. 10.8.2016 «I servizi di accoglienza dello SPRAR hanno come obiettivo principale la (ri)conquista dell'autonomia individuale dei richiedenti/titolari di protezione internazionale e di permesso umanitario accolti. In quest'ottica diventa essenziale collocare al centro del sistema di protezione le persone accolte, rendendole protagoniste attive del proprio percorso di accoglienza e integrazione anziché meri beneficiari passivi di interventi

Oggi però tale approccio è (*i.e.* dovrebbe essere) seguito nell'ambito del sistema SIPROIMI, dal quale i richiedenti asilo sono esclusi.

Nondimeno, è possibile sostenere che anche in assenza di specifiche previsioni nella disciplina di settore, di livello primario o secondario, l'obbligo per l'amministrazione di configurare servizi alla persona rispondenti ai principi sopra richiamati deriva direttamente dalla Costituzione.

Non sono, infatti, gli atti di esercizio del potere (legislativo o ammnistrativo) a definire il contenuto di una posizione soggettiva, ma al contrario è dal diritto della persona (i.e. dalle norme, *in primis* costituzionali e convenzionali, di riconoscimento del diritto) che si deve muovere per definire l'ambito e i caratteri dell'attività amministrativa doverosamente destinata alla sua tutela[52].

In questa prospettiva, dunque, dalla lettura costituzionalmente orientata del d.lgs. n. 142/2015 (anche nella versione vigente) si ricava l'obbligo per la Repubblica[53] di assicurare servizi che garantiscano (almeno) il "nucleo essenziale" dei diritti fondamentali dei migranti che domandano asilo e protezione internazionale.

Com'è noto, la nozione è stata elaborata dalla Corte costituzionale per indicare una soglia di tutela, individuabile caso per caso, al di sotto della quale un diritto fondamentale non può considerarsi assicurato e quindi risulta violato[54].

Il nucleo intangibile del diritto, ricavabile direttamente dalla Costituzione, si pone come limite alla discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione, implicando un obbligo di intervento direttamente giustiziabile dalla giurisprudenza, rispettivamente costituzionale e ordinaria. Con la conseguenza che se l'atto (legislativo o amministrativo) incide su un diritto fondamentale della persona si pone un'alternativa: o è possibile darne un'interpretazione costituzionalmente orientata (che escluda la compressione del nucleo essenziale), ovvero si dovrà concludere per la sua illegittimità costituzionale.

La forza del principio è tale che, sempre per giurisprudenza costituzionale consolidata, la necessità di garantire le prestazioni tese a soddisfare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali non può trovare un limite nelle esigenze di matrice politica, organizzativa o

---

predisposti in loro favore, ma protagonisti attivi del proprio percorso di accoglienza. Di conseguenza quella proposta dallo SPRAR è un'accoglienza integrata».

52. Per questa prospettiva ricostruttiva sia consentito rinviare a N. Vettori, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, Giuffrè, 2017, spec. pp. 83-90, 245-254.

53. Ovvero di tutti gli Enti che la costituiscono ai sensi dell'art. 114 Costituzione: Comuni, Province, Città Metropolitane, Regioni, Stato, ciascuno in base alle diverse competenze. In tal senso si segnala l. reg. Toscana 17.7.2019, n. 45, *Disposizioni per la tutela dei bisogni essenziali della persona umana. Modifiche alla l.r. 41/2005 e alla l.r. 29/2009*.

54. V., tra le molte, Corte cost., 26.2.1998, n. 27; 26.5.1998, n. 185; 16.7.1999, n. 309; 17.7.2001, n. 252; 2.12.2005, n. 432; 15.1.2010, n. 10; 5.4.2013, n. 62; 16.12.2016, n. 275 e da ultimo 11.4.2019, n. 83.

economica (*i.e.* nei vincoli di bilancio). Al contrario, sono le politiche di contenimento della spesa, e le relative scelte allocative, a incontrare un limite e a dover essere orientate tenendo conto della necessità di assicurare la soddisfazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dall'ordinamento internazionale[55].

Naturalmente, l'individuazione del "nucleo essenziale" è operazione interpretativa che spetta alla giurisprudenza, *in primis* alla Corte costituzionale, e che va effettuata caso per caso, in relazione alla natura dei diritti coinvolti e alle peculiarità delle circostanze di fatto.

Tuttavia, se nel nucleo intangibile del diritto all'istruzione dello studente con disabilità rientra il servizio di trasporto scolastico[56], ragioni di ragionevolezza e di proporzionalità rendono possibile sostenere che in quello del diritto all'accoglienza del richiedente asilo si debbono far rientrare prestazioni tanto essenziali per la sua persona, quali l'assistenza medica e quella psichiatrica o psicologica, la mediazione linguistico-culturale, l'insegnamento della lingua italiana, il c.d. orientamento legale e nell'accesso ai servizi del territorio. Anche queste ultime (seppur non espressamente previste dalle Direttive) sono prestazioni essenziali non solo perché facilitano il percorso di integrazione, ma ancor prima perché consentono alle persone migranti di comprendere cosa succede intorno a loro, quali sono i loro diritti e doveri, e dunque sono necessarie misure di tutela della loro dignità[57].

Non sarebbe molto diverso da quanto è avvenuto con riferimento al diritto alla salute e ai diritti all'assistenza sociale, per lungo tempo non spontaneamente garantiti dalle amministrazioni pubbliche nella pienezza riconosciuta loro dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali.

4. Servizi di accoglienza e flussi migratori: le implicazioni della gestione accentrata e straordinaria

I profili di criticità della recente riforma si colgono anche da una diversa prospettiva.

Il d.l. 4.10.2018, n. 113, conv. in l. 1.12. 2018, n. 132, infatti, segna una netta battuta d'arresto al tentativo di abbandonare l'approccio straordinario ed emergenziale nella gestione dei flussi migratori, avviato con due Intese raggiunte in sede di Conferenza

55. V. Corte cost. sentenze 11.4.2019, n. 83 e 16.12.2016, n. 275 con riferimento alle prestazioni a favore degli studenti con disabilità; Corte cost., sentenze 5.4.2013, n. 62 e 15.1.2010, n. 10, relative alle disposizioni sulla c.d. carta acquisiti; Corte cost., sentenze 23.5.2008, n. 166, e 21.3.2007, n. 94, sugli interventi per la riduzione del disagio abitativo.

56. In questi termini espressamente v. Corte cost. 16.12.2016, n. 275.

57. V. C. Pinelli, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Riv. diritti comparati*, 3, 2018 v. http://www.diritticomparati.it.

unificata (a luglio 2013 [58] e luglio 2014 [59]) e ulteriormente portato avanti con l'approvazione del d.l.gs. n. 142/2015 e dei decreti attuativi[60].

L'obiettivo di quest'ultimi interventi era stato quello di superare la gestione accentrata mediante strutture straordinarie, incentivando un'accoglienza programmata e diffusa sul territorio all'insegna del principio di leale collaborazione, attraverso il progressivo ampliamento della rete degli enti locali aderenti alla rete SPRAR[61].

In particolare, al centro del sistema era posta l'accoglienza territoriale [62], preferibilmente organizzata in strutture di piccole dimensioni e prevista come forma ordinaria di gestione, mentre il ricorso alle sedi straordinarie (Centri di prima accoglienza e CAS) doveva progressivamente diventare una misura eccezionale e temporalmente limitata, così come prescritto dall'art. 18, co. 9, della Dir. 2013/33/UE.

Inoltre, il d.lgs. n. 142/2015 aveva promosso il rafforzamento degli strumenti di coordinamento fra i vari livelli istituzionali (art. 16) e aveva prescritto la elaborazione di un *Piano Nazionale per l'accoglienza*, mediante il quale individuare annualmente il fabbisogno dei posti da destinare all'accoglienza (art. 16, co. 2).

La programmazione condivisa delle misure dell'accoglienza aveva una duplice finalità: da un lato assicurare una distribuzione equa (e auspicabilmente più sostenibile) dei migranti, sul territorio nazionale e all'interno delle singole Regioni, definendo le ripartizioni di posti secondo un criterio di proporzionalità tra migranti accolti e popolazione residente [63]; d'altro lato – aspetto ancora più significativo – rendere gli enti locali direttamente responsabili dell'esercizio delle funzioni amministrative concernenti la gestione del fenomeno, anche al fine di consentire l'integrazione dei servizi di accoglienza nel sistema di *welfare* locale.

58. Che approva il «Documento di indirizzo per il passaggio alla gestione ordinaria dei flussi migratori non programmati». Sul punto v. D. Vitiello, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista? Analisi delle principali novità introdotte dalla legge 17 ottobre 2014, n. 146*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2015, pp. 8-9.

59. Con la quale è stato approvato il «Piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati» ed è stato concordata l'istituzione del Tavolo nazionale di coordinamento istituito con d.m. 17.7.2014.

60. Cfr. il d.m. 10.8.2016.

61. Sul punto v. S. Penasa, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

62. V. l' art. 14, d.lgs. n. 142/2015 nel testo precedente alla modifica introdotta dal d.l. n. 113/2018.

63. V. il *Piano di riparto nazionale di richiedenti asilo e rifugiati*, elaborato nell'ottobre 2016 dal Ministero dell'interno di concerto con ANCI.

Senz'altro anche la precedente riforma aveva dei limiti, soprattutto sul piano della scarsa incisività delle misure per garantire l'effettiva attuazione del rinnovato modello di accoglienza[64], ma andava (finalmente) nella giusta direzione.

I provvedimenti in esame, invece, tornano ad "istituzionalizzare" l'approccio straordinario ed emergenziale nella gestione di un fenomeno che è, con ogni evidenza, strutturale e non transitorio, con ciò determinando la permanenza di Centri che ospitano una grande quantità di migranti, collocati sul territorio sulla base di decisioni imposte dall'alto alle comunità locali.

Inoltre, l'esclusione dai servizi per i richiedenti protezione internazionale delle misure che facilitano l'integrazione (come l'insegnamento della lingua italiana, i percorsi di formazione professionale e di orientamento all'inserimento lavorativo), operata attraverso la riforma di alcune disposizioni del d.lgs. n. 142/2015[65] e conclamata nel nuovo schema di capitolato d'appalto (che di tali misure non fa alcuna menzione), contribuisce ad aumentare il numero dei "bivacchi" di migranti inoperosi presenti sul territorio, soprattutto nelle grandi città.

Tutto ciò non soltanto non facilita dinamiche di integrazione, ma finisce per inasprire ulteriormente situazioni di disagio e di insicurezza urbana.

4.1. Procedure d'affidamento e libertà degli operatori del settore

In questo quadro, la connotazione straordinaria del sistema di accoglienza unitamente alla riduzione dei servizi, determinano implicazioni negative anche per le libertà degli operatori del settore che intendano concorrere alle procedure di affidamento per la gestione dei Centri di accoglienza.

---

64. L'aspetto più critico del sistema era legato alla natura meramente volontaria dell'adesione da parte degli enti locali al sistema SPRAR, pertanto nonostante i tentativi di semplificazione delle procedure d'accesso al fondo di finanziamento ministeriale (cfr. d.m. 10 agosto 2016) il numero dei Comuni aderenti non era stato sufficiente ad invertire il rapporto tra gestione ordinaria nella rete SPRAR e Centri straordinari che ancora nel 2017 accoglievano quasi il 78% dei richiedenti protezione. Sul punto v. S. Penasa, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit., p. 9. In senso fortemente critico rispetto alla natura volontaria della partecipazione dei Comuni alla rete SPRAR v. P. Bonetti, *Accoglienza nell'emergenza: la recente evoluzione* in J. Woelk, F. Guella, G. Pelacani (a cura di), *Modelli di accoglienza nell'emergenza immigrazione*, cit., p. 113 ss.

65. Il riferimento è l'art. 12, co. 12, lett. l), d.l. 4.10.2018, n. 113 conv. in l. 1.12.2018, n. 132 che ha abrogato l'art. 22, co. 3, d.lgs. n. 142/2015 (il quale prevedeva che «I richiedenti, che usufruiscono delle misure di accoglienza erogate ai sensi dell'articolo 14, possono frequentare corsi di formazione professionale, eventualmente previsti dal programma dell'ente locale dedicato all'accoglienza del richiedente») e che ha riformato l'art. 22-*bis* del medesimo decreto prevedendo che anche il coinvolgimento su base volontaria in «attività di utilità sociale in favore delle collettività locali organizzate dai Comuni, Regioni e Province autonome in collaborazione con enti del terzo settore» abbia come destinatari i titolari di protezione internazionale (e non più anche i richiedenti).

L'aspetto è rilevante perché se è vero che l'amministrazione è libera di decidere se esternalizzare o meno i servizi che è tenuta a erogare[66]; tuttavia è pacifico che una volta che abbia deciso di avviare delle procedure di gara, essa è tenuta a rispettare i principi del diritto dei contratti pubblici, diretti a garantire la tutela della concorrenza e delle libertà degli operatori del settore che aspirano all'aggiudicazione degli affidamenti.

Come ricordato (§ 3.1.), la riduzione delle risorse prevista dal citato d.m. 20.11.2018, e trasfusa nei bandi di gara emanati dalle prefetture, è stata significativa (da circa 35 euro *pro die* per migrante si è "scesi" ad importi variabili da 19 a 26) e i relativi tagli sono stati imposti senza tener conto del permanere di spese generali e costi fissi che i soggetti erogatori debbono sostenere per l'espletamento del servizio. Peraltro, se questi sono i valori espressi in termini generali, vi è il rischio che in sede di gara possano andare soggetti ad ulteriori ribassi.

Ciò ha delle implicazioni sulla posizione dei singoli operatori nonché sull'assetto concorrenziale del mercato dei servizi di accoglienza.

Non a caso, alcune associazioni del settore, interessate a partecipare alle gare, hanno proposto ricorso davanti al giudice amministrativo lamentando che i prezzi fissati dai bandi di gara erano talmente ridotti da impedire la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile[67]. Ciò perché i prezzi a base d'asta risulterebbero incongrui rispetto alla necessità di assicurare la copertura dei servizi essenziali per i richiedenti asilo nonché di consentire la copertura dei costi all'operatore economico che presenti l'offerta. Per le stesse ragioni, alcune rilevanti realtà associative del settore hanno reso noto di aver rinunciato a partecipare alle procedure di affidamento.

Se questo è vero, risulta evidente il profilo di illegittimità dei provvedimenti ministeriali e prefettizi. Infatti, il potere discrezionale della amministrazione di definire l'importo a base d'asta non è totalmente riservato, ma al contrario è sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza e logicità, e dunque censurabile se non esercitato mediante un'adeguata analisi di mercato e di valutazione dei costi.

---

66. In applicazione del c.d. principio di libera amministrazione di cui all'art. 2 della Direttiva 24/2014/UE. Sul tema, tra gli altri, A. Massera, *L'espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 101; P. Grauso, *Legittimità e merito nella scelta di esternalizzare*, *ivi*, p. 55 ss.

67. Cfr. Ricorso presentato davanti al Tar Lazio, da parte di I.C.S. – Consorzio Italiano di Solidarietà – Ufficio Rifugiati O.N.L.U.S. *contro* la prefettura di Udine del 18.2.2019 (a firma dell'avv. Di Danieli). In termini analoghi v. il ricorso presentato, davanti al Tar Lazio, da Centro Caritas dell'Arcidiocesi di Udine Onlus, Codess Friuli Venezia Giulia Cooperativa Sociale Onlus e da Mosaico Consorzio di Cooperative Sociali, Società Cooperativa Sociale *contro* la prefettura di Udine, del 8.2.2019 (a firma dell'avv.ti Paviotti).

Non si tratta, infatti, di un'attività di assistenza privata rispetto alla quale l'amministrazione non ha alcun onere di finanziamento. Al contrario, si tratta di un'attività di servizio pubblico che la pubblica amministrazione è tenuta ad erogare e che, discrezionalmente, sceglie di non svolgere mediante propri apparati ma di affidare a soggetti terzi, ai quali non può imporre condizioni negoziali tali da rendere il rapporto contrattuale economicamente non conveniente.

Infatti, nello svolgimento delle procedure di gara, le amministrazioni devono garantire la libera concorrenza e la parità di trattamento, assicurando l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte degli operatori potenzialmente interessati, ponendo in essere tutti gli accorgimenti tecnici utili a mantenere il mercato nell'assetto più concorrenziale possibile.

Ciò si traduce nell'impegno da parte delle stazioni appaltanti di verificare attentamente la congruità economica della base d'asta indicata nel bando, che se non formulata tenendo in considerazione l'effettivo costo dei servizi e dei prodotti, risulta illegittima[68].

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, una base d'asta incongrua impedisce la formulazione di un'offerta concorrenziale in grado di rendere sostenibile il costituendo rapporto contrattuale[69] e si traduce nella violazione del principio della concorrenza effettiva (fissato all'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016), in quanto incoraggia «il singolo partecipante a formulare non l'offerta migliore ma quella meno seria» e può ingenerare «una falsa rappresentazione della concorrenza producendo effetti deleteri per il mercato»[70].

Sotto altro profilo, va poi considerato che la riduzione, o la mancata previsione, di alcuni servizi essenziali per la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo rischia di mortificare anche la libertà di assistenza (art. 38, co. 4, della Costituzione) degli operatori cui verrà affidata la gestione dei Centri.

---

68. V. Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 16.7.2018, n. 418: «la stazione appaltante, nel determinare il prezzo a base d'asta, non può prescindere da una verifica della effettiva congruità dello stesso rispetto alle prestazioni e a tutti i costi che si rendono necessari per eseguire il servizio richiesto». Il principio è affermato anche da Tar Napoli, sez. IV, 2.7.2018, n. 4387.

69. La giurisprudenza amministrativa afferma che «l'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica e, segnatamente, della fissazione di una base d'asta il cui valore non sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, in violazione dell'art. 86, co. 3-*bis*, d.lgs. 163/2006», legittimano l'immediata impugnazione del bando, «poiché tali regole, incidendo sulla formulazione dell'offerta, ledono immediatamente, concretamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara». In questi termini v., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 3.10.2011, n. 5421; Cons. St., sez. III, 13.12.2013, n. 5983; Cons. St., III, 2.2.2015, n. 491; Cons. St., sez. VI, 8.2.2016, n. 510.

70. Le citazioni sono tratte da: Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 16.7.2018, n. 418. Sul principio per cui la base d'asta stessa «seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza» v. Cons. St., sez. V, 28.8.2017, n. 4081; Cons. St., III, 10.5.2017, n. 2168.

Essi, infatti, si troveranno di fronte ad una duplice alternativa: apprestare i servizi essenziali che la normativa nazionale ed europea impone, benché non siano previsti dal bando, dunque a proprie spese (sempre che abbiano la capacità economica per farlo, aspetto per niente scontato per gli operatori di piccole dimensioni); ovvero non prestarli, con la conseguenza di violare specifici obblighi normativi e, soprattutto, di negare adeguata assistenza a persone che si trovano in condizioni di bisogno e di estrema vulnerabilità. Com'è evidente, questa seconda implicazione risulterebbe particolarmente grave per tutte quelle realtà *non profit* che operano per finalità solidaristiche.

4.2. "Mercato dei servizi di accoglienza" e obiettivi sociali comuni

La necessità di assicurare costi molto bassi riduce la capacità concorrenziale degli operatori di piccole e medie dimensioni [71] con la conseguenza che queste risultano svantaggiate rispetto agli enti di grandi dimensioni i quali, praticando economie di scala, possono più agevolmente contenere i costi di gestione.

La conseguenza è che le piccole realtà del Terzo Settore rischiano di restare escluse dagli affidamenti. Ciò pregiudica il principio di *favor* per la più ampia partecipazione sotteso alla normativa sugli appalti pubblici[72], ma soprattutto ha effetti distorsivi sul "mercato dei servizi di accoglienza".

Ad essere penalizzata, infatti, sarà soprattutto l'accoglienza diffusa in appartamenti[73], che pur è considerata (dallo stesso Ministero dell'interno nella *Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza* per l'anno 2017) una delle forme più efficaci per favorire un proficuo inserimento e la possibilità di integrazione dei migranti nel tessuto sociale (con conseguente riduzione dei rischi per la sicurezza urbana), nonché una delle misure più efficienti in termini di allocazione delle risorse pubbliche[74].

---

71. Una questione che non riguarda piccoli numeri. Si tratta, infatti, di 1.470 gestori che garantivano nel 2017 53.557 posti, pari al 77% del totale dei gestori e al 32% del totale dei posti: 473 fino a 20 ospiti (il 25%), 611 fino a 50 ospiti (il 32%), 386 fino a 100 ospiti (il 20%). I dati sono ripresi dall'articolo *Centri di accoglienza straordinaria. È caos sui bandi: penalizzata l'integrazione* reperibile all'indirizzo https://www.avvenire.it/attualita/pagine/accoglienza-e-caos-sui-bandi.

72. In questi termini anche F. Virzì, *L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un'indagine sulle procedure di gara*, in questa *Rivista*, n. 2.2017, p. 18.

73. Stando ai dati elaborati dalla Cigl Funzione pubblica, per i CAS diffusi la somma giornaliera prevista è stata ridotta a 21,35 euro a persona al giorno, con un taglio addirittura del 39%.

74. Nella *Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza per l'anno 2017 predisposto al fine di fronteggiare le esigenze straordinarie connesse all'eccezionale afflusso di stranieri nel territorio nazionale* (anno 2017) presentata dal Ministro dell'interno alla Camera dei Deputati, 14 agosto 2018, p. 5 si legge: «l'alleanza strategica con i territori [...] ha consentito, nel secondo semestre dell'anno e con effetti immediatamente leggibili, azioni di alleggerimento progressivo dei grandi Centri di accoglienza, luoghi difficili da gestire e da vivere, nel convincimento che grandi numeri producano effetti negativi oltre che nell'impatto con le collettività locali anche sull'efficienza dei servizi

Inoltre, va considerato che nella programmazione delle procedure di gara, l'amministrazione dell'interno ha mancato di esercitare la propria attività contrattuale dando piena applicazione ai principi che permettono la tutela di determinati obiettivi sociali comuni (la tutela dei lavoratori, la tutela dell'ambiente) come invece prefigurato dalle norme, nazionali ed europee, in materia di contratti pubblici[75].

Anche questo è un aspetto di estrema importanza poiché dato che si tratta di servizi che la Repubblica deve garantire – ossia di risorse finanziarie che le fonti costituzionali e internazionali impongono siano destinare all'accoglienza dei richiedenti asilo – le modalità della concreta allocazione delle stesse risultano decisive.

La programmazione e la gestione delle procedure di esternalizzazione dei servizi può, infatti, rappresentare lo strumento con cui l'amministrazione promuove e persegue politiche sociali e di sviluppo sostenibile.

Al contrario, i tagli ai servizi previsti con il d.l. n. 113/2018 e con il d.m. 20.11. 2018 implicano una riduzione dei lavoratori impiegati nel settore[76], soprattutto di quelli con un più alto grado di professionalità (medici, insegnanti, avvocati, infermieri)[77]. Ciò pregiudica anche le condizioni di lavoro degli altri operatori. La previsione di personale specializzato in misura inferiore rispetto alle effettive necessità (soprattutto sanitarie) delle persone accolte, esporrà gli addetti agli altri servizi all'eventualità di dover fronteggiare situazioni complesse, senza avere adeguata competenza ed esperienza, così mettendo a rischio la propria sicurezza personale e la qualità complessiva del servizio, con evidenti implicazioni negative nella gestione della convivenza all'interno delle strutture.

A ciò si aggiunge che nel nuovo schema di capitolato non è prestata attenzione alcuna alla tutela dell'ambiente e alla sostenibilità ecologica: nessuna "clausola verde" compare

---

forniti ai migranti e, nello stesso tempo, per il connesso, rilevante onere finanziario siano fonte di attrazione per gli interessi criminali».

75. V. l'art. 18, co. 2, Dir. 2014/24/UE del 26.2.2014 e art. 30, co. 1 e 3, d.lgs. n. 18.4.2016, n. 50. Sul punto, tra gli altri, R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza* e M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, entrambi in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 127 ss. e 147 ss.

76. Benché il nuovo schema di capitolato (art. 5), preveda che «gli aggiudicatari [...] si impegnano ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante nel Centro come previsto dall'art. 50, d.lgs. 18.4.2016, n. 50, previa verifica di compatibilità che il numero di lavoratori e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa», la consistente riduzione delle dotazione di personale (All. A) e la stima dei costi medi (All. B) rendono inevitabili le riduzioni degli impieghi.

77. Secondo dati emersi da un'indagine della Cigl Funzione pubblica, con l'attuazione del d.l. n. 113/2018, circa il 40% dei lavoratori impiegati nel settore (si stima circa 18.000 operatori) rischia il posto di lavoro: medici, infermieri, mediatori culturali, insegnanti, psicologi e avvocati, molti dei quali giovani sotto i 35 anni di età. Da un monitoraggio svolto nei territori risultano quasi cinque mila lavoratori del settore già interessati da procedure di esubero. I dati sono tratti da https://www.fpcgil.it/2019/04/06/decreto-salvini-6-mesi-dopo/.

nei capitolati, ma al contrario alcune specifiche tecniche (sulla fornitura di pasti e sulle pulizie) impongono un uso abnorme di materiale inquinante (ad es. la plastica monouso).

Così operando l'amministrazione contravviene a tendenze non solo politicamente apprezzabili, ma anche espressamente contemplate dal codice dei contratti pubblici e, più in generale, dal diritto europeo che pone l'esigenza di una contrattazione pubblica che venga utilizzata anche per il compimento di politiche (sociali, ambientali etc.) che la rendano sostenibile nell'ambito di un complesso quadro di valori.

In definitiva, la riduzione della spesa pubblica è fatta a scapito di un adeguato investimento in occupazione, in qualità e sostenibilità dell'attività di pubblico servizio che non solo viola i diritti delle persone migranti, ma finisce per danneggiare la collettività nel suo complesso.

5. Considerazioni conclusive

Tanto considerato, si è consapevoli che l'accoglienza dei migranti involontari è problema complesso, reso ancor più controverso dal sistema di regole che fa ricadere la gran parte degli oneri sui Paesi di primo ingresso (*i.e.* il Reg. UE 604/2013 c.d. "Dublino III") e dall'attuale contesto di crisi economica che sta provocando un livellamento al ribasso nella garanzia dei diritti sociali anche per i cittadini.

Nondimeno, il modo in cui l'amministrazione gestisce il fenomeno è fondamentale e politiche come quelle esaminate, oltre che illegittime per i profili evidenziati, sono gravemente dannose sul piano generale per almeno due ragioni. In primo luogo, perché sono poste in essere in manifesta violazione di obblighi sanciti dalle fonti costituzionali e internazionali, con conseguente allentamento dei principi cardine dello Stato costituzionale di diritto. In secondo luogo, perché inducono a credere che un problema strutturale, quale quello delle migrazioni forzate, possa essere affrontato con misure estemporanee ed emergenziali o, addirittura, disincentivato attraverso il peggioramento delle condizioni di accoglienza di chi giunge sul nostro territorio.

La gravità di tali politiche appare ancora più evidente se si considera che ad esse non si sono accompagnati gli interventi che invece sarebbero necessari per promuovere l'introduzione di regole che diano concretezza al principio di solidarietà fra i Paesi europei[78] previsto dall'art. 80 TFUE[79].

---

78. Il riferimento è all'assenza, nel secondo semestre del 2018 e nel primo del 2019, dei rappresentanti del governo italiano alle riunioni europee in cui è stata discussa la riforma del regolamento Dublino III, reg. UE n. 604/2013. Al riguardo v. A. Magnani, *Salvini accusa l'Europa ma boicotta le riforme per evitare altri casi "Sea Watch"*, del 30 giugno 2019 reperibile all'indirizzo: https://www.ilsole24ore.com/art/salvini-accusa-l-europa-ma-boicotta-riforme-evitare-altri-casi-sea-watch-ACMeuiV.

Il problema è complesso, dunque, ma la Costituzione e le fonti internazionali impediscono che possa essere gestito in violazione dei diritti umani fondamentali.

79. In base al quale: «Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

L'INTEGRAZIONE COME FATTORE DI SVILUPPO DELL'ECONOMIA LOCALE: ANALISI DI UN PROGETTO INNOVATIVO

di Giovanni Calvellini

Abstract: *A San Martino in Rio è stato recentemente approvato dal Consiglio comunale un progetto che prevede l'attivazione con alcuni richiedenti e titolari di protezione internazionale di tirocini da svolgersi presso il Comune (soggetto ospitante), con riconoscimento al tirocinante di un'indennità da corrispondersi in moneta complementare (convertibile in Euro dopo sei mesi dall'emissione) spendibile esclusivamente per l'acquisto di beni e servizi presso gli esercizi commerciali aderenti siti nel territorio del Comune medesimo. Descritto il contenuto del progetto e analizzati brevemente i vantaggi che, in generale, l'utilizzo di una moneta locale può portare all'economia del territorio a cui si riferisce, l'Autore prende in esame gli effetti positivi in termini di integrazione che possono derivare dall'utilizzo di quel tipo di valuta per pagare l'indennità di tirocinio al migrante, individuando inoltre i margini entro cui ciò è consentito dall'ordinamento giuslavoristico. Sono da ultimo presi in considerazione i possibili canali di raccolta delle risorse necessarie a implementare simili iniziative, prestando anche attenzione all'opportunità di operazioni di crowdfunding civico.*

Abstract: *In the Italian municipality of San Martino in Rio, Emilia Romagna, was recently presented and approved by the Town Council a project that provides the activation of internships (to be carried out in the municipality itself) with some asylum seekers and beneficiaries of international protection, to whom is acknowledged an allowance in complementary currency (convertible in Euros six months after its issue) which can be spent only to purchase goods and services sold by the local retailers participating in the initiative. After describing the project's contents and briefly analyzing the benefits that, in general, the use of a local currency can bring to the economy of the area involved, the Author takes into account the positive effects, in terms of integration, that may derive from using this typology of currency to pay the trainee's allowance, identifying moreover the margins within which labour law allows it. Lastly, conduits for collecting the funds necessary to implement such initiatives are considered, paying special attention to the opportunity of civic crowdfunding's operations.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

L'INTEGRAZIONE COME FATTORE DI SVILUPPO DELL'ECONOMIA LOCALE: ANALISI DI UN PROGETTO INNOVATIVO

di Giovanni Calvellini*

SOMMARIO: 1. Migrazione e insicurezza "urbana": la ricerca di un rimedio. — 2. Il progetto di San Martino in Rio. — 3. Il *quid pluris* della moneta complementare. — 4. Profili giuslavoristici del progetto. — 5. I possibili canali di finanziamento dei progetti degli Enti locali finalizzati all'integrazione.

1. Migrazione e insicurezza "urbana": la ricerca di un rimedio

Il fenomeno migratorio verso il Vecchio Continente è oramai divenuto uno dei principali temi intorno ai quali, nei vari Paesi e, di riflesso, nelle istituzioni eurounitarie, si stanno confrontando gli opposti schieramenti politici. Nonostante la rilevanza della questione, l'approccio alla stessa continua a essere del tutto parziale. Il dibattito non sembra infatti aver ancora acquisito piena consapevolezza della distinzione tra accoglienza e integrazione. L'attenzione dei legislatori nazionali ed europeo è ancora completamente focalizzata, oltre che sugli obiettivi – ritenuti prioritari – di bloccare all'origine i flussi migratori e di redistribuire i richiedenti asilo tra gli Stati membri, sulla predisposizione e sulla gestione dell'accoglienza. Solo in minima parte, invece, si è cercato di ideare, finanziare e implementare adeguati modelli di integrazione; tantomeno, si è provveduto a incentivarne e sostenerne la progettazione.

Questa circostanza, e non – come invece troppo spesso viene affermato – il fenomeno migratorio di per sé, è all'origine dell'incremento della percezione di insicurezza nei cittadini europei; insicurezza che deve essere intesa, più che nel suo significato tradizionale di messa in pericolo dell'incolumità o del patrimonio della persona, nella sua dimensione "urbana", ovvero come ineffettività della garanzia di una buona qualità di vita e del pieno godimento dello spazio urbano[1].

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Siena.

1. Sul paradigma sociologico della sicurezza urbana si legga F. Battistelli, *Sicurezza urbana "partecipata": privatizzata, statalizzata o pubblica?*, in *Quad.soc.*, n. 63.2013, pp. 105-106. A mettere in relazione fenomeno migratorio e insicurezza urbana sono anche D. Ferretti, *Il* welfare *locale alla prova delle migrazioni. Un'analisi dei progetti Sprar nelle città medie italiane*, in *Aut.loc.serv.soc.*, 2017, pp. 95-96 e L. Chiodini, *Le ordinanze comunali a contrasto dell'insicurezza urbana: un'indagine nazionale*, in *Aut.loc.serv.soc.*, 2009, pp. 505-506.

In una prospettiva di attenuazione e superamento del senso di insicurezza (intesa in tale nuova accezione), appare allora più che mai urgente l'avvio di una politica di promozione di iniziative concrete che mirino a rafforzare, a livello locale, la coesione sociale e l'inclusione di richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale. Si tratta di obiettivi il cui perseguimento passa evidentemente per la conquista da parte di queste persone dell'autonomia individuale e quindi per un'emancipazione economica che consenta l'affrancamento dallo stato di bisogno.

Alla luce di ciò, gli sforzi degli attori coinvolti nei processi d'integrazione dovrebbero essere rivolti primariamente all'inserimento lavorativo del richiedente o titolare di protezione internazionale[2]. Di qui, la centralità del ruolo dei Centri per l'impiego[3], posto che, com'è noto, l'assunzione dello straniero titolare di permesso di soggiorno per richiesta di asilo o per protezione internazionale non passa dallo Sportello unico per l'immigrazione (chiamato in causa solo per l'assunzione dei cittadini *extra*-Ue non presenti in Italia), ma avviene direttamente attraverso la stipula tra le parti del contratto di lavoro. La comunicazione obbligatoria di assunzione assolve infatti ad ogni obbligo di comunicazione gravante sul datore di lavoro[4]. I servizi di intermediazione, di formazione e di riqualificazione professionale offerti dai Centri per l'impiego dovrebbero quindi espletare una funzione fondamentale di supporto all'inserimento lavorativo dei soggetti qui in esame, i quali, proiettati in un contesto per loro del tutto sconosciuto, incontrano in genere difficoltà nella ricerca di un'occupazione attraverso canali informali.

---

2. Anche secondo E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, *La Costituzione come fonte e condizione per l'integrazione dei migranti*, in *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, a cura di S. D'Acunto, A. De Siano, V. Nuzzo, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, p. 178, «il lavoro è certamente uno dei fattori fondamentali sui quali può basarsi un percorso di integrazione». V. Pinto, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in *In cammino tra aspettative e diritti*, cit., p. 262 afferma che «non c'è dubbio che lo svolgimento di un'attività lavorativa [...] sia un importante fattore di integrazione [...]». Sostiene invece M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, p. 37 che la possibilità di lavorare riconosciuta dalla legge ai richiedenti asilo «comporta molteplici effetti negativi sul mercato del lavoro, in particolare per quei settori, come l'agricoltura e l'edilizia, ove l'irregolarità del rapporto di lavoro è una costante». Si può tuttavia replicare che, di fronte a queste innegabili problematiche di diffuso sfruttamento lavorativo degli stranieri (si leggano, in relazione alla filiera agroalimentare, V. Leccese, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2018, p. 245 ss. e W. Chiaromonte, *«Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2018, p. 321 ss.), la risposta dell'ordinamento non dovrebbe essere quella di precludere l'accesso al lavoro a questi soggetti, ma piuttosto quella di impegnarsi con maggior vigore nell'elaborare politiche di contrasto a quei fenomeni criminali.

3. Mentre il titolare di protezione internazionale può, in ogni momento, rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità al Centro per l'impiego del luogo di residenza, il richiedente è ammesso a farlo soltanto a partire da quando gli è consentito svolgere attività lavorativa (cioè decorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda di protezione internazionale). La circolare congiunta di Anpal e Ministero del lavoro del 29.8.2018 ha chiarito che, nel caso del richiedente asilo, per l'individuazione del Centro per l'impiego competente, si deve guardare al luogo in cui si trova la dimora abituale.

4. Art. 17, d.l. n. 5/2012, conv. l. n. 35/2012.

Peraltro, la legge stabilisce che la richiesta del datore allo Sportello unico di instaurare un rapporto di lavoro subordinato con uno straniero *extra*-Ue residente all'estero debba essere preceduta da una verifica, presso il Centro per l'impiego competente, circa la disponibilità all'occupazione di un lavoratore (italiano, europeo o cittadino extra-Ue) già regolarmente presente sul territorio nazionale[5]. La norma introduce così una priorità nell'assunzione a favore del richiedente e del titolare di protezione internazionale soggiornanti in Italia rispetto al migrante economico residente all'estero.

Quanto, più in generale, alle politiche di sostegno all'occupazione, richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale sono presi in considerazione ben poco dall'ordinamento. Le isolate previsioni normative che li riguardano direttamente hanno un impatto davvero limitato rispetto all'oggettiva condizione di svantaggio con cui essi si presentano nel mercato del lavoro. Tra gli interventi più rilevanti in questo senso si può anzitutto menzionare l'inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale tra i soggetti che possono svolgere un tirocinio *extra*-curriculare[6]. Riguarda invece solo rifugiati e titolari di protezione sussidiaria la previsione secondo cui, se almeno il 30% dei dipendenti impiegati per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale possiede quello *status* (o un'altra delle condizioni di svantaggio tipizzate dalla legge), si intende soddisfatto il requisito dell'interesse generale dell'attività svolta necessario per poter qualificare come "sociale" un'impresa[7]. Infine, sebbene non sia stata rinnovata per l'anno in corso, merita comunque di essere citata la norma che riconosceva alle cooperative sociali un contributo (della durata di trentasei mesi) a riduzione o sgravio della contribuzione dovuta per i titolari di protezione internazionale assunti a tempo indeterminato nel 2018[8].

Come si vede si tratta di disposizioni molto specifiche dalle quali non è possibile ricostruire un sistema rispondente a un preciso indirizzo di politica dell'integrazione. Le modifiche apportate al sistema di accoglienza dal decreto Salvini (d.l. n. 113/2018, conv. l. n. 132/2018) hanno poi complicato ulteriormente il quadro, soprattutto – per quanto qui interessa – con l'esclusione dei richiedenti asilo dalla possibilità di inserimento nello Sprar/Siproimi[9], cioè nell'unico sistema istituzionalmente deputato ad (oltre che

5. Art. 22, co. 2, d.lgs. n. 286/1998.

6. Par. 1 cpv. 5 lett. *e*, Linee guida in materia di tirocini approvate dalla Conferenza Stato-Regioni il 25.5.2017.

7. Art. 2, d.lgs. n. 112/2017.

8. Art. 1, co. 109, l. n. 205/2017 (legge di bilancio 2018).

9. Si legga, *amplius*, M. Giovannetti, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in questa *Rivista*, n. 1.2019.

concretamente in grado di[10]) agevolare il conseguimento dell'autonomia individuale del migrante[11].

In un contesto normativo di tal fatta, lo sviluppo di piani a sostegno dell'integrazione è lasciato all'eventuale intervento delle istituzioni locali più virtuose. L'analisi di questo tipo di esperienze può rivelarsi, pertanto, estremamente interessante e proficua. Ecco perché, nelle pagine che seguono, sarà presa in esame una peculiare iniziativa ascrivibile proprio tra i tentativi di integrazione attraverso l'emancipazione economica. Dallo studio di questo caso, infatti, è possibile trarre degli spunti per l'elaborazione di un modello d'intervento a sostegno dell'inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale esportabile pure in altre realtà ed estendibile anche a vantaggio delle ulteriori categorie di soggetti a rischio di emarginazione sociale.

2. Il progetto di San Martino in Rio

A San Martino in Rio, Comune di circa 8.000 abitanti del Reggiano, è stato recentemente approvato dal Consiglio comunale un progetto molto promettente in termini di integrazione di richiedenti e titolari di protezione internazionale[12]. Presentato da una lista civica di opposizione e approvato all'unanimità, la sua implementazione sembra però incontrare quelle resistenze politiche che spesso emergono quando si tratta di investire risorse pubbliche a vantaggio di migranti.

Ad ogni modo, come si diceva, l'idea alla base della sperimentazione proposta è assolutamente interessante, mirando essa a inserire il percorso di inclusione di richiedenti e titolari di protezione internazionale in un più ampio piano di risposta a concrete esigenze della realtà locale. In particolare, sono almeno tre le problematiche su cui il progetto cerca di intervenire: la condizione di marginalità socio-economica in cui vivono gli stranieri titolari di quegli *status* ospitati sul territorio comunale; l'impossibilità di provvedere a un'adeguata cura del verde pubblico attraverso il solo personale dell'Ente; le difficoltà dell'economia locale.

A queste problematiche il progetto cerca di dare una risposta unitaria, consistente nell'attivazione con i migranti di tirocini *extra*-curriculari da svolgersi presso il Comune (soggetto ospitante), aventi a oggetto l'attività di cura del verde pubblico (o altre attività di

10. Come sottolineato nel Comunicato dell'Anci del 15.11.2018 intitolato *Atlante Sprar 2017: quali prospettive alla luce del decreto 113/2017* (testo reperibile all'indirizzo https://www.sprar.it/wp-content/uploads/2018/11/Nota-Prospettive-alla-luce-del-dl-113.pdf), a parità di costi *pro capite pro die* con i Centri di accoglienza straordinaria, «le percentuali di integrazione nello Sprar nel 2017 (in crescendo rispetto agli anni precedenti) dimostrano [...] [che] il 43% degli accolti ha concluso positivamente il proprio percorso di accoglienza ed ha raggiunto uno stato di autonomia, e un ulteriore 31% ha acquisito gli strumenti indispensabili per "camminare sulle proprie gambe"».

11. Cfr. art. 29 dell'allegato al d.m. 10.8.2016.

12. Delibera del Consiglio comunale di San Martino in Rio n. 8 del 8.2.2018 (testo reperibile all'indirizzo http://servizi.pianurareggiana.it:82/ULISS-e/Bacheca/coatti03.aspx?cid=137276&noFirma=N&nal=2).

pubblico interesse) e con riconoscimento al tirocinante di un'indennità corrisposta in moneta complementare spendibile esclusivamente per l'acquisto di beni e servizi presso gli esercizi commerciali aderenti siti nel territorio del Comune medesimo.

Più nel dettaglio, l'attività di formazione in situazione di richiedenti e titolari di protezione internazionale sarebbe indennizzata attraverso *voucher* (denominati Buoni di Solidarietà Territoriale, BST) convertibili in Euro dopo non meno di sei mesi. L'amministrazione comunale, a fronte dell'emissione di valuta complementare, accantonerebbe in Euro le risorse finanziare (per un valore corrispondente) a copertura della conversione, che così risulterebbe garantita in rapporto fisso di equivalenza con la moneta avente corso legale (cambio 1 a 1).

Una volta ricevuti i BST, il tirocinante potrebbe decidere di conservarli in attesa della scadenza per la conversione. Rispetto a questa ipotesi, però, si impongono due considerazioni: innanzitutto, tenuto conto dei tempi relativamente brevi di permanenza su di un territorio dei richiedenti e titolari di protezione internazionale, nonché della condizione di bisogno in cui gli stessi vertono, è prevedibile che sarebbero indotti a spendere i *voucher* prima della loro scadenza; secondariamente, trattandosi di un mezzo di pagamento meno fungibile dell'Euro, è logico supporre che il detentore sarebbe spinto a utilizzarlo prima delle disponibilità in moneta legale.

Dando quindi per acquisito che i migranti sarebbero fortemente incoraggiati all'utilizzo dei BST, si innescherebbe un meccanismo in cui questi ultimi verrebbero impiegati come strumenti di pagamento parallelamente all'Euro. Trattandosi di crediti al portatore cedibili a terzi al valore nominale, anche l'esercente che li avesse ricevuti dal tirocinante in pagamento di propri prodotti sarebbe indotto a riutilizzarli (con precedenza rispetto agli Euro, per la ragione suvvista), ad esempio per pagare fornitori, corrispondere liberalità ai propri dipendenti o per l'acquisto di beni o servizi di interesse personale. Prenderebbe avvio così un circuito di pagamenti a mezzo di moneta complementare strettamente legato al territorio interessato. Peraltro, la circolabilità dei BST per il periodo antecendente la scadenza per la conversione è ciò che differenzia e rende più vantaggioso, per l'economia locale coinvolta, il ricorso agli stessi a confronto con il più tradizionale e comune impiego dei *ticket restaurant* o di buoni per l'acquisto di determinati prodotti, oppure, ancora, rispetto a certe forme di *welfare* aziendale.

Dunque, a fronte delle problematiche rilevate, il progetto descritto integrerebbe fra di loro in un circuito virtuoso tre politiche territoriali. In primo luogo, doterebbe il personale del Comune di un supporto per l'espletamento di tutte quante quelle attività di interesse per la collettività che l'Ente da solo non riesce a svolgere compiutamente; con la doverosa precisazione – che sarà approfondita *infra* al § 4 – che tale ausilio sarebbe comunque contenuto, in virtù del carattere prevalentemente formativo/orientativo dell'attività svolta

dal tirocinante. In secondo luogo, promuoverebbe l'economia locale mettendo in circolazione moneta utilizzabile soltanto per gli scambi nel territorio comunale. In ultimo, venendo alla tematica che qui più interessa, a ben vedere, il progetto contribuirebbe a integrare richiedenti e titolari di protezione internazionale, incoraggiandoli a dedicarsi a un'attività di pubblica utilità, formandoli allo svolgimento di un determinato mestiere, favorendone l'indipendenza economica e inserendoli nel tessuto socio-economico locale.

Insomma, l'utilizzo della moneta complementare per corrispondere loro l'indennità di tirocinio sarebbe sicuramente capace di produrre delle esternalità positive sul processo di integrazione: la persona beneficerebbe di una fonte di reddito che ne favorirebbe il conseguimento dell'emancipazione economica, attenuando però in maniera sensibile, in ragione della peculiarità del mezzo di pagamento, la percezione da parte della comunità autoctona del migrante come possibile *competitor*[13]. Addirittura, non è da escludere che, costituendo egli l'innesco di un circuito di scambi benefico per il reddito locale, la cittadinanza giungerebbe progressivamente a considerarlo un fattore di crescita e sviluppo dell'economia territoriale.

3. Il *quid pluris* della moneta complementare

Uno degli effetti più noti delle crisi economiche è la tendenza a tesaurizzare il denaro, con conseguente riduzione dei volumi di moneta circolante. La ragione di questo fenomeno – che quando è praticato dagli intermediari finanziari verso la clientela assume la denominazione di *credit crunch* – risiede nella preoccupazione che il denaro prestato possa non essere restituito e nella convinzione che sia più prudente per imprese e individui affrontare la crisi avendo a disposizione il maggior quantitativo possibile di liquidità.

Ma l'interesse individuale alla tesaurizzazione si scontra con l'interesse generale alla circolazione della moneta. Da un punto di vista macroeconomico, infatti, la detenzione della ricchezza è assolutamente deleteria, dando essa luogo a un circolo vizioso che alimenta un vortice depressivo da cui è possibile uscire solo invertendo la summenzionata tendenza.

Si sono dimostrati scarsamente utili al fine di riattivare l'economia reale gli ingenti prestiti concessi dalla Banca centrale europea al sistema bancario commerciale. A fronte della generale indisponibilità di quest'ultimo all'esercizio del credito nell'economia reale, la maggiore liquidità ottenuta è stata utilizzata dagli istituti bancari per investimenti – come l'acquisto di titoli di debito pubblico – più sicuri o che, comunque, li esponessero in minor misura al rischio di non veder rimborsato il capitale iniziale.

Al cospetto del – quantomeno parziale – fallimento di questo tipo di politica economica c'è chi ipotizza che un contributo decisamente più significativo alla soluzione del problema

13. D. Ferretti, *op.cit.*, p. 104.

potrebbe venire dall'istituzionalizzazione della possibilità di ricorrere a una moneta *complementare* (e non *sostitutiva* della moneta ufficiale) fatta in modo che ne sia assicurata una veloce circolazione[14]. L'idea di affiancare una valuta parallela a quella avente corso legale è tutt'altro che priva di riscontri pratici e non necessariamente presuppone un intento speculativo (come quello che invece anima il sistema dei *Bitcoin*). Proprio in Italia, i circuiti *Sardex* consentono all'impresa di ottenere una linea di credito (a interessi zero) in moneta complementare (in rapporto di cambio 1 a 1 con l'Euro) spendibile per l'acquisto di beni o servizi di altri partecipanti al circuito. Entro dodici mesi, poi, l'impresa deve rientrare del proprio debito vendendo i propri prodotti nel circuito, dovendo altrimenti corrispondere in Euro il residuo non rimborsato[15]. La rilevanza e il successo di questa esperienza sono testimoniati dalla circostanza che, nel 2017, nei circuiti *Sardex* presenti in Italia sono stati transati crediti per un valore di 100 milioni di Euro[16]. È evidente quindi che il contesto anomico (sul quale, nel 2014, si era tentato di intervenire senza esito[17]) non sta in alcun modo scoraggiando l'implementazione di circuiti di valuta parallela all'Euro.

Il dibattito in materia è stato poi recentemente alimentato dall'approvazione bipartisan alla Camera di una mozione di indirizzo con la quale si prospetta l'utilizzo dei c.d. "mini-BOT" per il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione verso le imprese[18]. Con quella espressione si fa riferimento a titoli di Stato al portatore di piccolo o piccolissimo taglio senza tasso d'interesse e senza scadenza. Nell'ottica dei fautori dell'ipotesi dell'emissione di tali strumenti, essi, una volta ricevuti dall'impresa in pagamento dei propri crediti verso lo Stato, potrebbero dalla stessa essere utilizzati per il versamento dei tributi dovuti oppure per l'acquisto di beni e servizi da terzi. Tuttavia, posto che – non avendo essi corso forzoso – nessuno potrebbe essere obbligato a riceverli in pagamento dall'impresa, i mini-BOT, per poter essere considerati moneta, dovrebbero operare in un contesto di fiducia degli operatori verso gli stessi, così da essere comunemente accettati nelle transazioni.

È lecito però dubitare che un simile scenario possa svilupparsi per il solo fatto dell'utilizzo dei mini-BOT per il pagamento dei debiti commerciali della pubblica amministrazione. È plausibile piuttosto ritenere che, una volta ricevuti, l'impresa incontrerebbe serie difficoltà a impiegarli nei rapporti commerciali. Il rischio è insomma che questo strumento sia solo un palliativo che, lungi dal risolvere il problema dell'incapacità

14. Cfr. M. Amato, L. Fantacci, *Moneta complementare. Sai cos'è?*, Milano-Torino, Bruno Mondadori, 2013, a cui si rinvia anche per l'individuazione delle caratteristiche che rendono "ben fatta" la moneta complementare.

15. Si legga, *amplius*, G. Littera, L. Sartori, P. Dini, P. Antoniadis, *From an Idea to a Scalable Working Model: Merging Economic Benefits with Social Values in Sardex*, in *Int.Jour.Comm.Curr.Res.*, n. 1.2017, p. 6 ss.

16. Cfr. https://sardex.net/circuiti-100-milioni-crediti-2017/.

17. Cfr. Proposta di legge delega C. 2582 presentata il 30.7.2014 (testo reperibile all'indirizzo https://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=2582).

18. Cfr. https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0179&tipo=stenografico.

dello Stato di saldare i propri debiti, modifichi la forma del credito dell'impresa senza incidere sulla sostanza.

Ciò che si è appena detto in ordine al dibattito sui mini-BOT ci permette di rimarcare quanto sia importante, affinché sorga quella fiducia che consente di parlare di moneta complementare, la delimitazione spaziale dell'ambito in cui il titolo può circolare. Quando il confine è di tipo fisico-geografico[19] si è soliti parlare anche di "moneta locale", il cui obiettivo è stimolare gli scambi commerciali, e quindi l'economia, del territorio interessato. Oltre a incentivare la spesa, questo tipo di valuta è «in grado di rafforzare i rapporti sociali nelle comunità che la usano»[20]. E proprio per propiziare l'insorgere di un contesto di fiducia intorno a essa è necessario un (implicito o esplicito) patto territoriale tra operatori che riveli la disponibilità di tutti quanti – istituzioni, commercianti, consumatori, lavoratori, sindacati, organizzazioni del terzo settore, etc. – a collaborare nella logica del sistema. Sulle fondamenta di questa propedeutica disponibilità alla partecipazione attiva, poi, la concreta operatività della moneta locale è capace di potenziare le sinergie tra gli attori.

Quanto appena detto spiega perché la Regione Emilia-Romagna, al fine di sostenere la c.d. "Economia solidale" – «quale modello sociale economico e culturale improntato a principi [...] di equità e coesione sociale, di solidarietà e centralità della persona [...] e quale strumento fondamentale per affrontare le situazioni di crisi economica, occupazionale e ambientale»[21] –, si è impegnata a promuovere il confronto e l'approfondimento sul tema delle monete complementari[22].

Pertanto, può ritenersi che, già a livello generale, la coesione sociale delle comunità locali benefici dell'esistenza di un circuito di valuta complementare. Se poi addirittura l'immissione in circolazione di quest'ultima avviene per il tramite di soggetti a rischio di esclusione (nel caso di San Martino in Rio, attraverso richiedenti e titolari di protezione internazionale) è possibile rilevare ulteriori effetti positivi. Infatti, un sistema così congeniato agevola una prima interazione a partire dalla quale è possibile che si sviluppi una relazione stabile. Da una parte, il soggetto ai margini della società è spinto a entrare in contatto con il resto della comunità locale, dall'altra, i membri di quest'ultima sono spronati all'apertura verso il primo in cui sono portati a vedere un veicolo di benessere. Una moneta complementare appare insomma uno strumento efficace per tentare di gettare le basi per l'instaurazione di legami fra le persone in condizione di fragilità sociale e le comunità in cui vivono.

---

19. La delimitazione spaziale, oltre che fisica (cioè riferita a un certo territorio), può essere anche virtuale e quindi operata su una comunità *online*.

20. M. Amato, L. Fantacci, *op.cit.*, richiamati in proposito anche nella relazione illustrativa della citata proposta di legge delega del 2014 per la disciplina delle monete complementari.

21. Art. 1, co. 1, l. reg. Emilia Romagna n. 19/2014.

22. Art. 4, co. 2 lett. *e* n. 4, l. reg. Emilia Romagna n. 19/2014.

4. Profili giuslavoristici del progetto

L'esame del progetto di San Martino in Rio sollecita almeno un paio di riflessioni dal punto di vista giuslavoristico. Un primo ordine di considerazioni attiene alla funzione che lo *stage* viene ad assumere con riferimento ai soggetti reputati "svantaggiati".

I tirocini di inserimento/reinserimento lavorativo – che le Linee guida approvate nel 2017 dalla Conferenza Stato-Regioni affiancano ai tirocini formativi e a quelli di orientamento – non costituiscono un tipo ulteriore di *stage* che non si caratterizza per formazione e orientamento, ma identificano piuttosto un tirocinio che, oltre a connotarsi per questi aspetti, persegue l'ulteriore finalità di inserimento/reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti che, per varie ragioni, incontrano maggiori difficoltà nel reperire un'occupazione. Anche in questi casi, insomma, gli obiettivi "istituzionali" di formazione e di orientamento sono presenti, ma vanno opportunamente considerati come «finalità di carattere strumentale ad altri scopi meritevoli di particolare tutela nell'ordinamento»[23].

Ecco, sebbene la disciplina normativa di dettaglio (tanto quella contenuta nelle Linee guida, quanto quella delle leggi regionali di recepimento) abbia svilito la richiamata funzione originaria dei tirocini *extra*-curriculari[24] (specie con riferimento a quelli rivolti ai soggetti svantaggiati), non deve mai dimenticarsi che la connotazione orientativa e formativa costituisce la causa dello *stage*, in assenza della quale l'attività svolta va inquadrata come una prestazione lavorativa a tutti gli effetti[25]. Pertanto, l'attività richiesta al migrante nell'ambito del progetto di San Martino in Rio dovrebbe in ogni caso essere finalizzata a sostenere le scelte professionali dello *stageur* e a favorire l'acquisizione da parte sua di competenze mediante il contatto diretto con il mondo del lavoro. È questa la ragione per cui si è detto *supra* che l'apporto del tirocinante rispetto alla manutenzione del verde pubblico o alle altre attività dovrebbe essere limitato. Il progetto deve prefiggersi lo scopo di consentire l'acquisizione da parte del migrante di una professionalità poi rivendibile sul mercato del lavoro e soltanto incidentalmente ed eventualmente di supportare il personale dell'Ente nello svolgimento delle sue attività.

Un'altra questione di interesse giuslavoristico è quella che concerne la legittimità della corresponsione dell'indennità di tirocinio in moneta complementare.

---

23. P. Pascucci, *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 96-97; Id., *L'evoluzione delle regole sui tirocini formativi e di orientamento: un'ipotesi di eterogenesi dei fini*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, p. 417.

24. M. Tiraboschi, *Prefazione*, in *Tirocini extracurriculari: i primi recepimenti regionali delle linee guida del 25 maggio 2017*, a cura di A. Corbo, F. D'Addio, L. M. Pelusi, M. Tiraboschi, Modena, Adapt University Press, 2017, pp. X-XI e P. Pascucci, *L'evoluzione delle regole*, cit., p. 425 parlano di una trasformazione del tirocinio in una sorta di contratto d'inserimento sottocosto rispetto all'apprendistato.

25. M. Napoli, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 157.

È noto che, in generale, con riferimento a quel trattamento economico, non operano i vincoli costituzionali in materia di retribuzione[26]. La l. n. 92/2012 ha però previsto il diritto del tirocinante a una «congrua indennità, anche in forma forfettaria, in relazione alla prestazione svolta»[27] (art. 1, co. 34 lett. d). Sulla scia di questa disposizione, poi, le Linee guida del 2017 hanno fissato a 300 Euro l'importo minimo di quell'indennità[28]; minimo che è di solito ulteriormente innalzato dalla disciplina regionale di dettaglio.

Dato questo contesto normativo, non si rinvengono ragioni per cui l'indennità non dovrebbe poter essere corrisposta allo *stageur* in valuta complementare. L'unica condizione che non sembra di poter superare è che – salvo che la regolamentazione regionale disponga diversamente – i *voucher* erogati per la partecipazione al tirocinio siano convertibili in Euro a scadenze predeterminate. Ciò in quanto non si può trascurare il fatto che la disciplina regionale prevede che l'indennità debba essere pagata in Euro e pertanto la non convertibilità dei *voucher* esporrebbe il soggetto obbligato al rischio di vedersi irrogata la sanzione pecuniaria amministrativa di cui all'art. 1, co. 35, l. n. 92/2012. A rigore, difatti, ove si pretendesse di adempiere con moneta complementare non convertibile, l'indennità sarebbe da considerarsi non corrisposta[29]. Nessun problema di sorta, invece, in caso di convertibilità, posto che, al più tardi, l'obbligo di pagare potrebbe ritenersi adempiuto al maturare del termine che abilita alla conversione in Euro.

5. I possibili canali di finanziamento dei progetti degli Enti locali finalizzati all'integrazione

Un ultimo argomento che merita di essere affrontato è quello concernente le modalità di finanziamento di progetti che, come quello di San Martino in Rio, si propongono di promuovere, con soluzioni innovative, l'integrazione di richiedenti e titolari di protezione internazionale. Non sono molti, infatti, gli Enti locali che possono permettersi di sopportare autonomamente i costi di implementazione di simili iniziative.

Un primo canale di raccolta delle risorse necessarie potrebbe essere quello dei finanziamenti europei. Tra questi, va segnalato in particolare il Fondo asilo migrazione e

26. Sulla portata di tali vincoli si veda, *ex multis*, P. Pascucci, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Roma, Franco Angeli, 2018.

27. La norma è stata molto criticata in dottrina. Si leggano M. Barbieri, M. D'Onghia, *I tirocini formativi*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di P. Chieco, Bari, Cacucci, 2013, p. 184, P. Pascucci, *L'evoluzione delle regole*, cit., pp. 422-423, S. Vergari, *Linee guida sui tirocini e prospettive di riforma regionale*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, pp. 453-454, M. Tiraboschi, *op.cit.*, pp. X-XI.

28. Par. 12, Linee guida in materia di tirocini approvate dalla Conferenza Stato-Regioni il 25.5.2017.

29. È questa una conclusione che trova conferma, con un ragionamento *a fortiori*, in Cass., SU, 18.12.2007, n. 26617, in *Foro It.*, 2008, I, c. 503 ss. Qui il Supremo Collegio, pur ammettendo che il debito pecuniario possa essere pagato anche con assegno circolare, fa coincidere l'estinzione dell'obbligazione con il momento in cui il creditore acquista concretamente la disponibilità della somma di denaro, ricadendo invece sul debitore il rischio dell'inconvertibilità.

integrazione (Fami), nell'ambito del quale è prevista la seguente azione: «Raccordo tra politiche del lavoro [...], integrazione e accoglienza. Percorsi individualizzati di supporto ad autonomia e integrazione tramite servizi complementari ed esperienze d'inserimento in azienda [...]»[30]. Inoltre, sebbene non specificamente rivolti ai migranti, anche il Fondo sociale europeo (Fse) e il Programma dell'UE per l'occupazione e l'innovazione sociale (EaSI) si propongono obiettivi coerenti con il tema dell'integrazione e dell'inclusione sociale attraverso l'occupazione.

Al di là delle linee di finanziamento pubblico, non di rado si rinvengono fondi istituiti da Enti privati a sostegno di interventi in campo sociale[31]; fondi per i quali potrebbero essere eleggibili progetti della specie di quello qui analizzato.

A tutti questi canali che potremmo considerare tradizionali se ne aggiunge poi uno ancora poco conosciuto nel nostro Paese. Si tratta del *crowdfunding* civico, definibile come una modalità di finanziamento di progetti d'interesse per una comunità attraverso la raccolta via *web* di un piccolo contributo liberamente offerto da molte persone. Strumento imprescindibile per il successo dell'operazione è sicuramente un'attenta strategia di comunicazione che sia in grado di raggiungere tutti i potenziali micro-finanziatori. In altre parole, la promozione del progetto, portata avanti facendo leva sul senso di appartenenza di cittadini e imprese alla comunità coinvolta, è l'unica via per conseguire i risultati finanziari attesi.

Il *crowdfunding*, oltre a consentire la raccolta dei fondi necessari per l'attuazione di progetti territoriali, si rivela molto interessante per una pluralità di ragioni. Anzitutto, esso, presupponendo un valore affettivo per il territorio da parte dei soggetti che lo abitano, rafforza lo spirito di comunità e il legame con il tessuto sociale. Secondariamente, può rappresentare una verifica del gradimento del progetto da parte degli *stakeholders*. Incrementa, poi, l'impatto del progetto sul territorio, sensibilizzando la comunità su di una determinata problematica. Promuove, infine, il valore della cittadinanza attiva.

Nonostante queste considerazioni, il *crowdfunding* – come si è detto – è ancora poco conosciuto in Italia. È vero che strategie comunicative inadeguate, mancanza di una cultura in questo senso e scarsa digitalizzazione della popolazione hanno condotto, in taluni casi, all'insuccesso delle operazioni di raccolta fondi dal *crowd*. Ciò non toglie però che, in

30. OS2/ON2 Azione lett. *b*, Programma nazionale Fami (testo reperibile all'indirizzo http://www.interno.gov.it/it/temi/immigrazione-e-asilo/fondi-europei/fondo-asilo-migrazione-e-integrazione-fami).

31. Ad esempio, il Fondo di beneficenza del Gruppo Intesa-San Paolo contempla il sociale tra le proprie aree d'intervento, finanziando – tra l'altro – «iniziative con finalità di sostegno [...] al contrasto della povertà e del disagio economico e sociale, alla difesa dei diritti delle persone, all'inclusione sociale e al lavoro, alla cooperazione internazionale [...]» (https://www.group.intesasanpaolo.com/scriptIsir0/si09/banca_e_societa/ita_fondo_beneficenza.jsp#/banca_e_societa/ita_fondo_beneficenza.jsp).

numerose esperienze, al contrario, gli obiettivi finanziari prefissati sono stati raggiunti o, addirittura, superati. Ne sono esempi il Comune di Bologna, che, con la campagna "Un passo per San Luca" finalizzata al restauro dei portici di San Luca, ha raccolto il 113% della somma necessaria[32]; o il Comune di Milano, che è riuscito a reperire le risorse utili per l'attuazione di diversi progetti d'intervento in ambito sociale[33].

In generale, può osservarsi come il fenomeno sia in rapida crescita. Le ultime rilevazioni ci dicono che in Italia i volumi della raccolta fondi tramite operazioni di *crowdfunding* sono quasi triplicati negli ultimi due anni, passando da 41 milioni di Euro nel 2017 a 111 nel 2018[34]. Allo stesso modo, non può trascurarsi il fatto che la percentuale di successo delle campagne aumenta dal 60% al 90% se alle risorse dei privati si uniscono quelle pubbliche[35], con stanziamenti diretti da parte dell'Ente locale promotore o tramite il ricorso a quei fondi europei cui si è fatto cenno *supra*.

In conclusione, superate le comprensibili diffidenze verso uno strumento ancora poco diffuso e vinto il pregiudizio che porta a inquadrarlo necessariamente come un rimedio rabberciato all'arretramento dell'intervento pubblico nel sociale, è possibile guardare al *crowdfunding* civico come a qualcosa di più di un semplice canale di reperimento delle risorse. A differenza delle altre linee di finanziamento citate, esso infatti è capace di coinvolgere la comunità nell'attuazione del progetto, rendendola partecipe della sua eventuale riuscita e sensibilizzandola al problema che l'intervento aspira a risolvere. E, a ben vedere, sono proprio questa partecipazione e questa sensibilizzazione gli elementi indispensabili perché un'iniziativa in materia di integrazione e inclusione sociale dei migranti possa produrre i risultati auspicati.

32. Cfr. http://www.unpassopersanluca.it/.

33. Cfr. https://www.eppela.com/it/mentors/comunemilano.

34. Starteed, *Il crowdfunding in Italia. Report 2018* (testo disponibile all'indirizzo https://crowdfundingreport.it/).

35. European Crowdfunding Network, *Triggering Participation: A Collection of Civic Crowdfunding and Match-funding Experiences in the EU*, Bruxelles, European Crowdfunding Network, 2018, p. 6 (testo disponibile all'indirizzo https://eurocrowd.org/wp-content/blogs.dir/sites/85/2018/07/ECN_CF4ESIF_Report_Triggering-Participation_2018.pdf).

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

LA FIN DU DÉLIT DE SOLIDARITÉ À LA FRANÇAISE?

di Céline Chassang

Abstract: *A più riprese la fine del reato di solidarietà è stata annunciata in Francia. L'ultima volta fu nell'estate del 2018, quando il Conseil constitutionnel riconobbe valore costituzionale al principio di fraternità. All'indomani di questa decisione, si trattava dunque di affermare ancora una volta che le persone che forniscono aiuto agli stranieri in situazione irregolare non potevano più essere perseguite penalmente. Questo articolo intende dimostrare che nonostante la decisione del Conseil constitutionnel, il reato di solidarietà non è del tutto sparito dal diritto francese, ma che la sua soppressione sarebbe certamente fattibile.*

Abstract: *A plusieurs reprises, la fin du délit de solidarité a été annoncée en France. La dernière fois fut à l'été 2018, lorsque le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle au principe de fraternité. Au lendemain de cette décision, il s'agissait donc d'affirmer une nouvelle fois que les personnes portant une aide aux étrangers en situation irrégulière ne pouvaient plus être poursuivies pénalement. Cet article permet de montrer qu'en dépit de la décision du Conseil constitutionnel, le délit de solidarité n'a pas totalement disparu du droit français, mais que la suppression de celui-ci est parfaitement envisageable.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA FIN DU DÉLIT DE SOLIDARITÉ À LA FRANÇAISE?

di Céline Chassang*

SOMMAIRE: 1. Prémisse. – 2. Le maintien partiel du délit de solidarité en droit français. – 2.1. L'évolution en demi-teinte de la définition de l'immunité pour motif humanitaire. – 2.2. L'absence d'évolution notable du champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire. – 3. La suppression possible du délit de solidarité du droit français. – 3.1. Les raisons de l'abandon du délit de solidarité. – 3.2. La réécriture du texte d'incrimination. – 4. Conclusions.

1. Prémisse

En juin 2018, l'Aquarius, ce navire affrété par l'ONG SOS Méditerranée, qui a sauvé des centaines de migrants au large de la Libye, a dû rester en mer pendant une semaine, avant finalement que l'Espagne décide de l'accueillir[1]. Fin 2018, des migrants secourus dans les eaux méditerranéennes par l'ONG *Proactiva Open Arms* se sont encore vus fermer l'accès aux ports italiens[2]. À l'été 2019, cette même ONG a affrété un navire qui a été contraint de rester en mer pendant 19 jours, entre Malte et l'île de Lampedusa, avec, à son bord, plus d'une centaine de migrants[3]. Après le refus italien d'accueillir le navire, la proposition espagnole, refusée par l'ONG au regard de l'urgence de la situation, et les discussions de certains États européens[4], le débarquement a finalement eu lieu à Lampedusa sur ordre de la justice italienne[5]. Le même scénario se répète inlassablement et la solidarité envers les migrants ne semble donc pas aller de soi. Pire, elle est encore réprimée dans certains États de l'Union européenne[6]. Mais en France, la fin de la pénalisation de la solidarité envers les étrangers en situation irrégulière a été annoncée[7].

---

* Maître de Conférences, Université Paris Nanterre.

1. Voir notamment: www.sosmediterranee.fr.

2. Voir par exemple, «Italie: Le gouvernement ferme ses ports à un navire d'une ONG et 300 migrants à bord», *La Voix du Nord*, 22 décembre 2018 [en ligne].

3. Voir par exemple, S. Mouillard, «Migrants: «Honte sur toi Europe!», *Libération.fr*, 12 août 2019.

4. Voir par exemple, A. Le Gentil, «Migrants en Méditerranée: l'Open Arms rejette l'offre d'accoster en Espagne, jugée «irréalisable», *Le Journal du dimanche*, 18 août 2019 [en ligne].

5. Voir par exemple, K. Hullot-Guiot avec AFP, «Les passagers de l'«Open Arms» ont enfin débarqué à Lampedusa», *Libération.fr*, 21 août 2019.

6. Résolution 2059 (2015) du 22 mai 2015, «la criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime», §5.

7. La circulaire (NOR: INT/K/13/00159/C) relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées prétend qu' «en réécrivant le 3° de ce même article L. 622-4, la loi exclut les actions humanitaires et désintéressées du délit d'aide au séjour irrégulier, pour mettre enfin un

Tel fut d'abord le cas en 2012, avec la loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées[8], puis en 2018, après la décision du Conseil constitutionnel français reconnaissant valeur constitutionnelle au principe de fraternité[9]. Par deux fois, c'était donc affirmer la fin de la pénalisation de cette obligation morale qui pousse autrui à porter aide et assistance[10] aux étrangers en situation irrégulière.

Pour autant, le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, créé par le décret-loi Daladier du 2 mai 1938[11], reste incriminé à l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Aux termes de cet article «toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de facilité l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30.000 euros». Ces peines sont également encourues par la personne qui, quelle que soit sa nationalité, commet le délit alors qu'elle se trouve sur le territoire d'un État partie à la Convention Schengen[12]. En outre, c'est également l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers sur le

---

terme à ce qui a été communément appelé «délit de solidarité». Plus récemment: G. Clavel, «Le "délit de solidarité" censuré par le Conseil constitutionnel au nom du "principe de fraternité"», *Le Huffington Post*, 6 juillet 2018; P. Gonzales, «Migrants: le Conseil constitutionnel abolit le "délit de solidarité"», *Le Figaro.fr*, 6 juillet 2018.

8. Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

9. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]. Voir notamment, M. Borgetto, «La fraternité devant le Conseil constitutionnel», *JCP(G)*, 2018, n° 30-35, Doctr. 876; A. Dejean de la Batie, «Aide aux étrangers en situation irrégulière: victoire en demi-teinte de la cause humanitaire», *D.*, 2019, p. 49; B. De Lamy, «Au-delà de l'immunité humanitaire: la fraternité comme principe constitutionnel (à propos de l'art. 622-4 CESEDA)», *RSC*, 2018, p. 1001; P. Lignieres, «Fraternité: le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Droit Administratif*, 2018, n° 8-9, repère 8; B. Mathieu, «Fraternité: une onction constitutionnelle porteuse de mutations», *Constitutions*, 2018, p. 389; D. Mazeaud, «Fraternité, le Conseil constitutionnel écrit ton nom...», *JCP (G)*, 2018, n° 29, p. 819; H. Pauliat, «La fraternité terrasse (pour partie) le délit de solidarité», *JCP (Adm.)*, 2018, n° 28, act. 597; A. Ponseille, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399; J.-H. Robert, «Fraternité avec les étrangers», *Droit pénal*, 2018, n° 9, comm. 159; D. Rousseau, «Enfin une bonne nouvelle: le principe de fraternité existe!», *Gaz. Pal.*, 2018, n° 26, p. 12; J. Roux, «Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain – Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité», *AJDA*, 2018, p. 1781; J. Roux, «Fraternité: nouveau principe à valeur constitutionnelle, *D.*, 2018, p. 1856; C. Saas, «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894; J.-E. Schoettl, «Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté», *RFDA*, 2018, p. 959; V. Tchen, «La fraternité en droit des étrangers: un principe qui manquait», *AJDA*, 2018, p. 1786; G. Tusseau, «Le Conseil constitutionnel et le "délit de solidarité"», *RCDIP*, 2019, p. 5; M. Verpeaux, «Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution», *RFDA*, 2018, p. 966.

10. Voir par exemple la définition de «solidarité» dans le Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2011.

11. Article 4 du Décret-loi du 2 mai 1938, Police des étrangers.

12. Néanmoins, aux termes de l'article L. 622-2 du CESEDA, il convient de respecter le principe *non bis in idem* et d'apprécier l'irrégularité de la situation de l'étranger au regard de la législation de l'État partie concerné. Pour poursuivre l'auteur des faits, il faut en outre une dénonciation officielle ou une attestation des autorités compétentes de l'État intéressé.

territoire d'un autre État partie à la Convention Schengen ou sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000[13] qui est incriminée. Au regard du champ d'application de ce délit et des peines y relatives[14], le délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers est donc sévèrement puni en droit français. Or, si cette infraction s'adresse nécessairement aux «passeurs» d'étrangers, elle pouvait également concerner les personnes apportant une aide aux étrangers en situation irrégulière. Par exemple, ont été condamnées pour aide au séjour irrégulier, deux frères ayant hébergé et nourri pendant un mois un étranger en situation irrégulière[15], une personne ayant hébergé un étranger en séjour irrégulier pendant trois jours[16], une femme ayant hébergé un étranger en situation irrégulière avec lequel une de ses amies allait se marier[17], ou encore le chauffeur de taxi qui a transporté des étrangers en situation irrégulière[18]. Si ces exemples de condamnations paraissent excessifs, il convient de préciser que la caractérisation du délit suppose la connaissance par l'aidant de «l'irrégularité de la situation de l'étranger»[19]. En outre, il faut reconnaître que le législateur français a progressivement créé des immunités pénales au profit de certaines catégories de personnes. C'est l'article L. 622-4 1° du CESEDA, maintes fois modifié, qui liste ces immunités. Les premières sont des immunités familiales. Ainsi, certains membres de la famille de l'étranger en situation irrégulière ne peuvent pas être poursuivis pour l'infraction d'aide au séjour irrégulier: ascendants, descendants, conjoint des ascendants ou descendants, frères et sœurs de l'étranger et de leur conjoint. De même, le conjoint de l'étranger ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui bénéficie également de l'immunité pénale en vertu de l'article L. 622-4 2° du CESEDA. Mais, depuis la loi du 31 décembre 2012, et sous l'impulsion de l'arrêt *MALLAH* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)[20], c'est également la famille du conjoint

13. *Ibid.*

14. Voir également, aux articles L. 622-3 et L. 622-5 et suivants du CESEDA, les circonstances aggravantes ainsi que l'ensemble des peines complémentaires applicables.

15. CA Agen, 13 octobre 1994, n° 940246, arrêt reproduit in GISTI, «Délit de solidarité: les origines», *Plein Droit*, 2009, n° 82, pp. V- VI.

16. Crim., 22 novembre 1995, pourvoi n° 95-83434.

17. CA Douai, 17 décembre 1997, *Mlle DELTOMBE*, arrêt reproduit in GISTI, «Délit de solidarité: la réalité», *Plein Droit*, 2009, n° 83, pp. VI-VII.

18. Crim., 21 janvier 2004, pourvoi n° 03-80328.

19. Voir par exemple, Crim., 26 février 1997, pourvoi n° 96-82158. Voir également, Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Cons. 42; Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Cons. 18.

20. Cour EDH, Cinquième section, 10 novembre 2011, *Affaire MALLAH c. France*, Requête n° 29681/08. Voir notamment, P. Beauvais, «Droit pénal européen de la CEDH», *RPDP*, 2012, n° 1, chron. pp. 179-181; D. Roets, «Le

de l'étranger qui bénéficie d'une telle immunité pénale: ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger[21].

Plus encore, il existe une immunité pour motif humanitaire. Ainsi, jusqu'à la loi du 31 décembre 2012, toute personne physique ou morale bénéficiait d'une immunité si l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf en cas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il y avait eu contrepartie directe ou indirecte[22]. Cette immunité n'était pas sans rappeler l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-7 du Code pénal français[23]. Or, cette immunité semblait particulièrement restrictive[24] puisqu'elle ne protégeait pas «l'ensemble des personnes aidant de manière désintéressée les sans-papiers»[25]. Peut-on condamner une personne venant en aide à un étranger en situation irrégulière quand bien même ce dernier ne courrait aucun danger? L'ancien texte le permettait. Le législateur français est donc intervenu, *via* la loi du 31 décembre 2012, afin de réécrire l'immunité pour motif humanitaire. L'immunité concernait alors «toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci». En vertu de cette nouvelle rédaction, la fin du délit de solidarité était donc annoncée[26]. Et pourtant, la question s'est de nouveau posée à travers les retentissantes affaires Herrou et Mannoni. Poursuivi pour avoir transporté environ 200 étrangers en situation irrégulière depuis Vintimille jusqu'en France, les avoir hébergés à son domicile puis les avoir transférés, aux fins d'hébergement, sur une propriété privée appartenant à la SNCF, Cédric Herrou a été

---

délit de solidarité entre les mailles du filet européen», *RSC*, 2012, n° 1, p. 256-260; Opinion dissidente de la juge Power-Forde, annexée à l'arrêt *MALLAH c. France*.

21. Article 12 de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

22. Ancienne rédaction de l'article L. 622-4 3° du CESEDA.

23. «N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace».

24. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse sous la direction d' E. Fortis, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2013, p. 353.

25. S. Slama, «Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers: controverses sur la légitimité d'un "délit d'humanité"», *AJ Pénal*, 2011, n° 11, p. 499. Voir également, Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme, *Délit de solidarité. Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*, juin 2009, 92 pages.

26. Voir notamment la circulaire (NOR: INT/K/13/00159/C) relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

condamné le 10 février 2017 par le tribunal correctionnel de Nice à une amende de 3000 euros avec sursis[27]. Le tribunal correctionnel a estimé que Cédric Herrou pouvait bénéficier de l'immunité pénale pour l'aide apportée aux étrangers déjà présents sur le territoire français, mais non pour l'aide à l'entrée sur le territoire français, celle-ci étant explicitement exclue du champ d'application de l'immunité pénale. En appel, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[28] a confirmé la condamnation pour aide à l'entrée irrégulière, mais a également condamné Cédric Herrou pour aide à la circulation et au séjour irréguliers en estimant que ses actions s'inscrivaient «dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration»[29]. Il est finalement condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis[30]. Quant à Pierre-Alain Mannoni, également poursuivi pour avoir hébergé chez lui trois femmes étrangères en situation irrégulière, il a été relaxé par le tribunal correctionnel de Nice, mais condamné le 11 septembre 2017 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis[31]. De la même manière, la Cour d'appel lui a refusé le bénéfice de l'immunité au motif que «l'aide apportée aux étrangers s'inscrivait dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration en leur permettant de s'éloigner de la région frontalière et ne pouvait ainsi s'inscrire dans le seul cadre d'une aide apportée dans un but humanitaire»[32].

Ces deux affaires ont conduit à la formulation d'une question prioritaire de constitutionnalité[33] (QPC) similaire, renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation française[34]. Le Conseil constitutionnel s'est en effet prononcé sur la compatibilité à la Constitution du délit de solidarité. Consacrant explicitement la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, le Conseil constitutionnel a, dans la décision du 6 juillet 2018[35], également abrogé certaines des dispositions contestées et émis une réserve

27. TGI Nice, chambre correctionnelle n° 6, Jugement du 10 février 2017, n° 16298000008.

28. CA, Aix-en-Provence, 8 août 2017, n° 2017-568.

29. *Ibid.*

30. Cédric Herrou a également été condamné pour occupation illicite de terrain pour avoir installé des étrangers en situation irrégulière dans un bâtiment appartenant à la SNCF (article 322-4-1 du code pénal).

31. M. Verpeaux, «Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution», *RFDA*, 2018, p. 966.

32. Crim., 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-85737.

33. Selon l'article 61-1 de la Constitution: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

34. Crim., 9 mai 2018, pourvois n° 17-85736 et n° 17-85737.

35. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

d'interprétation. Le glas du délit de solidarité sonnait une seconde fois[36]. Dès lors, peut-on dire qu'en 2019, le délit de solidarité a définitivement disparu du droit français? Comme le laisse deviner le titre de l'article de Claire Saas[37], la réponse doit une nouvelle fois être négative. Pour autant, si le délit de solidarité a été partiellement maintenu en droit français (§ 2), il faut admettre que la suppression du délit de solidarité est parfaitement envisageable (§ 3).

2. Le maintien partiel du délit de solidarité en droit français

Sans doute, la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018[38] est une décision importante, emportant des effets sur le délit de solidarité. Toutefois, il faut admettre que cette décision des juges de la rue Montpensier n'a pas conduit à une abrogation pure et simple de ce délit. Au contraire, on note à la fois une évolution tout-à-fait relative de la définition de l'immunité pour motif humanitaire (§ 2.1) et une absence d'évolution notable quant au champ d'application de cette immunité (§ 2.2).

2.1. L'évolution en demi-teinte de la définition de l'immunité pour motif humanitaire

Au-delà des interrogations classiques que l'infraction d'aide à l'entrée et au séjour peut poser au regard des principes de légalité[39] et de nécessité[40], c'est surtout la question de sa conformité au principe de fraternité qui a été discutée dans la décision du 6 juillet 2018.

La question était en effet de savoir si la rédaction de l'immunité pour motif humanitaire était suffisante pour protéger des poursuites pénales toute personne apportant une aide aux étrangers en situation irrégulière. Au regard de la rédaction des dispositions contestées, cela n'était pas évident. En effet, il fallait à la fois démontrer l'absence de contrepartie directe ou indirecte et l'objet de l'aide. Or, d'une part, le terme «contrepartie», qui désigne ce qui est donné en échange[41], pouvait conduire à des divergences de jurisprudences, car aucun minimum n'était fixé par le texte. D'autre part, l'objet de l'aide devait correspondre soit à la fourniture de conseils juridiques, soit à la

36. Voir notamment, G. Clavel, «Le "délit de solidarité" censuré par le Conseil constitutionnel au nom du "principe de fraternité"», *Le Huffington Post*, 6 juillet 2018; P. Gonzales, «Migrants: le Conseil constitutionnel abolit le "délit de solidarité"», *Le Figaro.fr*, 6 juillet 2018.

37. C. Saas, «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894.

38. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

39. *Ibid.*, § 19.

40. *Ibid.*, § 20.

41. Voir par exemple dans le Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Larousse*, 2019.

fourniture de prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux s'ils étaient destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, soit encore toute autre aide mais seulement lorsque celle-ci visait à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. Or, selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), le caractère limitatif de l'énumération comportait encore le risque «d'exposer certaines personnes fournissant une assistance à des étrangers en situation irrégulière à des poursuites»[42]. En effet, aider un étranger en situation irrégulière à recharger son téléphone mobile[43], lui donner des cours d'alphabétisation[44], lui offrir un vêtement[45], lui proposer de prendre une douche[46] sont autant d'actes de solidarité qui ne correspondaient pas à cette définition de l'immunité pénale, car ils ne peuvent pas être considérés comme nécessaires à la préservation de la dignité ou de l'intégrité physique[47]. Dans la décision QPC du 6 juillet 2018, les requérants ont alors soutenu que le principe de fraternité était méconnu[48]. Le Conseil constitutionnel l'a admis et, sur ce point, la décision du 6 juillet 2018 est salutaire. Dans cette décision, le Conseil reconnaît d'abord que «la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle»[49] duquel découle «la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national»[50]. Il rappelle toutefois qu'il convient de concilier le principe de fraternité avec la sauvegarde de l'ordre public dont fait partie la lutte contre l'immigration irrégulière[51]. Au travers d'une réserve d'interprétation[52], le Conseil estime que les dispositions instituant l'immunité pénale doivent être interprétées comme s'appliquant, outre ceux listés à l'article L. 622-4 3°, «à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire»[53].

42. CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour*, Assemblée plénière du 22 novembre 2012, p. 6. Voir également, CNCDH, *Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne*, 19 juin 2018, p. 28.

43. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 6.

44. *Ibid.*

45. P. Mathonnet, «Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité», *Plein Droit*, 2018, n° 118, p. 42.

46. *Ibid.*

47. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 6; P. Mathonnet, «Le délit de solidarité à l'épreuve du principe de fraternité», *Plein Droit*, 2018, n° 118, p. 42.

48. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], §5.

49. *Ibid.*, §7.

50. *Ibid.*, §8.

51. *Ibid.*, §9 et 10.

52. *Ibid.*, §14.

53. *Ibid.*

C'est ainsi qu'en réponse à la décision du 6 juillet, la loi du 10 septembre 2018[54] a, une nouvelle fois, réécrit l'immunité de l'article L. 622-4 3° du CESEDA. Or, si la décision du Conseil peut apparaître salutaire, la modification législative freine cet élan optimiste. En effet, l'immunité pour motif humanitaire concerne désormais l'aide apportée par «toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire». Le but humanitaire énoncé par le Conseil constitutionnel se meut en «but exclusivement humanitaire». S'agit-il alors d'exclure du champ de l'immunité pénale le mobile militant, politique ou idéologique[55]? On se souvient que c'était aussi un mobile militant qui animait tant Cédric Herrou que Pierre-Alain Mannoni. Pour refuser le bénéfice de l'immunité à Cédric Herrou, la Cour d'appel d'Aix en Provence avait en effet retenu que ses actions s'inscrivaient «dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration»[56]. Dans cet arrêt, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait dépendre le bénéfice de l'immunité pour motif humanitaire de l'absence de mobile militant, en méconnaissance, selon Damien ROETS, du principe d'interprétation stricte de la loi pénale[57]. Le fait d'ajouter dans la loi l'adverbe «exclusivement» permet dorénavant au juge (et même l'y oblige?) de refuser l'immunité lorsque le mobile qui anime l'aidant est à la fois humanitaire et militant. Sur ce point, il faut alors signaler un net recul entre la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 et la loi du 10 septembre 2018. Et cela ne laisse rien augurer de bon pour Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni. En effet, après la décision du Conseil constitutionnel, auquel elle avait renvoyé la QPC, et la modification opérée par le législateur, la Cour de cassation s'est de nouveau prononcée dans les affaires Herrou et Mannoni. Et par deux arrêts du 12 décembre 2018[58], la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant refusé le bénéfice de l'immunité pour motif humanitaire. Toutefois, il est intéressant de noter que la Cour de cassation ne censure pas en tant que telle la motivation de la Cour d'appel sur le mobile militant. En réalité, elle relève d'office le

54. Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

55. J.-E. Schoettl, «Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté», *RFDA*, 2018, p. 959; A. Ponseille, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399.

56. CA, Aix-en-Provence, 8 août 2017, n° 2017-568.

57. D. Roets, «A quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'article L. 622-4 3° du CESEDA?», *AJ Pénal*, 2017, p. 535. Voir également, C. Lazerges, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *RSC*, 2018, p. 267.

58. Crim., 12 décembre 2018, pourvois n°17-85736 et n° 17-85737.

moyen tenant à l'application immédiate aux faits de l'espèce des nouvelles dispositions concernant l'immunité pour motif humanitaire. Elle estime en effet que la loi du 10 septembre 2018 a élargi le champ des immunités pénales, de sorte que les juges du fond doivent réexaminer les faits au regard des nouvelles dispositions. Elle invite donc la Cour d'appel de renvoi, la Cour d'appel de Lyon, à se prononcer mais sans donner véritablement d'indication sur la prise en compte du mobile militant[59]. Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni ne sont dès lors pas à l'abri d'une condamnation pour aide au séjour irrégulier. Quant au premier, son sort «est d'autant plus incertain qu'il est poursuivi non seulement pour aide au séjour et à la circulation des étrangers, mais aussi à leur entrée et ce fait reste punissable»[60]. En effet, si l'immunité pour motif humanitaire a été réécrite sous l'impulsion de la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, en revanche le champ d'application de cette immunité n'a pas subi d'évolution notable et l'aide à l'entrée irrégulière ne saurait bénéficier d'une telle immunité.

2.2. L'absence d'évolution notable du champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire

Avant la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, l'article L. 622-4 du CESEDA était parfaitement limpide: seule l'aide au séjour irrégulier bénéficiait des immunités tant familiales que pour motif humanitaire[61]. C'était d'ailleurs l'un des griefs formulés par les requérants dans la QPC ayant conduit à la décision du 6 juillet 2018. Selon eux, il y aurait méconnaissance du principe de fraternité parce que l'immunité prévue par le 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA «s'applique uniquement lorsque la personne est mise en cause pour aide au séjour irrégulier, et non pour aide à l'entrée et à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français»[62]. Dans la décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel se prononce aussi sur le champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire et censure d'ailleurs les dispositions contestées. Pour autant, le bouleversement espéré par cette censure n'aura pas lieu. Pour les juges de la rue Montpensier, l'aide à l'entrée et l'aide à la circulation irrégulières sont, contrairement à l'aide au séjour, pénalement sanctionnée «quelles que soient la nature de cette aide et la finalité poursuivie»[63]. Ils ajoutent que «l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à

59. J.-H. Robert, «Fraternité bien ordonnée», *Droit pénal*, 2019, n° 2, comm 33.

60. *Ibid.*

61. «Ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger...».

62. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], §5.

63. *Ibid.*, §12.

son entrée, de faire naître une situation illicite»[64]. On pressent donc la censure: si l'aide à l'entrée ne doit pas bénéficier de l'immunité, en revanche tel doit être le cas de l'aide à la circulation. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, «en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public»[65]. Pour autant, alors même qu'il déclare les dispositions contraires à la Constitution[66], le Conseil décide de différer les effets de cette abrogation comme le lui permet l'article 62 de la Constitution française[67]. Estimant en effet que «l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter l'entrée irrégulière sur le territoire français» [68] et «entraînerait des conséquences manifestement excessives»[69], il renvoie au législateur le soin de modifier les dispositions censurées avant le 1er décembre 2018, date à laquelle le Conseil a donc reporté l'abrogation des dispositions[70]. Toutefois, les juges de la rue Montpensier précisent qu'à compter de la décision du 6 juillet 2018, l'immunité pénale prévue par l'article L. 622-4 3° du CESEDA «doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire»[71]. La décision du Conseil constitutionnel est limpide: nul besoin d'étendre l'immunité pour motif humanitaire à l'aide à l'entrée irrégulière. Et le législateur, dans la loi du 10 septembre 2018, s'est d'ailleurs bien gardé de le faire et a utilisé les largesses laissées par le Conseil constitutionnel.

Depuis la réforme opérée par la loi de septembre 2018, le champ d'application de l'immunité pour motif humanitaire a donc été modifié à la marge. En effet, l'aide à la circulation et l'aide au séjour se confondent, les deux hypothèses supposant que «la

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. En particulier les termes «au séjour irrégulier» de l'article L. 622-4 du CESEDA.

67. Article 62 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958: «Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

68. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], §23.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, §24.

personne étrangère en situation irrégulière se trouve déjà sur le territoire national»[72]. D'ailleurs, la jurisprudence n'a pas apporté de distinction claire entre les deux notions[73]. En outre, si l'aide à la circulation irrégulière entre désormais dans le champ d'application de l'immunité, l'aide à l'entrée irrégulière en est toujours exclue, parce que, contrairement aux deux autres hypothèses, elle fait naître la situation irrégulière. Cédric Herrou risque donc bel et bien une condamnation pour aide à l'entrée irrégulière. Il pourra toujours invoquer l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-7 du code pénal. Ce fait justificatif prévoit que «*n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*». Cette hypothèse vise donc la situation dans laquelle l'aidant va commettre l'infraction d'aide à l'entrée irrégulière afin d'éviter le péril actuel ou imminent qui menace l'étranger en situation irrégulière. Toutes les hypothèses ne sont donc évidemment pas couvertes par ce fait justificatif et les conditions tenant à l'actualité et à la réalité du danger, ainsi qu'à la nécessité et à la proportionnalité de l'acte sont appréciées strictement[74]. En tout état de cause, les changements opérés par la loi du 10 septembre 2018, quant au champ d'application de l'immunité pénale, sont particulièrement modestes.

La fin du délit de solidarité en France n'a donc toujours pas eu lieu. Si la définition de l'immunité pour motif humanitaire a évolué, le champ d'application de cette immunité n'a, quant à lui, que très peu évolué. L'aide à l'entrée irrégulière reste punissable quand l'aide à la circulation ou au séjour irrégulier peut être excusée si, en l'absence de contrepartie directe ou indirecte, elle consiste à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux ou si elle est accomplie dans un but exclusivement humanitaire. Pourtant, la suppression définitive du délit de solidarité en droit français est parfaitement envisageable.

3. La suppression possible du délit de solidarité du droit français

La suppression du délit de solidarité du droit français est parfaitement envisageable. Un certain nombre de motifs militent en effet pour un tel abandon (§ 3.1), ce qui suppose alors non pas de modifier la définition ou le champ d'application des immunités, mais de se

72. Commentaire de la Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 21: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018717qpc/2018717_718qpc_ccc.pdf.

73. *Ibid.*

74. Voir par exemple sur l'appréciation des conditions: Crim., 1er juin 2005, *Bull. Crim.* n° 168; Crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-85690.

concentrer sur la réécriture même du texte d'incrimination (§ 3.2), les immunités devenant alors sans objet[75].

3.1. Les raisons de l'abandon du délit de solidarité

Tout d'abord, il est évident que la suppression pure et simple du délit de solidarité enverrait un message politique fort: l'arrêt définitif des poursuites contre des personnes faisant preuve de solidarité envers les étrangers. D'ailleurs, le Conseil de l'Europe a constaté, dans sa résolution du 22 mai 2015, que «certains États membres de l'Union européenne, en violation de la Directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (...) sanctionnent l'aide humanitaire, instituant ainsi un "délit de solidarité"»[76] et n'a pas manqué de rappeler à cette occasion «la nécessité de mettre fin à la menace de poursuites pour complicité à la migration irrégulière, engagées à l'encontre des personnes qui portent secours»[77]. À l'heure où le Conseil constitutionnel français a reconnu valeur constitutionnelle au principe de fraternité[78], il serait ainsi bienvenu qu'aucun risque de poursuite pénale ne menace les personnes ayant fait preuve d'altruisme, de solidarité ou de fraternité envers une personne de nationalité étrangère en situation irrégulière. Une telle suppression permettrait donc d'éviter qu'une personne soit regardée comme délinquante au regard des règles d'entrée et de séjour des étrangers en France pour le simple fait d'apporter une aide. Dans le même temps, un tel abandon mettrait fin aux situations ubuesques dans lesquelles la crainte de poursuites pénales prive une personne d'aider un étranger en situation irrégulière alors même que l'état ou la situation de ce dernier le nécessite. Il convient en effet de rappeler que les peines encourues pour le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier sont relativement sévères: 5 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende. Pour autant, la suppression du délit de solidarité n'emporte pas, et ne doit pas emporter, suppression pure et simple du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier. En effet, la répression retrouve tout son intérêt lorsqu'il s'agit de lutter contre les passeurs d'étrangers, les auteurs de trafics d'êtres humains et plus généralement toute personne qui utilise «la détresse des exilés pour en tirer un profit financier»[79]. Selon Christine Lazerges, la lourdeur de la peine

75. Sur cette question: C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 348-358; CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, p. 9-10, Recommandation n° 1; Collectif Délinquants solidaires, «Pour mettre hors-la-loi le "délit de solidarité"», février 2018.

76. Résolution 2059 (2015) du 22 mai 2015, «La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime», § 5.

77. *Ibid.*

78. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

79. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

ne peut en effet se justifier que «par l'absolue nécessité de lutter contre les passeurs et la traite des êtres humains»[80].

Ensuite, les distinctions opérées par le Conseil constitutionnel et le législateur peuvent laisser perplexes en ce qu'elles comportent le risque d'instaurer une sorte de hiérarchie entre les actions désintéressées et solidaires. En effet, on sait que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 juillet 2018, a estimé, au travers d'une réserve d'interprétation, que l'immunité pénale devait s'appliquer à tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire[81]. Néanmoins, le législateur a ajouté une condition supplémentaire pour le bénéfice de l'immunité pénale : hormis les conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, tout autre aide doit être apportée dans un but exclusivement humanitaire. Dans l'hypothèse où une telle précision entraîne l'exclusion du mobile militant[82] du champ de l'immunité, cela pourrait alors conduire à l'instauration d'une certaine hiérarchie entre les actions solidaires. Schématiquement, les actions purement solidaires bénéficieraient de l'immunité et les actions solidaires et militantes ne bénéficieraient pas d'une telle immunité. En outre, Conseil constitutionnel comme législateur ne sont pas favorables, pour des raisons de protection de l'ordre public[83], à faire bénéficier de l'immunité pénale celui qui aide un étranger en situation irrégulière à entrer sur le territoire français, quand bien même l'aide serait purement humanitaire, tout à fait désintéressée. Cette exclusion peut présenter quelque chose d'incongrue: alors qu'un aidant peut bénéficier de l'immunité pénale pour avoir transporté un étranger en situation irrégulière entre deux villes françaises, un autre ne pourra en bénéficier pour avoir transporté ce même étranger entre une ville italienne et une ville française[84]. Avant la promulgation de la loi du 10 septembre 2018, soixante sénateurs[85] ont d'ailleurs saisi le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61-2 de la Constitution française[86]. Selon ces soixante sénateurs, l'absence d'extension des immunités pénales au délit d'aide à l'entrée irrégulière, «alors pourtant qu'une telle aide peut être apportée à titre purement

80. C. Lazerges, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *RSC*, 2018, p. 267.

81. Voir *supra*.

82. Voir *supra*.

83. Voir *supra*.

84. Voir D. Mazeaud, «Fraternité, le Conseil constitutionnel écrit ton nom...», *JCP (G)*, 2018, n° 29, p. 819: «Ainsi, s'il est contraire au principe de fraternité de sanctionner le fait de véhiculer un citoyen étranger en situation irrégulière de Paris jusqu'en Limousin, il n'en va pas de même si le transport d'un citoyen étranger lui permet de passer une frontière pour pénétrer sur le sol français. L'aide, même humanitaire et désintéressée, à l'entrée illégale d'un migrant sur notre sol, demeure pénalement sanctionnée ; l'ordre public a ses raisons que la fraternité ignore...».

85. 60 députés ont également saisi le Conseil constitutionnel.

86. «Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs».

humanitaire»[87] violerait le principe constitutionnel de fraternité. Mais, de manière tout à fait attendue, le Conseil constitutionnel a estimé qu'«en n'instituant pas d'exemption pénale en cas d'aide à l'entrée irrégulière en France d'un étranger, même si celle-ci est apportée dans un but humanitaire, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public»[88]. Dans la hiérarchie des actions solidaires, l'aide à l'entrée purement humanitaire serait donc équivalente à l'aide au séjour solidaire et militante.

Enfin, techniquement, le fait de supprimer du droit français le délit de solidarité n'emporterait pas violation des engagements internationaux de la France. En effet, les textes internationaux n'imposent pas de réprimer les comportements qui procèdent du délit de solidarité et qui aujourd'hui encore sont punissables. Au niveau international, le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée signée à Palerme le 12 décembre 2000 n'impose de pénaliser l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers que dans certaines circonstances. Aux termes de l'article 6 dudit protocole, les actes qui doivent revêtir le caractère d'infraction pénale sont limitativement énumérés et doivent en outre être «commis intentionnellement et pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel». Le texte international permet donc d'exclure les actes d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers accomplis de manière humanitaire ou désintéressée. Plus encore, le fait de profiter directement ou indirectement d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel est un élément constitutif de l'infraction[89]. D'ailleurs, si on se réfère aux travaux préparatoires relatifs à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ainsi que ses protocoles, l'intention était bien celle «d'inclure les activités menées par des groupes criminels organisés pour en tirer un profit mais d'exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits»[90]. Le texte international permet donc à la fois d'étendre l'immunité à l'aide à l'entrée irrégulière et de ne pas réduire la protection au but

87. Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, §102.

88. *Ibid.*, §108.

89. Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, Nations Unies, New-York, 2008, p. 514.

90. *Ibid.*

«exclusivement» humanitaire, à partir du moment où il n'y a pas recherche d'un avantage financier ou matériel.

Au niveau européen, l'article 27 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 n'imposait aux États parties d'instaurer des sanctions appropriées qu'à l'encontre de ceux qui aident ou tentent d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une Partie Contractante en violation de la législation de cette Partie Contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers. Seules les fins lucratives semblaient donc imposer une sanction pénale. Or, les «fins lucratives» permettent d'exclure les aides désintéressées ou humanitaires[91] – quand bien même celles-ci seraient humanitaires et militantes – tant pour l'aide à l'entrée irrégulière que pour l'aide à la circulation et au séjour. Ce texte a finalement été abrogé par la directive du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers[92]. Certes, la directive impose aux États membres d'adopter des sanctions appropriées en matière d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, mais elle distingue deux hypothèses[93]. D'une part, doivent être sanctionnées les personnes qui aident sciemment un étranger non ressortissant d'un pays membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de sa législation relative à l'entrée ou au transit des étrangers[94]. La directive permet toutefois aux pays membres de ne pas imposer de sanctions lorsque le comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne étrangère en situation irrégulière[95]. D'autre part, les personnes qui aident, sciemment, dans un but lucratif, un étranger à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers[96] doivent également être sanctionnées. La présence des termes «but lucratif» permet donc d'exclure du champ de la pénalisation non seulement les actions exclusivement humanitaires, mais toutes les actions humanitaires. Les États membres n'ont donc pas l'obligation d'imposer de sanctions à la fois pour l'aide à l'entrée et pour l'aide au séjour, dès lors qu'il s'agit d'une aide humanitaire. En l'état, le droit interne apparaît donc «plus sévère que ne l'exige le droit européen»[97].

---

91. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., p. 356.

92. Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier.

93. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 356-357.

94. Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, article 1er.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. F. Lazaar, *Avis n° 815 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2018, p. 42.

Pour toutes ces raisons, le législateur français doit supprimer définitivement le délit de solidarité de son droit interne. Il peut à la fois étendre la protection pénale à toutes les actions humanitaires (et pas seulement celles qui sont exclusivement humanitaires), car elles supposent l'absence de dessein lucratif, et étendre le champ d'application de l'immunité à l'aide à l'entrée irrégulière[98]. Mais plutôt que de raisonner en termes d'immunités, c'est la réécriture même du texte d'incrimination qui est concevable et qui permettrait de mettre définitivement un terme à l'existence du délit de solidarité.

3.2. La réécriture du texte d'incrimination

Aujourd'hui, l'immunité prévue par l'article L. 622-4 3° du CESEDA concerne «toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire». Cette immunité pénale permet, il est vrai, d'exclure un grand nombre d'hypothèses d'aide désintéressée ou humanitaire. Néanmoins, la présence du terme «exclusivement» ne permet pas d'exclure, avec certitude, toutes les hypothèses d'aide humanitaire ou désintéressée, par exemple lorsque l'aide est à la fois humanitaire et militante. En outre, l'immunité est inapplicable à l'aide à l'entrée irrégulière, que celle-ci soit ou non humanitaire. Le législateur pourrait alors décider de modifier la définition de l'immunité et son champ d'application. Mais, plutôt que de procéder par immunités, l'exclusion de toutes les actions humanitaires relatives à l'aide, à l'entrée et au séjour irréguliers pourrait découler plus simplement de la réécriture du texte d'incrimination, à savoir l'article L. 622-1 du CESEDA. Comme le permet le droit international, il suffirait alors d'ajouter au texte d'incrimination la condition relative aux fins lucratives[99]. Un tel ajout permettrait en effet d'exclure du champ d'application à la fois la cellule familiale et l'aide humanitaire ou désintéressée[100]. Ainsi, comme le recommandait la CNCDH, le texte d'incrimination pourrait ainsi être réécrit: «*Toute personne qui aura sciemment facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France, dans un but lucratif ou moyennant une contrepartie sera punie d'un emprisonnement de*

98. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 348-358; CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

99. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 356-357. Voir, à cet égard, la proposition de loi n° 250 (2017-2018) visant à abroger le délit de solidarité d'E. Benbassa et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 24 janvier 2018; A. Ponseille, «Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain», *Constitutions*, 2018, p. 399.

100. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., p. 356.

cinq ans et d'une amende de 30.000 euros»[101]. Toutefois, la présence des termes «ou moyennant une contrepartie» permet-elle d'exclure tous les actes d'aide humanitaire? En l'absence de précision du texte, le terme «contrepartie» pourrait en effet conduire à des divergences de jurisprudences[102]. Certains proposent alors de sortir du champ de l'incrimination non seulement les actes solidaires ou désintéressés, mais également tous les actes qui n'ont fait l'objet que d'une «contrepartie proportionnée»[103] ou d'une «contrepartie qui n'est pas manifestement disproportionnée»[104]. On sait par exemple que l'incrimination ne s'applique pas à l'avocat qui assure «régulièrement l'assistance ou la défense d'un étranger séjournant sur le territoire français»[105], car «la perception des honoraires qui en découlent ne peuvent pas constituer la contrepartie directe ou indirecte»[106]. L'ajout des termes «contrepartie proportionnée» permettrait aussi de ne pas poursuivre, par exemple, les chauffeurs de taxi dont les services peuvent être considérés comme une aide à la circulation[107] effectuée non pas à titre gratuit, mais à titre onéreux[108]. Toujours est-il que la présence des seuls termes «but lucratif» permet de répondre à l'objectif visé par la CNCDH, à savoir sortir du champ de l'incrimination les actes solidaires et humanitaires et «punir les filières de passeurs, les réseaux de traite des êtres humains et toutes les personnes qui profitent de la détresse des exilés pour en tirer un profit financier»[109]. En effet, le lucre[110] désigne le gain, le profit, les bénéfices, l'acte lucratif s'oppose donc à l'acte bénévole, désintéressé ou gratuit[111].

Il est vrai que cette question avait déjà été abordée lors des travaux parlementaires relatifs à la loi du 27 décembre 1994 transposant la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985[112]. Le législateur s'était alors opposé à l'insertion des termes «à des fins lucratives» dans le texte d'incrimination, car cela ne permet pas de poursuivre «des agissements qui relèveraient (...) de l'infiltration en France d'éléments

101. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10, Recommandation n° 1.

102. Voir *supra*.

103. C. Abrantes, *Les passeurs d'étrangers*, Mémoire Master 2, 2018, Université Paris Nanterre, particulièrement pp. 92-96.

104. Collectif Délinquants solidaires, «Pour mettre hors-la-loi le "délit de solidarité"», février 2018.

105. Crim., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-83709; Crim., 21 août 2013, pourvoi n° 13-83975.

106. Crim., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-83709.

107. Voir par exemple, Crim., 21 janvier 2004, pourvoi n° 03-80328.

108. C. Abrantes, *Les passeurs d'étrangers*, Mémoire Master 2, 2018, Université Paris Nanterre, particulièrement p. 92.

109. CNCDH, *Avis «Mettre fin au délit de solidarité»*, 18 mai 2017, pp. 9-10.

110. Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2011.

111. *Ibid.*

112. Loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

appartenant à des réseaux d'islamistes, terroristes ou d'espionnage»[113]. Le texte d'incrimination pourrait toutefois être réécrit tout en prenant en compte ces éléments[114]. Le texte pourrait, par exemple être réécrit de la sorte[115]:

Toute personne qui, ***sciemment****, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter, à des fins lucratives ou* ***aux fins de commettre des agissements relevant des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ou des actes de terrorisme****, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros.*

Sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article alors qu'il se trouvait sur le territoire d'un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.

Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.

Néanmoins, dans une décision du 16 juillet 1996[116], le Conseil constitutionnel a très justement refusé «l'assimilation faite par le législateur entre étrangers en situation irrégulière et terroristes»[117]. Dans la loi déférée au Conseil constitutionnel, le législateur avait fait entrer dans la catégorie des actes de terrorisme de l'article 421-1 du code pénal français l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger lorsqu'elle est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour

113. Voir notamment, T. Mariani, Rapport n° 949, *fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 823) relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2003, 1ère partie, p. 85. Sur ce point, voir également, C. Saas, «La pénalisation de l'hospitalité», *Plein Droit*, 2001, n° 49, p. 29.

114. C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal, Etude sur la pertinence de la pénalisation*, cit., pp. 357-358.

115. *Ibid.*, p. 358.

116. Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

117. C. Teitgen-Colly et F. Julien-Laferriere, «Actes de terrorisme et droit des étrangers», *AFDA*, 1997, p. 86.

but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur[118]. Or, selon le Conseil constitutionnel, la seule aide directe ou indirecte apportée à des personnes en situation irrégulière ne correspond pas à des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des personnes ou des biens[119]. En outre, cette aide «n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste»[120]. Enfin, si toutefois une relation apparaît entre l'acte terroriste et l'aide à l'entrée et au séjour, il est toujours possible d'utiliser la complicité de l'article 121-7 du code pénal[121], le recel de criminel de l'article 434-6 du code pénal[122], ou encore la participation à une association de malfaiteurs de l'article 450-1 du code pénal[123]. Il est vrai que, dans la proposition formulée[124], les actes de terrorisme ne sont pas les seuls visés, car sont également visées toutes les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation. Pour autant, les remarques formulées par le Conseil constitutionnel peuvent subsister. Il est des mécanismes qui permettent déjà de réprimer l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour en relation avec une entreprise terroriste[125] ou en relation avec la commission d' autres atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation. Si, pour ces dernières, le recel de criminels et l'association de malfaiteurs ne semblent pas toujours appropriés, il subsiste en revanche la complicité par aide et assistance. Dès lors, ajouter au sein du texte d'incrimination «les fins lucratives» semble suffisant.

4. Conclusions

Le «délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité»[126] prévenait Claire Saas. Et en effet, si la fin de la pénalisation de la solidarité a été annoncée une seconde fois, le délit

118. Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, Considérant 2.

119. *Ibid.*, Considérant 8.

120. *Ibid.*

121. En particulier l'alinéa 1er de l'article 121-7 du code pénal selon lequel «Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation».

122. Selon l'alinéa 1er de l'article 434-6 du Code pénal, «Le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise de manière habituelle».

123. Selon l'alinéa 1er de l'article 450-1 du code pénal, «Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement».

124. Voir *supra*.

125. C. Teitgen-Colly Et F. Julien-Laferriere, «Actes de terrorisme et droit des étrangers», *AFDA*, 1997, p. 86.

126. C. Saas, «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *D.*, 2018, p. 1894.

de solidarité demeure bel et bien en droit français. Certes, il a évolué. La définition de l'immunité pour motif humanitaire a été modifiée, mais le champ d'application de cette immunité n'a, quant à lui, que très peu varié. L'aide à l'entrée irrégulière reste punissable quand l'aide à la circulation et au séjour ne peut être excusée que si, en l'absence de contrepartie directe ou indirecte, elle consiste à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux ou si elle est accomplie dans un but exclusivement humanitaire. En 2019, le délit de solidarité n'a donc pas définitivement disparu du droit français. Pourtant, une telle disparition est parfaitement envisageable et ce, sans méconnaître les engagements internationaux de la France. Il suffirait pour le législateur, non plus de procéder par immunités, mais de modifier le texte d'incrimination en y ajoutant les termes «à des fins lucratives». Alors, à quand la fin du délit de solidarité en France?

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

LE MISURE DI REVOCA DELLA CITTADINANZA NAZIONALE E IL CONTROLLO DI PROPORZIONALITÀ: LA PROSPETTIVA EUROPEA

di Marco Borraccetti

Abstract: *Con la sentenza Tjebbes, la Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulla possibile revoca della cittadinanza nazionale e, quindi, europea. I giudici richiamano i punti cardine della precedente sentenza Rottmann, la natura di pubblico interesse della disposizione e il rispetto del principio di proporzionalità anche riguardo alla posizione individuale degli interessati, che potranno anche essere cittadini sin dalla nascita e non solo naturalizzati. Nell'ultima parte dell'articolo, si ipotizza l'applicazione di quanto emerso dalla giurisprudenza della Corte alla nuova disciplina italiana sulla revoca della cittadinanza, entrata in vigore alla fine del 2018.*

Abstract: *In Tjebbes, the Court of Justice rules on the possible annulment of national citizenship and, therefore, European citizenship. The Judges recall the key points of Rottmann, the nature of the public interest of the legislation and its respect of the principle of proportionality, given the individual position of the concerned parties, who may also be citizens from birth and not only naturalized. The last part of the article is about the application of this case-law to the new Italian rule on the annulment of citizenship, entered into force at the end of 2018.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LE MISURE DI REVOCA DELLA CITTADINANZA NAZIONALE E IL CONTROLLO DI PROPORZIONALITÀ: LA PROSPETTIVA EUROPEA

di Marco Borraccetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina olandese e il caso *Tjebbes*. – 3. Il quadro europeo ed internazionale. – 4. La proporzionalità della misura che riguarda i maggiori di età. – 5. L'unità della famiglia e la cittadinanza dei minori di età. – 6. La pronuncia della Corte e la revoca della cittadinanza italiana: ipotesi applicative. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza *Tjebbes*[1] ha consentito alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi per la seconda volta sul tema della perdita della cittadinanza nazionale e, di conseguenza, di quella europea[2]. Come noto, la prima pronuncia intervenne nel caso *Rottmann*[3], che vedeva la revoca della cittadinanza come conseguenza di un comportamento attivo – in quel caso una fraudolenta dichiarazione alle autorità tedesche – da parte di un cittadino austriaco divenuto tedesco, in combinato con l'impossibilità di riacquisire la cittadinanza d'origine a causa della legislazione austriaca in materia. Nel caso ora in esame, invece, la perdita della cittadinanza interverrebbe *ipso iure* una volta appurato che i cittadini riguardati – residenti all'estero rispetto all'Olanda, all'UE ed ai territori di applicazione dei Trattati – non hanno posto in essere comportamenti idonei a dimostrare l'interesse a mantenere il legame con quel Paese e – quindi – alla sua cittadinanza.

* Ricercatore in diritto dell'Unione europea, Università di Bologna.

1. Sent. Corte giust. 12.3.2019, causa C-221/17, *Tjebbes*, commentata da L. Marin, *La perdita della cittadinanza europea ai tempi di Brexit: la sentenza Tjebbes*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 468; D. Kochenov, *The Tjebbes fail*, in *European papers*, www.europeanpapers.eu, 2019, pp. 1-13; M. van den Brink, *Bold, but without justification? Tjebbes*, in *European papers*, www.europeanpapers.eu, 2019, pp. 409-415.

2. Per una riflessione di carattere generale, si rinvia a S. Marinai, Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei, Milano, Giuffrè, 2017; E. Triggiani, Le nuove frontiere della cittadinanza europea, Bari, Cacucci, 2011; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone, Milano, Giuffrè, 2003.

3. Sent. Corte giust. 2.3.2010, causa C-135/08, Rottmann; commentata, tra gli altri, da M.E. Bartoloni, Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann, in Dir. um. e dir. intern., 2010, pp. 423-429.

La questione è rilevante sotto il profilo europeo perché – come si vedrà – apre alla possibilità di revocare la cittadinanza anche ai cittadini che la possiedono sin dalla nascita e non solamente ai cosiddetti naturalizzati. Quanto enunciato dalla Corte non riguarda però il caso specifico e particolare derivante dalla Brexit: in tal caso, infatti, la perdita della cittadinanza europea non deriverà da un provvedimento di privazione ad opera di autorità statali, bensì dalla scelta di uno Stato membro di uscire dall'Unione, il che comporta anche la cessazione dello *status* di cittadino europeo per i propri cittadini, con tutto ciò che ne deriva[4].

2. La disciplina olandese e il caso *Tjebbes*

La legge olandese sulla cittadinanza prevede, all'art. 15, che la cittadinanza possa essere perduta se il cittadino, in possesso di una seconda, ha la residenza principale da più di 10 anni al di fuori dei Paesi Bassi, degli Stati membri o dei territori ove si applica il Trattato sull'Unione europea. Tale periodo si considera interrotto qualora sia stato rilasciato un documento di identità o di viaggio oppure sia stata rilasciata una dichiarazione di possesso della cittadinanza dei Paesi Bassi. Inoltre, con particolare riferimento ai minori (art. 16.1.d), questi subiranno la revoca della cittadinanza a seguito della sua perdita da parte dei genitori, al fine di garantire l'unità familiare della cittadinanza[5] e, secondo quanto sostenuto dalle autorità olandesi, recependo in tal modo l'art. 7.2 della Convenzione europea sulla cittadinanza.

Il caso nasce dal ricorso presentato innanzi al giudice olandese da quattro (non più) cittadine olandesi che contestavano il provvedimento con il quale si negava l'esame delle loro richieste di passaporto, poiché era stato appurata la perdita *ipso iure* della cittadinanza. Pur se si trovavano tutte nella medesima situazione, le quattro (già) cittadine differivano tra loro per le modalità di acquisizione della cittadinanza olandese: una di loro l'aveva acquisita successivamente per naturalizzazione ed in precedenza risultava in possesso della sola cittadinanza iraniana; due erano cittadine olandesi dalla nascita e residenti all'estero; infine, vi era la figlia di una di queste, minorenne all'epoca della perdita ma maggiorenne quando destinataria del provvedimento di diniego di rinnovo del documento.

4. Sul punto, con particolare riferimento alle disposizioni italiane sul diritto di soggiorno dei cittadini del Regno Unito, si veda A. Lang, *Da cittadini UE a stranieri: la soluzione italiana per garantire la conservazione del diritto di soggiorno dei cittadini del Regno Unito in caso di recesso senza accordo*, in *Eurojus*, www.eurojus.it, n. 3/2019, pp. 125-139.

5. In tal senso si è espresso il Governo olandese nel corso della causa *Tjebbes*, cit., paragrafo 34.

Vale la pena osservare che le due cittadine per nascita presentarono richiesta di rinnovo del documento decorso un periodo tra i cinque e i dieci anni dalla sua scadenza, mentre la cittadina anche iraniana lo fece quando da essa ne erano trascorsi dieci; la stessa aveva inoltre provveduto alla cancellazione dall'anagrafe in tempo risalente.

Tale aspetto potrebbe risultare di rilievo poiché tale periodo, sommato a quello dei cinque anni di validità del documento, porta al superamento del termine di dieci anni dall'ultimo comportamento attivo richiesto; inoltre, consente di dedurre che, il tempo previsto dalla norma olandese ai fini della decadenza dalla cittadinanza, decorre dal rilascio del passaporto ed include anche il periodo di validità del documento stesso. Su questo aspetto, invero controverso, si ritornerà in seguito.

La questione che la Corte è chiamata a risolvere riguarda dunque la perdita di cittadinanza da parte di cittadine olandesi, residenti in uno Stato terzo rispetto anche a quelli dell'Unione europea, in possesso di una seconda cittadinanza, diversa però da quella di uno Stato membro. Ciò perché, da un lato, con cittadinanza di altro Stato membro, la cittadinanza europea non risulterebbe comunque in discussione; dall'altro perché – al di là dell'espresso dato normativo – una misura che prevedesse la perdita della cittadinanza per coloro che risiedono in uno Stato dell'Unione, risulterebbe contraria alla libera circolazione e al libero soggiorno dei cittadini europei.

La situazione appare quindi riassumibile nel senso che riguarda quei soggetti che i) sono cittadini olandesi maggiorenni, ii) sono in possesso di una seconda cittadinanza, riconducibile ad uno Stato terzo, iii) sono residenti all'estero, in uno Stato non membro dell'Unione europea. Per quel che riguarda i minorenni, come detto, la perdita di *status* è conseguenza di ciò che accade ai genitori.

Il Consiglio di Stato olandese, adito in ultima istanza, ha proposto rinvio pregiudiziale perché aveva dubbi sulla proporzionalità della disposizione olandese con riferimento alla parte in cui prevede la perdita *ipso iure* della cittadinanza ed a quella riguardante i minorenni, destinati ad essere privati della cittadinanza olandese per la revoca di quella dei genitori.

3. Il quadro europeo ed internazionale

La cittadinanza europea riceve menzione e disciplina tanto nei Trattati istitutivi che nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'art. 9 TUE collega il possesso della cittadinanza europea a quella nazionale, precisando che ad essa si aggiunge ma non la sostituisce; il primo comma dell'art. 20 TFUE ha identico contenuto. Dalla loro lettura, dunque, non emerge solo il legame ma anche la dipendenza della cittadinanza europea da

quella nazionale e del suo riconoscimento in funzione dello *status* posseduto dalla persona interessata. Ma, come precisato dall'A.G. Maduro nelle sue conclusioni in *Rottmann*[6], il rapporto tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale va letto in un contesto in cui alla cittadinanza europea – che presuppone quella nazionale – va riconosciuta anche nozione giuridica e politica autonoma: essa ci rende cittadini europei, presuppone un collegamento politico tra gli stessi, e questo costituisce un elemento ulteriore rispetto al solo riconoscimento dei diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'UE, solo alcuni dei quali riconosciuti in via esclusiva. In altre parole, osserva l'A.G. Maduro, «l'acquisto e la perdita della cittadinanza nazionale (e, quindi, della cittadinanza dell'Unione) di per sé non sono disciplinati dal diritto comunitario, ma le condizioni di acquisto e perdita di tale cittadinanza devono essere compatibili con le norme comunitarie e rispettare i diritti del cittadino europeo di modo da prevenire ogni privazione arbitraria, ma non al punto da dedurre l'impossibilità assoluta di revocare la cittadinanza nel caso in cui detta revoca comporti la perdita della cittadinanza europea», poiché questo significherebbe «negare la competenza degli Stati membri a disciplinare le condizioni relative alla loro cittadinanza ed inciderebbe, quindi, sulla sostanza stessa dell'autonomia degli Stati membri in tale materia»[7].

Il secondo comma del medesimo art.20 TFUE individua, in via esemplificativa, i diritti propri dei cittadini europei: alcuni di essi sono riconosciuti ai cittadini europei in via esclusiva, quali ad esempio la protezione diplomatica e consolare o il diritto di voto alle elezioni locali o del Parlamento europeo; altri sono estesi anche ai residenti o a coloro che si trovano sul territorio dell'Unione[8].

Infine, la Carta dei diritti fondamentali dedica alla cittadinanza il suo titolo V, ove individua i diritti riconosciuti ai cittadini, in parte riprendendo la lettera del Trattato, senza tuttavia intervenire sulla definizione o sulla sua natura. Al contempo, pur se collocato in altra parte della Carta, rileva anche l'art. 24 – che riconosce il preminente interesse del minore in tutti gli atti ad esso relativi – sia per la specifica natura della causa e l'espresso riferimento compiuto dal giudice olandese, che per la sua natura trasversale.

6. Concl. Avvocato generale (A.G.) Maduro del 30.9.2009, causa C-135/08, *Rottmann*, punto 23. Un commento critico a tali conclusioni si trova in J. Shaw, *La Corte europea di giustizia di fronte al diritto di cittadinanza: una sfida alla sovranità nazionale dei Paesi membri?*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 609-636.

7. *Ivi*, punto 24.

8. Sull'estensione dei diritti derivanti dalla cittadinanza ai cittadini di Stati terzi si veda A. Wiesbrock, Granting Citizenshio-related Rights to Third Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?, in European Journal of Migration and Law, 2012, pp. 63-94.

Sul piano internazionale rilevano diverse Convenzioni. In primo luogo, la Convenzione europea sulla cittadinanza[9], cui l'Olanda è vincolata dal 2001, il cui art. 7 consente la revoca della cittadinanza in «assenza di un qualsiasi legame effettivo tra lo Stato Parte e un cittadino che risiede abitualmente all'estero», risultando *prima facie* meno restrittiva della Convenzione sull'apolidia.

Con riferimento a quest'ultima – che nasce per l'appunto con l'obiettivo di ridurre l'apolidia e risulta applicabile ai Paesi Bassi dal 1985[10] – rilevano due differenti disposizioni: l'art. 6 subordina la perdita della cittadinanza di uno Stato al possesso o all'acquisizione di un'altra cittadinanza, mentre l'art 7 vieta la perdita della cittadinanza per «allontanamento dal territorio, residenza all'estero, mancata registrazione o per altre ragioni simili»[11], se questo ha per effetto di comportare apolidia. Tuttavia, è previsto che i cittadini per naturalizzazione possano perdere la cittadinanza se – vivendo all'estero per un periodo non inferiore a sette anni consecutivi – non hanno dichiarato alle autorità competenti «la propria intenzione di mantenere la cittadinanza»[12].

Infine, potrebbe rilevare anche la Convenzione sulla riduzione delle cittadinanze multiple[13], in particolare il suo Secondo Protocollo di modifica[14] che – al secondo considerando – compie espresso riferimento all'unità familiare: lo spirito sul quale essa si fonda sembra diretto a facilitare la presenza e l'integrazione nella comunità ove il soggetto interessato si trova. Ciò si distingue dal caso in esame ove, invece, il richiamo all'unità familiare della cittadinanza giustifica l'esistenza di una misura che ha per obiettivo il solo privare un minore del possesso di una delle cittadinanze possedute.

---

9. European Convention on Nationality (Convenzione europea sulla cittadinanza) del 6.11.1997, European Treaty Series – n. 166, commentata da L. van Waas, Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Laws in Europe, in European Journal of Migration and Law, 2012, pp. 243-260.

Guardando alla terminologia utilizzata, si osserva che le versioni in lingua inglese dei Trattati sull'UE e sul Funzionamento dell'UE e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE usano il termine *citizenship*; diversamente le Convenzioni ricorrono al termine *nationality*. Entrambi sono tradotti nelle versioni italiane con «cittadinanza»; quelle relative alle Convenzioni sono traduzioni non ufficiali. Pari traduzione è svolta nella sentenza in commento e nelle conclusioni ad essa relative.

10. *Convention on the reduction of statelessness* (Convenzione sulla riduzione dell'apolidia) del 30.8.1961.

11. Art. 7.3 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, cit.

12. Art. 7.4 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, cit. Tale disposizione rileva nel caso in esame con riferimento alla cittadina iraniana divenuta olandese per naturalizzazione: viveva infatti all'estero da più di 10 anni e risultava cancellata dall'anagrafe.

13. *Convention on the reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality* (Convenzione sulla riduzione dei casi di cittadinanza plurima e sul servizio militare obbligatorio nei casi di cittadinanza plurima) del 6.5.1963, *European Treaty Series* – n. 43.

14. Second Protocol amending the Convention on the reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality (Secondo Protocollo di modifica della Convenzione sulla riduzione dei casi di cittadinanza plurima e sul servizio militare obbligatorio nei casi di cittadinanza plurima) del 2.2.1993, cd. Secondo Protocollo di modifica, European Treaty Series – n. 149.

4. La proporzionalità della misura che riguarda i maggiori d'età

Tanto la Corte che l'A.G. non ravvisano incompatibilità tra il principio di proporzionalità e la disposizione olandese, che individua come discrimine la residenza ininterrotta all'estero per almeno dieci anni, unita all'assenza di un comportamento attivo che dimostri il permanere di un legame effettivo con lo Stato.

In via preliminare, il caso in questione va ricondotto a quelli in cui il tema della cittadinanza europea assume rilievo al di là dell'esercizio della libera circolazione da parte degli interessati, con i giudici che guardano al godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadini europei[15], prescindendo dalla presenza o meno degli interessati sul territorio di Stati membri diversi dal proprio[16]. Al pari di quanto già affermato nella sentenza *Rottmann*, i giudici ribadiscono la competenza a pronunciarsi visto che «il fatto che una materia rientri nella competenza degli Stati membri non impedisce che, in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione, le norme nazionali di cui trattasi debbano rispettare quest'ultimo»[17]. In tal caso, il venire meno della cittadinanza nazionale, e per conseguenza anche di quella europea, comporterebbe un cambiamento di *status* e la conseguente perdita di tutti quei diritti ad esso collegati che, come più volte ribadito sin dalla pronuncia nella causa *Micheletti*[18], rappresentano il nucleo della cittadinanza europea.

Guardando al merito della questione, va innanzitutto sottolineata la diversità rispetto al caso *Rottmann*, principalmente nella parte dedicata alla tipologia degli eventi oggetto d'esame ed alla valutazione del principio di proporzionalità. In quel caso il sig. Rottmann – originariamente cittadino austriaco – si era visto privare della cittadinanza tedesca, di nuova acquisizione, poiché era venuto meno il rapporto di fiducia tra il (nuovo) cittadino e lo Stato, alla luce di una dichiarazione fraudolenta compiuta al momento della richiesta. Al contempo, sussisteva un rischio concreto di apolidia perché la norma austriaca impediva il rivivere della cittadinanza originaria una volta acquisita una nuova: proprio a causa della concretezza di tale rischio, la Corte aveva rimesso al giudice *a quo* la valutazione della

15. Sent. Corte giust. 8.3.2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*; sent. Corte giust.13.9.2016, causa C-165/14, *Rendon Marin*; sent. Corte giust. 10.5.2017, causa C-133/15, *Chavez Vilchez*; sent. Corte giust. 8.5.2018, causa C-82/16, *KA et a.*

16. In tal senso si veda il paragrafo 30 delle conclusioni dell'A.G. Mengozzi del 12.7.2018, causa C-221/17. In esso si osserva che la protezione diplomatica e consolare – uno dei diritti propri dei soli cittadini europei, eventualmente esteso ai familiari che li accompagnano – è riconosciuto solamente a coloro che si trovano al di fuori del territorio dell'Unione.

17. Sentenza *Tjebbes*, cit., punto 30.

18. Sent. Corte giust. 7.7.1992, causa C-369/90, *Micheletti*.

proporzionalità della misura, in funzione delle conseguenze che la decisione avrebbe potuto comportare per l'interessato ma anche per i suoi familiari[19].

In *Tjebbes*, invece, si discute di un regime volto ad evitare il possesso di più cittadinanze da parte della medesima persona e – soprattutto – ad evitare che mantengano quella olandese persone che non abbiano o non abbiano più un legame con quel Paese. Una volontà che, in nome dell'unità della cittadinanza all'interno della famiglia, si riflette anche sui cittadini minorenni, non autonomi nel determinare la loro scelta: questo però presuppone la comprensione di quale sia il corretto bilanciamento tra l'interesse dello Stato e quello del minore coinvolto, che dovrebbe prevalere alla luce dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo[20].

Riconoscendo la legittimità della scelta del Parlamento olandese, la Corte ritiene che l'assenza di un legame effettivo possa essere certo dedotta – per coloro che vivono all'estero da lungo tempo – dall'inattività relativa alla richiesta di un'attestazione di possesso di cittadinanza, ovvero del rilascio di un documento che tale possesso comporta e la disposizione che lo prevede risulta rispettosa della Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia, in particolare i suoi artt. 6-7 (con particolare riferimenti ai commi da 7.3 a 7.6), e della Convenzione sulla cittadinanza, in particolare i commi 1.e) e 2 dell'art. 7. Diversamente dall'ipotesi che caratterizzava il caso *Rottmann*, il rischio di apolidia risulta inesistente, poiché la disposizione interviene solo qualora il soggetto destinatario della misura sia in possesso di una seconda cittadinanza.

Nella propria decisione la Corte rinvia all'esame approfondito compiuto nelle conclusioni dell'Avvocato generale che si concentrano in primo luogo sulla sussistenza di un pubblico interesse e, successivamente, sulla verifica del rispetto del principio di proporzionalità.

La natura di pubblico interesse viene valutata guardando a che la privazione che deriva dalla norma non costituisca un atto arbitrario[21]; l'A.G. si limita a ritenere legittimo che uno Stato consideri la cittadinanza come espressione di un legame effettivo coi propri cittadini, che può essere posto in discussione sulla base di un criterio di allontanamento dal territorio olandese e da quello dell'Unione europea.

---

19. Si guardi al punto 56 della sentenza *Rottmann*, cit.

20. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore (Convention on the Rights of the Child), adottata con Risoluzione dell'Assemblea generale n. 44/25 del 20 novembre 1989.

21. Principio affermato anche dalla Corte EDU nelle sentenze dell'11.10.2011, n. 53124/09, *Genovese/Malta*; del 26.6.2012, n. 26828/06, *Kuric e a./Slovenia* e del 21.6.2016, n. 76136/12, *Ramadan c. Malta*, punti 85 ss. Sul punto si rinvia a L. van Waas, *op. cit.* pp. 245-254.

Anche guardando alla proporzionalità della misura, la valutazione dell'A.G. Mengozzi è positiva, tanto alla luce della lunghezza del periodo di residenza all'estero che di quello tra adozione del provvedimento e dispiegamento dei suoi effetti, considerato sufficiente a garantire un'adeguata informazione agli interessati.

Quanto alla richiesta del giudice *a quo* sull'eventuale obbligo di valutare le circostanze personali che possano dimostrare il mantenimento di un legame effettivo, le conclusioni sono chiare e sottolineano come l'esame della proporzionalità non richieda altro che la verifica della sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma medesima, accompagnata dalla previsione di strumenti giurisdizionali di verifica *ex post*.

A supporto della propria posizione, l'A.G. richiama la sentenza *Delvigne*[22], pronunciata in un caso relativo all'applicazione automatica di misure accessorie ad una sentenza di condanna, misure che comportavano l'inibizione del diritto di voto in Francia, tanto per le consultazioni nazionali che per quelle europee. Pur se evidentemente differente, il richiamo a tale sentenza riguarda l'obbligo dell'autorità competente di valutare le circostanze personali eventualmente esistenti nell'ambito di applicazione di un meccanismo automatico che comporta conseguenze per il soggetto interessato. In quel caso, la valutazione del principio di proporzionalità derivava dal richiamo all'art. 52 CDFUE[23] ed i giudici sottolinearono come l'ordinamento nazionale prevedeva per via giurisdizionale la possibilità di chiedere e ottenere la revoca della sanzione accessoria[24]: questo comportava l'assenza dell'obbligo di compiere una valutazione delle circostanze personali per ogni singolo caso al momento dell'applicazione della disposizione.

Il controllo di proporzionalità del provvedimento assunto verrà quindi esercitato in funzione del motivo che è all'origine della revoca della cittadinanza, valutandone l'idoneità a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito anche con misure meno restrittive: la misura, infatti, non potrà andare oltre quanto necessario per il suo conseguimento[25].

Richiamando siffatto ragionamento, i giudici affermano che il diritto dell'UE non è contrario a che si provveda alla revoca della cittadinanza nazionale nei casi descritti; ciò, anche se tale perdita comporta a sua volta quella della cittadinanza europea e dei diritti ad essa collegati. Tuttavia, si precisa la necessità di bilanciare la perdita *ipso jure* con la previsione di consentire un esame individuale delle conseguenze che questa andrebbe a

22. Sent. Corte giust. 6.10.2015, causa C-650/13, *Delvigne*.

23. Il richiamo alla sentenza *Delvigne* va letto nell'ottica della valutazione (e dell'eventuale contenimento) degli effetti *de jure* di una norma. L'art. 52.2 CDFUE si riferisce al rispetto del principio di proporzionalità nell'adozione necessaria di norme interne che limitino l'esercizio dei diritti sanciti nella Carta. Il caso in esame tratta, invece, di una privazione totale di tali diritti.

24. Sentenza *Delvigne*, cit., punto 57.

25. Conclusioni dell'A.G. Mengozzi, cit., punto 82.

comportare, oltre alla possibilità – se del caso – di far riacquisire *ex tunc* la cittadinanza all'interessato quale conseguenza di detta verifica. In particolare, i giudici richiamano la necessità di valutare le conseguenze della perdita della cittadinanza alla luce dell'art. 7 CDFUE sul rispetto della vita privata e familiare, in combinato disposto con l'art. 24 della medesima, che afferma l'obbligo di considerare preminente l'interesse superiore del minore[26]: si pensi, ad esempio, alla limitazione del diritto di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri, che potrebbe influire sull'esercizio della vita professionale od anche sul mantenimento di vincoli familiari in seguito alle possibili restrizioni di circolazione e soggiorno verso gli stessi Paesi Bassi o verso un altro Stato membro.

Su tale aspetto della proporzionalità della misura, o forse – ancora meglio – degli effetti della sua applicazione, si riscontra la parte meno convincente tanto di sentenza che di conclusioni.

Le conseguenze descritte sono la combinazione della residenza ininterrotta in uno Stato terzo per un periodo pari ad almeno 10 anni e, al contempo, l'assenza di una manifestazione di interesse a rimanere cittadino olandese che viene dedotta da un comportamento omissivo nella richiesta di un passaporto, di un documento di identità o, più in generale, dell'attestazione di possesso della cittadinanza olandese: in tutti questi casi, la richiesta interromperebbe il decorso del tempo e porterebbe all'inizio di un nuovo computo di dieci anni. Come osservato, la necessità di avere un comportamento attivo che dimostri il legame col Paese d'origine pur vivendo in uno Stato al di fuori dell'Unione europea, viene valutato in modo coerente e rispettoso dell'esame sulla proporzionalità.

Tuttavia, ad esclusione della richiesta dell'attestato di cittadinanza, si accetta che il decorso del tempo abbia origine dal momento in cui il documento d'identità viene rilasciato e non dalla scadenza dello stesso. Però, così facendo, il decorso del tempo che rileva ai fini della perdita della cittadinanza include anche il periodo di validità del documento medesimo: ciò costituisce un'evidente contraddizione perché – da un lato – riguarda il periodo in cui il documento può essere utilizzato, cosa che costituisce un reale esercizio di cittadinanza e quindi dimostra l'interesse al legame con lo Stato. Al contempo, lo stesso periodo viene computato ai fini del calcolo del tempo per la perdita della medesima, alla cui base però si presume un disinteresse al possesso, oltre che al legame effettivo con lo Stato.

Tale aspetto, che pone evidentemente in discussione la proporzionalità della misura, non è considerato né dalle conclusioni né dalla sentenza della Corte, mentre altre soluzioni – come ad esempio la previsione del decorso del tempo a partire dalla scadenza del documento, oltre che un meccanismo integrativo della misura quale, ad esempio, quello di

26. Punto 45 della sentenza *Tjebbes*, cit.; in merito si guardi anche la sentenza *Chavez-Vilchez*, cit., punto 70.

allerta ai potenziali interessati – sarebbero risultate probabilmente più coerenti con tale principio.

5. L'unità della famiglia e la cittadinanza dei minori d'età

Sentenza e conclusioni valutano in modo diverso la previsione della perdita della cittadinanza da parte dei minorenni, per effetto della revoca di quella dei genitori, che è oggetto della seconda parte della questione pregiudiziale.

Diversamente dalle conclusioni, che considerano la norma olandese eccedente rispetto al necessario[27], la sentenza si limita a dedicarvi un paragrafo, risultando assorbita dal ragionamento sulla proporzionalità: i giudici infatti si limitano a demandare alle autorità competenti la valutazione dell'«eventuale esistenza di circostanze da cui risulti che la perdita, per il minore interessato, non corrisponde all'interesse superiore del minore, quale affermato dall'art. 24.2 della Carta»[28].

Vale la pena quindi soffermarsi sulle parole dell'Avvocato generale, indirizzate a valorizzare il possesso indipendente ed autonomo della cittadinanza europea da parte del minore di età.

La misura supera il vaglio relativo alla natura di pubblico interesse, con attenzione particolare all'unità della cittadinanza nella famiglia. Va in tal caso condiviso il richiamo all'art. 7.2 della Convenzione europea sulla cittadinanza, che prevede la revoca della cittadinanza al figlio nel caso questa segua pari misura a carico dei genitori; permangono invece dubbi sul richiamo al Secondo Protocollo emendativo della Convenzione europea sulla riduzione dei casi di cittadinanza plurima, poiché – come già osservato – orientato a riconoscere l'unità familiare della cittadinanza per prevenire posizioni di svantaggio in capo ai figli, rispetto a quella posseduta dai genitori. Il richiamo in tale causa è invece strumentale a legittimare una posizione opposta, ove la privazione della cittadinanza olandese, e quindi di quella europea, porterebbe il minore in una situazione generale di svantaggio, stante l'articolata e particolare natura della cittadinanza dell'Unione e dei diritti ad essa collegati.

Una perplessità in parte superata grazie al bilanciamento operato tra interesse all'unità della famiglia e superiore interesse del minore, di cui all'art. 24 CDFUE. In particolare, l'attenzione si concentra sul fatto che, al cadere dell'interesse e del legame effettivo del genitore verso il Paese d'origine, si presuppone che tale legame venga meno anche per i figli. Un assunto che presuppone che l'unità della cittadinanza nella famiglia

27. Conclusioni dell'A.G. Mengozzi, cit., punto 146.
28. Paragrafo 47 della sentenza *Tjebbes*, cit.

coincida – per definizione – con l'interesse del minore e che porta a non riservargli gli stessi diritti dei maggiorenni perché, ad esempio, non è riconosciuta la possibilità di evitare che ciò avvenga interrompendo il decorso del tempo con un comportamento attivo, quale potrebbe essere la richiesta di rilascio di un documento di viaggio, come previsto per gli adulti. Così facendo, al contrario e in nome dell'unità familiare, ne deriverebbe una situazione peggiorativa per il minore, a detrimento del possesso della cittadinanza e dei diritti ad essa collegati.

Una conseguenza che contrasta con l'essere, i minorenni, titolari degli stessi diritti propri dei cittadini maggiorenni: essi sono titolari di *status* autonomo, che non deriva da quello dei genitori[29] e che prescinde dal fatto che il loro esercizio dipenda da chi ne ha la potestà genitoriale[30].

6. La pronuncia della Corte e la revoca della cittadinanza italiana: ipotesi applicative

Giunti a questo punto, vale la pena soffermarsi sulla possibile applicazione dei principi sviluppati dalla Corte di giustizia all'attuale disciplina italiana, di recente riformata con l'introduzione della previsione della perdita della cittadinanza in alcuni casi ben determinati[31].

Come noto, il decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni nella legge n. 132 dell'1 dicembre 2018, ha modificato la legge sulla cittadinanza [32] introducendo l'art. 10-*bis*, che prevede la revoca della cittadinanza esclusivamente a coloro che, acquisitala per naturalizzazione o – in alcuni casi – sia per discendenza, per matrimonio o per permanenza sul territorio anche in collegamento alla loro nascita sullo stesso[33], sono stati condannati in via definitiva per reati gravi quali, ad esempio, quelli riconducibili a terrorismo o a banda armata[34].

29. Sentenza *Ruiz Zambrano*, cit., punti 40 e ss.

30. In merito vale la pena richiamare la sentenza della Corte di giustizia del 19.10.2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, ove questo emerge in modo chiaro al punto 45. Si ricorda che detta sentenza differisce, nel caso d'origine, da altre richiamate perché la cittadina europea interessata, seppur minorenne, aveva comunque esercitato il proprio diritto di libera circolazione.

31. Un'analisi di dettaglio sulle nuove disposizioni della cittadinanza, e sulla filosofia che ne è alla base, si trova in E. Cavasino, *Ridisegnare il confine tra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in questa *Rivista*, n. 1/2019, pp. 1-37.

32. L. 5.2.1992, n. 91, in G.U. 38 del 15.2.1992.

33. Sul punto va notata una certa incoerenza, includendo tra i soggetti privabili della cittadinanza quelli inclusi negli artt. 4.2 e 9 della legge, ma non quelli di cui all'art. 4.1.

34. Il nuovo art.10-*bis*, infatti, prevede che la cittadinanza possa essere revocata «in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-*ter* e 270-*quienquies*.2, del codice penale. [...]».

La revoca interverrà *ipso iure* entro tre anni dalla condanna dell'interessato in via definitiva, con provvedimento del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno; la lettera della norma porta a ritenere che tale termine sia perentorio e, quindi, una volta trascorso il periodo di tempo indicato senza l'adozione del provvedimento richiesto, la revoca non dovrebbe più avere luogo.

La principale ragione di tale misura va individuata nell'impossibilità di adottare un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino italiano e non compie distinzioni tra coloro che sono in possesso di una seconda cittadinanza e coloro che invece non lo sono, al di là delle ragioni che hanno determinato una situazione di questo tipo. In tal modo, la norma è idonea ad esporre parte dei potenziali interessati all'apolidia[35].

Se si guarda alla gravità dei reati commessi e per i quali il soggetto revocato potrebbe essere stato condannato, si può desumere che la revoca della cittadinanza italiana sia propedeutica all'allontanamento dell'interessato dal territorio nazionale. Non si tratta però di un automatismo e, quindi, il soggetto "non-più cittadino" potrebbe permanere sul territorio italiano alle condizioni richieste per i cittadini di Stati terzi o apolidi, o per i cittadini europei, in funzione del possesso o meno di una seconda cittadinanza. Appare evidente che, in funzione dell'essere parte del primo o del secondo gruppo, le condizioni varieranno, tanto con riferimento all'allontanamento che al soggiorno sul territorio: nei casi che riguarderanno i cittadini europei, infatti, troveranno applicazione le disposizioni di attuazione degli articoli 27 e ss. della direttiva 2004/38, che disciplina l'esercizio di libera circolazione e soggiorno: secondo quanto già interpretato dalla Corte di giustizia, nelle ipotesi di allontanamento di cittadini europei dal territorio di uno Stato membro diverso dal proprio, la valutazione della proporzionalità della misura risulterà fondata sui comportamenti posti in essere dal destinatario della stessa e dovranno rappresentare «realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società», senza escludere che «la sola condotta tenuta in passato costituisca una siffatta minaccia». Tuttavia, «l'eventuale eccezionale gravità degli atti in questione [potrà] essere idonea a evidenziare, anche dopo un periodo di tempo relativamente lungo, la persistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società»[36]. Infine, andrà valutato il periodo di permanenza in Italia

---

Sulla revoca della cittadinanza ai "jihadisti" in Belgio e Francia, si rinvia a P. Wautelet, Deprivation of citizenship for 'jihadists'. Analysis of Belgian and French practice and policy in light of the principle of equal treatment, in Social Sciences Research Network, https://ssrn.com/abstract=2713742????, 2016.

35. L'Italia ha ratificato detta Convenzione con l. 29.9.2015, n.162, G.U. 237 del 12.10.2015, avvalendosi della riserva di cui all'art. 8.3 della medesima Convenzione, che comunque si esercita fatta salva la disposizione di cui al primo comma, che prevede il divieto di revoca della cittadinanza qualora dovesse comportare apolidia dell'interessato. Ciò al di là del fatto che, probabilmente, i casi previsti dalla legge italiana non rientrerebbero in quelli di cui previsti dall'art. 8.3.

36. Sent. Corte giust. 2.5.2018, cause riunite C-331/16 e C-366/16, *K. e H.F.*, punto 58.

dell'interessato, oltre che «il tempo trascorso da quando ha avuto luogo tale comportamento, [il] comportamento da lui tenuto durante tale periodo, [il] grado della sua attuale pericolosità per la società, nonché [la] solidità dei legami sociali, culturali e familiari con detto Stato membro» [37]. Con riferimento specifico a quest'ultimo parametro, gli stessi giudici hanno sottolineato come, al crescere dell'integrazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari in tale Stato membro, maggiori saranno le garanzie contro l'allontanamento di cui essi godono[38].

Se si guarda ai casi richiamati nel presente lavoro, non vi sono punti di contatto con il caso *Tjebbes*, mentre – seppur considerandola come riconducibile ad una terza specie – si può asserire che la disciplina italiana condivide la filosofia alla base della disposizione tedesca oggetto di valutazione nel caso *Rottmann*, ossia quella di punire il comportamento del cittadino naturalizzato che – in modi differenti – non dimostra lealtà verso il nuovo Stato e la comunità che ne fa parte. Se, però, nel caso *Rottmann*, veniva punito il comportamento fraudolento che aveva portato all'acquisto della cittadinanza, la norma italiana interviene *ex post*, una volta che la cittadinanza è stata acquisita e giungendo a punire, dunque, non un comportamento funzionale all'ottenimento della stessa, bensì posto in essere da colui che è già cittadino italiano. Come si può ben comprendere, la differenza tra le due ipotesi non è di poco conto.

In via preliminare, al di là della valutazione sulla natura e sulla proporzionalità della misura e dei suoi profili di legittimità sul piano interno, la norma in questione si applica solo ad una parte di cittadini italiani, cioè alcuni gruppi di naturalizzati, ponendo pertanto in essere una distinzione tra coloro che sono in possesso di cittadinanza italiana sin dall'origine e alcuni di coloro che – per le più svariate ragioni – lo sono diventati in un tempo successivo [39]: una chiara doppia discriminazione (tra cittadini dall'origine e naturalizzati nonché all'interno del gruppo dei naturalizzati) tra cittadini, fondata sull'origine degli stessi, che potrebbe confliggere con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale ogni forma di discriminazione, e quindi anche quella in base alla nazionalità, è vietata. Il rischio che si contesti l'applicabilità della Carta all'ipotetico caso in questione, ai sensi dell'art. 51 della stessa, verrebbe superato osservando che la questione risulta pertinente all'applicazione del diritto dell'Unione sulla base delle medesime ragioni che hanno portato la Corte a dichiararsi competente a

37. Sentenza *K. e H.F*, cit., punti 70 e ss e giurisprudenza ivi citata.

38. Sentenza *K. e H.F*, cit., in particolare punto 71.

39. La disposizione si applica, tra l'altro, a coloro che sono cittadini italiani ai sensi dell'art. 4, co. 2, ma non a coloro che lo sono ai sensi dell'art. 4, co. 1. Un'incoerenza evidente anche alla luce dell'inclusione, tra i destinatari della norma, di coloro che sono divenuti cittadini italiani ai sensi dell'art. 5.

pronunciarsi nei casi *Rottmann* e *Tjebbes*, oltre che in molti altri relativi alla cittadinanza europea, riconducibili alla tutela del nucleo essenziale di diritti derivanti dal suo possesso.

Nel caso di rinvio pregiudiziale, nel corso di una causa ove – ad esempio – si contesti il provvedimento alla luce delle pronunce interpretative della Corte di giustizia, esattamente come in *Tjebbes* e *Rottmann*, il Collegio giudicante – oltre alla valutazione rispetto all'art. 21 della Carta, che sembra essere quella con maggiori profili di criticità – procederebbe verosimilmente ad un'analisi della norma rispetto alla sua natura, sulla sussistenza o meno quindi del pubblico interesse ovvero di un eventuale arbitrio, ed anche rispetto alla proporzionalità tra misure adottate e obiettivo da raggiungere. Non sembra azzardato ipotizzare la necessità dell'effettivo scrutinio dell'eventuale provvedimento di revoca, visto che, come osservato, questa interverrebbe *ipso jure*[40]; nella valutazione della proporzionalità, se la Corte dovesse mantenere l'indirizzo maturato sino ad ora in entrambe le richiamate pronunce, essa invece si richiamerà alle conseguenze – non ipotetiche o eventuali[41] – che la decisione determinerà sulla situazione dell'interessato e sui suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione[42]. Come sottolineato in *Rottmann*, risulterà «importante verificare, in particolare, se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine»[43].

Infine, la perdita della cittadinanza dovrà essere esaminata anche alla luce del diritto al rispetto della vita familiare, di cui all'art. 7 della Carta, tenendo conto – se del caso – del superiore interesse del minore, come riconosciuto dall'art. 24.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[44]. A tal fine, non si esclude un riferimento all'art. 8 della CEDU, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, interpretato in più circostanze dalla Corte di Strasburgo in riferimento a discipline statali che incidono sulla cittadinanza. In quei casi, infatti, la Corte ha osservato come misure che comportino limitazioni del diritto a risiedere sul territorio dello Stato possano essere idonee a violare l'art. 8 CEDU qualora comportassero ripercussioni sproporzionate sulla vita personale o familiare[45] degli interessati.

40. Come sottolineato al punto 42 della sentenza *Tjebbes*, cit.
41. Punto 44 della sentenza *Tjebbes*, cit.
42. Punti 55 e 56 della sentenza *Rottmann*, cit. e punto 40 della sentenza *Tjebbes*, cit.
43. Punto 56 della sentenza *Rottmann*, cit.
44. Punto 45 della sentenza *Tjebbes*, cit. che richiama il punto 70 della sentenza *Chavez-Vilchez*, cit.
45. Sentenze Corte EDU *Genovese/Malta*; *Kuric e a./Slovenia*; *Ramadan/Malta*, tutte precedentemente cit.

Nel caso la norma italiana trovasse applicazione, la persona revocata della cittadinanza italiana potrebbe essere soggetta ad allontanamento. La necessaria valutazione di proporzionalità del provvedimento di allontanamento alla luce del diritto dell'Unione, includendo se del caso l'eventuale diniego di rilascio del permesso di soggiorno, riguarderebbe – ancora una volta – sia l'intervallo temporale tra i due provvedimenti (di revoca ed allontanamento) che le condizioni soggettive del destinatario, con inclusione tanto della durata di permanenza sul territorio nazionale che delle conseguenze che ne deriverebbero a sé ed ai suoi familiari[46].

7. Conclusioni

Come osservato nel corso della presente analisi, la sentenza *Tjebbes* riguarda l'ipotesi di revoca della cittadinanza a coloro che, pur se in possesso della cittadinanza dello Stato membro sin dall'origine o per naturalizzazione, non pongono in essere comportamenti che consentano di dedurre l'esistenza di un legame effettivo con lo Stato in questione. Si distingue, quindi, sensibilmente dalle ipotesi che pongono in discussione la fiducia tra lo Stato e il cittadino, a maggior ragione se naturalizzato, come nel caso dell'acquisizione per comportamento fraudolento che caratterizzava il caso *Rottmann*.

Al di là dei dubbi già manifestati sulla valutazione della proporzionalità della misura in esame, l'analisi del caso *Tjebbes* porta ad un doppio ordine di considerazioni.

Sul piano interno, la pronuncia della Corte consente di affermare che, nell'esercizio della propria competenza ad individuare le condizioni relative all'acquisizione ed alla perdita della cittadinanza, lo Stato olandese può stabilire anche quali siano quelle da rispettare per il mantenimento della stessa da parte di quei cittadini che – al di là delle modalità di acquisizione e in possesso di una seconda cittadinanza – vivono in uno Stato terzo, non appartenente all'UE o non riconducibile ai territori ove i Trattati ricevono applicazione.

Si osserva come i giudici individuino il perimetro entro il quale una disposizione nazionale possa prevedere la perdita della cittadinanza in nome dell'accertamento dell'effettivo legame con lo Stato. Il rispetto del principio di proporzionalità nella predisposizione ed attuazione della misura, consente che vengano individuati come elementi indicatori il computo della residenza all'estero per un lungo periodo di tempo unito alla necessità di porre in essere un comportamento attivo dal quale si deduca l'intenzione di mantenere il legame col proprio Paese. Visto che la perdita della

46. Circa la valutazione delle conseguenze che possono derivare ai minori, si guardi la sentenza *Rendon Marin*, cit., punti 68-87. In tal caso, è bene ricordarlo, il provvedimento di allontanamento sarebbe stato conseguenza del diniego di permesso di soggiorno giustificato dai precedenti penali del sig. Rendon Marin.

cittadinanza interverrebbe *ipso iure*, l'ordinamento dovrà tuttavia prevedere che agli interessati sia riconosciuta la possibilità di richiedere una valutazione individuale della propria situazione, con eventuale riviviscenza *ex tunc* del loro *status civitatis*.

Nel caso dei minorenni, destinati a seguire l'evoluzione dello *status* dei genitori, senza alternative, i giudici si limitano a demandare il controllo di proporzionalità della misura al giudice *a quo*, senza entrare nel merito della questione. Per questo può essere d'ausilio l'argomentata posizione sviluppata nelle conclusioni dell'Avvocato generale ove – in pratica – si sostiene che detta disposizione non sia rispettosa del principio di proporzionalità perché non prevede per loro una modalità autonoma di mantenimento della cittadinanza e considera quella dei minori come meramente accessoria a quella dei genitori. É dunque possibile che il giudice *a quo* consideri la risposta della Corte alla luce delle conclusioni e, quindi, nel caso di specie, valuti – nel rispetto del superiore interesse del minore – quella parte della disposizione non rispettosa del principio in questione.

Se si guarda al piano europeo, invece, va innanzitutto sottolineato come la Corte abbia ribadito la propria competenza a pronunciarsi in una causa in cui si discute di cittadinanza e della sua perdita in un caso in cui le persone interessate non avevano esercitato alcun diritto alla libera circolazione. I giudici riaffermano in via preliminare quanto già precisato in precedenti pronunce, ovvero che la competenza della Corte è strettamente collegata alla cittadinanza europea e, in particolare, alla tutela del nucleo essenziale di diritti che la caratterizzano.

In secondo luogo, la pronuncia della Corte consente di chiarire il quadro dei limiti posti alla revoca della cittadinanza nazionale e, per conseguenza, di quella europea. Da un lato, va ribadita la necessità di rispettare la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, pur se la valutazione di proporzionalità della misura privativa non esclude in sé che questa possa avere luogo. Resta infatti valido quanto espresso nella sentenza *Rottmann*, sulla necessità di valutare la proporzionalità della misura in base tanto alle cause che porterebbero alla revoca della cittadinanza, quanto alle conseguenze sulla persona interessata e sui suoi familiari, «sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione»[47]. In breve, la valutazione della proporzionalità potrebbe corrispondere, in questi casi, al bilanciamento tra l'interesse dello Stato e l'interesse del cittadino, con riferimento alle conseguenze che questi dovrebbe sopportare.

Dall'altro, la sentenza *Tjebbes* amplia la casistica delle ipotesi in cui, pronunciandosi in cause che hanno per oggetto la revoca della cittadinanza statale, la Corte di giustizia si sia pronunciata in senso favorevole a tali provvedimenti, sempre subordinando l'applicazione

47. Sentenza *Rottmann*, cit., punto 56.

della norma interna ad uno scrutinio incentrato sulla proporzionalità della misura oggetto d'esame. In particolare, oltre all'ipotesi in cui alla base della revoca vi era il venir meno della fiducia nel rapporto Stato-(nuovo) cittadino, ora si considera ammissibile anche la disposizione che prevede alla base della revoca il cessato interesse a mantenere un legame effettivo con lo Stato, dedotto dall'inazione, unita alla lontananza dal territorio statale per un periodo di tempo considerato ragionevolmente lungo.

In tale contesto, si sottolinea che, tra i possibili destinatari della misura di revoca, non vi saranno solo i naturalizzati, ovvero chi è divenuto cittadino dello Stato in un secondo momento, bensì anche coloro che sono cittadini dello Stato dalla nascita e che, per circostanze di vita, da questo si sono allontanati.

Un quadro normativo, dunque, che – alla luce del menzionato principio di proporzionalità e demandata al giudice di rinvio la valutazione sul rispetto del superiore interesse del minore – supera il vaglio della Corte di giustizia. I giudici si concentrano sul sindacato di proporzionalità della misura, cosa che risulta coerente con la giurisprudenza relativa alla cittadinanza, in generale, ed al caso *Rottmann* in particolare. Come è stato osservato[48], il riferimento alla natura costituzionale della cittadinanza europea appare minoritario rispetto alla procedimentalizzazione ma, al contempo, risulta condizionato dalla lettera dei Trattati, che la àncora al possesso di quella nazionale. In tale quadro, l'intervento che precisi i limiti di proporzionalità – entro i quali gli Stati possono disporre del proprio potere di disciplinare acquisto e revoca della cittadinanza – costituisce verosimilmente una delle poche opzioni a disposizione della Corte per tutelare i cittadini europei da revoche arbitrarie o sproporzionate, che li vedrebbe privati della cittadinanza e dei diritti ad essa collegati.

Tra queste opzioni, potrebbe esservi anche la necessità di esprimersi sul rispetto del principio di non discriminazione, di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, nelle ipotesi in cui la revoca andasse a riguardare solo alcuni gruppi di cittadini dello Stato, come – ad esempio – il tenore della disciplina italiana recentemente innovata porta ad ipotizzare.

48. Sul punto si vedano L. Marin, *op. cit.*, p. 468; D. Kochenov, *The Tjebbes fail*, cit., p. 9 ss.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI ROMA DEL 21 FEBBRAIO 2019 CHE OBBLIGA IL MINISTERO DEGLI ESTERI ALL'IMMEDIATO RILASCIO DI UN VISTO PER MOTIVI UMANITARI RESTITUISCE UN SENSO ALL'ARTICOLO 25 DEL CODICE DEI VISTI EUROPEO: POLITICHE DEL DIRITTO ED ESIGENZE DI TUTELA A CONFRONTO

di Eleonora Frasca

***Abstract**: L'ordinanza del 21 febbraio 2019 che ha imposto al Ministero degli esteri l'obbligo di rilasciare un visto umanitario ex art. 25 del codice dei visti europeo nei confronti di un minore non accompagnato bloccato in Libia fornisce l'occasione per riannodare le fila delle riflessioni e delle azioni intraprese in funzione della costruzione di canali d'ingresso legale in Europa per persone bisognose di protezione internazionale. A livello legislativo, il visto umanitario ex art. 25 è stato più volte sottoposto a tentativi di modifica in vista di un suo potenziamento, sollecitati dal Parlamento europeo e ostacolati dal Consiglio. Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, l'art. 25 è stato oggetto della famosa sentenza XX contro Belgio. Attualmente, la Corte EDU è chiamata a pronunciarsi sul tema dei visti umanitari nel caso M.N. e altri contro Belgio. Nel contempo, per iniziativa della società civile, i visti umanitari ex art. 25 sono stati funzionali all'apertura dei Corridoi Umanitari in diversi Paesi europei. Quest'analisi mette in luce le tante incertezze e contraddizioni relative all'interpretazione e alla portata dell'art. 25 del codice dei visti europeo. Interpretando tale articolo alla luce dei diritti fondamentali, il Tribunale di Roma, partecipa alla costruzione del visto umanitario come strumento giuridico di protezione, inserendosi nel dibattito tra le relative politiche del diritto e le esigenza di tutela.*

***Abstract**: With the ruling of 21 February 2019 Rome Civil Court's ordered the Ministry of Foreign Affairs to issue a LTV humanitarian visa to an unaccompanied minor stranded in Libya. The ruling is the occasion to take stock of the actions directed to the opening of safe and legal pathways to protection for refugees in Europe. At the legislative level, reforms of Article 25 of the EU Visa Code have been advocated for by the European Parliament and hindered by the Council. Humanitarian visas have been the object of CJEU's landmark case-law X and X. Currently a judgement from the ECtHR is expected in the pending case M.N. and others v. Belgium. At the same time, humanitarian visas under Article 25 have allowed for the opening of the Humanitarian Corridors upon initiative of civil society organisations in several European countries. This case-law analysis sheds light on uncertainties and inconsistencies regarding the interpretation of Article 25 of the EU Visa Code. In light of fundamental rights, with the ruling of 21 February 201, Rome Civil Court's contributes to the evolution of humanitarian visas as protection instruments and takes part in the debate around legal politics and protection needs.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI ROMA DEL 21 FEBBRAIO 2019 CHE OBBLIGA IL MINISTERO DEGLI ESTERI ALL'IMMEDIATO RILASCIO DI UN VISTO PER MOTIVI UMANITARI RESTITUISCE UN SENSO ALL'ARTICOLO 25 DEL CODICE DEI VISTI EUROPEO: POLITICHE DEL DIRITTO ED ESIGENZE DI TUTELA A CONFRONTO

di Eleonora Frasca*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019. – 3. L'art. 25 *all'interno* del codice dei visti europeo: profili sistematici e critici. – 4. I canali di ingresso legale: quale funzione per il visto umanitario? – 5. Visti umanitari per l'evacuazione dei migranti bloccati in Libia? – 6. La Corte di Strasburgo chiamata a pronunciarsi sulla questione del visto umanitario. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

I fatti all'origine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 qui commentata riguardano la vicenda di un minore che si trovava bloccato in Libia[1]. L'Ambasciata della Nigeria, suo Paese di origine, su richiesta dall'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati, si rifiutava di rilasciare copia dei documenti necessari per la partenza. Il ragazzo aveva già provato a recarsi in Italia, salpando per il Mediterraneo, ma senza successo perché, intercettato in mare dalla Guardia costiera libica, era stato riportato in Libia. Intendeva recarsi in Italia perché è il Paese in cui sua madre, la ricorrente, risiede in virtù di un permesso di soggiorno rilasciato per motivi umanitari. Quest'ultimo, però, le impediva di beneficiare della legislazione in materia di

* Dottoranda in Diritto europeo dell'immigrazione all'Università cattolica di Lovanio e Alumna di Sapienza Università di Roma (e-mail: eleonora.frasca@uclouvain.be).

1. L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) svolge un importante lavoro di monitoraggio dei movimenti di migranti interni e internazionali. Tramite il sistema di raccolta dati noto come *Displacement Tracking Matrix* (DTM) l'OIM ha identificato, per il periodo tra aprile e maggio 2019, almeno 641.398 migranti attualmente presenti in Libia provenienti da più di 39 Paesi del mondo e sparsi sul territorio libico in più di cento Comuni. Per maggiori informazioni si veda: http://www.globaldtm.info/libya/. Tra questi, circa 50.000 sono rifugiati e richiedenti asilo registrati dall'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati.

ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 286/98, che non si applica alle vittime di tratta in possesso di tale tipo di permesso[2].

La strada del ricongiungimento familiare in senso lato è stata, comunque, battuta dal Tribunale di Roma con l'ordinanza del 21 febbraio 2019[3], che ha imposto al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Ambasciata di Tripoli in Libia, l'obbligo di rilasciare un visto a validità territoriale limitata per ragioni umanitarie *ex* art. 25 del codice dei visti europeo (regolamento 810/09/CE)[4].

La pronuncia è occasione per riflettere sull'art. 25 del codice dei visti europeo, che è stato recentemente interpretato da una cauta pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea[5]. La questione dei visti umanitari è tuttora al centro di un largo contrasto di vedute tra le Istituzioni europee rappresentato, da un lato, da un'ambiziosa attività di sensibilizzazione del Parlamento europeo con l'obiettivo di sollecitare interventi legislativi in materia, in un'ottica di maggiore coerenza, dall'altro, da un netto rifiuto del Consiglio di legiferare sull'argomento.

La divergenza tra Istituzioni si è poi tradotta nella recente riforma del codice dei visti[6] che non entra affatto nel merito della questione del visto umanitario, e anzi aggiunge un art. 25-*bis* sulla cooperazione con i Paesi terzi che svela una tendenza a utilizzare la politica dei visti come leva per la cooperazione in materia di riammissione[7]. Tramite l'ormai comune meccanismo di condizionalità e il cosiddetto *issue-linkage*[8], l'art. 25-*bis* inasprisce le condizioni di rilascio del visto per quei Paesi che si dimostrano meno solerti nella cooperazione in materia migratoria (e.g. innalzando i costi per il visto, con l'aumento del numero di documenti da fornire, e con un rallentamento dei tempi procedurali per

2. Il permesso di soggiorno *ex* art. 18, d.lgs. 286/98 è attualmente oggetto di riforme introdotte dal d.l. 113/2018 convertito con modificazioni dalla l. 1.12.2018, n. 132 (in G.U. 3.12.2018, n. 281), per un commento si veda ASGI, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il d.l. 113/2018?*, 21.11.2018, www.asgi.it.

3. Il testo della sentenza è reperibile in allegato al comunicato della Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) del 16 maggio 2019: «Il Tribunale di Roma ordina il rilascio di un visto umanitario per un minore nigeriano in Libia», disponibile on-line all'indirizzo: www.asgi.it.

4. Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

5. Corte giust., sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X. e X. c. Belgio* [GC], ECLI:EU:C:2017:173. La sentenza è analizzata in questo commento al paragrafo 3. Per i numerosi commenti della sentenza in dottrina si rimanda alla nota numero 34.

6. Regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), OJ L 188, 12.7.2019, pp. 25-54.

7. Si vedano anche i Considerando (2) e (13) del citato regolamento.

8. Per *issue-linkage* si intende la promozione di obiettivi politici legati al controllo delle migrazioni in accordi di politica estera o di cooperazione allo sviluppo, ma anche in accordi commerciali. Si veda F. Jurje, S. Lavenex, *Issue-Linkage in International Migration Governance: Trade Agreements as Venues for "Market Power Europe"?,* Working Papers n. 11.2013, in *World Trade Institute*.

l'esame della domanda)[9]. Lo strumento del visto umanitario è inoltre oggetto di un caso pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo[10].

In secondo luogo, la pronuncia del Tribunale di Roma consente di contestualizzare il potenziale di protezione internazionale offerto dal visto umanitario nel panorama italiano ed europeo dei canali d'ingresso legale in Europa per rifugiati e migranti vulnerabili. Ciò è possibile ripercorrendo la legislazione vigente e quella in corso di adozione in sede europea, così come esaminando le iniziative di una parte della società civile che, a livello nazionale e transnazionale, si è distinta nel corso degli ultimi anni per spirito di innovazione e buona volontà nell'attività di costruzione di tali canali d'ingresso, con il principale obiettivo di ridurre il tasso di mortalità dei migranti nel Mediterraneo.

Infine, la pronuncia è di grande interesse ai fini dell'accertamento in sede giurisdizionale della violenza drammaticamente subita dai migranti in Libia[11] che inevitabilmente si ripercuote sull'attualità delle migrazioni nel Mediterraneo: un'attualità esasperata dalla politica, ma dai profili giuridici complessi per quanto riguarda il diritto internazionale ed europeo. Sviluppando alcuni spunti di riflessione a partire dall'ordinanza del Tribunale di Roma, questo contributo si propone di annodare le fila delle riflessioni e delle azioni intraprese in sede normativa e giurisprudenziale di cui il visto umanitario è stato protagonista negli ultimi anni, traendo qualche insegnamento dallo stallo legislativo in un'ottica di riforma del sistema dal punto di vista del diritto europeo.

2. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019

In particolare, la ricorrente, assistita da ASGI, chiedeva, tramite procedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., *in via alternativa*, il rilascio del visto per motivi umanitari *ex* art. 25 del codice dei visti europeo (scelta poi effettuata dal Tribunale di Roma) ovvero il rilascio di un visto di ingresso per motivi di cure mediche per stranieri ai sensi del d.lgs. 502/92, così come modificato dal d.lgs. 517/93[12] da rilasciare a favore di suo figlio, minore non accompagnato nigeriano in Libia.

9. Commissione europea, *Politica dei visti dell'UE: la Commissione si compiace dell'accordo volto a rafforzare le regole sui visti,* Comunicato stampa, Bruxelles, 20 febbraio 2019.

10. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, ricorso n. 3599/18, introdotto il 10 gennaio 2018.

11. Nel commentare questa ordinanza, Landri e Pretto richiamano a giusta ragione la pronuncia della Corte di Assise di Milano per i fatti di Bani Walid (sentenza del 10 ottobre 2017, depositata il 1 dicembre 2017, RG. 33307/16 NR). Cfr. L. Landri, C. Pretto, *Quando il diritto è vita. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019*, in *Questione Giustizia*, 2019, www.questionegiustizia.it. In argomento, si segnala anche il commento all'ordinanza di F.L. Gatta, *A "way out" of the human rights situation in Libya: the humanitarian visa as a tool to guarantee the rightto health and to family unity*, in *Cahier de l'EDEM*, settembre 2019.

12. Questo visto di ingresso si indirizza agli stranieri che intendono recarsi in Italia per cure mediche.

L'Organizzazione Internazionale per le Migrazione (OIM) ha assistito il ragazzo affidandolo provvisoriamente ad una famiglia, svolgendo un importante lavoro di identificazione del minore e di contatto con la madre nonché di valutazione del suo interesse superiore tramite il cosiddetto *Child Best Interest Determination Report*, essendo egli privo di documenti. Nel rapporto, l'OIM rilevava l'impossibilità del ritorno in Nigeria e l'urgente bisogno di cure mediche, che l'Ospedale Cottolengo di Torino si era reso disponibile ad elargire. La richiesta di visto di ingresso in Italia, inoltrata dall'OIM all'Ambasciata italiana di Tripoli, non ha però ricevuto seguito.

Nella descritta situazione, riconoscendo i presupposti per l'applicazione del procedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., il Tribunale di Roma ha emanato l'ordinanza di immediato rilascio del visto. Quanto al *fumus boni iuris*, il Tribunale ne ha ravvisato l'esistenza nella verosimile fondatezza della necessità del rilascio del visto *ex* art. 25 del codice dei visti europeo, con riguardo alla particolare vulnerabilità del ragazzo. Tale vulnerabilità è legata principalmente alle sue condizioni di salute precarie e quindi all'impossibilità di ricevere cure adeguate in Libia (Paese di residenza) così come in Nigeria (Paese di origine, nell'eventualità di un rimpatrio), insieme all'esigenza di ricomporre l'unità familiare e poter così raggiungere la madre in Italia. Il *periculum in mora* è invece stato individuato nel pregiudizio irreparabile che la mancata concessione del visto avrebbe causato alla condizione psico-fisica generale del minore, considerate le sue condizioni di salute, la lontananza dalla madre e le condizioni di insicurezza e violenza indiscriminata in Libia, da aggiungersi alle violenze già subite in Nigeria, che lo avevano portato alla fuga.

La necessità e urgenza della concessione del visto è stata individuata dal Tribunale per mezzo di una corretta e puntuale ricostruzione dei diritti fondamentali in ballo: il diritto all'unità familiare, da un lato, e il diritto alla salute, dall'altro. Il primo è tutelato nel nostro ordinamento dalla Costituzione (art. 29) e dalla normativa di matrice europea (art. 7 Carta dei diritti fondamentali UE) e internazionale (art. 8 CEDU)[13] e, in quanto diritto fondamentale della persona, spetta in via di principio anche agli stranieri. A sostegno del diritto all'unità familiare, il Tribunale richiama la giurisprudenza della Corte di cassazione [14] che ha interpretato estensivamente l'art. 28 del Testo unico

13. Art. 8 CEDU, art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea così come l'art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo, quest'ultima di grande rilevanza nel caso in esame essendo il ricongiunto minore.

14. Cass. sentenza n. 1714 del 7 febbraio 2001; sentenza n. 8582 del 3 aprile 2008, e sentenza n. 12680 del 29 maggio 2009, per mezzo della quale la Cassazione ha interpretato estensivamente l'art. 28, co. 1 del TU sull'immigrazione alla luce dei principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione. La Cassazione ha riconosciuto il diritto di chiedere il ricongiungimento familiare agli stranieri possessori di titoli di soggiorno diversi da quelli previsti dall'art. 28, co. 1 (ossia il permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo e ai possessori di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero

sull'immigrazione applicandolo ad ipotesi non espressamente indicate, a seguito della storica sentenza della Corte costituzionale che ha riconosciuto la spettanza di tale diritto anche agli stranieri[15]. Il diritto alla salute, anch'esso oggetto di tutela costituzionale (art. 32), giustifica l'urgenza dell'ingresso del minore in Italia, dove potrà ricevere le cure mediche che non avrebbe potuto ricevere né in Libia né in Nigeria. In proposito, il Tribunale descrive dettagliatamente le difficoltà nell'accesso ai servizi medici e lo stato di carenza delle strutture igienico-sanitarie in Nigeria. Si ricorda inoltre che i minori possono trovarsi in una situazione di «doppia vulnerabilità» in quanto minori e in quanto minori migranti e che, nel caso in esame, la doppia vulnerabilità era aggravata anche dal fatto che il ragazzo era un minore non accompagnato.

La pronuncia affronta quindi due dei più importanti temi di attualità legati all'immigrazione, i quali tuttavia non trovano attualmente soluzioni giuridiche coerenti e all'altezza del rango dei dritti fondamentali dei migranti a rischio di violazione. In primo luogo, l'ordinanza offre una soluzione concreta ad alcuni dei migranti in transito bloccati in Libia, situazione esacerbata dalle politiche di contenimento e di legittimazione "dall'alto" della Guardia costiera libica. Una situazione in cui la geografia del Mediterraneo pone l'Italia in prima linea, in quanto principale Paese di destinazione dei migranti che percorrono la rotta del Mediterraneo centrale e principale interlocutore europeo dei governi libici. D'altro canto, il giudice nazionale offre una possibile interpretazione dell'art. 25 del codice dei visti *funzionale* alla tutela dei diritti fondamentali in gioco (diritto all'unità familiare, diritto alla salute) così come richiesto dalle particolari condizioni in cui si trova il destinatario del visto (situazione concreta).

Così facendo, ci invita a riflettere su un tema a rilevanza europea che è quello dei visti umanitari e dei canali d'ingresso legale per rifugiati e migranti vulnerabili, tutt'ora insufficienti, e la cui scarsità dipende inevitabilmente dall'attuale assetto legislativo in materia di ingressi e protezione internazionale. Più che mai, poi, ci pone dinanzi al contributo del giudice nazionale nell'evoluzione del diritto europeo, il quale, attraverso la sua attività di interpretazione della normativa direttamente applicabile, partecipa al dialogo tra giudice (nazionale, europeo) e legislatore.

---

per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari), ritenendo tale elenco non tassativo. Quindi ha riconosciuto tale diritto sia agli stranieri possessori di permesso di soggiorno per motivi familiari sia ai titolari di permesso di soggiorno per acquisito della cittadinanza italiana. Si veda, L. Tria, *Il diritto all'unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell'Unione europea e in Italia: una prospettiva di sintesi*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, www.europeanrights.eu.

15. Così la sentenza della Corte cost. n. 28 del 1995, richiamata nell'ordinanza del Tribunale di Roma.

3. L'art. 25 *all'interno* del codice dei visti europeo: profili sistematici e critici

L'ordinanza del Tribunale di Roma ha un alto valore in termini di precedente per gli stranieri residenti in Stati membri dell'Unione europea che intendono riunificarsi con i loro familiari non potendo beneficiare della legislazione in materia di ricongiungimento. Al tempo stesso, ci rammenta la portata e il senso dell'art. 25 del codice dei visti in quanto canale di ingresso sicuro, pur in assenza di una normativa *ad hoc* per l'ingresso di rifugiati e richiedenti asilo.

Il tema del visto umanitario, inteso come passaggio regolare della frontiera, è l'evidente espressione del paradosso del diritto d'asilo: un diritto che può essere esercitato solo una volta che il richiedente abbia messo piede nel territorio dello Stato di protezione. Questo paradosso è stato esemplificato da una calzante metafora di Jean-Yves Carlier, il quale, citando il titolo della pellicola del 1991 di Theo Angelopoulos, descrisse il dritto d'asilo come «il passo sospeso della cicogna»[16] poiché, al diritto del richiedente di lasciare il proprio Paese di provenienza[17], non si accompagna quello susseguente all'ingresso nel Paese di asilo.

L'asilo è quindi indiscutibilmente legato ad una nozione di territorialità che da sola spiega perché in molti rischiano la vita e trovano la morte in mare[18], tentando di entrare nell'Unione europea in modo irregolare. Il visto umanitario potrebbe quindi essere il *mezzo* per superare questo paradosso e riconciliare il sistema europeo comune d'asilo europeo con i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il diritto d'asilo e il diritto a non subire la tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il visto a validità territoriale limitata *ex* art. 25 «rilasciato per motivi umanitari o in virtù di obblighi internazionali», oggetto della sentenza in commento, è uno strumento disciplinato dal codice dei visti europeo. Quest'ultimo regola le procedure e le condizioni per i soggiorni di breve durata (fino a 90 giorni) nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea, elenca inoltre i Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto al momento dell'ingresso o dell'attraversamento della zona di transito degli

16. J.Y. Carlier, *Pour la suppression des visas: du pas suspendu du gitan au temps des cigognes, de la libre circulation à la circulation libre*. Louvain-la-Neuve, Institut d'études européennes, 1997.

17. Diritto previsto dall'articolo 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che prevede al primo comma il diritto di ogni persona «*alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato*» ed al secondo il «*diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio*». Per una ricostruzione in chiave internazionalistica dell'importanza del diritto umano «di lasciare un paese» si veda N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 27 n. 3.2016.

18. Le statistiche dell'OIM rivelano che nel corso degli ultimi anni (2014-2019) sono morte in mare nel Mediterraneo più di 17.000 migranti (1.488 nel 2018, 2.915 nel 2017, 5.015 nel 2016, 3.952 nel 2015 e 3.224 nel 2014), per maggiori informazioni si veda: www.missingmigrants.iom.int.

aeroporti degli Stati membri e stabilisce le procedure e le condizioni per il rilascio di tali visti. Per i visti di breve durata, si dibatte sul fatto che soddisfare le condizioni richieste per il rilascio del visto crei un vero è proprio diritto al visto[19]. Tra le condizioni da soddisfare per il rilascio del visto figura anche «l'intenzione di tornare nel Paese d'origine»[20]. Per un rifugiato o per un richiedente asilo, questa condizione non può logicamente essere soddisfatta, che se altrimenti fosse si svuoterebbe, l'asilo della sua ragion d'essere.

L'ipotesi prevista all'art. 25 del codice dei visti relativa all'erogazione di un visto «quando, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, lo Stato membro interessato ritiene necessario» è quindi ipotesi residuale, a titolo eccezionale, rispetto a tutto l'impianto normativo su cui il codice dei visti è costruito. L'art. 25, all'interno del codice dei visti, è un articolo pensato e redatto in modo ambiguo, che si presta a un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione da parte degli Stati senza che la legislazione di contorno ne sostenga il peso né la vocazione protettrice[21].

L'ultima legislatura europea ha coinciso con un momento storico in cui la questione migratoria si è affermata come preminente nella direzione politica della Commissione europea così come nello svolgimento di numerose partite elettorali per l'instaurazione di nuovi governi nazionali nei Paesi membri. Per questa ragione, è importante ripercorrere anche cronologicamente quei passaggi chiave, di attività politica, giurisdizionale e legislativa, di cui il visto umanitario è stato protagonista.

Nel 2014 la Commissione europea ha proposto una prima riforma del codice dei visti adottato nel 2009[22]. La proposta non è giunta a buon esito, proprio a causa della

---

19. Come da giurisprudenza europea Corte giust., sentenza del 13 dicembre 2017, *El Hassani*, causa C-403/16, EU:C:2017:960, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo anche nel caso di una decisione di diniego la concessione di un visto, e Corte giust., sentenza del 19 dicembre 2013, *Koushkaki*, causa C-84/12, EU:C:2013:862 in cui la Corte precisa che le autorità di uno Stato membro possono rifiutare il rilascio di un visto «Schengen» al richiedente soltanto nel caso in cui possa essergli opposto uno dei motivi di rifiuto (esaustivi) elencati nel codice dei visti. Per un commento della sentenza Koushkaki si veda: S. Peers, *Do potential asylum seekers have the right to a Schengen visa?* In *EU Law Analysis*, 20.1.2014, www.eulawanalysis.blogspot.nl.

20. Art. 14 «Documenti giustificativi» par. 1 lett. d) del codice dei visti europeo: «informazioni che consentano di valutare l'intenzione del richiedente di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto».

21. Di parere contrario l'Avv. Generale Mengozzi: «Come dimostrerò nel corso delle presenti conclusioni, contrariamente a quanto suggerito da un certo numero di governi all'udienza dinanzi alla Corte, è inutile attendere un'ipotetica modifica del codice dei visti per riconoscere una via legale d'accesso al diritto alla protezione internazionale, che sarebbe configurata a seguito degli emendamenti presentati dal Parlamento europeo alla proposta attualmente in corso di discussione». Conclusioni dell'AG Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU, *X. e X. c. Belgio*, ECLI:EU:C:2017:93 (punto 8). Per i commenti in dottrina si rimanda alla nota numero 35.

22. Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al codice dei visti dell'Unione, COM/2014/0164. Per un'analisi si veda: e M. Di Filippo, *Il Codice visti e la proposta di riforma della Commissione: idee per una migliore salvaguardia dei principi tipici dello Stato di diritto*, in *Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione*, 2016, www.immigrazione.jus.unipi.it.

divergenza di vedute tra Consiglio e Parlamento sull'opportunità di specificare, in questo contesto legislativo, la portata del visto umanitario come «passaggio sicuro» per chi è bisognoso di protezione internazionale, a vantaggio di una maggior coerenza legislativa unendo il tema del visto a quello delle procedure di asilo.

Prima che la Commissione ritirasse la proposta, la presidenza del Consiglio lanciava sostanzialmente un ultimatum al Parlamento europeo chiedendo di affrontare la questione del visto umanitario *al di fuori* del codice dei visti, in una dichiarazione congiunta delle tre Istituzioni che avrebbe sancito il loro impegno a approfondire il tema dei canali d'ingresso legale. Nel caso in cui questa proposta non fosse stata accettata dal Parlamento, il Consiglio suggeriva di congelare temporaneamente la riforma, che fu puntualmente ritirata nel luglio 2018[23].

Il precedente Parlamento europeo (legislatura 2014-2019), in seno alle attività della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), si è dimostrato particolarmente sensibile alla questione del visto umanitario. Dapprima, con lo studio *Humanitarian visas: option or obligation*?[24] che è servito da base per l'attività di sensibilizzazione sul tema svoltasi nell'ottica di riforma e potenziamento del codice dei visti, poi, con l'esercizio del diritto di iniziativa legislativa previsto dall'art. 225 TFUE[25] che ha condotto all'adozione del Rapporto di valutazione dell'impatto e del valore aggiunto europeo dei visti umanitari del luglio 2018[26] e nella Risoluzione del dicembre 2018[27]. Tale diritto d'iniziativa legislativa è limitato alla facoltà di chiedere di presentare una proposta

23. Si veda la nota 14213/16 della Presidenza del Consiglio al Comitato dei rappresentanti permanente sulla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al codice dei visti dell'Unione, 2014/0094 (COD).

24. U. Iben Jensen, *Humanitarian Visas: Options or Obligations*?, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2014, disponibile su www.europarl.europa.eu, in cui la problematica affrontata è se e in quali casi, allo stato attuale, il codice dei visti obbliga gli Stati membri a rilasciare visti umanitari e come, in vista della concomitante Proposta di riforma del codice dei visti presentata della Commissione nel 2014, questa rappresenti un'opportunità per formulare regole più chiare in materia.

25. A norma dell'art. 225 TFUE «A maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo». La richiesta di azione legislativa non è tuttavia vincolante per la Commissione, che può decidere di non presentare la proposta legislativa, ma deve in tal caso motivare la sua decisione. È previsto che la Commissione risponda a tali richieste entro tre mesi, specificando il seguito che intende dare attraverso l'adozione di una comunicazione specifica. Se decide di non presentare una proposta deve spiegare le motivazioni precise e fornire, ove opportuno, un'analisi delle possibili alternative (cfr. anche articolo 46 del regolamento del Parlamento).

26. Parlamento europeo, *Humanitarian visas European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report* (Rapporteur: Juan Fernando Lopez Aguilar), European Added Value Unit, Directorate-General for Parliamentary Research Service (EPRS) of the Secretariat of the European Parliament, Brussels, 2018.

27. Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti i visti umanitari dell'11 dicembre 2018*, 2018/2271(INL).

alla Commissione, la quale, in caso di rifiuto, deve motivare la decisione. Allo stato attuale, l'unica traccia di una pseudo-risposta della Commissione alla proposta del Parlamento si ritrova in un comunicato del 23 febbraio 2019 di *Agence Europe*[28], un'agenzia di stampa che produce un bollettino quotidiano di informazione sugli affari europei, ove si legge che la Commissione ritiene di aver già «adempiuto ai suoi doveri» in tema di visti umanitari con la Proposta sul reinsediamento europeo[29].

Come riportato, la prima proposta di modifica del codice dei visti si è arenata proprio a causa dell'inconciliabilità delle posizioni di Parlamento e Consiglio a proposito dei visti umanitari. In questo ambito, la Commissione europea ha giocato un ruolo, seppur ambiguo, di mediazione, mitigando le divergenze tra le due Istituzioni con la carta del reinsediamento che, come si vedrà in seguito, resta ancora nel mazzo[30]. Come già segnalato nell'introduzione, nel 2018 la Commissione ha presentato una nuova proposta di riforma parziale del Codice dei visti[31], senza incidere sulla questione del visto umanitario[32].

Precedentemente, nel marzo 2017, la Corte di Lussemburgo è intervenuta a complicare l'interpretazione del quadro giuridico in esame con la pluricommentata (e duramente criticata) sentenza *XX contro Belgio* (C-638/16 PPU)[33]. Rimandando ai

28. Agence Europe, *Commission does not intend to present a legislative proposal on humanitarian visas*, Europe Daily Bulletin n.12200, 23.2.2019: «The European Commission reiterated on Friday 22 February that considers that it that it does not intend to legislate on humanitarian visas, as requested by the European Parliament in December 2018 in a non-binding resolution. It considers that it has already fulfilled its obligations in this respect through the European resettlement programme still under discussion in the EU Council. In this way, it clarified its position on a case that the Hungarian government is using to accuse it of promoting migration in the EU in an advertising campaign. According to a March 2017 ruling by the EU Court of Justice, Member States are free to decide whether or not to grant humanitarian visas to persons who want to travel to their territory with the intention of seeking asylum», www.agenceurope.eu.

29. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio*, del 13 luglio 2016, COM(2016)468.

30. Si segnala, in tema di reinsediamento, i «motivi di esclusione» per le persone prese in considerazione ai fini del reinsediamento all'articolo 6 (d) della Proposta di regolamento che istituisce un quadro dell'UE per il reinsediamento finalizzato ad ammettere persone bisognose di protezione internazionale: «Sono inoltre escluse le persone che sono entrate irregolarmente, hanno soggiornato irregolarmente o hanno tentato di entrare irregolarmente nel territorio degli Stati membri nei cinque anni precedenti il reinsediamento».

31. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti)*, Bruxelles, 14.3.2018, COM(2018) 252 final. Per un'analisi della riforma si veda S. Peers, *The revised EU visa code: controlling EU borders from a distance*, in *EU Law Analysis*, 2019, www.eulawanalysis.blogspot.nl.

32. Regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), OJ L 188, 12.7.2019, pp. 25-54.

33. Corte giust., sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *XX c. Belgio* [GC], ECLI:EU:C:2017:173. Per i commenti in dottrina si veda la nota successiva.

numerosi e puntuali commenti[34], conviene qui richiamare solo brevemente la decisione della Corte di giustizia, distaccatasi nettamente dall'opinione resa in precedenza dall'Avvocato generale Mengozzi[35]. Il giudice del rinvio belga chiedeva alla Corte di Lussemburgo se le condizioni di applicazione dell'art. 25 del codice dei visti europeo dovessero essere interpretate alla luce degli artt. 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'art. 3 della CEDU e dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra nel senso che lo Stato membro è *tenuto* a rilasciare il visto nelle particolari circostanze del caso in cui il mancato rilascio comporti una violazione dei suddetti articoli.

La soluzione trovata dalla Corte in risposta alla questione pregiudiziale del giudice belga è una soluzione di prudenza e dal sapore formalistico: la Corte si concentra sul concetto di intenzione di eccedere la durata del soggiorno prevista per il rilascio di visti di breve durata (90 giorni) da parte dei richiedenti, che invece intendono recarsi sul territorio dello Stato membro, ivi richiedervi l'asilo e dunque ivi stabilirsi. La Corte giudica che tale intenzione trasformerebbe la domanda di visto di soggiorno di breve durata in una domanda di visto di soggiorno di lunga durata, che pertanto esula dal campo di applicazione del diritto europeo. In realtà, l'intenzione del richiedente, secondo

34. In argomento, *ex multis*: E. Brouwer, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism?*, in *Centre for European Policy Studies Policy Insights*, 2017, www.ceps.eu; F. Calzavara, *La sentenza della Corte di giustizia in tema di visti umanitari: quando la stretta interpretazione rischia di svilire la dignità umana*, in *Ordine intern. e dir. Um.*, 2017, pp. 546-565; A. Del Guercio, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers, 2017*, www.europeanpapers.eu, pp. 1-21; H. De Vylder, *X and X v. Belgium: a missed opportunity for the CJEU to rule on the state's obligations to issue humanitarian visa for those in need of protection*, 14.4.2017, in *Strasbourg Observer*; C. Favilli, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Dir. Um. e Dir. Intern,*.vol. XI, n. 11.2017, pp. 553-561; L. Leboeuf, *La Cour de justice face aux dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration. Un défaut de constitutionnalisation?* in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 55-67; P. Mengozzi, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies,* n. 2.2017; V. Moreno-Lax, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part I and Part II)*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2017, www.eumigrationlawblog.eu; S. Morgades-Gil, *Humanitarian Visas and EU Law: Do States Have Limits to Their Discretionary Power to Issue Humanitarian Visas?*, in *European Papers*, n. 2.2017, www.europeanpapers.eu; M. Petrone, *Visti umanitari: la sentenza della Corte di giustizia nel caso X e X c. Belgio*, in *Osservatorio SLSG*, www.slsg.unisa.it; S. Saroléa, L. Leboeuf, *Opinion : autoriser des syriens à rejoindre la Belgique en toute légalité et sécurité. Évidence ou idée farfelue?* in *Cahiers du CeDIE Working Papers*, n 3.2016; T. Spijkerboer, *Bifurcation of people, bifurcation of law. Externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 31.2018, pp. 216-239; G. Raimondo, *Visti umanitari: il caso X e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *Sidiblog*, 2017; A. Romano, M. Zoeteweij, *Visti umanitari e applicabilità extraterritoriale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6.2017.

35. Conclusioni dell'AG Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU, *X. e X. c. Belgio,* ECLI:EU:C:2017:93. Per un'analisi delle Conclusioni si veda: E, Brouwer, *AG Mengozzi's conclusion in X and X v. Belgium on the positive obligation to issue humanitarian visa. A legitimate plea to ensure safe journeys for refugees*, in *Centre for European Policy Studies Policy Insights*, n. 9.2017 www.ceps.eu; e F.L. Gatta, *Il rispetto dei diritti umani impone allo Stato membro l'obbligo di rilasciare un visto umanitario al richiedente asilo esposto a rischi per la propria vita e incolumità*, in *Eurojus,* 2017*;* M. Zoeteweij, Turnhan, S. Porgin-Theurkauf*, AG Mengozzi's opinion on granting visas to Syrians from Aleppo: wishful thinking?*, in *European Law Blog*, 2017.

l'opinione dell'Avvocato generale e di buona parte della dottrina, rileverebbe solo in quanto motivo di rifiuto del visto come stabilito dall'art. 32 del codice dei visti[36], e non avrebbe come conseguenza quella della disapplicazione del codice. La Corte, inoltre, precisa che la questione dei visti umanitari non rientra nel campo di applicazione del diritto europeo anche in nome di quell'apparato macchinoso e mal funzionante che è il sistema di Dublino, probabilmente il solo responsabile della crisi cosiddetta dei rifugiati in Europa[37].

Rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *XX contro Belgio*, l'ordinanza del Tribunale di Roma può quindi considerarsi un'importante interpretazione fornita dal giudice *nazionale* riguardo all'art. 25 del codice dei visti alla luce dei diritti fondamentali (diritto all'unità familiare, diritto alla salute), prendendo in considerazione le circostanze del caso e quindi le particolari condizioni in cui versava il destinatario del visto. Tale pronuncia risponde quindi agli auspici di una parte della dottrina[38], che aveva identificato una soluzione mediana tra la posizione evolutiva espressa nella sua opinione dall'Avvocato Mengozzi (l'obbligo di rilasciare il visto) e la posizione difesa dagli Stati membri e della Commissione, poi abbracciata dalla Corte di giustizia in occasione di *XX contro Belgio* (la mera facoltà). La Corte avrebbe potuto propendere per una soluzione di equilibrio tra rispetto della sovranità degli Stati e rispetto dei diritti fondamentali, rinvenendola nell'obbligo, per l'autorità nazionale, di motivare la decisione di rifiuto del visto (e nel rispetto del diritto al ricorso effettivo), rifiuto da bilanciare in concreto con il rischio di possibili violazioni di diritti fondamentali dei migranti.

36. Art. 32 «Rifiuto di un visto» paragrafo 1 lettera b) del codice dei visti europeo «qualora vi siano ragionevoli dubbi [...] sulla intenzione [del richiedente] di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto».

37. Si veda in questo senso l'analisi di M. Starita, *Le hasard dans le droit de l'Union européenne en matière d'accès au territoire de l'Union,* in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 43-54, in cui l'autore evidenzia che la Corte, interpretando il codice dei visti alla luce del regolamento Dublino stablisce un rapporto gerarchico, di preminenza, tra due atti che hanno lo stesso valore giuridico formale, riconoscendo però al secondo un valore materiale che oltrepassa il suo valore formale.

38. Cosi J.-Y. Carlier, L. Leboeuf, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits: une voie moyenne? À propos de l'affaire X. et X.*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2017, www.eumigrationlawblog.eu; S. Sarolea, J.-Y. Carlier, L. Leboeuf, D*élivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union: X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse*, marzo 2017, in *Newsletter EDEM*; J.-Y. Carlier, F. Crépeau, *De la «crise» migratoire européenne au Pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?*, in *Annuaire français de droit international*, 2017, pp. 24-25.

4. I canali di ingresso legale: quale funzione per il visto umanitario?

Il tema dei canali d'ingresso legale e sicuro per rifugiati e altri migranti vulnerabili in Europa è stato introdotto nel dibattito europeo contemporaneamente alla crisi dell'asilo[39]. Per «canali di ingresso legale» si intendono, in senso lato, tutti quei meccanismi (e.g.: il visto umanitario), iniziative (e.g.: i Corridoi umanitari), programmi (e.g.: il reinsediamento), strutturati o meno, nazionali o europei e finanche a livello locale (si pensi alle università che elargiscono borse di studio per i rifugiati ancora in Paesi terzi)[40] che, su iniziativa governativa, associativa o individuale (si pensi al privato cittadino che si rende disponibile all'accoglienza di una famiglia), consentono a persone bisognose di protezione internazionale di raggiungere il territorio europeo in sicurezza. Il principale obiettivo dei canali di ingresso legale è quello di fornire un ingresso sicuro ai richiedenti asilo nel territorio dello Stato membro dove gli verrà riconosciuta la protezione, pur in mancanza di un visto o per mezzo di un visto speciale (spesso proprio un visto a norma dell'articolo 25 del codice dei visti e un *laissez passer*).

Il tema dei canali di ingresso legale si è affermato recentemente anche a livello globale, se non altro nei dibatti più che in via di fatto, con la Dichiarazione di New York per rifugiati e migranti[41] e con il Patto globale per i rifugiati[42] che ne dà seguito; entrambi richiamano l'importanza dei canali di ingresso legale per rifugiati e richiedenti asilo nonché la necessità della loro espansione[43]. In questi documenti, il visto umanitario è annoverato come uno dei canali d'ingresso, indipendentemente dal fatto che possa essere funzionale all'apertura di programmi più strutturati. Le due organizzazioni onusiane che si occupano di rifugiati (Alto Commissariato ONU per i Rifugiati) e migranti (Organizzazione Internazionale per le Migrazioni), al fine di sottolineare l'urgenza dell'apertura e dell'espansione dei canali d'ingresso legale, hanno messo in atto apposite strategie sul tema[44]. Sul versante non governativo, ormai tutte le grandi organizzazioni

39. Per un'analisi più dettagliata del tema si veda F.L. Gatta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2018.

40. Si segnala in questo senso l'iniziativa *UNI-CO-RE: University corridors for refugees Ethiopia-Unibo* (2019-2021), i cosiddetti Corridoi universitari dell'Università di Bologna, che consentono a studenti rifugiati in Etiopia di proseguire i loro studi accademici presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

41. Assemblea Generale ONU, *New York Declaration for Refugees and Migrants,* UN Doc. A/RES/71/1, 19.9.2016 (paragrafi 77, 78 e 79).

42. Assemblea Generale ONU, *Global compact on Refugees*, UN Doc. A/73/12 (Part II), 17 dicembre 2018 (paragrafo 95).

43. Così anche François Crépeau, *UN Special rapporteur on the human rights of migrants*, *UN Rapporteur: We need a long term strategy for human migration*, *Points of view by François Crépeau*, 8.6.2017.

44. Ad esempio: Alto Commissariato ONU per i Rifugiati, *The Three-Year (2019-2021) Strategy on Resettlement and Complementary Pathways for Admission of Refugees to Third Countries: Key Considerations*, aprile 2019. Si veda anche il primo *Member State Forum on a Comprehensive Approach to Resettlement and Complementary Pathways to Europe*, organizzato dall'Organizzazione Mondiale per le Migrazioni nel novembre 2018.

attive nel campo dell'asilo e delle migrazioni hanno adottato o stanno adottando una posizione a riguardo[45].

Talune organizzazioni della società civile non solo hanno espresso una posizione a riguardo, ma hanno dato vita a vere e proprie iniziative "dal basso" per contribuire all'apertura dei canali di ingresso legale, presenti ormai a macchia di leopardo in tutta Europa (Italia, Francia, Germania, Regno Unito, Belgio, Irlanda, Spagna). In Italia, sono ormai noti i Corridoi umanitari[46], che rappresentano un virtuoso esempio di utilizzo dell'art. 25 del codice dei visti per l'ingresso in Italia in sicurezza di rifugiati, modello successivamente "esportato" in Belgio e Francia e guardato con interesse da altri Paesi membri. Queste iniziative dimostrano che l'applicazione dell'art. 25 è più che mai frammentaria e, sebbene lodevoli e più che mai necessarie, tali iniziative presentano dei rischi: da un lato, i Corridoi umanitari alimentano il fenomeno della privatizzazione della protezione internazionale, addossando sulla società civile i costi degli spostamenti in sicurezza e quelli dell'accoglienza dei migranti[47], dall'altro si prestano al cosiddetto *de-coupling*, da intendersi in questo caso come una pratica di utilizzo "dal basso" dell'art. 25 codice dei visti, riscontrata solo in alcuni Paesi dell'area Schengen, per mezzo di un accordo tra organizzazioni non statali e governi nazionali senza che vi sia una coordinazione "dall'alto" a livello europeo del fenomeno[48].

---

45. Si veda, *ex multis*: Consiglio Italiano peri Rifugiati (CIR), *Ponti non muri. Garantire l'accesso alla protezione nell'Unione europea*, ottobre 2015, www.cir-onlus.org; European Resettlement Network, *Expanding Solution for Refugees: A strategic assessment of expanding complementary pathways of admission to Europe*, ERN+ Policy paper, 2018, disponibile su www.resettlement.eu, *Protection in Europe: safe and legal access channels: ECRE's vision of Europe's role in the global refugee protection*, Policy Paper 1, 2017, disponibile su www.ecre.org; Forum Réguiés-COSI, *Refugees' access to international protection: 16 recommendations to develop legal and safe pathways*, Position paper, aprile 2018, Durable Solutions Platform, *Access to Resettlement and Complementary Pathways for Syrian Refugees*, Policy Paper, giugno 2018, disponibile su www.drc.ngo.

46. Per un approfondimento giuridico dei Corridoi Umanitari si segnalano i seguenti contributi: P. Morozzo della Rocca, *I due Protocolli d'intesa sui "corridoi umanitari" tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in questa *Rivista*, n. 1.2017; M. Sossai, *Canali di ingresso legale e sicuro dei migranti in Europa: il modello dei "corridoi umanitari"*, in U. Curi (a cura di), *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, Castelvecchi, 2017, pp 75-89; C. Mandalari, *La questione delle vie di accesso legali e sicure dei rifugiati nell'Unione europea: problemi e prospettive del programma "corridoi umanitari"*, in *Diritti Comparati*, 2019, www.diritticomparati.it; P. Gois, G. Falchi, *The third way. Humanitarian corridors in peacetime as a (local) civil society response to a EU's common failure*, in *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, v. 25 n. 51 2017, pp. 59-75. Si segnala inoltre l'interessante resoconto "*Oltre il mare": Primo Rapporto nell'ambito della protezione internazionale sui corridoi umanitari in Italia e altre vie legali e sicure d'ingresso* redatto dalla Caritas italiana sull'esperienza dei Corridoi umanitari dall'Etiopia.

47. Si veda E. Frasca, *Private Sponsorship Programmes in Europe and the Rule of Law: Towards a Greater Involvement of Private Actors in International Protection*, Accademia Diritto e Migrazioni Blog, 12.6.2019.

48. P. Hanke, M. Wieruszewski, M. Panizzon, *The "spirit of the Schengen rules", the humanitarian visa, and contested asylum governance in Europe – The Swiss case*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019 45:8, pp. 1361-1376.

A livello europeo, la Commissione ha condensato i suoi sforzi in tema di canali d'ingresso legale nella Proposta di regolamento che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento. Tale proposta fa parte del cosiddetto pacchetto asilo ed era tra quelli più quotati per l'adozione prima dell'inizio dello stallo legislativo lo scorso giugno 2018[49]. La Commissione ha poi legato il tema del reinsediamento a quello degli altri canali d'ingresso legale in varie comunicazioni[50], coinvolgendo l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) in un esercizio di ricognizione dell'interesse e degli appetiti degli Stati membri in tema di *private sponsorship* dei rifugiati e commissionando uno studio di fattibilità nell'ottica di una possibile promozione dei programmi di *sponsorship*[51], parallelamente al reinsediamento. A partire dal 2016, la Commissione europea ha iniziato a finanziare progetti transnazionali su questo argomento attraverso il Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (FAMI)[52]. Si segnala inoltre che la nuova Presidente della Commissione Ursula von der Leyen, nel suo documento di presentazione della direzione politica della prossima Commissione europea, ha dichiarato di sostenere i Corridoi umanitari[53].

Il problema dei canali d'ingresso legale attualmente aperti è, però, il numero assai esiguo di beneficiari[54]. Gli arrivi "spontanei" irregolari (senza visto) costituiscono di gran

---

49. La terza riforma della legislazione europea in materia di asilo era stata lanciata dalla Commissione nel 2016 con ben sette proposte legislative. Lo stallo è iniziato nel giugno 2018 in sede di trilogo a cavallo tra la presidenza bulgara e quella austriaca del Consiglio europeo. Per un'analisi delle proposte e del futuro di queste riforme nella nuova legislatura (2019-2024), si segnalano i contributi di K. Pollet, *All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2019, www.eumigrationlawblog.eu e quello di S. Nicolosi, *Unfinished Business: The European Parliament in the negotiations for reform of the Common European Asylum System*, in *EU Law Analysis*, 2019, www.eulawanalysis.blogspot.nl; P. Riva, *Parlamento Europeo e immigrazione, una visione d'insieme nel giorno dell'insediamento*, 2.7.2019, Approfondimento in *Open migration*, www.openmigration.org.

50. Si vedano Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Ampliare l'offerta di percorsi legali verso l'Europa, componente indispensabile di una politica migratoria equilibrata e globale*, Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader, Salisburgo, 19/20.9.2018, Bruxelles, 12.9.2018 COM(2018) 635 e Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Sull'attuazione dell'agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 27.9.2017 COM(2017) 558.

51. Commissione europea, *Study on the feasibility and added value of sponsorship schemes as a possible pathway to safe channels for admission to the EU, including resettlement*, Directorate-General for Migration and Home Affairs, ottobre 2018.

52. Ad esempio: *European Resettlement Network Plus, Developing Innovative European Models for the Protection of Refugees and Providing Support to New Resettlement Countries* nel 2015; *Human Corridor: Pre-departure and post-arrival support for the integration of persons in need of international protection who are being relocated within the EU or resettled from a third country* nel 2016, *Private sponsorship for integration: building a European model* nel 2017.

53. Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, *Un'Unione più ambiziosa, Il mio programma per l'Europa: Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024*, p. 19: «L'Europa ha il dovere di aiutare i Paesi che ospitano i rifugiati, offrendo loro condizioni di vita decenti e dignitose. A tal fine appoggio la creazione di corridoi umanitari».

54. Per il reinsediamento europeo, i numeri restano bassi: 22.000 per il triennio 2015-2018 e 50.000 per il biennio 2018-2019. Per le iniziative di private *sponsorship*, si calcola che le sole iniziative di Corridoi Umanitari in Italia, Francia e Belgio e la *community sponsorship* nel Regno Unito abbiano portato in Europa in sicurezza circa 3.000 rifugiati nell'ultimo triennio (2016-2019) mentre i programmi di *sponsorship* destinati ai membri della famiglia di

lunga il primo e spesso l'unico modo per i richiedenti asilo di raggiungere l'Europa al fine di ottenere il riconoscimento della protezione internazionale. Inoltre, i programmi sono indiscutibilmente legati alla discrezione dello Stato membro di volta in volta coinvolto, ma anche alla buona volontà e alle risorse dispiegate dalla società civile. Come dimostra l'attenzione riservata a questi temi dalla Commissione europea, i programmi di reinsediamento e di *private sponsorship* hanno il potenziale per diventare la strada maestra per l'ingresso di rifugiati e richiedenti asilo in Europa e sono destinati ad evolvere nel corso dei prossimi anni, possibilmente anche con un maggiore dispiego di fondi europei a tal fine. Questa evoluzione però deve necessariamente accompagnarsi con un'attività legislativa in materia di politica migratoria che fatica a trovare compimento.

L'ordinanza che obbliga il Ministero degli esteri all'immediato rilascio del visto umanitario pronunciata dal Tribunale di Roma ci pone davanti a due questioni fondamentali che debbono trovare risposte a livello europeo: la prima, quella più pressante e di carattere morale, sulle sorti dei migranti bloccati in Libia. La seconda, di stampo giuridico, sul futuro del visto umanitario come strumento giuridico di protezione, su cui la Corte di Strasburgo è stata recentemente chiamata a pronunciarsi.

5. Visti umanitari per l'evacuazione dei migranti bloccati in Libia?

Nell'ordinanza del 21 febbraio 2019, il Tribunale di Roma, a sostegno delle sue motivazioni, ha approfonditamente accertato la situazione in cui versano i migranti in Libia, con il sostegno dei numerosi rapporti citati che testimoniano l'uso sistematico della violenza, degli atti di tortura e dei trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei migranti nei Centri di detenzione in Libia[55].

L'unico impegno concreto intrapreso dall'Unione europea e dai Paesi membri a sostegno dell'evacuazione dei migranti bloccati in Libia, nell'ambito dell'Agenda europea sulle migrazioni, è il cosiddetto *Emergency Transit Mechanism* (ETM) iniziato nel 2017. L'ETM dovrebbe fungere da programma di evacuazione umanitaria tramite la fuoriuscita

rifugiati già residenti in Germania, Francia e Irlanda, ma che non rientrano nel campo di applicazione della legislazione sul ricongiungimento familiare, abbiano portato approssimativamente 30.000 familiari (famiglia cosiddetta «allargata») di rifugiati dal 2013 in poi. Per maggiori precisazioni sui dati e sui programmi, si rimanda allo lo Studio di fattibilità della Commissione europea sopra richiamato.

55. Il Tribunale si riferisce, nell'ordine, al *Rapporto annuale di Amnesty International 2016-2017*, che fotografa lo stato dei diritti umani nei 159 Paesi e territori del mondo, alle Dichiarazioni rese dal Procuratore della Corte penale internazionale dell'ONU dell'8 maggio 2017 riguardo l'intenzione della Corte di aprire un'inchiesta ufficiale sulle violenze subite dai migranti in Libia, alla Dichiarazione rese dall'Alto Commissario ONU per i diritti umani Zeid Ra'ad al-Hussein del 14 novembre 2017 rese a seguito della sua visita in Libia, e ai Rapporti del Segretario Generale ONU António Guterres sulla Missione di supporto dell'ONU in Libia. Inoltre il Tribunale segnala l'apertura dell'indagine ad ampio raggio della Procura internazionale dell'Aja sui crimini contro l'umanità commessi in Libia.

dei migranti dalla Libia verso il Niger (da qui la parola «transito») e il loro smistamento: per alcuni ai fini dei programmi di reinsediamento verso un Paese terzo (non solo Paesi europei, partecipano all'ETM anche Paesi extra-europei come il Canada), concertati dall'UNHCR; per altri ai fini dei programmi di rimpatrio volontario verso il Paese di origine, concertati dall'OIM[56]. Inoltre, nel dicembre 2017 e all'inizio del 2018 si sono svolte due operazioni di evacuazione umanitaria direttamente dalla Libia all'Italia, su impulso del Ministero dell'interno con coinvolgimento dell'UNHCR e della Caritas italiana, che si era messa a disposizione per l'accoglienza dei migranti.

La liberazione dei migranti dalla Libia è auspicata da una parte della società civile italiana[57] ed europea, così come da esperti internazionali, tra cui il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa che ha invitato gli Stati membri a riesaminare i termini della cooperazione con la Libia, cooperazione che inevitabilmente contribuisce alle gravi violazioni dei diritti umani ivi perpetrate contro rifugiati e migranti. Fino a quando non verranno poste in essere misure che garantiscano il pieno rispetto dei diritti umani e saranno sufficientemente sostenuti gli sforzi delle organizzazioni internazionali per la liberazione di rifugiati, richiedenti asilo e altri migranti dai Centri di detenzione in Libia (attraverso i citati i programmi di evacuazione e Corridoi umanitari), il Commissario esorta i Paesi membri alla sospensione di qualsiasi attività di cooperazione con la Libia[58].

L'urgenza di un cambio di rotta nell'approccio internazionale alla questione dei rifugiati e degli altri migranti in Libia è stato auspicato dagli stessi UNHCR e OIM[59]. Recentemente, le organizzazioni della società civile italiana già impegnate nei Corridoi umanitari hanno indirizzato una lettera al Presidente del Consiglio Giuseppe Conte chiedendo proprio l'apertura di nuovi Corridoi umanitari direttamente dalla Libia, a cui il Presidente si è detto disponibile[60].

---

56. Per un approfondimento si veda ASGI, *Il programma Emergency Transit Mechanism e il reinsediamento dal Niger Ricostruzione giuridica, criticità presenti e future*, disponibile su www.asgi.it.

57. Si noti a tal proposito che in data 3 maggio 2019 presso il Macro Asilo si è tenuta la giornata *Set them free! Laboratorio Costituente per la liberazione dei migranti dalla Libia*, la cui registrazione integrale è disponibile su www.radiodicale.it.

58. Si veda, da ultimo, *ex multis*: Raccomandazione del 18 giugno 2019 del Commissario per i Diritti umani presso il Consiglio d'Europa Dunja Mijatović, *Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, disponibile su www.coe.int.

59. UNCHR, OIM, *Dichiarazione congiunta UNHCR-OIM: necessario cambiare l'approccio internazionale nei confronti di rifugiati e migranti in Libia*, Comunicato stampa del 12 luglio 2019, disponibile su www.unhcr.it.

60. Si veda a tal proposito Mediterranean Hope, *Corridoio umanitario europeo dalla Libia, interesse di Conte per proposta Fcei e S.Egidio: «Italia disponibile»*, Comunicato stampa del 19 giugno 2019, disponibile su www.mediterraneanhope.com.

6. La Corte di Strasburgo chiamata a pronunciarsi sulla questione del visto umanitario

Un caso gemello a quello di *XX contro Belgio* è attualmente pendente presso la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *M.N. e altri contro Belgio*[61]. L'udienza pubblica in Grande Camera si è tenuta a Strasburgo il 24 aprile 2019, alla presenza di undici Stati membri del Consiglio d'Europa e sei organizzazioni non governative intervenute come terzi. Il quadro giuridico in cui opera la Corte di Strasburgo è nettamente diverso da quello in cui opera la Corte di Lussemburgo: si tratta di stabilire, preliminarmente, se la CEDU trova la sua applicazione al caso di specie, ossia se la fattispecie rientra nella giurisdizione degli Stati membri (art. 1 CEDU) come un'ipotesi di applicazione extra-territoriale della Carta.

Se la Corte EDU dovesse riconoscere la propria giurisdizione, dovrà poi pronunciarsi sull'eventuale violazione da parte del Belgio degli artt. 3, 6 §1 e 13 della Carta. In particolare: in presenza di una situazione di rischio di violazione dell'art. 3 CEDU – rischio riconosciuto dal giudice belga in un intricato *iter* di misure e sentenze pronunciate dal *Conseil du contentieux des étrangers* (giurisdizione amministrativa belga competente per le questioni relative agli stranieri), dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Bruxelles – sussisteva per lo Stato belga l'obbligo positivo di rilasciare il visto a una famiglia siriana recatasi da Aleppo al Consolato belga Beirut per scongiurare tale rischio? In altre parole, in determinate circostanze, laddove il diniego del visto avrebbe come conseguenza quella di esporre i richiedenti al rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, gli Stati hanno l'obbligo di rilasciare il visto? I ricorrenti invocano inoltre la violazione degli articoli 6 §1 (diritto a un processo equo) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) relativamente all'impossibilità di instaurare una procedura di esecuzione delle misure di obbligo di rilascio del visto ordinate dal giudice belga.

Si noti che, in entrambi i casi (*XX contro belgio* e *M.N. e altri contro Belgio*), lo Stato implicato è il Belgio: in entrambi casi, alla base dei fatti estremamente simili, si trovano decisioni giudiziarie esecutive di rilascio del visto intimate alle autorità belghe, le quali si rifiutano *di fatto* di eseguirle. Questa circostanza, cioè l'ingerenza del potere esecutivo nell'esecuzione delle decisioni emananti dal potere giudiziario, solleva un preoccupante problema di rispetto dello stato di diritto, inteso come violazione del principio della separazione dei poteri. Il problema è stato appassionatamente illustrato dal terzo

61. Corte EDU, *M.N. e altri contro Belgio*, ricorso n. 3599/18, introdotto il 10 gennaio 2018. Per i primi commenti, in attesa della risposta della Corte anche in tema di ammissibilità del ricorso, si veda: E. Delval, *La CEDH appelée à trancher la question des «visas asile» laissée en suspens par la CJUE: lueur d'espoir ou nouvelle déception?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2019, www.eumigrationlawblog.eu e F.L. Gatta, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1.2019, www.dirittifondamentali.it.

intervento nell'udienza di *M.N. e altri contro Belgio* in rappresentanza del Consiglio dell'Ordine degli avvocati francofoni e germanofoni del Belgio, con un appello al principio di sussidiarietà.

In attesa della risposta della Corte EDU, è bene ricordare che il dialogo tra le due Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in tema di protezione contro i trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) nell'ambito del sistema europeo comune d'asilo europeo non sarebbe una novità. Si pensi alle famose sentenze *MSS contro Belgio e Grecia*[62] e *NS*[63] che hanno posto un freno ai trasferimenti cosiddetti Dublino nel caso di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. Di fronte al *judicial passivism*[64] o *self-restraint*[65] della Corte di giustizia dell'Unione europea, è lecito domandarsi se la Corte di Strasburgo, che vigila sul rispetto dei diritti dell'uomo e contribuisce con le sue pronunce al consolidamento dello stato di diritto e della democrazia in Europa, farà prova di simile prudenza oppure adotterà un approccio interpretativo nuovo.

7. Conclusioni

Le grandi contraddizioni del diritto europeo qui esposte ci raccontano la storia e le radici delle politiche migratorie in Europa. Raccontano una storia fatta di ambiguità e compromessi, in cui il compito del giurista è sì quello di rimanere lucido dinanzi ai fatti così come alla realtà politica, ma senza mai dimenticare che il diritto è un ordine di valori.

Recentemente, Thomas Spijkerboer ha proposto una nuova concettualizzazione che sintetizza l'insieme di sistemi, strutture, servizi e leggi, esemplificata dall'espressione *the global mobility infrastructure*[66], a cui ha accesso solo una parte della popolazione mondiale, quella che può muoversi rapidamente da un lato all'altro del pianeta, a basso costo, a basso rischio e in sicurezza. La restante parte è invece destinataria di tutte quelle

62. Corte EDU, 21.1.2011, MSS contro Belgio e Grecia, ricorso n. 30696/09.

63. Corte giust., sentenza del 21 dicembre 2011, NS, cause riunite C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865.

64. Così I. Goldner Lan, *Towards "Judicial Passivism" in EU Migration and Asylum Law? Preliminary Thoughts for the Final Plenary Session of the 2018 Odysseus Conference*, in *EU Migration Law Blog*, 2018, www.eumigrationlawblog.eu.

65. Alcuni autori hanno intrepretato il *self-restraint* della Corte come un «difetto di costituzionalizzazione» della dimensione esterna della politica migratoria europea, così L. Leboeuf, *La Cour de justice face aux dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration. Un défaut de constitutionnalisation?* in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 55-66, un difetto che la Corte di giustizia non è in grado di colmare in via giurisprudenziale, così T. Spijkerboer, *Bifurcation of people, bifurcation of law. Externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 31.2018, pp. 216-239.

66. Si veda T. Spijkerboer, *The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 20.2018, pp. 452-469.

misure di esternalizzazione, privatizzazione e securitizzazione della mobilità[67] e delle migrazioni che, in connivenza con il diritto internazionale, la escludono, di fatto, dall'infrastruttura globale della mobilità.

Questa riflessione è molto importante per i giuristi che si occupano di diritto e migrazioni perché consente di mettere in discussione il modo stesso in cui il diritto internazionale riproduce varie forme di discriminazione[68]. Il sistema dei visti infatti risponde a una logica di separazione tra un "nord" globale e un "sud" globale, basata principalmente sulla nazionalità e sulla posizione socio-economica del richiedente[69]: i cittadini di alcuni Paesi non hanno bisogno di un visto per recarsi in altri Paesi, mentre i cittadini di altri Paesi sì e il diniego del visto è spesso basato sulla prova della insufficienza dei mezzi di sussistenza. Il visto funge quindi da filtro e da controllo pre-frontiera che, di fatto, limita le possibilità per i richiedenti asilo e rifugiati (che sono per la stragrande maggioranza cittadini di Paesi per cui è richiesto il visto e che si trovano spesso nell'impossibilità di fornire i documenti adeguati al momento della richiesta o non possono provare di aver mezzi di sussistenza sufficienti) di entrare nel territorio europeo e ivi richiedere il riconoscimento di una forma di protezione internazionale[70].

Quali sono allora le soluzioni auspicabili? Da un lato, incentivare i canali d'ingresso legale già esistenti. Dall'altro, ripensare il visto umanitario in termini di strumento di riconciliazione affinché chi è in cerca di asilo possa recarsi fisicamente sul territorio del Paese di protezione in sicurezza e legalità. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 ci ricorda che, in una materia sensibile come quella migratoria, i giudici rivestono un ruolo determinante nel riconoscimento del diritto come ordine di valori, interpretando le norme alla luce dei diritti fondamentali che appartengono a ogni persona, comprese le persone migranti.

---

67. In argomento, V. Moreno-Lax, M. Lemberg-Pedersen, *Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization*, in *Question of International Law*, 2019, www.qil-qdi.org.

68. Per un'eccellente analisi di stampo storico e sociologico in argomento sui legami tra politiche d'asilo e colonialismo, si segnala L. Mayblin, *Asylum after Empire: Colonial Legacies in the Politics of Asylum Seeking*, London, Rowman and Littlefield, 2017.

69. T. Spijkerboer, *op. cit.*, p. 457.

70. Sulla compatibilità dei meccanismi di controllo extra-territoriale e pre-frontiera con il diritto internazionale ed europeo si veda V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford Studies in European Law, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

"REO" MA RIFUGIATO E, DUNQUE, INESPELLIBILE

NOTA A SENTENZA, CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 14 MAGGIO 2019, NELLE CAUSE RIUNITE C-391/16, C-77/17 E C-78/17 (M/MINISTERSTVO VNITRA, X E X/COMMISSAIRE GÉNÉRAL AUX RÉFUGIÉS ET AUX APATRIDES)

di Donatella Loprieno

Abstract: *La Corte di giustizia dell'UE si è espressa sulle delicate questioni riguardanti la sicurezza dello Stato ospitante e la medesima qualifica di rifugiato. In particolare, la Corte ha stabilito che fintanto che il cittadino di un Paese extra-UE o un apolide abbia un fondato timore di essere perseguitato nel suo Paese di origine o di residenza, questa persona dev'essere considerata come rifugiato ai sensi del diritto dell'UE, a prescindere che le sia stato formalmente riconosciuto lo status. La decisione mette in rilievo l'applicazione del diritto derivato dell'UE alla luce delle Convenzioni internazionali, contribuendo a ridisegnare lo stesso perimetro di tutela dei diritti del migrante.*

Abstract: *The EU Court of justice has ruled on sensitive questions concerning the national security of the Member State and the refugee status. In its judgment, the Court ruled that if a non-EU national or a stateless person has a well-founded fear of being persecuted in their country of origin or residence, they must be considered as refugees in accordance with EU law, regardless of their formal recognition of their status. The decision highlights the application of EU secondary legislation by reference to international conventions, helping to redesign the same perimeter of migrant rights protection.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

"REO" MA RIFUGIATO E, DUNQUE, INESPELLIBILE

NOTA A SENTENZA, CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 14 MAGGIO 2019, NELLE CAUSE RIUNITE C-391/16, C-77/17 E C-78/17 (M/MINISTERSTVO VNITRA, X E X/COMMISSAIRE GÉNÉRAL AUX RÉFUGIÉS ET AUX APATRIDES)

di Donatella Loprieno*

SOMMARIO: 1. Premessa. Le questioni e i fatti al cospetto della Corte. – 2. I dubbi dei giudici nazionali. – 3. Il principio di non respingimento nel sistema europeo di asilo. – 4. "Ospiti indesiderati" ma pur sempre ospiti. – 5. Qualche considerazione finale.

1. Premessa. Le questioni e i fatti al cospetto della Corte

La sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17, C-78/17[1], è stata resa nell'ambito di un procedimento di rinvio pregiudiziale, *ex* art. 267 del TFUE, sulla base delle richieste formulate dalla Corte suprema amministrativa della Repubblica Ceca[2] e dal Consiglio per il contenzioso degli stranieri belga[3].

Le sottostanti vicende erano parzialmente simili e riguardavano tre cittadini stranieri (un ivoriano, un congolese e un ceceno), due dei quali avevano richiesto e ottenuto la protezione internazionale (nel primo e nel secondo caso), salvo vedersi negato (e negli altri

* Ricercatrice confermata di Ius/09 e aggregata di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto dei migranti presso l'Università della Calabria.

1. Tra i primi commenti si veda F. Buffa, S. Centonze, *Conseguenze della condanna penale del rifugiato secondo la sentenza della CGUE del 14 maggio 2019*, in *Questione giustizia*, 14 giugno 2019 e S. Marchisio, *Nessuna eccezione ai respingimenti e rimpatri di rifugiati e richiedenti asilo: la sentenza della CGUE del 14 maggio 2019 conferma che il diritto dell'UE ha esteso la garanzia di* non refoulement *prevista dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra*, 21 maggio 2019, in www.masterdirittiumanisapienza.it/nessuna-eccezione-ai-respingimenti-e-rimpatri-di-rifugiati-e-richiedenti-asilo-la-sentenza-della; L. Aleni, *Revoca dello status di rifugiato e principio di non refoulement: in margine a una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 5/2019, pp. 220-236.

2. *M. c. Ministerstvo vnitra* (C-391/16) in merito alla decisione di revoca del diritto di asilo a un cittadino ceceno cui era stata negata anche la protezione sussidiaria, in quanto condannato in via definitiva per un reato particolarmente grave (furto ed estorsione in condizioni di recidiva).

3. *X (C-77/17) e X (C-78/17) c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*. Il primo caso concerneva un cittadino ivoriano che presentava domanda di asilo dopo essere stato condannato, tra l'altro, ad una pena detentiva di quattro anni per violenza sessuale su minore di età compresa tra i 14 e i 16 anni. L'autorità nazionale, in considerazione della natura particolarmente grave delle infrazioni commesse e del loro carattere reiterato, riteneva il signor X un pericolo per la società rifiutando di riconoscere, per tal guisa, tanto lo *status* di rifugiato che la protezione sussidiaria. Nel secondo caso, invece, la commissione dei reati da parte di un cittadino congolese era successiva al riconoscimento della qualità di rifugiato. In considerazione della natura particolarmente grave di tali reati, allo stesso era stato revocato lo *status* di rifugiato.

casi revocata) detto *status* a causa della commissione di reati sul territorio dei rispettivi Paesi di accoglienza. Le disposizioni nazionali applicabili ai casi in esame si configurano come norme di adattamento della direttiva 2011/95[4], ed in specie del suo art. 14, par. 4 e 5[5], che consentono l'adozione di siffatte misure, pur se «a condizioni rigorose»[6], nei riguardi di coloro che rappresentano una minaccia per la sicurezza o, essendo stati condannati per un reato particolarmente grave, per la comunità dello Stato membro ospitante.

La Corte amministrativa suprema ceca e il Consiglio per il contenzioso degli stranieri belga, a fronte delle questioni loro sottoposte nei procedimenti principali, hanno avanzato dubbi sulla conformità delle disposizioni della direttiva 2011/95 con la Convenzione di Ginevra[7], «pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati»[8], sollecitando i giudici di Lussemburgo a interpretare e determinare la validità in particolare dell'art. 14, par. da 4 a 6, alla luce del diritto eurounitario[9] e in

4. Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. Si ricorda che tale strumento normativo ha sostituito la precedente direttiva 2004/83/CE ma senza differenze di contenuto per la parte che qui rileva.

5. L'art. 14 (intitolato «Revoca, cessazione o rifiuto dello *status* di rifugiato»), al par. 4 della direttiva 2011/95, dispone che: «Gli Stati membri hanno facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo *status* riconosciuto a un rifugiato da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario quando: a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro». A norma del successivo par. 5, e con riferimento alle situazioni elencate al par. 4, «gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo *status* a un rifugiato quando la decisione non è ancora stata presa». Si aggiunge, al par. 6, che le persone ricadenti nel campo di applicazione dei par. 4 e 5, continuano a godere dei «diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31, 32 e 33 della Convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro». Le clausole di esclusione sono elencate, invece, all'art. 12 della direttiva in questione che riprende gli atti elencati nell'art. 1, par. F della Convenzione di Ginevra.

6. Corte di giustizia, *H.T.* c. *Land Baden-Württemberg* del 24 giugno 2015, C-373/2013, par. 71.

7. Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, per come integrata dal Protocollo relativo allo *status* dei rifugiati, concluso a New York il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

8. Cons. n. 4, direttiva 2011/95.

9. Tra la dottrina che fa uso dell'aggettivo "eurounitario", in particolare A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.rivistaaic.it, 4/2010.

specie dell'art. 78, par. 1, TFUE[10], dell'art. 6, par. 3, TUE nonché dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[11] (d'ora in poi Carta).

I quesiti posti in via pregiudiziale, in particolare e tra le altre cose, miravano ad acclarare se le ipotesi previste ai par. 4 e 5 dell'art. 14 della direttiva 2011/95 non finissero per sommarsi surrettiziamente alle cause di esclusione e di cessazione[12], di carattere tassativo e da interpretarsi restrittivamente in ragione della gravità degli effetti che cagionano, di cui all'art. 1, sezioni da C a F, della Convenzione di Ginevra[13].

Compito della Corte, dunque, era verificare se fosse possibile dare una interpretazione delle richiamate disposizioni normative[14] tale da garantire un livello di protezione pari (e, se del caso, superiore) a quello della Convezione di Ginevra, specie con riferimento del godimento al principio di non respingimento di cui universalmente si dice rappresentare «*the cornerstone of international refugee protection*»[15], la cui natura consuetudinaria

10. A norma del quale «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta ad offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il principio di non respingimento. 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».

11. L'art. 18 della Carta afferma che «Il diritto di asilo è garantito nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati, e a norma del Trattato sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea». La politica di asilo dell'Unione europea, a norma dell'art. 78, par. 1, TFUE, «deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra». Ricordiamo, per inciso, che la Carta è uno dei pochi strumenti sovranazionali dotati di portata giuridica obbligatoria a prevedere il diritto di asilo.

12. Sulle cosiddette cause di esclusione «per non meritevolezza» e sulla contrapposizione dialettica del sistema di protezione, da un lato, e del diritto dell'individuo dall'altro, si veda, da ultimo, 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, cui si rimanda per l'attenta disamina delle ipotesi di esclusione dello *status* di rifugiato di cui al d.lgs. n. 251/2007.

13. La qual cosa, invero, aveva suscitato più di una perplessità a far data dalla apparizione della direttiva 2004/83/CE che già aveva optato in tal senso. Ad esempio, la formulazione dell'art. 14, par. 4, della direttiva «*runs the risk of introducing substantive modifications to the exclusion clauses of the 1951 Convention, by adding the provision of Article 32(2) of the 1951 Convention (exceptions to the non-refoulement principle) as a basis for exclusion from refugee status. Under the Convention, the exclusion clauses ant the exception to the non-refoulement principle serve different purposes*», così UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status oh Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, 28 gennaio 2005, p. 30.

14. Sulla apicalizzazione dell'attività interpretativa della Corte di giustizia e sul suo concorrere a conferire carattere gerarchico-costituzionale all'interpretazione conforme al diritto UE, cfr. A. Bernardi, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, cui si rimanda per l'ampia e aggiornata bibliografia in materia. Per una più ampia disamina della questione, si veda (a cura dello stesso A.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene Editore, 2015.

15. Tra gli altri, *Executive Committee No. 6 (1977), No. 95 (1998), No. 99 (2004)*. Similmente UNHCR, *Advisory Opinion on the extraterritorial application of non-refoulement obligation under the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol*, Ginevra, 26 gennaio 2007, par. 5. Sullo sviluppo del divieto di respingimento, si veda F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011, p. 3 ss.

sembrerebbe essere fuori discussione[16] e che l'art. 21, par. 1, della direttiva 2011/95 esplicitamente richiama[17].

Un aspetto quest'ultimo, vale a dire come debbano coordinarsi le clausole di esclusione e l'applicabilità delle deroghe di cui agli artt. 14, par. 4, e 21, par. 2, con il principio di non respingimento, non ancora approfondito dalla Corte di giustizia[18], sia perché non direttamente ancora portato alla sua attenzione e sia «perché i suoi giudici non hanno fornito elementi univoci in proposito anche quando hanno risposto a tematiche connesse»[19].

Non pare fuori luogo ricordare come tra le cause di esclusione e quelle di revoca, cessazione o rifiuto dello *status* di rifugiato esista una diversità di regime (tendenziale assenza di discrezionalità degli Stati nel primo caso; "facoltà" di porre termine al rifugio nel secondo) che risponderebbe ad una logica precisa. Le clausole di esclusione *ex* art. 12, par. 2, direttiva 95/2011 infatti, «sono state istituite con l'obiettivo primario non di tutelare la sicurezza della comunità del Paese di rifugio contro il pericolo attuale che potrebbe rappresentare un rifugiato»[20] ma di sanzionare «atti commessi in passato» al fine di «escludere dallo *status* di rifugiato le persone ritenute indegne della protezione che è collegata a tale *status* e di evitare che il riconoscimento di tale *status* consenta ad autori di taluni gravi reati di sottrarsi alla responsabilità penale»[21].

---

16. Per P. Benvenuti, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 207, il carattere consuetudinario del principio di non respingimento è affermato «senza ombra di dubbio». Sul divieto di respingimento nel contesto regionale europeo, si veda A. Lang, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. Amadeo, F. Spitaleri (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 209 ss.

17. Ai sensi dell'art. 21, par. 1, della direttiva 2011/95 gli Stati «rispettano il principio di "*non refoulement*» in conformità dei propri obblighi internazionali». Tra questi ultimi, sicuramente e per via del riconoscimento della protezione *par ricochet*, l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti»), l'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici («Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni e trattamenti crudeli, disumani e degradanti»), la Convenzione contro la tortura del 1984 nonché l'art. 19, par. 2, della Carta UE («Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani e degradanti»).

18. Sottolinea come di rado la Corte di Lussemburgo abbia fatto riferimento alla Convenzione di Ginevra (e alla CEDU), S. Peers, *Immigration, Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, in E. Guild, P. Minderhoud (eds), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law,* Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2012, p. 443.

19. Così C. Morviducci, *Terrorismo e clausole di esclusione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, disponibile su http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/divu/article/view/1910, p. 115. Nelle cause *Bundesrepublik Deutschland contro B (C-57/09) e D (C-101/09)*, 9 novembre 2010, e *H. T. c. Land Baden-Württemberg,* 24 giugno 2015, difatti, non si era posto concretamente un rischio di allontanamento verso un Paese non sicuro. Comunque, nella prima delle citate sentenze, la Corte di giustizia, al par. 110, ha sottolineato come l'esclusione di una persona dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 12, par. 2, della direttiva, «non comporta una presa di posizione relativamente alla distinta questione se detta persona possa essere espulsa verso il suo Paese di origine».

20. *Ivi*, p. 120.

21. Corte di giustizia, c*ausa Bundesrepublik Deutschland contro B (C-57/09) e D (C-101/09)*, 9 novembre 2010, par. 103. I giudici di Lussemburgo hanno, però, specificato in tale occasione che gli Stati, in sussistenza delle ipotesi di cui all'art. 12, par. 2, della direttiva 2011/95, non possono riconoscere lo *status* di rifugiato, ma solo accordare una

Le esigenze di sicurezza dello Stato temperano, ma come si vedrà non in maniera assoluta, anche per i rifugiati il principio di non respingimento. L'art. 21, par. 2, della direttiva in questione, difatti e compatibilmente con il rispetto degli obblighi internazionali, facoltizza i Paesi membri a «respingere un rifugiato, formalmente riconosciuto o meno» sia ove si siano ragionevoli motivi per considerarlo pericoloso per la sicurezza della comunità ospitante sia qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per un reato di particolare gravità e, dunque, pericoloso per lo Stato di rifugio.

Se e in che misura l'impianto complessivo del sistema di asilo dell'Unione europea sia maggiormente garantista degli artt. 1, par. F, e 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra (e del loro combinato disposto)[22], e se sia la Carta europea dei diritti fondamentali il principale parametro di valutazione per l'applicazione "regionale" del principio di *non refoulement* costituiscono, nel fondo, alcune delle questioni più rilevanti cui i giudici di Lussemburgo, nell'esercizio della loro attività interpretativa, hanno dovuto dare una risposta.

2. I dubbi dei giudici nazionali

Nel procedimento *M. contro Ministerstvo vnitra* (C-391/16), il *Nejvyšší správní soud* (la Suprema Corte amministrativa della Repubblica Ceca), a sostegno dei suoi dubbi[23], richiama il contenuto di un documento dello *UNHCR*, ove si commentava la proposta della Commissione europea poi concretizzatasi nella adozione della direttiva 2011/95[24]. In

protezione umanitaria a patto che quest'ultima sia chiaramente distinguibile da quella concessa in forza della direttiva (par. 120).

22. Non deve però dimenticarsi che tali disposizioni della Convenzione di Ginevra del 1951 debbano essere interpretate e integrate alla luce degli atti internazionali successivi. Nelle *Linee guida sulla protezione internazionale. Applicazione delle clausole di esclusione: articolo 1F della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati*, (2016), [disponibile su www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/ITA-ClausoleEsclusione.pdf], al punto 9, si legge che «Un individuo escluso potrebbe essere comunque tutelato dall'essere rinviato in un Paese dove rischierebbe di subire maltrattamenti, in virtù di altri strumenti internazionali. Ad esempio, la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984 proibisce nel modo più assoluto il rinvio in un Paese nel quale vi sia un rischio di essere sottoposti a tortura. Disposizioni simili si trovano anche in altri strumenti di diritti umani internazionali e regionali». E tra queste ultime, certamente vi è da annoverare l'art. 3 CEDU. Peraltro, già nelle prime *Linee Guida sull'applicazione delle cause di esclusione*, pubblicate il 2 dicembre del 1996, al punto 83, l'UNHCR sottolineava come, in ogni caso, il richiedente rifugio che rientra nelle cause di esclusione resta pur sempre portatore di diritti umani fondamentali.

23. E cioè in ordine alla validità dei par. 4 e 6, direttiva 2011/95 alla luce dell'art. 18 della Carta, dell'art. 78, par. 1, TFUE e dei principi generali del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, a causa di una eventuale violazione della Convenzione di Ginevra da parte delle citate disposizioni della direttiva 2011/95.

24. *UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted* [COM(2009) 551, del 21 ottobre 2009)], disponibile all'indirizzo: www.refworld.org/docid/4c503db52.html, pp. 13 e 14.

specie, l'UNHCR ribadiva qui i dubbi e le perplessità già espressi in passato con riguardo alla conformità dell'art. 14, paragrafi 4 e 6, della direttiva 2004/83 con l'art.1, lett. F) della Convenzione di Ginevra[25]. In particolare, il paragrafo 4 (di entrambe le direttive) estenderebbe le ragioni di esclusione dello *status* di rifugiato al di là delle clausole di esclusione e di cessazione previste dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra. Tali clausole sono da considerare tassative e anche l'art. 42, par. 1, della Convenzione medesima vieta agli Stati membri di formulare riserve con riguardo al suo art. 1[26]. Sempre dal medesimo documento si dedurrebbe che benché l'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra consenta di respingere una persona verso il suo Paese di origine o verso un altro Paese, pur se solo in ipotesi particolarmente gravi, si tratterebbe però di una disposizione non incidente sullo *status* di rifugiato della persona nel Paese di accoglienza[27].

Al giudice del rinvio pregiudiziale non sfugge, tuttavia, come esistano pareri contrastanti in ordine alla validità dei par. 4 e 6, dell'art. 14 della direttiva 2011/95. Tali orientamenti dottrinali, in particolare, tendono ad enfatizzare come queste disposizioni normative mirino, nel fondo, a garantire forme di protezione più elevate tanto in relazione ai motivi quanto al contenuto della protezione internazionale, per ciò che è stabilito dalla Convenzione di Ginevra e in conformità a quanto previsto dalla Carta e della CEDU.

Da canto suo, il giudice del rinvio belga rileva anzitutto che tanto l'art. 18 della Carta che l'art. 78, paragrafo 1, TFUE obbligano l'Unione al rispetto della Convenzione di Ginevra e, dunque, anche il diritto derivato dell'Unione deve essere conforme a tale strumento internazionale. In nessuna delle disposizioni normative della Convenzione di Ginevra si consentirebbe di negare tassativamente il riconoscimento dello *status* di rifugiato ad una persona solo come conseguenza del suo costituire un pericolo per la sicurezza nazionale o una grave minaccia per la società del Paese ospitante. Invece, l'art. 14, par. 5, della direttiva prevedrebbe la possibilità di negare il riconoscimento dello *status* per uno di tali motivi «che corrisponderebbero alle ipotesi previste negli articoli 32 e 33 di

25. *UNHCR*, *Commentaires annotés du HCR sur la [directive 2004/83] [Commentario annotato sulla direttiva 2004/83]*, 28 gennaio 2005, disponibile all'indirizzo: www.refworld.org/docid/44ca0d504.html, pp. 31 e 32.

26. Ricordiamo che sempre a norma dell'art. 42, par. 1, della Convenzione di Ginevra e dell'art. VII par. 1 del Protocollo di New York non è ammessa la possibilità di apporre riserve all'art. 33. Tale circostanza era, peraltro, stata evidenziata dall'Avvocato generale, cfr. *Conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet presentate il 21 giugno 2018, nelle cause riunite C-391/16, C-77/17 eC-78/17*, parr. 80-87.

27. Come si sottolinea in dottrina, la Convenzione di Ginevra non contiene un vero e proprio diritto ad ottenere lo *status* di rifugiato. Sul punto, tra gli altri, si veda F. Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2012, p. 43 ss., per il quale è dall'accertamento statale che dipende il godimento dei diritti che la Convenzione di Ginevra assegna al rifugiato senza, però, che in capo agli Stati contraenti sorga un qualche obbligo positivo di riconoscere ad un individuo lo *status*. Ciò non comporta però, nonostante il diverso linguaggio usato nell'art. 33, par. 1 della Convenzione, che il principio in esso contenuto non tuteli anche i rifugiati nel senso indicato dall'art. 1.

detta Convenzione, laddove questi ultimi articoli disciplinerebbero l'espulsione dei rifugiati e non le condizioni per il riconoscimento di detto *status*»[28].

La questione che pone il giudice nazionale è dunque di acclarare se l'art. 14, par. 5 della direttiva istituisca (surrettiziamente) una nuova clausola di esclusione, contravvenendo ai principi del diritto internazionale: «Se la Convenzione di Ginevra avesse inteso escludere la protezione dei rifugiati, o rifiutarla, per motivi connessi alla sicurezza nazionale, all'ordine pubblico o al pericolo per la società dello Stato ospitante, essa l'avrebbe esplicitamente previsto, come ha fatto, tra l'altro, con riferimento ai reati gravi di diritto ordinario commessi fuori dello Stato ospitante»[29].

Crea, l'art. 14, par. 5, della direttiva una nuova clausola di esclusione dello *status* di rifugiato? Se sì, ciò sarebbe compatibile con l'art. 18 della Carta e con l'art. 78, par. 1, TFUE, che impongono la conformità del diritto europeo derivato con la Convenzione di Ginevra? E se non crea una nuova clausola di esclusione, l'art. 14, par. 5, è da interpretare nel senso che introduce un nuovo motivo di rifiuto dello *status* di rifugiato non previsto dalla Convenzione di Ginevra (senza, peraltro, alcun esame del timore di persecuzione come impone l'art. 1, A della stessa?) E se nessuna delle due ipotesi è ammissibile, qual è l'esatto significato di questa specifica fonte derivata dell'UE?

In ultimo, i giudici del rinvio richiamano il pronunciamento reso dalla Corte di Lussemburgo nel caso *H.T.* c. *Land Baden-Württemberg* del 24 giugno 2015[30] avente, come oggetto diretto, l'interpretazione dell'art. 24, par. 1 e 2, della direttiva 2004/83/CE in materia di permesso di soggiorno da rilasciare ai rifugiati ed in cui sono stati resi alcuni importanti ragguagli in ordine alle cautele di cui contornare il respingimento di un rifugiato. Vero è che in tale sentenza la questione delle deroghe al principio di non respingimento dei rifugiati ricopre uno spazio importante. In particolare, e pur nella consapevolezza che le conseguenze di un respingimento possono essere, per il rifugiato, «estremamente drastiche ... in quanto lo stesso può essere allora respinto verso un Paese in cui potrebbe correre il rischio di persecuzioni»[31], esso rimane una facoltà di cui lo Stato

28. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par. 58. Vi è da ricordare che, nel sistema convenzionale, la misura della espulsione del rifugiato, seppur prevista, viene considerata comunque grave e da usare eccezionalmente e di ciò sarebbe testimonianza la costruzione in forma negativa dell'intero articolo 33; sul punto V. Chetail, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, in V. Chetail (a cura di), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugiés 50 and après: bilan et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 47.

29. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par. 59.

30. Corte di giustizia, causa C-373/13.

31. *Ibidem*, par. 72. Al par. 71 della citata sentenza si legge che il respingimento di un rifugiato, sebbene autorizzato in via di principio dalla direttiva 2004/83 (all'art. 21, par. 2), costituisce «soltanto l'estrema *ratio* alla quale uno Stato membro può ricorrere quando nessun'altra misura è possibile o sufficiente per affrontare il pericolo al quale tale rifugiato espone la sicurezza o la comunità di tale Stato membro». Le conseguenze, infatti, del respingimento potrebbero essere assai gravi per il rifugiato in termini di persecuzione o di violazione dei suoi diritti fondamentali.

membro può avvalersi sebbene come estrema *ratio* «quando nessun'altra misura è possibile o sufficiente per affrontare il pericolo al quale tale rifugiato espone la sicurezza o la comunità di tale Stato membro»[32].

3. Il principio di non respingimento nel sistema europeo di asilo

Anzitutto, nessun dubbio attraversa i giudici di Lussemburgo in ordine alla propria competenza a decidere in via pregiudiziale sull'atto di diritto derivato in questione[33] e verificare se le disposizioni "contestate" possano essere interpretate in conformità con quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra. L'art. 19, par. 3, lett. b), TUE e l'art. 267, co. 1, lett. b), TFUE, rileva la Corte, stabiliscono per essa la competenza a decidere in via pregiudiziale su interpretazione e validità degli atti UE «senza nessuna eccezione, posto che detti atti devono essere pienamente compatibili con le disposizioni dei Trattati e con i principi costituzionali che da essi discendono, nonché con le disposizioni della Carta»[34]. Ciò ribadito, la direttiva 2011/95 è stata adottata sulla base degli artt. 78, par. 2, lett. a) e b), TUE e 18 della Carta, disposizioni di diritto primario, che impongono il rispetto delle norme della Convenzione di Ginevra benché l'Unione non ne sia parte contraente. Ed è con riferimento a tali superiori parametri normativi che i giudici di Lussemburgo sviluppano un ragionamento articolato onde verificare se le norme di diritto derivato in questione possano essere interpretate in maniera tale da offrire ai rifugiati un livello di protezione quantomeno equivalente a quello riservato loro dalla Convenzione di Ginevra.

Dopo alcune precisazioni in merito al "ruolo" che la Convenzione di Ginevra gioca nel complessivo assetto della regolamentazione del sistema di asilo nelle fonti primarie e derivate dell'Unione, i giudici europei ritornano sulla distinzione tra la qualità e lo *status* di rifugiato, non senza ricordare come il riconoscimento di tale *status*, da parte dello Stato ospitante, sia da considerare attività meramente ricognitiva e non certo costitutiva. La Corte rileva, dunque, come nel sistema normativo dell'Unione venga operato un distinguo tra il temine "rifugiato" (che riprende la definizione di cui all'art. 1, sez. A, par. 2 della

32. *Ivi*, par. 71.

33. Coerentemente, peraltro, con la pregressa giurisprudenza (sentenza del 31 gennaio 2017, *Lounani*, C-573/14, par. 41; sentenza del 13 settembre 2018, *Ahmed*, C-369/17, par. 40). Parere diverso è stato reso dal governo tedesco per il quale dette domande (e, in specie, quelle di cui alle cause C-77/17 e C-78/17), non avrebbero dovuto essere accolte perché miranti, sostanzialmente, a ottenere un'interpretazione della Convenzione di Ginevra, per la quale la competenza della Corte sarebbe invece limitata. Il riferimento è qui alla sentenza *Qurbani* (C-481/13 del 17 luglio 2010) ove la Corte di giustizia sostenne di non essere competente «a interpretare direttamente l'art. 31 di tale Convenzione, né qualsiasi altro articolo della stessa». Di parere diverso, invece, i governi francese e dei Paesi Bassi per i quali, benché l'Unione non sia parte della Convenzione di Ginevra, l'art. 78 TFUE e l'art. 18 della Carta obbligano l'Unione a rispettarla.

34. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par. 71.

Convenzione di Ginevra) e lo "*status* di rifugiato" [art. 2, lett. e) della direttiva] ossia il «riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un Paese terzo o un apolide quale rifugiato». Sempre per tale sistema, chi si trovi a soddisfare le condizioni materiali di cui al capo III della direttiva «dispone, per questo solo fatto, della qualità di rifugiato» ai sensi dell'art. 2, lett. d) della direttiva 2011/95 e dell'art. 1, sez. A, della Convenzione di Ginevra. Ne consegue che le ipotesi di revoca o di rifiuto dello *status* di rifugiato di cui alla direttiva 2011/95 non potranno essere interpretate ed applicate come se fossero nuove clausole di esclusione.

Con riferimento a uno dei punti più rilevanti della decisione, il suo *punctum* potremmo dire, e cioè la protezione da accordare ai richiedenti asilo o rifugiati cui sia stato negato o revocato tale *status*, lo snodo argomentativo della Corte muove da una prima constatazione. Le ipotesi di cui ai par. 4 e 5, della direttiva 2011/95 (quelle cioè che consentono agli Stati membri di rifiutare o revocare il riconoscimento dello *status* di rifugiato) sono sostanzialmente le stesse di quelle in forza delle quali gli Stati membri possono respingere un rifugiato (in forza dell'art. 21, par. 2, della direttiva 2011/95 e dell'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra). E, tuttavia, mentre nel sistema della Convenzione di Ginevra e, in specie del suo art. 33, par. 2, il rifugiato "reo" viene privato del beneficio del principio di non respingimento verso un Paese ove la sua vita o la sua libertà siano minacciate, l'art. 21, par. 2 della direttiva 2011/95 «deve essere interpretato e applicato, come conferma il considerando 16 di quest'ultima, in osservanza dei principi della Carta, segnatamente dall'art. 4 e dall'art. 19, paragrafo 2, di quest'ultima, che vietano in termini perentori la tortura nonché le pene e i trattamenti inumani e degradanti, a prescindere dal comportamento dell'interessato, così come l'allontanamento verso uno Stato in cui esista un rischio serio di essere sottoposto a trattamenti del genere»[35].

Con ciò a voler significare, o meglio a confermare, che qualora dal respingimento di un rifugiato derivino rischi seri a che siano violati i suoi diritti fondamentali «lo Stato membro

35. L'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali recita, al primo periodo, che «Le espulsioni collettive sono vietate» ed al secondo che «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Illuminanti sul punto sono le Spiegazioni allegate alla Carta ove si legge che «il paragrafo 2 incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU». Pur senza espressamente chiamarlo con questo nome, l'art. 19, par. 2 della Carta configura il divieto di respingimento come un diritto fondamentale della persona, suscettibile di produrre effetti diretti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Quanto alla definizione di tali fattispecie e alla necessità di leggere l'art. 19 in combinato disposto con l'art. 4 della Carta, cfr. E. Guild, *Article 19 – Protection in the Event of Removal, Expulsion or Extradition*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, Oxford, 2014, pp. 588 ss.

non può derogare al principio del non respingimento» ai sensi dell'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra[36].

Semplificando ancora. Lo strumento normativo dell'Unione prevede, nelle ipotesi di cui all'art. 14, par. 4 e 5, la possibilità per gli Stati membri di revocare lo *status* di rifugiato o di negare tale riconoscimento; da canto suo l'art. 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra consente il respingimento del rifugiato che si trovi in quelle ipotesi verso un Paese ove la sua vita o la sua libertà siano minacciate. Il confronto delle due situazioni fa dire al giudice della Corte che «il diritto dell'Unione prevede una protezione internazionale dei rifugiati interessati più ampia di quella garantita da detta Convenzione»[37].

Questo nocciolo duro della nozione di non respingimento, non passibile di aggiramenti e che fa della facoltà di derogare al principio di non respingimento «solo una possibilità teorica»[38], scaturisce e si impone ai Paesi membri dell'Unione europea anche in virtù della sua netta enunciazione all'art. 19, par. 2 della Carta; esso, però, si era già manifestato nel tempo in virtù dell'adesione dei Paesi membri alla CEDU[39] ed ai rinvii che la normativa e la giurisprudenza dell'Unione vi hanno fatto. Il divieto di allontanare una persona verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti costituisce «una sorta di norma di chiusura dell'ordinamento, per impedire che i diritti essenziali garantiti a quanti si trovano

36. Nelle *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, *cit.*, par. 57, si ricordava come l'art. 21, par. 2, della direttiva, consente agli Stati di avvalersi della facoltà del respingimento solo qualora non sia loro vietata da obblighi internazionali. E, tuttavia, «gli sviluppi registrati nel settore della tutela dei diritti umani fin dall'adozione della Convenzione di Ginevra implicano che gli obblighi degli Stati membri a norma del diritto dell'Unione e del diritto internazionale neutralizzano ormai ampiamente l'eccezione al principio di non respingimento».

37. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par. 96.

38. Cfr. *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, *cit.*, par. 61 ove si aggiunge che la pratica esperibilità della deroga «è ormai vietata in nome della tutela dei diritti fondamentali».

39. E alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo [sul punto, cfr. A. Saccucci, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie*, cit., p. 147 ss.]. Il caso emblematico, al proposito, è *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93 ove si è affermato il carattere assoluto e inderogabile dell'art. 3 CEDU chiarendo che «*to this extent the Convention procides wider guarantees than Articles 32 and 33 of the 1951 Convention*». Parimenti, nella sentenza *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, la Corte EDU, pur nella consapevolezza di non poter sottostimare la minaccia del terrorismo (par. 137), ha affermato che essendo «assoluta la protezione contro i trattamenti proibiti dall'articolo 3, tale disposizione impone di non estradare o espellere una persona quando questa corre il rischio reale di essere sottoposta a tali trattamenti nel Paese di destinazione. ... A tal riguardo, i comportamenti delle persone considerate, per quanto siano indesiderabili o pericolose, non devono essere presi in considerazione e ciò rende la protezione assicurata dall'articolo 3 più ampia di quella prevista dagli articoli 32 e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 relativa allo *status* di rifugiato ...» (par. 138). Invero, la Corte già nel 1989 (e per la prima volta) aveva affrontato la questione relativa alla possibile estensione degli obblighi di cui all'art. 3 CEDU in un caso di estradizione (sent. *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989) mentre nei casi *Cruz Varaz c. Svezia* (20 marzo 1991) e *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* (30 ottobre 1991) sono stati affrontati casi di potenziali rischi di trattamenti inumani e degradanti a seguito di espulsione [sul punto si veda L. Neri, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Bologna, Cedam, 2004, pp. 1200-1201).

sottoposti alla giurisdizione di un Paese membro vengano elusi attraverso un loro trasferimento altrove»[40].

4. "Ospiti indesiderati" ma pur sempre ospiti

L'obbligo di rispettare il principio di non respingimento nei termini or ora descritti comporta per i Paesi ospitanti una serie di "oneri" aggiuntivi, dovendo gli stessi da un lato, rinunciare alla pretesa di allontanare dal proprio territorio persone ritenute pericolose per la sicurezza della comunità[41] e, dall'altro, escogitare un qualche titolo di soggiorno cui abbinare il godimento di un insieme di diritti[42].

E, difatti, il venir meno dello *status* di rifugiato non ha, ed è questa una interessante riconferma della pronuncia[43], come suo corollario la perdita della qualità di rifugiato se e nella misura in cui persistano i requisiti materiali da cui dipende tale qualità (il fondato timore di persecuzione nel Paese di origine)[44]. Ai sensi e nelle ipotesi di cui ai par. 4 e 5 dell'art. 14, della direttiva, uno Stato membro può certamente decidere di revocare (o non riconoscere) lo *status* di rifugiato al cittadino di Paese terzo e, in tali casi, questi finirebbe per versare in una situazione di depotenziamento dei diritti e dei benefici che il capo VII della direttiva associa a tale *status*. A fronte di tale revoca o diniego, però, queste persone non possono essere private di ogni garanzia (a nulla servendo in questo caso avere la qualità di rifugiato), ma come prevede il paragrafo 6, art. 14 della direttiva, godono, o continuano a godere, di un certo numero di diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra[45] e ciò a conferma della perdurante qualità di rifugiato ai sensi dell'art. 1, sez. A, di detta Convenzione.

---

40. Così C. Morviducci, *Terrorismo e clausole*, cit., p. 124.

41. Sul punto L. Aleni, *op. cit.*, p. 233, rileva come l'interpretazione dell'art. 14, par. 4 e 5, della direttiva 2011/95 qui datane dalla Corte di giustizia, in realtà, non consentirebbe di perseguire il fine della tutela della collettività o della sicurezza nazionale. A seguito della revoca (o del diniego di riconoscimento) dello *status*, il rifugiato "reo" privato dello *status* e titolare di un più ristretto ambito di diritti rimarrà comunque sul territorio dello Stato. Su tali questioni, cfr. A. Di Muro, *Protezione internazionale, ordine pubblico e sicurezza sociale*, in www.camerapenaleveneziana.it/news/visual.php?num=2886, bollettino 2019, pp. 43-53.

42. Sentenza *B e D*, *cit.*, par. 117: «La direttiva, al pari della Convenzione di Ginevra, muove dal principio che gli Stati membri di accoglienza possono accordare, in conformità del loro diritto nazionale, una protezione nazionale accompagnata da diritti che consentano alle persone escluse dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, della direttiva di soggiornare nel territorio dello Stato membro considerato».

43. Sul punto, già nella sentenza *H. e T.*, *cit.*, la Corte aveva ritenuto che, pur a fronte della revoca ad un rifugiato di un permesso di soggiorno per «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico», ai sensi dell'art. 24 della direttiva 2011/95, questi continuava a godere delle prestazioni di cui al Capo VII della direttiva stessa, perché ancora in possesso del titolo di rifugiato (par. 95).

44. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, parr. 97 e 98.

45. E in particolare il divieto di discriminazioni, la libertà di religione, il diritto ad adire i Tribunali, il diritto all'istruzione pubblica e così via.

Per quanto concerne, poi, il par. 6, art. 14, della direttiva 2011/95, esso prevede che le persone che rientrino nelle ipotesi di cui ai due precedenti paragrafi godono dei diritti conferiti «dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31, 32 e 33 della Convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro». Tale disposizione, come si è notato[46], parrebbe improntata alla logica di assicurare il godimento di taluni diritti che, ai sensi della Convenzione di Ginevra, spettano al rifugiato in quanto tale e a prescindere dalle condizioni del suo soggiorno; tuttavia, la stessa disposizione non contempla, *expressis verbis*, altri diritti di cui, ai sensi della Convenzione di Ginevra, il rifugiato deve godere, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno[47]. A fronte di ciò, i giudici del rinvio si interrogano sulla conformità di tale disposizione con l'art. 78 TFUE e con l'art. 18 della Carta, disposizioni alla luce delle quali gli Stati membri non potrebbero limitare i diritti che nel sistema della Convenzione di Ginevra debbono essere garantiti ai rifugiati, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno.

Per circoscrivere la questione dei diritti spettanti anche al rifugiato cui sia venuto meno il riconoscimento formale della qualità giuridica, la Corte torna a ribadire che la distinzione da operare è tra la qualità di rifugiato, che persiste se e nella misura in cui non siano da revocare in dubbio i requisiti di cui all'art. 1, sez. A, par. 2, della Convenzione di Ginevra, ed il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La revoca (o il mancato riconoscimento) dello *status* non incide pertanto sull'essere, quella persona, un rifugiato che tale dovrà continuare ad essere considerato e trattato. Certamente, ove uno Stato membro decida di revocare (o non riconoscere) lo *status* di rifugiato, il cittadino del Paese terzo o l'apolide interessato non potrà più godere dei diritti e dei benefici che il capo VII della direttiva associa a tale *status*.

In particolare, una delle conseguenze che il venir meno del formale riconoscimento della qualità di rifugiato comporta per l'interessato è la perdita dello specifico permesso di soggiorno di cui all'art. 24, par. 1, della direttiva. In assenza di tale titolo di soggiorno, il rifugiato che rientri nelle ipotesi dei par. 4 o 5, art. 14, della direttiva «può essere considerato, ai fini della determinazione dei diritti che devono essergli concessi in osservanza della Convenzione di Ginevra, come un soggetto che non risiede o non possa sostare più regolarmente nel territorio dello Stato membro interessato»[48]. Egli godrà "solo" di quei diritti che la Convenzione di Ginevra garantisce ai rifugiati tutti laddove,

46. L. Aleni, *op. cit.*, p. 227.

47. Vale a dire i diritti garantiti dagli artt. 13, 20, 25, 27 e 29 (a condizione che gli Stati parte non vi abbiano apposto riserve). Di particolare rilevanza appare, in particolare, il diritto al rilascio di documenti di identità di cui all'art. 27 della Convenzione di Ginevra.

48. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par. 104.

invece, un più ampio catalogo di diritti potrà essere fruito da coloro che godano anche dello *status* e di una regolare residenza nel Paese di accoglienza.

La questione scottante, va da sé, è stabilire quali siano i diritti da garantire a tutti i rifugiati alla luce di quanto previsto dal par. 6, art. 14, della direttiva 2011/95 che, come dianzi ricordato, enumera alcuni soltanto dei diritti che la Convenzione di Ginevra riconosce a tutti i rifugiati e rimandando poi a «diritti analoghi». Il significato da attribuire alla congiunzione «o»[49] è, per i giudici di Lussemburgo, da ricercare tenendo in debita considerazione il «contesto» in cui essa si inscrive nonché alla luce delle finalità della direttiva in questione quali si desumono dai considerando 3, 10 e 12 della stessa. Se l'atto di diritto derivato in questione ha come suo primario obiettivo quello di garantire una piena attuazione della Convenzione di Ginevra da parte degli Stati membri, allora il significato da attribuire alla congiunzione è, senza dubbio, quello cumulativo: solo questa accezione fa sì che gli Stati membri si assumano l'obbligo di garantire ai rifugiati presenti sul territorio tutti i diritti previsti dallo strumento di diritto internazionale. Ciò che residua agli Stati in ordine agli altri diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra è la possibilità di apporvi delle riserve, ma se riserve non siano state apposte allora lo Stato dovrà garantire anche quei diritti[50].

E del resto, ricordano i giudici di Lussemburgo (quasi a mo' di monito) come l'intera direttiva 2011/95 non possa, in alcun modo, essere interpretata in maniera tale da indurre gli Stati membri «a sottrarsi agli obblighi internazionali a loro incombenti, quali derivanti dalla Convenzione di Ginevra, limitando i diritti che tali soggetti traggono da questa Convenzione»[51]. Resta, peraltro, fermo l'obbligo per quegli Stati che ritengano di dover revocare (o non rilasciare) lo *status* di rifugiato, a tutela evidentemente della incolumità della propria comunità, di rispettare e garantire alcuni diritti fondamentali che scaturiscono direttamente dalla Carta come il rispetto della vita familiare e privata, la libertà professionale e il diritto di lavorare ma anche la previdenza, l'assistenza sociale e la protezione della salute[52]. A tal proposito, vale la pena ricordare che l'evoluzione giurisprudenziale della Carta di Nizza, seppur non priva di interessanti teorie giuridiche, si

49. Se cioè all'espressione «o di diritti analoghi» si debba attribuire valore alternativo (e, quindi, se gli Stati membri abbiano l'obbligo di garantire o i diritti enumerati all'art. 14, par. 6 o quelli di portata simile) o cumulativo (con l'obbligo, per gli Stati, di garantire sia gli uni che gli altri).

50. Sottolinea l'importanza pratica di tali osservazioni specie con riferimento all'obbligo di rilasciare un documento di identità al rifugiato senza *status*, L. Aleni, *op. cit.*, p. 230 la quale sottolinea, però, l'incertezza in ordine alla tipologia di documento rilasciabile.

51. Corte di giustizia, causa C-391, *cit.*, par 108.

52. Qui la Corte di giustizia accoglie le sollecitazioni dell'Avvocato generale che, al par. 134, rilevava come, ad esempio, l'inaccessibilità all'assistenza sanitaria per un rifugiato (deprivato dello *status*) finirebbe per riverberare i suoi effetti sul diritto alla salute anche esponendolo a trattamenti inumani o degradanti.

alimenta non solo della cosiddetta interpretazione conforme quale «crocevia fra la dottrina dell'interpretazione e la dottrina delle fonti, fra l'attività di produzione normativa e l'attività di interpretazione, fra l'esigenza di interpretare una norma in maniera obiettiva e [...] l'esigenza di risolvere conflitti normativi»[53] bensì ravviva quel dialogo coabitativo e già presente in altre fattispecie tra giudice sovranazionale e giudice comune, laddove la pronunzia della Corte UE – come presumibile anche in questo caso in commento – non rappresenta il tassello finale ed ultimo del dialogo, bensì è foriera di una nuova fase innanzi al giudice nazionale. Per questo motivo, «il sempre più frequente ricorso, nelle pronunzie della Corte di Lussemburgo, alla formula "spetta al giudice nazionale verificare" dimostra quanto sia la stessa Corte ad avere ben presente il ruolo, fondamentale ed ineliminabile»[54] riservato al giudice dello Stato membro nell'attuazione del diritto del diritto dell'Unione, seppur derivato ma sempre coperto dai principi contenuti della Carta. In questo caso specifico, essendo tra l'altro in ballo la dialettica tra fonti internazionali e ordinamento europeo, la Convenzione e la Carta sono molto più che meri parametri di tutela e diventano perimetro l'una e sostanza l'altra della situazione giuridica in capo al migrante.

5. Qualche considerazione finale

La particolare risonanza mediatica della sentenza in commento si deve, evidentemente, al fatto che si tratta di uno di quei casi in cui alla Corte si sottopone una questione in cui al carattere eminentemente processuale se ne affianca uno sostanziale di non poco momento. Non si tratta, insomma, solo di una questione tecnica, ma di qualcosa che supera i «confini delle *regulae ad directionem ingenii*, cioè delle direttive d'interpretazione per i giudici del rinvio, perché si ricollega ad un tema, quello dei reati commessi da soggetti ammessi (o aspiranti) a protezione umanitaria, che ha una risonanza sociale immediata ed è vissuto come preoccupante nella pubblica opinione»[55].

---

53. Cfr. E. Cannizzaro, *Interpretazione conforme tra tecniche ermeneutiche e effetti normativi*, in A. Bernardi, *L'interpretazione conforme al Diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*. Napoli, Jovene, 2015, p. 11 e ss.

54. Sul ruolo del giudice nazionale in sede di proposizione del rinvio pregiudiziale e nella fase di interpretazione conforme, tra i tanti, si veda P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2015, 428; sul punto in citazione, R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/23_ottobre_relazione_Conti.pdf.

55. In tal senso A. di Martino, B. Occhiuzzi, *Condannato ma protetto contro espulsione. Un'intersezione fra diritto penale e della protezione internazionale*, in questa *Rivista*, n. 3.2018, p. 9. Gli autori, in specie, pongono la loro attenzione su una sentenza della Corte di cassazione ove si affronta il tema dei rapporti tra la misura di sicurezza dell'espulsione e lo *status* di soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria «nella scacchiera – o nella selva – delle relazioni fra diritto interno e fonti sovranazionali ed internazionali rilevanti» (p. 1).

Per la famigerata "pancia" di una parte consistente degli elettorati europei, e di certo italiani, è assai difficile digerire che una persona, "graziosamente" e benevolmente accolta dalla propria comunità, «ne violi la fiducia mostrando in questo modo ignominiosa ingratitudine per tale accoglienza»[56], non potendo più aspirare ad essere mantenuto sul territorio poco rilevando che, per effetto del suo allontanamento dal sacro suolo patrio, gli *underserving refugees*[57] rischino di essere sottoposti a tortura e trattamenti inumani o degradanti[58].

Se ci trovassimo di fronte alla esigenza di dover sintetizzare, semplificandolo per i non addetti ai lavori, il senso più profondo della sentenza resa dalla Corte di giustizia il 14 maggio dello scorso anno, ci si potrebbe esprimere nei seguenti termini: la Convenzione di Ginevra del 1951 consente di respingere un rifugiato verso un Paese dove la sua vita o i suoi diritti fondamentali sono a rischio; la direttiva europea del 2011, interpretata e applicata nel contesto ordinamentale dell'Unione e soprattutto alla luce della sua Carta, esclude siffatta "contro intuitiva" possibilità. L'orizzonte di senso e, tecnicamente, il parametro di valutazione per l'applicazione del principio di non respingimento nel sistema delle fonti unionale è la Carta europea dei diritti fondamentali laddove essa vieta categoricamente la tortura, le pene e i trattamenti inumani e degradanti di talché nessuna eccezione può essere ammessa, neanche nel caso in cui lo straniero sia considerato un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico in relazione alla commissione di gravi reati.

Si è dianzi qualificata come contro intuitiva la soluzione squisitamente giuridica cui è (giustamente) approdata la Corte di giustizia attraverso l'esegesi, affatto semplice, di un "groviglio" di fonti internazionali, sovranazionali e unionali avente come soggetto finale di riferimento il rifugiato e in una fase storico, politica e sociale dove a farla da padrone è la retorica della "crisi dei rifugiati". Per farla breve, in un momento storico in cui si stenta ad accettare l'idea che, con buona probabilità, dietro ogni "clandestino" giunto via mare (ma non solo) vi sia un potenziale rifugiato da accogliere prima e non rimandare indietro poi.

---

56. *Ibidem*, pp. 9-10.

57. Di *undeserving refugees* parla R. Sales, *The deserving and the undeserving? Refugees, asylum seekers and welfare in Britain*, in *Critical Social Policy*, 2002, p. 456 ss. Si veda anche E. Pistoia, *Il posto di Caino. Limiti dell'accoglienza nell'UE degli stranieri colpevoli di reato*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, p. 729 ss.

58. E, difatti, non si è fatto attendere il solito tweet dell'*ex* Ministro dell'interno italiano, Matteo Salvini, all'indomani della pubblicazione della sentenza in commento ove si legge «Comunque io non cambio idea e non cambio la Legge: i "richiedenti asilo" che violentano, rubano e spacciano, tornano tutti A CASA LORO» (il maiuscolo, va da sé, è dell'autore del tweet).

Eppure, prendere sul serio il divieto inderogabile di cagionare ad un essere umano trattamenti crudeli, inumani e degradanti comporta inevitabilmente che alle espulsioni senza condizioni ostino «inaggirabili ragioni umanitarie»[59].

Quale debba essere la sorte del rifugiato (o aspirante tale) che, violando il patto di fiducia con la comunità ospitante, non possa godere più appieno dei diritti e delle garanzie che dal riconoscimento dello *status* discendevano ma che non può essere espulso è affare, in sostanza, degli Stati membri.

L'art. 3 della direttiva 2011/95, e ciò deve essere ricordato, legittima gli Stati membri a «introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva». Il cons. 18 della stessa direttiva, tuttavia, distingue questa eventualità da quella della concessione, eventualmente anche ai richiedenti asilo non eleggibili, «di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale».

In Italia, come noto, il rischio di respingimento per chi, escluso per non meritevolezza dallo *status* di protezione internazionale, rischi una violazione dei propri diritti fondamentali è stato scongiurato in virtù dell'operare di alcune norme interne[60]: l'art. 19, co. 1, del Testo unico immigrazione e l'art. 28 del d.p.r. n. 394/1999 nonché dell'art. 5, co. 6 sempre del Testo unico immigrazione. Come noto, se l'art. 19, rubricato «Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili», per la parte che qui rileva non è stato (e non avrebbe potuto esserlo attesi i soggiacenti vincoli internazionali) modificato dal d.l. n. 113 del 2018[61], una diversa (ma non necessariamente

59. A. di Martino, B. Occhiuzzi, *Condannato ma protetto*, cit., p. 10.

60. Nella circolare n. 3716 del 30 luglio 2015, la Commissione nazionale per il diritto di asilo, ad un anno di distanza da una importantissima sentenza della Cassazione, VI, 7 luglio 2014, n. 15466, sintetizzava (enucleandoli) i presupposti rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, individuando le fonti internazionali di riferimento e i procedimenti previsti, in quel momento, dal sistema normativo. Il primo caso citato concerneva proprio quello della esposizione al rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti in caso di rimpatrio del richiedente ed i fondamenti giuridici individuati erano l'art. 3 CEDU, l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 3 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Il testo della circolare è reperibile in www.immigrazione.biz/circolare.php?id=981. Dell'istituto della protezione umanitaria ne fa una attenta ricostruzione, F. Gallo, *La protezione complementare dopo il dl 113/2018: inquadramento sistematico, questioni di legittimità costituzionale*, in *Questione giustizia*, 5 luglio 2019.

61. Nella *Relazione* di accompagnamento al d.l. 113/2018, peraltro, si legge che si è inteso salvaguardare il potere/dovere delle Commissioni territoriali di valutare la sussistenza dei presupposti del principio di non respingimento, nel rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali. Il teso è reperibile in

catastrofica) sorte è toccata alle altre due disposizioni. Per quanto concerne l'art. 5, co. 6, Testo unico immigrazione esso è ora monco[62] della parte in cui si statuiva che si potesse rifiutare o revocare il permesso di soggiorno, sulla base di Convenzioni o accordi internazionali, «salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Conseguentemente è stata abrogata, la lett. d), dell'art. 28 del d.p.r. 394/1999 a norma della quale il permesso di soggiorno è concesso «per motivi umanitari, negli altri casi, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga contro le persecuzioni di cui all'art. 19, co. 1, del Testo unico»[63]. Si ricorderà come, a norma di tale ultima disposizione, «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione», ne sono ammessi «il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura». Solo nel secondo comma di tale articolo si prevede la "salvezza" dei casi previsti dall'art. 13, co. 1, Testo unico immigrazione, e cioè l'espulsione per motivi di ordini pubblico e di sicurezza.

Da questo punto di vista, si concorda con chi ha ritenuto che le novelle introdotte dall'art. 1, co. 1, lett. b), n. 2, e 6, lett. b) del d.l. n. 113/2018, nell'abrogare *pro parte* l'art. 5, co. 6, del Testo unico immigrazione e l'art. 28, co. 1, d.p.r. n. 394/1999 risultano insuscettibili «di produrre qualunque effetto limitativo nei confronti di tutti quegli stranieri che risultavano ieri, prima del decreto in esame, e che risultano e risulteranno oggi e domani, dopo la novella legislativa, per le più varie ragioni di ordine costituzionale (o internazionali) inespellibili»[64].

Tra gli speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario vi è quello recante la dicitura «protezione speciale», di cui all'art. 32, co. 3, del decreto procedure, come modificato dall'art. 1, co. 2, lett. a) del d.l. n. 113/2018. Esso spetta allo straniero cui non sia stato possibile riconoscere la protezione internazionale, ma nei cui riguardi non si possa disporre l'allontanamento verso uno Stato in cui può essere oggetto

www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1076594/index.html?part=ddlpres_ddlpres1-frontespizio_front01.

62. Così sostituito dall'art. 1, co. 1, lett. b). n. 2), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. dalla l. n. 132/2018.

63. Sulla formulazione di questa "preziosa" norma, cfr., *ex multis*, P. Papa, *L'esclusione per non meritevolezza*, cit., p. 17 e ss., per la quale dal combinato disposto dell'art. 28 del regolamento di attuazione e 19, co. 1, Testo unico immigrazione «deriva che, in ipotesi di applicazione della causa di esclusione o di revoca o di diniego, sussistendo il divieto assoluto di respingimento perché il Paese di provenienza è uno Stato a rischio di persecuzione o tortura, dovrà essere riconosciuto il diritto ad un permesso di soggiorno per motivi umanitari», p. 19.

64. Così 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, p. 17.

di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali; ovvero può rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 19, co. 1, del Testo unico immigrazione; ovvero verso uno Stato, qualora esistano fondati motivi di ritenere che egli rischi di essere sottoposto a tortura, tenuto conto, nella valutazione di tali motivi, anche dell'esistenza in tale Stato di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (art. 19, co. 1.1, Testo unico immigrazione, come introdotto dall'art. 3, co. 1, l. n. 110/2017).

È stato fatto notare come quanto alla portata applicativa dell'art. 19, co. 1, del Testo unico immigrazione, non se ne siano esplorati tutti i potenziali risvolti e che esso pare dotato di una «portata accrescitiva nei confronti del principio di *non-refoulement* enucleato dal diritto internazionale e recepito nel diritto sovranazionale»[65] e questo sulla base di due distinte, ma correlate, argomentazioni. La non derogabilità del divieto di cui all'art. 19, co. 1. Testo unico immigrazione, lascerebbe fuori dal proprio perimetro tanto le eccezioni al principio di cui all'art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra quanto quelle di cui all'art. 21, par. 2, della direttiva 2011/95[66].

Resta, quindi, di finale ma non minore importanza valutare il più ampio approccio perpetrato, in realtà, da molti Stati membri dell'Unione e basato su una cautelare prevalenza di strumenti normativi che seguono una logica ingiustificatamente securitaria, tendente all'allontanamento del migrante al fine di preservare lo Stato e dimenticando, molto spesso, la natura di alcune pericolosità, che travalicano il mero coinvolgimento del soggetto e che derivano molto più dal suo coinvolgimento in situazioni esogene alla volontà della persona rendendo, quindi, il respingimento quanto mai inefficace ai fini perseguiti.

65. *Ivi*, p. 30.

66. Nel nostro ordinamento «il divieto di *refoulement* è assoluto e si applica ad ogni persona, senza considerazione né del suo *status* né del tipo di imputazione o di condanna, ed indipendentemente dalla natura del trasferimento, comprese l'estradizione e l'espulsione», così Cass. pen., sez. VI, sent. n. 20514/2010 (ma similmente Cass. pen., sez. I, sent. n. 49242/2017).

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2019

STRANIERO E PRESTAZIONI DI ASSISTENZA SOCIALE: LA CORTE COSTITUZIONALE FA UN PASSO INDIETRO ED UNO DI LATO

di Fabio Corvaja

Abstract: *Il commento mette a confronto due pronunce della Corte costituzionale in materia di accesso degli stranieri alle prestazioni sociali, la sentenza n. 50 del 2019 e l'ordinanza n. 52 del 2019, evidenziando come esse siano sintomatiche di una incertezza di fondo circa il quantum di eguaglianza da riconoscere nel godimento dei diritti sociali agli stranieri regolarmente soggiornanti, incertezza che dipende anche dal concorso di fonti e di giurisdizioni diverse (interne, sovranazionali ed internazionali). Se per quanto riguarda l'assegno sociale la Corte costituzionale ha assunto nella sentenza n. 50 del 2019 una posizione restrittiva, che appare poco coerente con la stessa giurisprudenza costituzionale resa in relazione ad altre prestazioni sociali sull'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000, l'ordinanza n. 52 del 2019, relativa all'assegno per i nuclei familiari numerosi e all'assegno di maternità di base, affida invece il riconoscimento del diritto ai giudici comuni, in applicazione diretta del diritto europeo. La domanda sulla eguaglianza degli stranieri nel godimento dei diritti sociali non può però essere elusa; è già stata riproposta dalla Corte di cassazione in relazione all'assegno di natalità ed è in attesa di una risposta sul piano costituzionale, con riferimento ai principi e ai criteri di giustizia sanciti in Costituzione.*

Abstract: *The case-note compares two rulings of the Constitutional Court concerning access by non-citizens to social benefits, sentence n. 50 of 2019 and order n. 52 of 2019, highlighting how they are symptomatic of a basic uncertainty about the quantum of equality to be recognized in the enjoyment of social rights to legally residing non-citizens, uncertainty which also depends on the concurrence of different sources and jurisdictions (internal, supranational and international). If with regard to the social allowance the Constitutional Court has taken in sentence n. 50 of 2019 a restrictive position, which appears to be inconsistent with the same constitutional case-law rendered on art. 80, co. 19, l. n. 388/2000 in relation to other social benefits, the order n. 52 of 2019, relating to the allowance for large families and the basic maternity allowance, entrusts the recognition of the benefit to the common judges, in direct application of European law. However, the question about the equality between citizens and non-citizens in the enjoyment of social rights cannot be avoided; it has already been re-proposed by the Court of Cassation in relation to the bonus bebè and is awaiting a constitutional answer, with reference to the principles and criteria of justice enshrined in the Constitution.*

© 2017-2019 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

STRANIERO E PRESTAZIONI DI ASSISTENZA SOCIALE: LA CORTE COSTITUZIONALE FA UN PASSO INDIETRO ED UNO DI LATO

di Fabio Corvaja*

SOMMARIO: 1. Oscillazioni ed incertezze nella giurisprudenza più recente in tema di accesso dello straniero alle prestazioni di assistenza sociale. – 2. L'assegno sociale e la sentenza n. 50 del 2019. – 3. L'ordinanza n. 52 del 2019 e l'applicazione diretta del principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva 2011/98/UE. – 4. Qualche considerazione a margine dell'ordinanza n. 52 del 2019. – 5. ... e qualche osservazione critica sulla sentenza n. 50 del 2019.

1. Oscillazioni ed incertezze nella giurisprudenza più recente in tema di accesso dello straniero alle prestazioni di assistenza sociale

Due pronunce della Corte costituzionale, quasi consecutive ma di segno diverso, mostrano una incertezza di fondo in relazione alla risposta da dare alla seguente domanda: quanta eguaglianza è dovuta agli stranieri nel godimento di diritti sociali, in particolare con riferimento alle prestazioni di assistenza sociale?

Queste incertezze si erano già manifestate in altre due sentenze consecutive, le sentenze nn. 106 e 107 del 2018, che hanno affrontato la questione delle discriminazioni nell'accesso al *welfare* regionale operate tramite la previsione di requisiti di residenza protratta, questione sulla quale, peraltro, la precedente giurisprudenza costituzionale aveva già manifestato significative oscillazioni[1]. Mentre la sent. n. 106 del 2018 non censura in quanto tali i criteri della residenza qualificata, ma anzi afferma che «le politiche sociali delle Regioni ben possono richiedere un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola

* Ricercatore confermato di diritto costituzionale, Università di Padova.

1. Si confrontino, ad esempio, l'ord. n. 32 del 2008 con la sent. n. 40 del 2011, oppure la sent. n. 222 del 2013 con la sent. n. 2 del 2013. Un tentativo di ricondurre ad unità questa giurisprudenza, individuandone una *ratio* unitaria, è stato effettuato da M. Belletti, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *le Regioni*, 2018, p. 1163 ss. Rimane tuttavia fermo che sulla questione della residenza qualificata le sentt. n. 106 e n. 107 danno una risposta diversa, come segnala anche C. Corsi, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *le Regioni*, 2018, p. 1184. Per l'esame di tale decisioni e della successiva sent. n. 166 del 2018 cfr. anche D. Tega, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti regionali*, n. 2.2018 e A. Guarisio, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in questa *Rivista*, n. 3.2018.

residenza»[2], la sent. n. 107 del 2018 appare ben più severa rispetto all'utilizzo di siffatti requisiti in funzione selettiva per l'accesso ai servizi sociali, osservando che «a differenza del requisito della residenza *tout court* (che serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), quello della residenza protratta integra una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella Regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente)»[3].

La sent. n. 50 del 2019 e l'ord. n. 52 del 2019 riguardano invece il problema delle discriminazioni *dirette* a carico dello straniero, escluso dalle prestazioni di sicurezza sociale se privo di carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) in via generale dall'art. 80, co. 19, della l. 23.12.2000, n. 388, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2001)[4] e specificamente da diverse norme di settore.

La sent. n. 50 del 2019 ritiene legittima e non discriminatoria la previsione generale dell'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000, in relazione all'assegno sociale; per contro l'ordinanza n. 52 del 2019, sia pure nel corpo di una pronuncia di carattere solo processuale, suggerisce di reperire nell'ordinamento la norma che porta a riconoscere ad una ampia classe di stranieri regolarmente soggiornanti, ma privi di carta di soggiorno, il diritto ad ottenere l'assegno per i nuclei familiari numerosi e l'assegno di maternità di base, prestazioni che norme particolari vorrebbero riservate, oltre che ai cittadini italiani o dell'Unione europea, ai soli stranieri muniti di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo[5].

---

2. Corte cost., sent. n. 106 del 2018. La sentenza ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. (in relazione al principio di parità di trattamento nell'accesso all'alloggio dettato dall'art. 11 della dir. 2003/109/CE per i soggiornanti di lungo periodo), della norma della Regione Liguria che richiedeva – solo per gli stranieri – la residenza sul territorio nazionale da almeno dieci anni consecutivi quale condizione di accesso all'edilizia residenziale pubblica, ma la Corte evidenzia, più in generale, la irragionevolezza e la mancanza di proporzionalità del requisito, eccessivo nella durata e non calibrato rispetto al territorio regionale.

3. Corte cost., sent. n. 107 del 2018, che sottopone quindi ad uno *standard* di stretto scrutinio le norme che prevedono siffatti requisiti; nel caso, si trattava di una norma della Regione Veneto che prevedeva come criterio di priorità per l'accesso agli asili nido la residenza in Veneto da almeno quindici anni, anche non continuativi, ovvero lo svolgimento di attività lavorativa nella Regione, ininterrottamente, da almeno quindici anni.

4. La disposizione, modificando implicitamente l'art. 41, d.lgs. 25.7.1998, n. 286, (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), ha previsto che «l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno».

5. Vedi rispettivamente l'art. 65, co. 1, l. 23.12.1998, n. 448 (Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo), come modificato dall'art. 13, co. 1, l. 6.8.2013, n. 97, (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013), e l'art. 74, co. 1, d.lgs. 26.3.2001, n. 151, (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15, legge 8.3.2000, n. 53).

2. L'assegno sociale e la sentenza n. 50 del 2019

La sent. n. 50 del 2019 affronta diffusamente il quesito relativo alla eguaglianza tra cittadini e stranieri nell'accesso alle prestazioni sociali con riferimento all'assegno sociale.

Tale prestazione, già prevista dall'art. 26 della legge 30.4.1969, n. 153, (Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale) come «pensione sociale» e successivamente disciplinata come «assegno sociale» dall'art. 3, co. 6, della l. 8.8.1995, n. 335, (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), è erogata agli anziani in istato di bisogno economico (sprovvisti di reddito o con reddito non superiore a 5.954 euro) e di età superiore a sessantacinque anni (divenuti 67 a partire dal 1° gennaio 2019, in seguito all'aumento della aspettativa di vita). Essa ha dunque natura di beneficio assistenziale, più che previdenziale, stante il carattere distributivo della prestazione, a ciò non ostando la circostanza che l'assegno sia previsto in termini di diritto soggettivo[6].

La legge del 1995 istitutiva dell'assegno sociale richiedeva il possesso della cittadinanza italiana per il godimento della prestazione, ma già la l. n. 40/1998 e il successivo d.lgs. n. 286/1998 avevano sancito l'estensione delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per gli invalidi e per gli indigenti, agli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, in condizione di parità con i cittadini italiani[7].

Successivamente, tuttavia, l'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000, pur senza toccare il testo dell'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998, ha ristretto ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno il godimento dell'assegno sociale e delle provvidenze economiche di carattere sociale oggetto di diritti soggettivi in base alla legislazione vigente.

Ulteriori restrizioni, con riferimento all'assegno sociale, sono state poi introdotte dall'art. 20, co. 10, del d.l. 25.6.2008, n. 112, (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la

6. In questo senso M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, XX ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 585 ss. La qualificazione, peraltro, non è incontroversa, visto che ci sono ancora opinioni nel senso della natura previdenziale dell'assegno sociale; così, ad esempio, M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, XIV ed., Padova, Wolters Kluver-Cedam, 2014. La giurisprudenza costituzionale ha descritto la prestazione nei termini di un «intervento assistenziale della collettività», il quale «persegue il fine di soccorrere coloro che, sprovvisti di mezzi necessari per vivere, versano in uno stato di bisogno, necessariamente da emendare in adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale della collettività, sanciti dagli artt. 2 e 38 Cost.» (ord. n. 143 del 2001). Nello stesso senso si vedano anche le sentt. n. 400 del 1900 e n. 12 del 2019.

7. L'art. 30 della l. n. 40/1998 stabiliva, infatti, l'equiparazione degli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno 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». La disposizione è stata poi riprodotta dall'art. 41, d.lgs. n. 286/1998.

perequazione tributaria), convertito dalla legge 6.8.2008, n. 133, che, a partire dal 1° gennaio 2009, ha previsto che l'assegno sociale sia corrisposto «agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, per almeno dieci anni nel territorio nazionale».

L'introduzione di tale condizione di residenza protratta, che apparentemente si applica anche ai cittadini italiani e dell'Unione europea[8], ha indotto la giurisprudenza ad interrogarsi sulla permanenza del requisito della carta di soggiorno, giacché l'esigenza di radicamento territoriale, alla base della previsione che riserva la provvidenza agli stranieri lungo soggiornanti, pareva assorbita dalla residenza decennale sul territorio dello Stato, con conseguente abrogazione implicita dell'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000, nella parte in cui si riferisce all'assegno sociale (essendo poi del tutto irragionevole pensare che l'esigenza della titolarità della carta di soggiorno si giustificasse in ragione del requisito di reddito minimo necessario per ottenere tale titolo di soggiorno).

Per quanto parte della giurisprudenza di merito si fosse orientata in questo senso[9] e la stessa Corte costituzionale avesse accennato a questo possibile spunto interpretativo nella ordinanza n. 180 del 2016[10], i giudici *a quibus* muovevano dal presupposto interpretativo secondo cui la carta di soggiorno e la residenza decennale rappresentano condizioni richieste cumulativamente in capo allo straniero per il riconoscimento del diritto all'assegno sociale[11]. Tale esegesi – che al momento della proposizione delle questioni non poteva dirsi diritto vivente[12] – era alla base dei dubbi di costituzionalità proposti dai giudici del lavoro di Bergamo e di Torino.

---

8. Di un limite temporale riferito «non solo ai cittadini extracomunitari ma anche a quelli dei Paesi UE e financo – stando allo stretto tenore letterale della norma – agli stessi cittadini italiani» ha parlato anche la Corte costituzionale nell'ord. n. 197 del 2013 e nell'ord. n. 180 del 2016.

9. Corte app. Firenze, sentt. 11.5.2017, n. 536, 22.5.2018, n. 516 e 28.6.2018, n. 650. Analogamente sembrava orientata anche Corte app. Venezia, sent. 5.9.2017, n. 356.

10. Tale ordinanza, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Bologna sull'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000, sempre con riguardo al requisito della carta di soggiorno richiesto per l'assegno sociale, aveva censurato la circostanza che il giudice rimettente avesse omesso di considerare il problema della eventuale applicabilità, anche solo per escluderla, al caso del ricorrente, della disciplina dettata dall'art. 20, co. 10, d.l. 25.6.2008, n. 112, il quale introduceva il requisito di residenza decennale.

11. Le questioni sono state promosse dal Tribunale di Torino, in funzione di giudice del lavoro, con ord. 27.1.2016, n. 255/2016 R.O., in GU I s.s. del 21.12.2016, n. 51, e dal Tribunale di Bergamo, sempre in funzione di giudice del lavoro, con ord. 26.9.2016, n. 275/2019 R.O., in GU I s.s. del 25.1.2017, n. 4. In particolare il Tribunale di Bergamo aveva sottolineato come il requisito di residenza almeno decennale fosse, in base alla stessa lettera della disposizione del d.l. n. 112/2008, una condizione ulteriore, «ineliminabile in via interpretativa».

12. Contrariamente a quanto afferma la sent. n. 50 del 2019, non sembrava esserci un diritto vivente in tal senso, considerato che le sentenze della Corte di cassazione, sezione lavoro, 6.12.2016, n. 24981 e 30.10.2015, n. 22261, sono entrambe relative a fattispecie nelle quali l'art. 20, co. 10, d.l. n. 112/2008 non era applicabile *ratione temporis*. È vero, invece, che dopo la sent. n. 50 del 2019 e in forza di essa, sta formandosi, nella giurisprudenza di legittimità, un indirizzo nel senso che la residenza continuativa decennale si atteggia a requisito aggiuntivo e non sostitutivo rispetto al requisito della titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo: vedi Cassazione, sez. lavoro, sent. 25.6.2019, n. 16989.

Le censure formulate nelle ordinanze di rimessione, in termini parzialmente convergenti, riguardavano anzitutto la violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., per la disparità di trattamento tra straniero regolarmente soggiornante e cittadino italiano (e tra stranieri legalmente soggiornanti, a seconda che siano titolari o meno della carta di soggiorno), ma anche per la intrinseca irragionevolezza della disposizione, nella parte in cui viene a subordinare alla titolarità di un reddito minimo l'accesso ad una prestazione sociale. Le ordinanze di promovimento denunciavano poi la violazione delle norme internazionali, consuetudinarie e pattizie (art. 14 della CEDU), che vietano le discriminazioni a carico degli stranieri autorizzati a soggiornare, norme che configurano parametri interposti ai sensi dell'art. 10, co. 1 e 2, e 117, co. 1, Cost. Il Tribunale di Torino evidenziava poi la possibile lesione dell'art. 38 Cost., determinata dalla norma che subordinava il godimento del diritto alla assistenza sociale ad una mera «certificazione amministrativa» quale sarebbe la carta di soggiorno.

La sent. n. 50 del 2019, condividendo il presupposto interpretativo delle ordinanze di rimessione, respinge però analiticamente i dubbi di costituzionalità da esse proposti.

L'eguaglianza

La censura di violazione del principio di eguaglianza, sollevata per la disparità di trattamento tra straniero regolarmente soggiornante e cittadino italiano operata dalla norma impugnata, è rigettata dalla Corte con un ragionamento che si muove tra diverse premesse.

La prima si sostanzia nella affermazione secondo cui l'eguaglianza tra cittadino e straniero, nell'ambito della assistenza sociale, deve essere assicurata soltanto con riguardo a servizi e prestazioni i quali, soddisfacendo un bisogno primario della persona, non tollerano distinzioni legate al radicamento territoriale, in quanto sono il riflesso di diritti inviolabili dell'uomo. Limitatamente a questo nucleo le prestazioni sociali costituiscono non una componente della assistenza sociale, bensì un «necessario strumento di garanzia di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.)».

La seconda premessa afferma l'esistenza di una discrezionalità del legislatore nel riconoscere, al di là di questa soglia, l'accesso dello straniero a prestazioni ulteriori, accesso che può essere graduato od escluso secondo criteri non manifestamente irragionevoli, stante la limitatezza delle risorse. Questa affermazione è circostanziata dalla precisazione per cui laddove è la cittadinanza – italiana od europea – a presupporre e giustificare l'erogazione della prestazione ai membri della comunità, «ben può il legislatore esigere in capo al cittadino extracomunitario ulteriori requisiti, non manifestamente irragionevoli, che ne comprovino un inserimento stabile e attivo»: ciò in quanto, secondo la Corte, in tal caso la prestazione sociale rappresenta un riconoscimento e una valorizzazione del concorso dello straniero al

progresso della società, attraverso la partecipazione alla vita sociale lungo un apprezzabile arco di tempo.

Un'ulteriore premessa – non argomentata come tale, ma inserita in un inciso parentetico – descrive poi l'assistenza sociale come beneficio riservato ai cittadini dall'art. 38, co. 1, Cost. (nel prosieguo della sentenza la censura di violazione dell'art. 38 Cost., prospettata con l'argomento che il diritto alla assistenza sociale viene condizionato al possesso di una mera certificazione amministrativa quale la carta di soggiorno, è respinta sul rilievo che tale titolo conferisce un particolare *status*).

Ricostruendo il quadro normativo, la sentenza sostiene inoltre che la posizione dello straniero munito di permesso UE per soggiornanti di lungo periodo sia diversa da quella dello straniero titolare di un ordinario permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 286/1998. Da un lato, i presupposti richiesti dall'art. 9 del d.lgs. n. 286/1998 per la concessione del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, quali la produzione di un reddito, la disponibilità di un alloggio e la conoscenza della lingua italiana, sarebbero indicativi della partecipazione del titolare della carta di soggiorno alla vita sociale; dall'altro, lo *status* di tali stranieri sarebbe caratterizzato dalla titolarità di diritti aggiuntivi rispetto a quelli riconosciuti a chi gode di un normale permesso di soggiorno, giacché l'autorizzazione al soggiorno permanente consente di entrare in Italia senza visto, di svolgere sul territorio nazionale qualsiasi attività lavorativa autonoma e subordinata, di accedere ai servizi e alle prestazioni della pubblica amministrazione in materia sanitaria, scolastica, sociale e previdenziale, e di partecipare alla vita pubblica locale.

In forza di tali premesse la sentenza conclude escludendo che sia discriminatoria o manifestamente irragionevole la norma che configura la titolarità della carta di soggiorno quale presupposto per l'erogazione dell'assegno sociale, trattandosi di un sostegno erogato dalla collettività a favore di chi in essa ha operato, tant'è che esso è concesso agli stessi cittadini italiani solo dopo una residenza almeno decennale in Italia; tale provvidenza, dunque, rappresenta «anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)». Non viola quindi l'imperativo di eguaglianza concedere tale provvidenza al solo straniero sprovvisto di altri mezzi, «il cui stabile inserimento nella comunità lo ha reso meritevole dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano».

L'irragionevolezza intrinseca

La disposizione era censurata dal Tribunale di Bergamo anche per contrasto con il principio di ragionevolezza, radicato anch'essa nell'art. 3, co. 1, Cost., in quando la norma che richiede il possesso della carta di soggiorno presuppone che lo straniero abbia anche la disponibilità di un reddito superiore all'importo dell'assegno sociale (essendo questo reddito un presupposto per il rilascio della carta di soggiorno), mentre la titolarità di un tale reddito

preclude la concessione dell'assegno sociale: si tratta dunque di una norma di applicazione impossibile, costruita secondo lo schema logico del paradosso del comma 22 del regolamento militare per gli aviatori descritto nel romanzo di Joseph Heller, che esonerava chi è pazzo dalle missioni di volo, ma stabiliva che chi chiede di essere esentato dalle missioni di volo non è pazzo: paradosso che è ben illustrato, con riferimento all'esperienza dei poveri e degli emarginati, dalle vicende esemplari di Wilhelm Voigt, il quale non riusciva a trovare lavoro in Prussia perché non aveva documenti, ma non otteneva documenti perché non aveva un lavoro (il circolo vizioso *keine Papiere – keine Arbeit – keine Wohnung – keine Papiere*)[13].

La Corte, che in passato aveva colpito questo tipo di logica[14], trova nella sent. n. 50 del 2019 una via di uscita dal *deadlock*, evidenziando che «non è detto che lo straniero, una volta conseguito il permesso di soggiorno di lunga durata, che è di regola permanente ..., sia poi in grado di preservare le condizioni economiche che glielo hanno consentito»; in tale evenienza, «la vocazione solidaristica dell'assegno sociale torna a manifestarsi, in quanto esso soccorre chi, nonostante l'ingresso stabile nella collettività nazionale, sia poi incorso in difficoltà che ne hanno determinato l'indigenza».

In altri termini, secondo la sentenza, il requisito (implicito) del reddito non è irragionevole, perché si colloca – o meglio può collocarsi – in un momento che sta a monte della richiesta dell'assegno sociale.

La violazione del diritto dell'Unione

Benché non vi fosse specifica censura relativa alla violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in riferimento al diritto dell'Unione europea, la Corte si spinge ad escludere che la norma sia in contrasto con l'art. 12 della dir. 2011/98/UE del Parlamento e del Consiglio, del 13.12.2011, che sancisce il principio di parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale, come definiti nel reg. 883/2004/CE, in favore degli stranieri titolari del permesso di soggiorno unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro. Secondo la sentenza, infatti, non viene «qui in

13. Merita ancora una lettura il dialogo tra Wilhelm Voigt e l'ufficiale di polizia prussiano cui Voigt aveva richiesto il rilascio di documenti, come ricostruito nell'opera satirica di C. Zuckmayer, *Der Hauptmann von Köpenick*, 1931, atto primo, scena seconda.

14. Si veda la sent. n. 306 del 2008, che dichiara illegittimo l'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000 con riguardo alla indennità di accompagnamento, ritenendo manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita, «al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito» e, soprattutto, la successiva sent. n. 11 del 2009, relativa alla pensione di inabilità per invalidi civili, in cui la Corte osserva che «la subordinazione dell'attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio». Su questo *killing loop* si sofferma anche B. Pezzini, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale*, Cagliari, 16-17.10.2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 198 ss.

considerazione la posizione di lavoratori». La motivazione su questo punto – lo si nota fin d'ora – è laconica ed assertiva, tanto più se confrontata con gli articolati rilievi contenuti nella ordinanza n. 52 del 2019[15].

Il principio di parità di trattamento tra cittadini e stranieri di fonte internazionale

Infine, con riguardo alla violazione degli imperativi di parità di trattamento tra cittadini e stranieri derivanti dal diritto internazionale e in particolare dall'art. 14 della CEDU, la sentenza nega che sia pertinente la giurisprudenza costituzionale che in passato ha valorizzato tale principio.

Secondo la sentenza, infatti, le differenziazioni fondate sulla cittadinanza sono state ritenute incostituzionali per contrasto con il divieto di discriminazione solo con riferimento a prestazioni destinate al soddisfacimento di bisogni primari e volte alla garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto o comunque destinate alla tutela della salute e al sostentamento connesso all'invalidità. Per la Corte, invece, l'assegno sociale non è equiparabile a tali prestazioni.

3. L'ordinanza n. 52 del 2019 e l'applicazione diretta del principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva 2011/98/UE

L'ordinanza n. 52 del 2019, invece, dichiara manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal giudice del lavoro di Torino sulle norme che esigono la cittadinanza italiana o dell'Unione, oppure la titolarità della carta di soggiorno, quale condizione per il riconoscimento dell'assegno di maternità di base, ai sensi dell'art. 74, co. 1, del d.lgs. n. 151/2001, e dell'assegno per nuclei familiari con almeno tre figli minori, disciplinato dall'art. 65, co. 1, della l. n. 448/1998, nel testo oggi vigente.

La Corte, nell'adottare una pronuncia in rito, rileva che nel giudizio principale la pretesa alle predette prestazioni sociali fosse stata azionata da una straniera in possesso di un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, e censura il fatto che il giudice *a quo* abbia completamente ignorato la dir. 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011. Come si è ricordato sopra, tale direttiva garantisce, all'art. 12, il principio di parità di trattamento con i cittadini per quanto concerne il settore della sicurezza sociale, come definiti dal reg. 883/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2004, regolamento che comprende espressamente le prestazioni di maternità e le prestazioni

15. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo, peraltro, aveva escluso, in punto di rilevanza, che il ricorrente del giudizio *a quo* potesse invocare l'art. 12 della direttiva. L'atto di promovimento, infatti, segnala che il ricorrente era in possesso di un permesso di soggiorno per motivi familiari, che gli avrebbe consentito di lavorare e che quindi rientra astrattamente nel campo di applicazione della dir. 2011/98/UE, ma ritiene che lo straniero non potesse in concreto essere qualificato come un lavoratore e beneficiare quindi della tutela della direttiva in parola, non essendovi «ragione di valorizzare una situazione di potenzialità, che è contraddetta, a posteriori, dal fatto positivo che lo stesso, nel ventennio circa in cui ha stabilmente soggiornato in Italia, non ha mai lavorato».

familiari, ai sensi dell'art. 3, § 1, lett. b) e j). L'art. 3, § 1, lett. b), della direttiva in esame prevede poi che essa si applichi anche ai cittadini di Paesi terzi che sono ammessi in uno Stato membro a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno ai sensi del reg. 1030/2002/CE, e dunque anche agli stranieri titolari – come la parte privata del giudizio *a quo* – di un permesso di soggiorno per motivi di famiglia.

L'ordinanza sottolinea poi che il giudice rimettente ha ignorato «la copiosa giurisprudenza di merito espressasi in materia e, soprattutto, ... le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, più volte intervenuta sulla portata del principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della citata direttiva 2011/98/UE».

Ora, poiché la giurisprudenza di merito aveva ritenuto – sia con riferimento all'assegno di maternità[16], sia con riferimento all'assegno per le famiglie numerose[17] – che le norme interne sul requisito della carta di soggiorno potessero essere disapplicate, con il conseguente riconoscimento del diritto in favore dello straniero in possesso di permesso di soggiorno unico, il giudice *a quo* avrebbe potuto procedere analogamente; tanto più che proprio sulla questione dell'assegno per famiglie numerose era già intervenuta la stessa Corte di giustizia (con decisione che la ordinanza n. 52 del 2019 non menziona), investita in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione dalla Corte d'appello di Genova[18]. La CGUE, con la sent. 21.6.2017, nella causa C-449/16, *Martinez Silva*, aveva infatti dichiarato che l'assegno per i nuclei familiari numerosi «costituisce una prestazione di sicurezza sociale, rientrante nelle prestazioni familiari di cui all'art. 3, par. 1, lett. j), del regolamento n. 883/2004», con la conseguenza, che il cittadino di un Paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi dell'art. 2, lett. c), della dir. 2011/98, non può essere escluso dal beneficio.

Sicché, a fronte di questo dato normativo oramai definitivamente chiarito, l'effetto della ordinanza n. 52 del 2019 è quello di confermare che l'ordinamento già riconosce questo diritto anche allo straniero munito di permesso di soggiorno che consente di esercitare l'attività lavorativa.

---

16. Si vedano, a titolo di esempio, le sentt. della Corte app. Firenze 28.9.2017, n. 931 e 2.10.2017, n. 914, che disapplicano la norma interna per contrasto con il diritto europeo autoapplicativo, individuato nel principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché nel principio di parità di trattamento sancito dall'art. 12 della dir. 2011/98/UE; la sent. della Corte app. Venezia del 10.10.2017, n. 659, che riconosce, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, il diritto dello straniero munito di permesso di soggiorno unico allo stesso trattamento previsto per i cittadini italiani nei settori della sicurezza sociale come definiti dal reg. 883/2004/CE; la sent. della Corte app. Milano del 28.7.2017, n. 1403; la sent. della Corte app. Brescia del 26.2.2019.

17. Sempre a titolo di esempio, Corte app. Genova, sent. 21.11.2017, n. 498.

18. Il rinvio è stato disposto nell'ambito del procedimento poi definito con la sentenza citata alla nota precedente.

4. Qualche considerazione a margine dell'ordinanza n. 52 del 2019

Quali indicazioni è possibile trarre da queste due decisioni, singolarmente prese e considerate congiuntamente?

Conviene iniziare dal "pezzo facile", vale a dire dalla ordinanza n. 52 del 2019.

Essa è coperta da un precedente specifico, l'ordinanza n. 95 del 2017, che aveva già dichiarato manifestamente inammissibili, sempre per omessa considerazione del diritto europeo autoapplicativo, analoghe questioni sempre relative al requisito della carta di soggiorno richiesto dall'art. 74, co. 1, del d.lgs. n. 151/2001 per l'erogazione dell'assegno di maternità di base[19]. Anche in quella occasione la Corte aveva censurato la circostanza che i giudici rimettenti non avessero preso in considerazione i principi di parità di trattamento sanciti dal d.lgs. 19.11.2007, n. 251, in attuazione della dir. 2004/83/CE, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta dall'art. 12 della dir. 2011/98/UE del 13.12.2011, visto che le questioni riguardavano soggetti titolari di permesso di soggiorno per protezione umanitaria o per motivi di famiglia[20].

Per questa ragione il passo di lato fatto dalla Corte con l'ordinanza n. 52 del 2019, che lascia spazio all'applicazione diretta del diritto europeo da parte dei giudici comuni, appare perfettamente in linea con il precedente.

Piuttosto, se si vuole cogliere un elemento di complicazione, questo va individuato nel rapporto con l'articolato *obiter dictum* in tema di "doppia pregiudizialità" contenuto nella sent. n. 269 del 2017, secondo il quale «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria», deve essere «sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità

19. Per quanto riguarda invece l'assegno per i nuclei familiari numerosi, egualmente oggetto della ord. n. 52 del 2019, vi è come precedente l'ord. n. 197 del 2013, che dichiara manifestamente inammissibile, per carenze dell'atto di promovimento, una questione sollevata dal Tribunale di Monza sull'art. 65, legge 23.12.1998, n. 448, nella parte in cui subordina la concessione del beneficio al requisito della cittadinanza italiana o comunitaria o, in subordine, nella parte in cui esclude dalla concessione del beneficio gli stranieri titolari di carta di soggiorno. Peraltro, anche l'ord. n. 197 del 2013 lasciava intendere la possibilità di applicazione diretta del diritto europeo, imputando al giudice *a quo* di aver chiesto alla Corte costituzionale un «avallo di tipo interpretativo in termini di possibile disapplicazione della norma censurata, in quanto contrastante con normativa comunitaria "autoapplicativa"».

20. Per un analitico commento alle questioni sollevate dal Tribunale di Bergamo, che ben evidenzia il contrasto tra la norma impugnata e il principio costituzionale di eguaglianza e con l'art. 14 della CEDU, oltre che con l'art. 12 della dir. 2011/98/CE, anticipando anche il possibile problema di inammissibilità poi rilevato dalla Corte, si veda A. Pitino, *L'accesso delle donne straniere all'assegno di maternità di base ex art. 74 del d.lgs. n. 151/2001: impossibile differenziare (in base al titolo di soggiorno) senza discriminare*?, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2.2016.

del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». Stando a tale teorica, dunque, quando è in gioco la possibile violazione di diritti fondamentali la questione di costituzionalità viene prima di quella di compatibilità con il diritto europeo, anche se il contrasto è ravvisato rispetto a norme direttamente applicabili della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per quanto tale dottrina, per cui la prima parola spetta alla Corte costituzionale, sia stata precisata e relativizzata nella giurisprudenza costituzionale successiva (in particolare nella sent. n. 20 del 2019[21] e nella ordinanza n. 117 del 2019[22]) ed implicitamente disattesa anche dalla stessa ord. n. 52 del 2019[23], la sua enunciazione a partire dalla sent. n. 267 del 2017 ha indotto la Corte di cassazione a sollevare in una serie di ordinanze del 17.6.2019 l'incidente di costituzionalità in relazione alle previsioni contenute nell'art. 1, co. 125, della l. n. 190/2014, che riservano l'assegno di natalità – il c.d. *bonus bebè* – ai cittadini italiani ed europei e agli stranieri muniti di carta di soggiorno, là dove la disapplicazione era possibile e, secondo il diritto dell'Unione europea, anche doverosa[24].

La Cassazione, infatti, ha ritenuto tali previsioni sospette di incostituzionalità sia in riferimento a parametri costituzionali, quali l'art. 3, co. 1, Cost., per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza, e l'art. 31 Cost., che impegna la Repubblica ad agevolare con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose, sia in relazione alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interposte rispetto all'art. 117, co. 1, Cost.[25], ma ha giudicato necessario sottoporre prioritariamente il dubbio di

21. Tale sentenza sottolinea che, nella vicenda concreta, la Corte aveva la «prima parola» per una «volontà esplicita del giudice *a quo*» che le aveva sottoposto la questione anziché procedere al rinvio pregiudiziale alla CGUE, e riconosce che «i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», ragionando quindi «un concorso di rimedi giurisdizionali», che «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Si veda, in senso analogo, anche la successiva sent. n. 63 del 2019, la quale ribadisce che resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta».

22. L'ord. n. 117 del 2019 ribadisce che resta fermo il dovere dei giudici, ricorrendone i presupposti, «di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta».

23. Va evidenziato però che l'atto di rimessione non deduceva la violazione di diritti fondamentali di cui alla CDFUE.

24. In questo senso vedi Tribunale di Padova, sent. 21.2.2019, che pur dando atto dell'orientamento espresso nella sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale ritiene doveroso procedere alla disapplicazione dell'art. 1, co. 125, l. n. 190/2014, nella parte in cui limita la platea dei possibili percettori dell'assegno di natalità ai soli soggiornanti di lungo periodo, per contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12, § 1, dir. 2011/98/UE, che costituisce attuazione del generale principio di non discriminazione sancito anche dalla CDFUE, a sua volta suscettibile di applicazione diretta.

25. Le ordinanze della Cassazione evidenziano anche il contrasto con l'art. 12, dir. 2011/98/UE, ma deducono come parametri interposti soltanto gli artt. 20 (principio generale di eguaglianza), 21 (principio di non discriminazione, riferito

costituzionalità al giudice delle leggi, anziché procedere *incidenter tantum* alla disapplicazione: ciò anche in considerazione dei diversi effetti che la pronuncia del giudice costituzionale può avere, tanto con riferimento all'estensione *erga omnes* dell'annullamento, quanto alla ricostruzione del tessuto normativo tramite interventi additivi[26].

La parola torna dunque alla Corte costituzionale, che pure aveva cercato di lasciarla ai giudici di merito con le ordinanze n. 95 del 2017 e n. 52 del 2019.

5. ... e qualche osservazione critica sulla sentenza n. 50 del 2019

Proprio la correttezza della soluzione adottata nella ord. n. 52 del 2019, anche rispetto a quanto richiesto dal diritto dell'Unione, rende meno comprensibili taluni dei rilievi contenuti nella sent. n. 50 del 2019, a partire dalle considerazioni svolte in punto di non contrarietà della disciplina interna in materia di assegno sociale alla dir. 2011/98/UE.

In verità, stante il riparto di competenza tra Corte costituzionale e giudici comuni, una volta che il giudice *a quo* aveva espressamente ritenuto non applicabile al caso di specie la disciplina di cui alla dir. 2011/98/UE, sia pure con la discutibile motivazione che lo straniero «non avendo mai lavorato» non poteva beneficiare in concreto della protezione offerta dal diritto europeo[27], poteva essere difficile, per la Corte costituzionale, dichiarare l'irrilevanza della questione, sul presupposto che la direttiva fosse invece invocabile nel caso di specie, perché tale affermazione avrebbe portato il giudice costituzionale a decidere la causa di merito al posto del giudice comune.

Tuttavia, considerato che la valutazione compiuta dal giudice rimettente si fondava su una cognizione concreta, appare del tutto singolare il suo utilizzo da parte della Corte costituzionale per escludere, sul piano generale del rapporto tra norme, il contrasto tra l'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000, nella parte in cui si riferisce all'assegno sociale, e l'art. 12 della dir. 2001/98/UE.

---

anche alla nazionalità), 23 (parità tra donne e uomini), 33 (protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale) e 34 (diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali). La violazione della direttiva, infatti, avrebbe indirizzato la decisione verso la disapplicazione della norma interna, stante il carattere autoapplicativo del principio di parità di trattamento, per quanto nella sent. n. 20 del 2019 la Corte abbia precisato che la «priorità costituzionale», in caso di doppia pregiudizialità, può ricorrere anche quando sia dedotto il contrasto con direttive che si pongono in stretta connessione con le disposizioni della CDFUE.

26. Le ordinanze di rimessione della Cassazione individuano come soluzione costituzionalmente obbligata – come «unico criterio selettivo giustificato e ragionevole» per l'individuazione dei beneficiari della prestazione diversi dai cittadini italiano od europei – il possesso della carta di soggiorno o del permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, previsto dall'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998.

27. Tale motivazione è discutibile perché la direttiva si applica, in base ai suoi stessi disposti, agli stranieri titolari di permesso di soggiorno, come il permesso di soggiorno per motivi di famiglia, che consente lo svolgimento di attività lavorativa, sicché non sembra esserci spazio per valutazione relativa alle pregresse scelte di vita del richiedente l'assegno.

Il problema, in altri termini, rimane quindi il seguente: lo straniero titolare di permesso di soggiorno unico per motivi di lavoro, residente in Italia da dieci anni, ha diritto all'assegno sociale in applicazione della dir. 2011/98/UE?

Tale domanda rimane inevasa, perché nella sent. n. 50 del 2019 essa è elusa, ed è dunque verosimile che la risposta a questo interrogativo verrà data dai giudici comuni o dalla Corte di giustizia.

Dove invece la sent. n. 50 del 2019 dà delle risposte, queste appaiono un deciso passo indietro rispetto ad un indirizzo monolitico[28] che aveva progressivamente smontato, con una lunga serie di sentenze, l'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000, nella parte in cui esige i requisiti di reddito – e anche temporali, almeno con riferimento alle prestazioni dirette ad ovviare ad un urgente stato di bisogno – presupposti nella titolarità della carta di soggiorno[29].

Non a caso, l'ultima decisione di questo filone, la sent. n. 230 del 2015, proprio in considerazione dell'alto numero di sentenze di annullamento pronunciate sulla disposizione

28. Per C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC,* 1.2018, p. 10, che appunto parla di «monoliticità» di questa giurisprudenza della Corte costituzionale.

29. Vedi la sent. n. 306 del 2008, che dichiara incostituzionale la disposizione nella parte in cui escludeva che l'indennità di accompagnamento per inabilità, di cui all'art. 1, legge 11.2.1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili), potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché non in possesso dei requisiti di reddito, compresa la disponibilità di un alloggio, richiesti per ottenere la carta di soggiorno; la sent. n. 11 del 2009, relativa alla pensione di inabilità a favore dei mutilati ed invalidi civili, di cui all'art. 12, legge 30.3.1971, n. 118, di conversione del d.l. 30.1.1971, n. 5, che dichiara incostituzionale perché irragionevole, il requisito di reddito minimo; la sent. n. 187 del 2010, relativa all'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13, l. n. 118/1971, che dichiara illegittima la norma sul rilievo che tale provvidenza era destinata a far fronte al sostentamento della persona e quindi «qualsiasi discrimine tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»; la sent. 329 del 2011, relativa all'indennità di frequenza per i minori invalidi prevista all'art. 1, legge 11.10.1990, n. 289; la sent. n. 40 del 2013, che ritorna sulle limitazioni alla indennità di accompagnamento di cui all'art. 1, legge 11.2.1980, n. 18 e alla pensione di inabilità di cui all'art. 12, legge 30.3.1971, n. 118, ed estende la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000 – già pronunciata con riferimento ai presupposti di reddito necessari per ottenere la carta di soggiorno – al requisito di titolarità della carta di soggiorno, osservando che la previsione di un regime restrittivo (*ratione temporis*, così come *ratione census*) nei confronti di cittadini extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile ed in modo non episodico, non si giustifica a fronte degli interessi (salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto a condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza per le famiglie) alla cui salvaguardia sono funzionali i benefici in esame; la sent. n. 22 del 2015, con riguardo alla pensione di invalidità prevista dall'art. 8, legge 10.2.1962, n. 66 per i ciechi assoluti e alla speciale indennità in favore dei ciechi parziali, di cui all'art. 3, co. 1, l. 21.11.1988, n. 508, sempre con considerazioni attinenti al carattere discriminatorio della condizione ostativa rappresentata dal possesso della carta di soggiorno e alla incompatibilità dei requisiti di carattere temporale con l'indifferibilità e la pregnanza dei bisogni (relativi alle condizioni minime di vita e di salute) alla cui soddisfazioni la provvidenza è funzionale; da ultimo, la sent. n. 230 del 2015, dichiarativa della incostituzionalità della disposizione, nella parte in cui richiede la titolarità della carta di soggiorno il riconoscimento come requisito per la concessione della pensione di invalidità riconosciuta a sordi e della indennità di comunicazione. Per un'analisi di questo filone si veda A. Ciervo, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Federalismi*, www.federalismi.it (3 aprile 2015).

si concludeva con un invito al legislatore a provvedere «ad una organica ricognizione e revisione della disciplina, ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale»[30].

A fronte di questi precedenti e del monito formulato «da ultimo, ma non per ultimo», come puntualizza la sent. n. 230 del 2015, ci si poteva attendere che la questione di costituzionalità sollevata sull'art. 80, co. 19, della l. n. 388/2000 in riferimento all'assegno sociale fosse destinata ad essere accolta, per quanto la Corte avesse dimostrato, in relazione a questa specifica provvidenza, una certa riluttanza ad entrare nel merito, visto che le censure sollevate sulla disposizione, in riferimento all'assegno sociale, erano sempre state dichiarate rigettate per motivi in rito[31]. Nelle decisioni processuali, peraltro, la Corte non aveva mancato di sottolineare il carattere «del tutto singolare» di questa «materia», in ragione del fatto che tale prestazione è soggetta al requisito del soggiorno continuativo e legale in Italia per almeno dieci anni, secondo quanto previsto dall'art. 20, co. 10, del d.l. n. 112/2008, e dunque ad un limite temporale più ampio di quello previsto per la concessione della carta di soggiorno (su cui si era appuntata la censura del giudice *a quo*), requisito che vale per anche per i cittadini dei Paesi UE e per gli stessi cittadini italiani[32].

In relazione a tale requisito temporale, peraltro, la Corte ha voluto sottolineare che la previsione di tale limite di stabile permanenza sul territorio nazionale «appare adottata, piuttosto che sulla base di una scelta di tipo meramente "restrittivo", sul presupposto, per tutti "gli aventi diritto", di un livello di radicamento più intenso e continuo rispetto alla mera presenza legale nel territorio dello Stato» e che la durata è calibrata «in esatta corrispondenza alla previsione del termine legale di soggiorno richiesto per il conseguimento della cittadinanza italiana, a norma dell'art. 9, co. 1, lett. f), della l. 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza)»[33].

---

30. Sent. n. 230 del 2015. Già in precedenza, peraltro, respingendo un ricorso del Governo contro una norma della Regione Campania la quale aveva previsto che le persone straniere regolarmente soggiornanti in Campania «sono equiparate ai cittadini italiani ai fini delle fruizioni delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, che sono erogate dalla regione», la Corte aveva ricordato le proprie decisioni di accoglimento sull'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000, ed aveva osservato che «rispetto a tali pronunce incidenti sulla individuazione delle condizioni per la fruizione delle prestazioni, la asserita necessità di uno specifico titolo di soggiorno per fruire dei servizi sociali rappresenta una condizione restrittiva che, in tutta evidenza, si porrebbe (dal punto di vista applicativo) in senso diametralmente opposto a quello indicato da questa Corte, i cui ripetuti interventi sono venuti ad assumere incidenza generale ed immanente nel sistema di attribuzione delle relative provvidenze». Su tale decisione si veda C. Corsi, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2012, p. 43 ss.

31. Se vedano le ordd. n. 197 del 2013 e 180 del 2016, e la sent. n. 22 del 2015.

32. Ord. n. 197 del 2013.

33. Così l'ord. n. 197 del 2013, testualmente ripresa dalla ord. n. 180 del 2016. Queste considerazioni avevano fatto presagire – a A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano: Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie*

Ora, proprio la circostanza che tale orizzonte temporale previsto dall'art. 20, co. 10, del d.l. n. 112/2008 – che peraltro pone di per sé problemi di compatibilità almeno con il diritto europeo, in quanto integra una tipica forma di discriminazione indiretta a carico degli altri cittadini dell'Unione, essendo un requisito più facilmente integrato per i cittadini italiani rispetto ai cittadini di altri Stati dell'Unione[34] – fosse stato implicitamente avallato dalla giurisprudenza costituzionale, faceva sì che le questioni di costituzionalità sulla titolarità della carta di soggiorno quale condizione di accesso all'assegno sociale arrivassero "depurate" dall'elemento temporale[35] e si presentassero quindi come un problema di discriminazione fondato sugli altri requisiti necessari per il rilascio di tale titolo di soggiorno, principalmente il reddito e la disponibilità di un alloggio idoneo, e quindi su condizioni personali e sociali[36].

Le motivazioni con cui la sent. n. 50 del 2019 esclude la violazione dell'art. 3, co. 1, Cost., non appaiono però convincenti.

Invero, le affermazioni generali relative alla portata del principio di eguaglianza nei confronti degli stranieri si pongono in continuità con la precedente giurisprudenza, sia con riferimento alla "vecchia formula", che estendeva l'imperativo di eguaglianza limitatamente al godimento dei diritti fondamentali dell'uomo, in ragione del collegamento dell'art. 3 Cost. con gli artt. 2 e 10, co. 2, Cost.[37], sia la "nuova formula", la quale richiede che i trattamenti

---

ed Unione europea, Torino, Giappichelli, 2018, p. 197 – che la Corte costituzionale stesse preparandosi a dichiarare non incostituzionale il requisito di residenza decennale. La decisione di rigetto della Corte, invece, ha avuto ad oggetto il requisito della carta di soggiorno. Peraltro, nella sent. n. 166 del 2018 il requisito di residenza decennale sul territorio dello Stato, richiesto in capo agli «immigrati» da altra norma dello stesso d.l. n. 112 del 2008 per la concessione dei contributi integrativi per le locazioni di cui all'art. 11, legge 9.12.1998, n. 431, è stata dichiarato incostituzionale anche in quanto attingeva «gli estremi dell'irrazionalità intrinseca», proprio perché tale termine «coincide con quello necessario e sufficiente a richiedere la cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. f), legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza)».

34. A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano*, cit., p. 197: v. anche M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, XIV edizione, Torino, Giappichelli, 2018, p. 589;. La questione è elusa nelle sentenze della Corte di cassazione 25.6.2019, nn. 16989 e 16990, benché fosse stata tematizzata nei ricorsi.

35. Per tale ragione, anche volendo individuare il criterio di ragionevolezza per l'accesso alle prestazioni sociali o assistenziali non dirette a far fronte a bisogni primari nel principio di derivazione europea di equiparazione tra cittadino e soggiornante di lungo periodo e nella necessaria residenza almeno quinquennale sul territorio dello stato, come suggerisce M. Belletti, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale*, cit., p. 1164 ss., nel caso dell'assegno sociale il necessario «radicamento territoriale» è comunque assicurato dalla norma che richiede un soggiorno sul territorio nazionale per un periodo doppio rispetto ai cinque anni necessari per la carta di soggiorno.

36. Tali condizioni, come è noto, sono indicate tra i sette elementi in relazione ai quali l'art. 3, co. 1, Cost., espressamente vieta di fare distinzioni. Sulla rilevanza di tali divieti si veda A. Ambrosi, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, a cura di D. Tega, Milano, Armando, 2011, p. 22 ss.

37. Si veda la sent. n. 120 del 1967, con l'affermazione per cui «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali».

differenziati per gli stranieri, anche al di là della sfera dei diritti fondamentali, rispondano comunque a criteri di ragionevolezza[38].

Senonché l'utilizzo di entrambe le formule da parte della sentenza appare problematico.

Anzitutto, pare difficile negare che l'assegno sociale configuri una prestazione oggetto di un diritto fondamentale, e precisamente dall'art. 38, co. 1, Cost.

L'assegno sociale, infatti, è prestazione assistenziale – come ha ricordato da ultimo la sent. n. 12 del 2019 della Corte costituzionale – «erogata agli ultrasessantacinquenni, istituita in attuazione dell'art. 38 Cost. per far fronte "al particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza, risultando altre prestazioni — assistenza sanitaria, indennità di accompagnamento — preordinate a soccorrere lo stato di bisogno derivante da grave invalidità o non autosufficienza, insorte in un momento nel quale non vi è più ragione per annettere significato alla riduzione della capacità lavorativa, elemento che, per contro, caratterizza le prestazioni assistenziali in favore dei soggetti infrasessantacinquenni" (sent. n. 400 del 1999)».

L'essenzialità di tale prestazione, che provvede ad uno stato di bisogno «necessariamente da emendare in adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale della collettività»[39], è confermata sul piano del diritto ordinario dal peculiare regime di incedibilità, insequestrabilità e impignorabilità della prestazione, prescritto dall'art. 3, co. 7, della l. n. 335/1995 con rinvio alle disposizioni in materia di pensione sociale, di cui alla l. n. 153/1969.

Per tale motivo la discriminazione a carico di una ampia categoria di stranieri appariva effettivamente incompatibile con il principio di eguale titolarità dei diritti fondamentali.

Ma anche qualificando l'assegno come un beneficio che si pone al di fuori dell'area dei diritti protetti dall'art. 2 Cost. e riconoscendo quindi una discrezionalità del legislatore nel graduare l'accesso dello straniero a tale prestazione, appare anzitutto criticabile l'utilizzo di uno standard di scrutinio blando (limitato alla manifesta irragionevolezza) quando vengono in gioco discipline restrittive, che gli esclusi – privi di rappresentanza politica – non hanno concorso ad approvare, e in relazione alle quali non può sussistere quella sorta di

38. Si veda, in particolare, la sent. n. 432 del 2015, che sottolinea la valenza generale del principio di eguaglianza-ragionevolezza, osservando – con riferimento alle esclusioni basate sulla cittadinanza – che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – de[vono] essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; 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». La sentenza è commentata da M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *le Regioni*, 2006, p. 526 ss., e da M. Gnes, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4681 ss.

39. Corte cost., ord. n. 143 del 2001.

presunzione di razionalità che assiste le norme riconducibili, sia pure mediatamente, al consenso di coloro che ne subiscono gli effetti[40].

Ora, guardando alla distinzione tra stranieri muniti di carta di soggiorno e stranieri dotati di ordinario permesso di soggiorno, difficilmente questa può giustificare, in termini di ragionevolezza, un regime differenziato quanto all'accesso all'assegno sociale.

Infatti, tale differenza, come si è ricordato sopra, in presenza di un autonomo e significativo requisito temporale espressamente prescritto per l'accesso alla prestazione, si traduce in un requisito di reddito minimo, di alloggio adeguato e di conoscenze linguistiche, che non può fondare, ai sensi dell'art. 3, co. 1, Cost., l'esclusione di un soggetto da una prestazione assistenziale, per definizione rivolta a persone in istato di bisogno.

La conversione di questi requisiti in una prova positiva di meritevolezza, secondo l'equazione proposta dalla Corte per sostenere la ragionevolezza della restrizione del beneficio ai soli titolari della carta di soggiorno, cade nella fallacia di ritenere *ex se* immeritevole di assistenza chi invece quei requisiti non abbia, non disponendo di reddito sufficiente, o di alloggio idoneo, o di una adeguata e dimostrabile conoscenza della lingua italiana, e dunque cade nella trappola di giudicare l'indigente colpevole della situazione in cui si trova. L'idea che lo straniero regolarmente soggiornante con permesso diverso dalla carta di soggiorno sia per ciò solo non meritevole di ricevere il sostegno della comunità è peraltro contraddittoria con la natura comunque "causale" del permesso di soggiorno, che è rilasciato e rinnovato soltanto in costanza di presupposti che dimostrano l'esistenza di una ragione (legislativamente apprezzata) per la presenza del non cittadino sul territorio dello Stato.

Inoltre, l'argomento della meritevolezza – che riecheggia nella sent. n. 50 del 2019, anche laddove l'assegno sociale è tenuto distinto dalle prestazioni quali la pensione di inabilità, l'assegno di invalidità, l'indennità per ciechi e per sordi e l'indennità di accompagnamento[41], concesse in presenza di particolari menomazioni dell'individuo – appare in ogni caso poco pertinente in riferimento ad una provvidenza che rimane comunque legata ad situazione di bisogno e di incapacità (sia pure in questo caso fisiologica, in quanto

40. La tensione derivante dalla dissociazione tra titolarità dei diritti sociali e titolarità dei diritti politici è tematizzata da A. Morelli, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 3.2018, p. 547, che osserva come «la predisposizione delle garanzie necessarie al pieno godimento dei diritti di una categoria sociale difficilmente risulterà soddisfacente per i diretti interessati se ad essa non avranno partecipato questi ultimi, anche tramite i loro rappresentanti». Proprio tale tensione suggerisce l'applicazione di uno scrutinio stretto di costituzionalità sulle norme discriminatorie nei confronti dei non cittadini, in quanto soggetti privi di diritti di partecipazione politica.

41. Tale distinzione appare forzante, se solo si pensa che la legislazione prevede la conversione delle prestazioni assistenziali previste per i casi di invalidità nell'assegno sociale, al compimento della età anagrafica: si vedano, a titolo di esempio, l'art. 10, legge 26.5.1970, n. 381, quanto all'assegno riconosciuto ai sordomuti, e l'art. 19, legge 30.3.1971, n. 118, quanto alle prestazioni erogate ai mutilati e invalidi civili.

connessa all'età, e non patologica) e che, soprattutto, non risponde ad una logica di carattere commutativo.

La distinzione tra stranieri titolari di carta di soggiorno e stranieri con ordinario permesso di soggiorno appare poi comunque fragile anche guardando allo *status* di cui godono le due categorie di cittadini.

La sent. n. 50 del 2019 si sofferma sui diritti aggiuntivi che sarebbero riconosciuti ai primi, quali il diritto in Italia senza visto, di svolgere sul territorio nazionale qualsiasi attività lavorativa autonoma e subordinata, di accedere ai servizi e alle prestazioni della pubblica amministrazione in materia sanitaria, scolastica, sociale e previdenziale, e di partecipare alla vita pubblica locale; ma è significativo che la massima parte di questi diritti spetta, in forza del Testo unico sull'immigrazione e della dir. 2011/98/UE, anche allo straniero che disponga di permesso di soggiorno unico[42].

In generale, occorre poi evitare il rischio che le previsioni protettive contenute nelle diverse direttive europee (si pensi appunto alla dir. 2011/98/UE, o alla dir. 2003/109/CE, relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, o alla dir. 2011/95/UE, relativa allo *status* di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale) o negli accordi internazionali (per esempio gli accordi euromediterranei) protettivi di determinate categorie di stranieri, che hanno frammentato la posizione del non cittadino in una pluralità di *status*[43], siano strumentalizzate per giustificare applicazioni limitative dei principi generali di non discriminazione o di parità di trattamento. Piuttosto, la presenza di forme speciali di protezione per determinate categorie di stranieri, anche con riferimento alle prestazioni sociali e assistenziali, concorre a dimostrare che la cittadinanza non è un requisito essenziale per il godimento di quelle prestazioni, e potrebbe costituire, piuttosto, un ulteriore motivo per evidenziare l'esistenza di una disparità di trattamento.

---

42. Tali stranieri possono – a titolo di esempio – «entrare e soggiornare nel territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso unico» (art. 11, lett. a), della direttiva); svolgere qualsiasi attività lavorativa non riservata ai cittadini, visto che ai sensi dell'art. 6, co. 1, del TU, «il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, lavoro autonomo e familiari può essere utilizzato anche per le altre attività consentite», accedere alle prestazioni sanitarie e scolastiche (artt. 34 e 38 del Testo unico); partecipare alla vita pubblica locale, come previsto dall'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 286/1998 per tutti gli stranieri regolarmente soggiornante. Quanto alla assistenza sociale, si è già ricordato che l'art. 41 del Testo unico equiparava sia gli stranieri titolari di carta di soggiorno, sia quelli titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, e che la limitazione generale di tale equiparazione ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno è stata operata dall'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000, quindi proprio dalla norma oggetto di censura, che non può dunque essere invocata a giustificazione di se stessa.

43. M.D. Ferrara, *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2.2017, p. 271. Di «frammentazione orizzontale» dello *status* di straniero ha parlato F. Biondi dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 217 ss.

Anche per queste ragioni il paradigma sul quale calibrare lo scrutinio di ragionevolezza delle discipline sull'accesso alle prestazioni sociale – come ha affermato la Corte costituzionale nella sent. n. 432 del 2005 e come propone la Cassazione nelle ordinanze di rimessione relative all'assegno di maternità – rimane il principio generale di equiparazione tra cittadini e stranieri dotati di permesso di soggiorno "lungo" (di durata superiore ad un anno) sancito dall'art. 41 del TU, che è indice di una presenza «non episodica od occasionale» dello straniero sul territorio.

Un cenno critico merita ancora l'argomento con cui la sent. n. 50 del 2019 ha respinto la censura di irragionevolezza intrinseca, riferendo il requisito di reddito al momento del rilascio della carta di soggiorno, anteriore rispetto a quello di richiesta dell'assegno sociale.

Se è vero, infatti, che la carta di soggiorno è un titolo di soggiorno permanente e che il venire meno dei requisiti dei redditi non ne comporta la revoca in occasione dell'aggiornamento periodico del documento[44], questa circostanza non toglie che nella generalità dei casi sia illogico subordinare il godimento di una prestazione assistenziale al peggioramento di una condizione economica, negandolo a coloro che erano o sono rimasti indigenti. Di nuovo, ritorna implicitamente l'argomento della meritevolezza.

Infine, problematica, tanto più nella sua assertiva laconicità, è l'affermazione secondo cui l'art. 38, co. 1, Cost., riserva l'assistenza sociale ai cittadini.

Non è chiaro, invero, il ruolo occupato da tale passaggio nell'apparato motivazionale della sent. n. 50 del 2019, posto che esso è confinato tra due parentesi e non è ripreso negli sviluppi della decisione; neppure è chiaro se l'affermazione vada intesa in senso impegnativo e se invece essa si limiti a ricordare il tenore testuale della disposizione costituzionale.

Tuttavia, proprio in considerazione di un dato letterale del quale è stata evidenziata (anche alla luce di non concludenti lavori preparatori) l'ambiguità, giacché il termine cittadini parrebbe essere stato utilizzato non in senso tecnico bensì come nozione più comprensiva rispetto a quello di lavoratori, che nel secondo comma dello stesso art. 38 Cost. individua i destinatari della assistenza sociale[45], ci si poteva attendere, da parte del giudice costituzionale, una maggior cautela nella formulazione di affermazioni potenzialmente strumentalizzabili nella esegesi della disposizione costituzionale.

---

44. La giurisprudenza amministrativa ha censurato questa prassi: si vedano le decisioni del Consiglio di Stato, sent. n. 587 del 2015, del Cons. giust. amm. reg. Sic., sent. 27.12.2016, n. 486, del Tar Lombardia – Milano, 14.1.2016, n. 115.

45. Sul punto si veda C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 266, che esclude la possibilità di interpretare la lettera dell'art. 38,co. 1, Cost., come diretta ad escludere gli stranieri dal godimento del diritto all'assistenza sociale. Di «irrilevanza del dato testuale contenuto nella disposizione» ha parlato F. Biondi dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., p. 140, osservando che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che gli stranieri non possono essere esclusi dalle prestazioni assistenziali. In senso analogo anche C. Tripodina, *Art. 38*, in S. Bartole, R, Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 372.

Se con riferimento all'assegno sociale il superamento delle restrizioni oggi previste difficilmente passerà per un *revirement* della giurisprudenza costituzionale, è importante che l'impostazione della sent. n. 50 del 2019 rimanga confinata a quella specifica prestazione assistenziale e che i successivi interventi della Corte costituzionale, a partire da quello richiesto dalla Corte di cassazione in materia di assegno di natalità, riprendano il filo della giurisprudenza consolidata, che appare maggiormente coerente sia con i principi fondamentali sanciti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, sia con i singoli criteri di giustizia codificati nella parte dedicata ai rapporti etico-sociali, prima ancora che con il diritto europeo.

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI, FEDERICO FERRI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani[1]

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Il caso *S.S. e B.Z. c. Russia* (Corde Edu, sentenza dell'11.06.2019) riguarda la decisione delle autorità russe di allontanare un cittadino del Tagikistan e un cittadino dell'Uzbekistan, i quali erano stati condannati *in absentia* nei loro Paesi di origine per motivi politici e religiosi, nonostante fossero state informate del rischio di esporli a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu, relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

In linea con la giurisprudenza precedente (in relazione a rinvii in Tagikistan, cfr. Corte Edu, 7.11.2017, *K.I. c. Russia*, in questa *Rivista*, XX, n. 1, 2018, e in Uzbekistan, cfr. Corte Edu, 7.11.2017, *T.M. e altri c. Russia*, *ivi*), la Corte ricorda come i ricorrenti siano parte di gruppi vulnerabili rispetto ai quali sussiste il rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Pertanto, tenendo conto che le autorità russe conoscevano l'esistenza di tale rischio e che le fonti disponibili in materia, come i più recenti report di Human Rights Watch e Amnesty International, menzionano solo piccoli miglioramenti rispetto al trattamento di persone condannate per motivi politici o religiosi, la Corte Edu conclude per una violazione dell'art. 3 nel caso del sig. S.S., in quanto già allontanato, e di un'eventuale violazione dello stesso art. 3 nel caso del sig. B.Z., qualora le autorità russe dessero esecuzione al relativo ordine di allontanamento. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 3 Cedu per le precarie condizioni di trattenimento riservate al sig. S.S. prima del suo allontanamento e dell'art. 5, para. 4, in relazione a entrambi i ricorrenti per non aver avuto a disposizione un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui lamentare la legittimità dei trattenimenti subiti. Infine, in merito al caso del sig S.S., la Corte Edu ritiene che la Russia sia anche venuta meno al rispetto degli obblighi previsti dall'art. 34 Cedu per aver rinviato il ricorrente in Tagikistan nonostante la richiesta di sospendere l'esecuzione dell'allontanamento comunicatale dalla Corte ai sensi dell'art. 39 del suo regolamento interno.

Anche il caso *O.O. c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 21.5.2019) riguarda un cittadino dell'Uzbekistan, il quale era stato incriminato per la presunta appartenenza a un movimento fondamentalista religioso, che veniva allontanato dopo aver visto rigettata la sua domanda di asilo. Nonostante fossero a conoscenza della situazione specifica del ricorrente e della sua appartenenza a un gruppo minoritario ritenuto vulnerabile, per la Corte Edu le autorità russe non hanno adeguatamente valutato i rischi, tuttora attuali, cui sarebbe stato esposto il sig. O.O. Pertanto, anche nel suo caso, vi è stata una violazione dell'art. 3 Cedu. Inoltre, avendo

dato seguito al suo allontanamento nonostante le misure provvisorie comunicate dalla Corte Edu, la Russia ha anche violato gli obblighi previsti dall'art. 34 Cedu.
Nel caso *Kislov c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 9.07.2019) un cittadino bielorusso lamenta l'eventuale violazione degli artt. 3 e 6 Cedu in caso di allontanamento nel suo Paese di origine, dove era stato condannato per corruzione. A suo avviso, l'intero processo nei suoi confronti era stato pilotato come rappresaglia per aver denunciato presunti reati commessi da alcune autorità pubbliche. Prima della fine di quel processo, il ricorrente fuggiva in Russia ove soggiornava in modo irregolare fino al suo arresto. Poco dopo, le autorità russe accoglievano la richiesta di estradizione presentata dalla Bielorussia. Concentrando il suo esame sull'eventuale violazione dell'art. 3 Cedu, la Corte Edu considera vari profili. Innanzitutto, essa accerta come il ricorrente non faccia parte di qualche gruppo minoritario rispetto al quale, secondo le fonti disponibili sulla situazione dei diritti umani in Bielorussia, esista un rischio effettivo di subire trattamenti vietati dalla Cedu. A suo avviso, sulla base delle stesse fonti non si può affermare che esista tantomeno un rischio generale rispetto al trattamento dei detenuti in Bielorussia, per cui anche se detenuto in Bielorussia il ricorrente non sarebbe sottoposto ad abusi o violenze tali da rientrare tra quelli proibiti dall'art. 3 Cedu. Tale rischio non emerge nemmno rispetto alle sue circostanze personali, dal momento che la pena da scontare nel suo Paese d'origine non è particolarmente grave. Pertanto, dato che l'allontanamento del sig. Kislov non darebbe luogo a una violazione dell'art. 3, la Corte Edu rigetta questa parte del ricorso come manifestamente infondata. La stessa conclusione si impone anche rispetto all'eventuale violazione dell'art. 6 Cedu. Nonostante le carenze del sistema giudiziario comunque rilevabili in Bielorussia, secondo la Corte l'estradizione del ricorrente non si basa su un procedimento giudiziario che ha dato luogo a una violazione così grave dei principi dell'equo processo tale da annullare totalmente il godimento delle garanzie previste da questa parte della Convenzione, Invece, tenendo conto delle carenze generali dell'ordinamento russo, il trattenimento del sig. Kislov ha dato luogo a una violazione dell'art. 5, para. 1, 4 e 5, alla luce della mancata convalida dell'arresto da parte di un giudice, dell'impossibilità per le corti interne di ordinarne il rilascio e per l'impossibilità del ricorrente di ottenere un risarcimento per la detenzione illegittimamente subita.
Con il caso *SH.D. e altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia* (Corte Edu, sentenza del 13.06.2019), la Corte torna a pronunciarsi sul trattamento riservato a cinque minori non accompagnati in vista del loro allontanamento ritenendo ammissibili solo la parte dei ricorsi presentati contro la Grecia (cfr. Corte Edu, 28.02.2019, *Khan c. Francia*, in questa *Rivista,* XXI, 2, 2019; Ead., 24.05.2018, *N.T.P. e altri c. Francia*, in questa *Rivista,* XX, 3, 2018; Ead., 5.04.2011, *Rahimi c. Grecia*). Fuggiti tutti dall'Afghanistan per le violenze subite in ragione della loro appartenenza etnica, dopo il loro ingresso irregolare in Grecia non venivano collocati in strutture per minori non accompagnati. Al contrario, se il primo, il secondo e il quarto ricorrente venivano posti sotto "*garde protectrice*" rispettivamente nei locali di polizia di Polykastro, di Igoumenitsa e Filiata,

e di Aghios Stefanos e della direzione generale dell'Attica, tutti i ricorrenti tranne il primo erano costretti a rifugiarsi in varie sistemazioni di fortuna in condizioni particolamente precarie, come nel campo di Idomeni. Richiamando la sua giurisprudenza consolidata in materia (oltre i casi sopra citati, anche Corte Edu, 21.06.2018, *S.Z. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XX, 3, 2018), la Corte Edu ricorda come, al di là delle condizioni materiali, i locali di polizia non siano adatti al trattenimento di persone se non per brevi periodi e, in ogni caso, tenendo conto della loro situazione specifica. Evidenziando le gravi carenze materiali, tanto da risultare anche in un tentativo di suicidio del secondo ricorrente, nonchè l'impossibilità di giustificare la permanenza nei vari locali di polizia per ragioni di tutela del minore, la Corte Edu ha ritenuto che il trattenimento subito dal primo, secondo e quarto ricorrente nelle strutture menzionate ammonta a un trattamento degradante in violazione dell'art. 3 Cedu. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 5, para. 1, perchè il loro trattenimento nei vari locali di polizia non può ritenersi regolare ai sensi della Cedu essendo stato deciso automaticamente e senza cercare soluzioni di accoglienza alternative. Quanto invece alle conseguenze della mancata presa in carico di tutti i ricorrenti, tranne il primo, e in particolare alla grave condizione di precarietà in cui questi erano stati esposti nel campo di fortuna di Idomeni, la Corte Edu nota come le autorità grece avessero avuto la possibilità già al momento del loro arrivo in Grecia di informare le istituzioni competenti ad adottare misure di tutela specifiche. Pertanto, non avendo fatto tutto quanto in loro potere per rispondere alla particolare condizione di vulnerabilità di minori non accompagnati, vi è stata anche sotto questo profilo una violazione dell'art. 3 Cedu.

Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato

Con il caso *T.I. e altri c. Grecia* (Corte Edu, sentenza del 18.07.2019) la Corte si pronuncia nuovamente in materia di tratta di essere umani al fine di sfruttamento sessuale (cfr. Corte Edu, 21.01.2016, *L.E. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017; Ead., 7.01.2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*) in relazione al ricorso di tre cittadine russe che nel 2003, dopo aver ottenuto un visto per lavoro, venivano condotte in Grecia e avviate alla prostituzione. Pochi mesi dopo, tutte le ricorrenti venivano riconosciute vittime di traffico di esseri umani dalle autorità greche, le quali avviavano contestualmente indagini sia per tratta di essere umani sia relativamente alle circostanze di rilascio dei loro visti. Proprio per le presunte lacune nella conduzione di queste indagini e rispetto alle misure adottate nei loro confronti, le ricorrenti lamentavano varie violazioni della Cedu. Concentrando l'esame del caso sulla presunta violazione dell'art. 4, la Corte Edu ricorda come il divieto di schiavitù trovi applicazione anche rispetto al fenomeno della tratta quale grave attentato alla dignità umana e alle libertà fondamentali. Data l'importanza che riveste nel quadro convenzionale, l'art. 4 Cedu impone agli Stati una serie di obblighi positivi segnatamente al fine di tutelare le vittime e di prevenire e reprimere il fenomeno anche attraverso l'introduzione di disposizioni nell'ordinamento interno che possano efficacemente assicurare alla giustizia i responsabili. In

merito alle circostanze delle ricorrenti, la Corte nota come, a partire dal 15 ottobre 2002, la Grecia si sia dotata di un quadro giuridico solido che penalizza la tratta al fine di sfruttamento sessuale secondo la definizione datane dal Protocollo di Palermo e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di essere umani. Inoltre, il suo ordinamento tutela concretamente le vittime prevendendo, tra l'altro, anche l'eventuale sospensione dell'allontanamento per coloro che soggiornano in modo irregolare nel suo territorio. Tuttavia, parte delle procedure avviate per tutelare le ricorrenti erano state avviate in applicazione del quadro legislativo precedente al 2002, il quale risultava non adeguato rispetto alle esigenze dell'art. 4 Cedu. Inoltre, se è vero che le autorità competenti abbiano garantito in tempi brevi una protezione alle ricorrenti (ad es. la sospensione dell'ordine di allontanamento delle prime due ricorrenti e un permesso di soggiorno e un alloggio alla terza ricorrente), non si può affermare che le indagini e i successivi procedimenti per rintracciare e punire i responsabili siano stati altrettanto efficaci, seppur prontamente avviati. A tal proposito, la Corte nota come, oltre alle carenze in materia di prove, questi procedimenti si siano protatti da 8 a 9 anni rispetto a tutte le ricorrenti, venendo così meno all'obbligo di celerità e diligenza che la Cedu impone per combattere efficacemente il fenomeno della tratta. Egualmente inefficaci risultavano anche i procedimenti avviati rispetto al rilascio dei visti volti a facilitare la tratta al fine di sfruttamento sessuale, nonostante le denunce delle ricorrenti. Per queste ragioni, nel loro caso, vi è stata una violazione dell'art. 4 Cedu.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

Il caso *Al Husin c. Bosnia e Herzegovina (n. 2)* (Corte Edu, sentenza del 25.06.2019) riguarda un ricorrente siriano che aveva acquisito la cittadinanza della Bosnia e Herzegovina ma che gli veniva, in seguito, revocata per ragioni legate alla sua partecipazione alle ostilità risalenti agli inizi degli anni '90. Veniva quindi trattenuto in un centro per immigrati in ragione della sua pericolosità per la sicurezza nazionale a partire dal 2008. Rigettata la sua domanda di asilo, veniva infine trattenuto in vista del suo allontanamento a partire da febbraio 2011. In occasione di un precedente ricorso (Corte Edu, 7.02.2012, *Al Husin c. Bosnia e Herzegovina*), la Corte Edu aveva già stabilito che l'allontanamento in Siria lo avrebbe esposto a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Per quanto su tale base il suo trattenimento fosse stato rimesso in discussione dalle Corti interne, le autorità competenti in materia di immigrazione ne riordinavano l'allontanamento da eseguire, eventualmente, in uno Stato terzo ritenuto sicuro. Nel frattempo, il suo trattenimento, ritenuto comunque necessario per motivi di sicurezza nazionale, veniva rinnovato a intervalli regolari. Solo nel 2014, tuttavia, il sig. Al Husin riceveva informazioni dalla competente agenzia di sicurezza nazionale sulle accuse mosse nei suoi confronti. Nel febbraio 2016, per scadenza dei termini previsti dalla legge, il ricorrente veniva infine rilasciato. Data la lunga durata del suo trattenimento, egli lamentava una violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza. Prendendo in considerazione unicamente i periodi di privazione della libertà rispetto ai quali le Corti interne non avevano già accertato

una violazione dell'art. 5, para. 1, Cedu, e cioè dal 9 luglio 2012 al 21 marzo 2013 e dal 14 marzo 2014 al 17 febbraio 2016, e ritenendo il trattenimento conforme alla legge interna, la Corte Edu si sofferma sul comportamento delle autorità competenti. In particolare, a suo avviso occorre determinare se queste avessero o meno adottato tutte le misure utili per non prolungare la privazione della libertà del ricorrente oltre quanto necessario per dare esecuzione al suo allontanamento. A tal fine, la Corte nota come a partire da agosto 2014, quando era divenuto oramai evidente che il sig. Al Husin non poteva essere rinviato nè in Siria nè in oltre quaranta Paesi contattati a tal fine dalle autorità competenti, queste ultime avessero dovuto oramai considerare impossibile realizzare l'allontanamento e, di conseguenza, porre fine al rinnovo periodico del suo trattenimento. Pertanto, per il periodo che va da agosto 2014 fino alla sua liberazione, vi è stata una violazione dell'art. 5, para. 1, Cedu. Invece, proprio perchè il sig. Al Husin aveva avuto, seppur parzialmente, accesso a informazioni specifiche sulle ragioni alla base del suo trattenimento, con la conseguente facoltà di contestarle dinanzi un giudice interno, per la Corte Edu non vi è stata alcuna violazione dell'art. 5, para. 4.
La Corte Edu ha accertato una violazione dell'art. 5, para. 1, anche nel caso *Ozdil e altri c. Moldavia* (Corte Edu, sentenza del 11.06.2019) per il trattenimento subito da cinque cittadini turchi in seguito alle accuse mosse dalla Turchia di aver supportato il tentato colpo di Stato del luglio 2016. I ricorrenti venivano prelevati dalle loro case in Moldavia, privati della loro libertà e trasferiti alla Turchia nonostante i timori espressi sui rischi di subire maltrattamenti in caso di allontanamento. Nessuna notizia veniva peraltro comunicata alle rispettive famiglie per settimane. Viste tali condizioni, per la Corte Edu l'intera operazione è stata organizzata e condotta in modo da eludere tutte le garanzie previste dal diritto interno e internazionale, non essendo il trattenimento dei ricorrenti nè previsto dalla legge nè necessario rispetto a quanto previsto dall'art. 5 Cedu. Poichè l'arresto, il trattenimento e il successivo allontanamento avevano anche dato luogo a un'interferenza, non prevista dalla legge, nel godimento del diritto dei ricorrenti al rispetto per la loro vita privata e familiare, oramai stabilita da tempo in Moldavia, la Corte Edu ritiene che vi è stata anche una violazione dell'art. 8 Cedu.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Con il caso *Abokar c. Svezia* (Corte Edu, decisione del 14.05.2019), la Corte si pronuncia in merito alla presunta violazione dell'art. 8 Cedu subita dal sig. Abokar, cittadino somalo residente in Italia e sposato con una connazionale residente in Svezia, come conseguenza del mancato rilascio di un permesso di soggiorno che gli permettesse di vivere con la propria famiglia in Svezia. Secondo le autorità svedesi, il ricorrente non aveva provato in modo adeguato la sua identità tanto da far pendere il bilanciamento degli interessi in gioco a favore di quelli generali in materia di controllo dell'immigrazione. Dopo aver ricordato come la Cedu non garantisca alcun diritto di accesso e soggiorno in un Paese specifico, anche quando si tratta di casi di ricongiungimento familiare (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 3.10.2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, XVI, n. 2, 2015), la Corte si concentra sull'esame

dell'interferenza subita dal sig. Abokar rispetto ai parametri stabiliti dall'art. 8, para. 2. Verificato come il permesso di soggiorno fosse stato negato in conformità alle disposizioni interne e perseguisse obbiettivi legittimi, in termini di garanzia di politiche di controllo dell'immigrazione efficaci e di benessere economico del paese, la Corte non ritiene che l'intereferenza subita sia spoporzionata in quanto il ricorrente aveva creato i suoi legami familiari in un momento in cui non aveva certezze rispetto alla possibilità di soggiornare permanentemente in Svezia. Essa nota inoltre che, oltre ad aver violato le disposizioni interne in materia di immigrazione, il ricorrente aveva contratto il matrimonio religioso e, poi, civile solo dopo il rigetto delle due domande di asilo. Infine, non solo il ricorrente non aveva mai convissuto con sua moglie e i suoi figli al di fuori della Svezia ma, data la loro posizione regolare in Svezia e in Italia, entrambi i coniugi godono della libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea potendo facilmente soggiornare, seppur per periodi limitati, in entrambi i Paesi in modo reciproco e mantenere contatti anche attraverso mezzi telematici. Pertanto, per tutti questi motivi, il ricorso del sig. Abokar è stato ritenuto manifestamente infondato e, in quanto tale, dichiarato inammissibile.

Il caso *Aktaş e Aslaniskender c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 25.06.2019) riguarda, invece, due ricorrenti che avevano richiesto alle autorità turche di modificare il proprio cognome in modo che potesse rispecchiare la propria origine etnica o appartenenza religiosa. Le loro richieste venivano tuttavia rigettate in base a disposizioni interne che vietavano la modifica del nome e del cognome con parole di origine straniera. Dinanzi la Corte Edu, i sigg. Aktaş e Aslaniskender lamentavano quindi una violazione del diritto al rispetto per la vita privata e familiare, letto da solo o in combinato al divieto di discriminazione, di cui all'art. 14 Cedu, in quanto il cambiamento dei dati negli atti dello stato civile sarebbe stato motivato dalla loro appartenenza a minoranze etniche o religiose. La Corte Edu ricorda come la Convenzione non contenga alcuna disposizione in materia di nome. Tuttavia, data la relazione con l'identità personale e familiare di un individuo, la situazione dei ricorrenti ricade certamente nell'ambito dell'art. 8 Cedu. Nonostante esistano dei motivi di interesse generale, come la necessità di assicurare una registrazione puntuale della popolazione, che possano giustificare la restrizione della libertà individuale di modificare il proprio nome e cognome, per la Corte nel caso dei ricorrenti le autorità turche non hanno considerato tutti gli interessi in gioco e, procedendo a un esame puramente formale della loro situazione, non hanno valutato le motivazioni personali dei ricorrenti. A tal proposito, la Corte nota come il governo convenuto non sia stato in grado di dimostrare in che modo la modifica dei nomi e cognomi con parole di origine straniera risultasse lesiva dell'interesse pubblico. Pertanto, nel caso dei sigg. Aktaş e Aslaniskender, vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

[1] *La rassegna relativa all'art. 3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 4-8 è di C. Danisi.*

Corte di Giustizia dell'Unione europea[2]

Direttiva qualifiche: esclusione o cessazione dello *status* di rifugiato

Il caso *M e X X* (CGUE, cause riunite C-391/16, C-77/17, C-78/17, 14.5.2019) approfondisce il rapporto tra la protezione offerta dal diritto UE in materia di asilo e la Convenzione di Ginevra del 1951. Trae origine da tre rinvii pregiudiziali disposti da giudici nazionali che si erano occupati della revoca o mancata concessione dello *status* di rifugiato a causa della condanna degli interessati a pena detentiva.

In gioco vi è l'art. 14, parr. 4-6, della direttiva 2011/95 (direttiva qualifiche): più precisamente, queste disposizioni rilevano nella misura in cui consentirebbero apparentemente di privare il cittadino di un Paese terzo o l'apolide della qualità di rifugiato per ipotesi diverse dalle cause di esclusione o cessazione elencate in maniera tassativa dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra. I giudici nazionali chiedevano allora alla CGUE se l'art. 14, parr. 4-6, della direttiva 2011/95 fosse compatibile con l'art. 78, par. 1, TFUE e l'art. 18 della Carta. Il par. 4 stabilisce che gli Stati membri hanno la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo *status* riconosciuto a un rifugiato quando vi sono fondati motivi per ritenere che la persona costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova oppure perché essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro. Il par. 5 precisa che nelle situazioni previste al paragrafo 4 gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo *status* a un rifugiato quando la decisione non è ancora stata presa. Il par. 6 specifica che le persone cui si applicano i paragrafi 4 o 5 godono dei diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31 e 32 e 33 della convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro. La CGUE, dopo avere confermato la competenza a giudicare la questione sottopostale, introduce la sua disamina ricordando che la qualità di rifugiato, ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva 2011/95 e dell'art. 1, sez. A, della Convenzione di Ginevra, si acquisisce per il solo fatto di possedere determinati requisiti; non dipende, invece, dal riconoscimento formale di tale qualità mediante la concessione dello *status*. Chiarito che qualità e *status* sono concetti ontologicamente distinti, la Corte prosegue poi ammettendo la legittimità delle disposizioni richiamate dai giudici *a quibus*. Quanto all'art. 14, parr. 4 e 5, della direttiva 2011/95, la Corte osserva che le ipotesi elencate corrispondono a quelle nelle quali gli Stati membri possono procedere al respingimento di un rifugiato in forza dell'art. 21, par. 2, di detta direttiva e dell'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra. Tuttavia, l'art. 21, par. 2, della direttiva qualifiche, a differenza dell'art. 33, par. 2, della Convenzione, deve obbligatoriamente essere interpretato in conformità alla Carta; lo stesso dicasi, naturalmente, anche per l'art. 14 della direttiva. La Corte ne ricava in via ulteriore che quando il respingimento disposto in base alle predette norme di diritto derivato ha l'effetto di sottoporre il rifugiato al rischio di subire

una violazione dei diritti fondamentali maggiormente rilevanti nella fattispecie, vale a dire il divieto di pena di morte, tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti (artt. 4 e 19 della Carta), lo Stato membro interessato non può derogare al principio del non respingimento. Parallelamente, il fatto che sussista una delle condizioni dettate dall'art. 14, par. 4, non vuol dire che il soggetto cessi di rispondere ai requisiti materiali da cui dipende la qualità di rifugiato, relativi all'esistenza di un fondato timore di persecuzioni nel suo Paese d'origine. Sicché, l'art. 14, parr. da 4 a 6, della direttiva 2011/95 non può essere interpretato di modo da escludere dalla protezione internazionale, peraltro sancita dall'art. 18 della Carta, chi soddisfa i requisiti materiali della qualità di rifugiato a tenore tanto della direttiva quanto della Convenzione di Ginevra. Inoltre, l'art. 14, par. 6, della direttiva 2011/95 dev'essere interpretato, conformemente all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE e all'articolo 18 della Carta, nel senso che lo Stato membro che fa uso delle facoltà previste dall'art. 14, parr. 4 e 5, deve concedere al rifugiato che si trovi nel territorio di detto Stato membro, quanto meno, il godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione di Ginevra ai quali la disposizione in commento si riferisce, nonché dei diritti convenzionali il cui godimento non richieda una residenza regolare. Un'interpretazione in senso contrario produrrebbe l'effetto di sganciare gli Stati membri da obblighi internazionali ad essi incombenti. In conclusione, l'interpretazione dell'articolo 14, parr. 4-6, della direttiva 2011/95 offerta dalla Corte permette di stabilire che tali disposizioni garantiscono il livello di protezione minimo previsto dalla Convenzione di Ginevra, come imposto dall'articolo 78, paragrafo 1, TFUE e dall'articolo 18 della Carta. Pertanto, dovendosi seguire questo impianto interpretativo, non vi sono profili di invalidità che possano inficiare le disposizioni segnalate dai giudici dei rinvii.

Direttiva qualifiche: revoca dello *status* di protezione sussidiaria

Nel caso *Bilali* (CGUE, 720/17, 23.5.2019) la questione di fondo ruota attorno alla revoca dello *status* di beneficiario di protezione sussidiaria per via di sopravvenuti elementi di fatto che l'autorità nazionale competente non conosceva al momento dell'adozione del provvedimento favorevole. Nel corso del procedimento attivato in Austria dal sig. Bilali emergeva che le valutazioni fatte dall'autorità competente sulla nazionalità del ricorrente per motivare il riconoscimento dello *status* di beneficiario di protezione sussidiaria muovevano da presupposti errati; va detto, però, che l'errore di valutazione non era imputabile alla condotta del sig. Bilali, il quale, al contrario, aveva cercato di fornire informazioni accurate. La Corte amministrativa austriaca chiedeva alla CGUE se la revoca della concessione della protezione sussidiaria disposta dall'autorità nazionale (e nel frattempo divenuta definitiva) fosse consentita dall'art. 19 della direttiva 2011/95. La CGUE rappresenta da subito che la *ratio* della direttiva qualifiche include l'esigenza di assicurare che tutti gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale. È anche in ragione di ciò che, nell'economia della direttiva qualifiche, specie in forza dell'art. 18, lo *status* di protezione sussidiaria deve, in linea di principio, essere

riconosciuto al cittadino di un Paese terzo o all'apolide che, in caso di rinvio nel suo Paese d'origine o nel paese della sua residenza abituale, corra un rischio effettivo di subire un grave danno ai sensi dell'art. 15. Per altro verso, la revoca della protezione sussidiaria può o deve avvenire solo nei casi stabiliti dall'art. 19 della direttiva; ebbene, nel testo della direttiva non viene mai specificato che la revoca della protezione sussidiaria possa avere luogo quando la decisione di riconoscimento sia stata fondata su elementi errati non dovuti ad alterazioni o omissioni da parte dell'interessato. Tuttavia, è anche vero che lo stesso art. 19 non esclude che tale *status* possa essere perduto qualora le autorità nazionali si rendano conto di averlo concesso sulla base di dati erronei non imputabili all'interessato. Invero, una situazione come questa, cioè quella del sig. Bilali, non presenterebbe alcun nesso con la logica della protezione internazionale, in quanto non soddisfa le condizioni dell'art. 18. Al tempo stesso, la CGUE ritiene che al caso in esame possa applicarsi anche l'art. 16 della direttiva qualifiche, che stabilisce che un cittadino di un Paese terzo o un apolide cessa, in linea di principio, di avere titolo a beneficiare della protezione sussidiaria quando le circostanze che in origine la giustificavano sono poi venute meno o sono mutate in una misura tale renderla più necessaria. Ciò a condizione che il mutamento sia stato di natura così significativa e definitivo che l'interessato non risulti più esposto a un rischio effettivo di danno grave. In sostanza, per la CGUE anche le nuove informazioni in possesso dello Stato membro ospitante possono integrare l'ipotesi dell'art. 16, perché sono idonee a determinare il convincimento che il soggetto, nello Stato di origine accertato con esattezza in un secondo momento, non rischierebbe di subirebbe il danno grave menzionato all'art. 15. In aggiunta, per la Corte la direttiva qualifiche va interpretata alla luce della Convenzione di Ginevra, nonostante la Convenzione non contempli lo *status* della protezione sussidiaria. Infatti, «i considerando 8, 9 e 39 della direttiva 2011/95 indicano che il legislatore dell'Unione, in risposta all'invito del programma di Stoccolma, ha voluto istituire uno *status* uniforme a favore dell'insieme dei beneficiari di protezione internazionale, e che esso ha, di conseguenza, scelto di concedere ai beneficiari dello *status* di protezione sussidiaria gli stessi diritti e gli stessi vantaggi di cui godono i rifugiati, fatte salve le deroghe necessarie e oggettivamente giustificate». Dunque, anche se nessuna disposizione della Convenzione prevede espressamente la perdita dello *status* di rifugiato se emerge successivamente che non avrebbe mai dovuto essere attribuito, la Corte annota che secondo l'UNHCR in una eventualità di questo genere la decisione che concede lo *status* di rifugiato deve in linea di principio essere annullata. A chiusura del suo ragionamento, la Corte aggiunge che l'applicabilità dell'art. 19 della direttiva al caso oggetto del rinvio pregiudiziale non impedisce che l'interessato possa chiedere di essere tutelato attraverso un altro tipo di protezione accolto dalla normativa dello Stato membro ospitante.

Direttiva procedure: diritto a un ricorso effettivo e poteri del giudice interno

Il caso *Torubarov* (CGUE, C-556/17, 29.7.2019) sorge poiché un cittadino russo che si era recato illegittimamente in territorio ungherese non riusciva a ottenere giustizia a fronte del

diniego disposto dalle autorità nazionali rispetto ad una sua domanda di protezione internazionale presentata nel dicembre 2013. Il problema di fondo era che le autorità competenti avevano condotto un'istruttoria insufficiente, come rilevato dal giudice interno cui il sig. Torubarov aveva presentato ricorso; tuttavia, a causa di una legge del 2015 il potere dei giudici amministrativi di riformare le decisioni relative al riconoscimento della protezione internazionale era stato soppresso. Proprio per questo motivo alla CGUE veniva chiesto se l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32 ("direttiva procedure"), letto alla luce dell'art. 47 della Carta, dovesse essere interpretato nel senso di conferire a un giudice di primo grado, investito di un ricorso proposto avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale, il potere di riformare la medesima decisione amministrativa e di sostituire la propria decisione a quella dell'organo amministrativo che l'ha adottata. Dopo avere confermato l'applicabilità *rationae temporis* della direttiva procedure alla fattispecie, la CGUE premette che se nell'esame della domanda presentata dal richiedente vengono accertati i requisiti previsti dalla direttiva 2011/95 in merito alla sussistenza dello *status* di rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria, allora gli Stati membri sono vincolati a riconoscere la tipologia di protezione internazionale confacente. Ciò detto, l'art. 46 della direttiva procedure riconosce e garantisce il diritto a un ricorso effettivo contro una decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale. Il par. 3 enfatizza l'esigenza che il giudice proceda a un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto. La Corte precisa che questa espressione sottintende che il giudice interno dovrà accertare e considerare, se del caso, anche gli elementi emersi dopo l'adozione della decisione sottoposta al suo sindacato, così da assicurare una valutazione aggiornata del caso di specie. Pertanto, in virtù dell'art. 46, par. 3, della direttiva procedure non è ammissibile che una norma interna come quella oggetto di causa impedisca al giudice investito del ricorso contro una decisione di *status* sfavorevole di vincolare l'autorità in questione laddove detta decisione sia ritenuta illegittima. Resta salvo solo il potere dell'autorità di cui sopra di discostarsi nel caso in cui, dopo la pronuncia del giudice, vengano in rilievo nuovi elementi di fatto o di diritto che richiedano oggettivamente una nuova valutazione aggiornata. Ne consegue che, anche se la direttiva 2013/32 non dispone espressamente che in caso di contrasto la decisione del giudice debba sostituirsi a quella dell'autorità che si è pronunciata in prima battuta sullo *status* del richiedente, al fine di garantire a quest'ultimo una tutela giurisdizionale effettiva *ex* art. 47 della Carta (e conformemente al principio di leale cooperazione) il giudice interno deve potere realizzare una simile operazione, disapplicando, se necessario, la normativa nazionale che glielo vieterebbe.

Codice visti: persona interessata e accordi di rappresentanza tra Stati

Il caso *Vethanayagam* (CGUE, C-680/17, 29.7.2019) ha ad oggetto la posizione della persona di riferimento e l'istituto della rappresentanza tra Stati membri nel sistema prefigurato dal regolamento 810/2009 ("codice visti"). Due cittadini dello Sri Lanka volevano ottenere un permesso di soggiorno di breve durata nei Paesi Bassi. Presentavano la propria domanda

al consolato svizzero a Colombo, sulla base dell'Accordo di rappresentanza concluso tra il Regno dei Paesi Bassi e la Confederazione svizzera: questo accordo, infatti, prevede che la Confederazione svizzera rappresenti il Regno dei Paesi Bassi per quanto riguarda tutti i tipi di visti Schengen in vari Stati terzi, tra cui lo Sri Lanka. La domanda veniva respinta. Seguivano allora vani tentativi di reclamo che investivano anche autorità olandesi. Gli interessati, a questo punto, proponevano una nuova domanda di visto, nella quale figurava come richiedente, in qualità di persona di riferimento, anche una loro parente, cittadina olandese residente ad Amsterdam. La domanda però era rivolta al Servizio visti dei Paesi Bassi, che la dichiarata irricevibile per incompetenza territoriale, dal momento che i richiedenti avrebbero rivolgersi al Consolato svizzero a Colombo. I richiedenti, ivi compresa la persona di riferimento, decidevano di impugnare il provvedimento di fronte al giudice olandese. Il giudice adito si rivolgeva a sua volta alla CGUE per sapere, essenzialmente, come interpretare il codice dei visti in merito a tre aspetti: posizione della persona di riferimento nelle procedure di visto, nozione di "rappresentanza" e compatibilità del sistema di rappresentanza consolare in riferimento all'articolo 47 della Carta. La Corte analizza dapprima l'art. 32, par. 3, del codice visti, che dispone quanto segue: «(i) richiedenti cui sia stato rifiutato il visto hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono proposti nei confronti dello Stato membro che ha adottato la decisione definitiva in merito alla domanda e disciplinati conformemente alla legislazione nazionale di tale Stato membro [...]». Rileva la Corte che la disposizione lascia agli Stati membri un certo margine di manovra, ma solo per quanto concerne le procedure applicabili al ricorso. Non vale lo stesso per la persona avente il diritto di ricorrere avverso il provvedimento di rifiuto di concessione del visto. Alla stessa conclusione è possibile giungere in considerazione del contesto di riferimento della norma esaminata, tenendo a mente ulteriori disposizioni del codice visti, specialmente l'allegato VI, che contiene il modulo uniforme da compilare in caso di decisione di rifiuto, annullamento o revoca di un visto. Inoltre, solo il richiedente/titolare del visto e non anche la persona di riferimento può avere un interesse effettivo a ottenere una riforma di una decisione sfavorevole. Di conseguenza, la persona di riferimento può sì intervenire, ma unicamente come parte subordinata e accessoria rispetto al richiedente il visto, e non anche in maniera indipendente. La Corte passa poi al secondo punto del rinvio pregiudiziale, che riguarda la possibilità o meno per gli interessati di ricorrere al giudice dello Stato membro rappresentato anche quando il provvedimento che nega il rilascio del visto sia stato adottato dalle autorità dello Stato membro rappresentante. Va premesso che nel sistema di cui al codice visti, le disposizioni applicabili allo Stato rappresentante possono rivolgersi anche alla Svizzera, come risulta, in particolare, dall'art. 2 dell'Accordo di associazione della Confederazione svizzera all'*acquis* di Schengen, letto alla luce del considerando 34 del codice dei visti. La Corte conferma che nel caso di specie è compito delle autorità dello Stato membro rappresentante respingere la domanda di visto e pertanto assumere la decisione definitiva, questo perché l'accordo tra Paesi Bassi e Confederazione svizzera prevede espressamente tale opzione: spetta alla Confederazione svizzera «rifiutare di rilasciare il visto qualora occorra, a

norma dell'articolo 8, paragrafo 4, lettera d), del codice dei visti» ed «esaminare i ricorsi, in conformità al diritto nazionale della parte rappresentante». Le conclusioni che la Corte ricava dall'interpretazione delle norme analizzate non contrastano con il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, dal momento che il rispetto dei diritti fondamentali dovrà essere assicurato sempre, a prescindere da quale sia lo Stato competente a decidere sul rilascio o meno del visto richiesto e sull'eventuale ricorso contro una decisione negativa. Ai fini della tutela del diritto a un ricorso effettivo è quindi irrilevante che lo Stato competente sia, nel caso concreto, la Svizzera o i Paesi Bassi.

[2] La rassegna è curata da Marco Borraccetti e Federico Ferri.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

Anche in questo numero si cercherà di dar conto di alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia di espulsioni e trattenimenti relativi al periodo maggio-agosto del corrente anno che paiono particolarmente significativi.

ESPULSIONI

In tema di espulsioni, pubblichiamo alcune decisioni (anche di merito) relative ai rapporti tra provvedimenti ablativi e pendenza (in fase amministrativa o giudiziale) della procedura di protezione internazionale.

Il tema della tutela rafforzata, prevista in favore dello straniero espellendo, derivante dall'esistenza di rapporti familiari o dalla convivenza con parenti italiani continua ad interrogare la giurisprudenza, segno tangibile della difficoltà, da parte delle prefetture, di valutare adeguatamente la sussistenza dei vincoli familiari.

Nell'ambito delle questioni procedurali, oltre al tema ricorrente della nullità dei provvedimenti ablativi conseguente alla violazione dell'obbligo di traduzione (anche qui pare evidente la difficoltà dell'amministrazione di adeguarsi alla giurisprudenza prevalente) pubblichiamo alcune decisioni in tema di rinnovo tardivo del permesso di soggiorno e conseguente espulsione e di tempestività di proposizione del ricorso.

Espulsioni e pendenza della procedura di protezione internazionale

È purtroppo ricorrente, nella prassi, che un richiedente asilo si rechi in questura per richiedere la protezione internazionale, ovvero il rinnovo del permesso di soggiorno per attesa asilo dopo il rigetto della Commissione territoriale e dopo avere proposto ricorso giurisdizionale (o nelle more del termine per la presentazione del ricorso), e, cionondimeno, venga raggiunto da un decreto di espulsione amministrativa. È quanto accaduto a Siracusa, dove l'amministrazione ha ritenuto, immotivatamente, di non applicare la sospensione automatica del provvedimento negativo emesso dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale prevista dall'art. 35-*bis*, d.lgs. 25/2008 nonostante la documentata presentazione del ricorso giurisdizionale, fino alla decisione della sezione specializzata del Tribunale. Osserva il Giudice di pace che l'effetto sospensivo automatico della decisione negativa in ambito amministrativo – in caso di presentazione del ricorso giurisdizionale – si applica sia nei casi di rigetto della domanda che in presenza di parere negativo della Commissione territoriale in ordine alla richiesta di rinnovo della protezione umanitaria, sempre che non sussistano le ipotesi derogatorie (non ricorrenti nel caso di specie) di cui all'art. 35-*bis*, co. 3, lett. a) b) c) d) del decreto legislativo 25/2008, non essendovi differenza tra rigetto della domanda ovvero revoca o cessazione della protezione riconosciuta (Giud. pace Siracusa, decreto 2.9.2019, est. Dell'Ali).

Il decreto espulsivo adottato in pendenza di giudizio di secondo grado avverso la decisione negativa del Tribunale, che conferma il rigetto della domanda di protezione internazionale operato dalla Commissione territoriale, (per le cause introdotte prima del d.l. 13/2017, convertito nella l. 46/2017, che ha abrogato l'appello) è annullato dovendosi applicare la previsione di sospensione *ex lege* fino al passaggio in giudicato della decisione, vigente *ratione temporis*, indipendentemente dalla data di decisione del ricorso avverso il decreto espulsivo, dovendosi far riferimento al momento dell'adozione del decreto di espulsione. (Giud. pace Torino, decreto 5.9.2019, est. Novarese).

Interessante è un decreto del Giudice di pace di Trieste che annulla due espulsioni: una emessa dopo il rigetto di domanda di protezione internazionale confermata in sede giurisdizionale, e la seconda dopo la dichiarazione d'inammissibilità della reiterata istanza di asilo, nelle more della decisione del Tribunale sull'istanza di sospensiva inserita nel ricorso. Il Giudice accoglie il ricorso ed annulla le espulsioni ancor prima della decisione sulla domanda cautelare (e sul ricorso) ritenendo ci fossero già gli elementi per definire il rimpatrio pericoloso per la persona. Questo il caso di specie: una prima domanda di protezione internazionale veniva rigettata sia in sede amministrativa che giudiziale, conseguiva un'espulsione per ingresso illegale, corredata da ordine questorile di allontanamento; una seconda istanza veniva successivamente proposta e dichiarata inammissibile dalla Commissione territoriale, seguiva l'adozione di un ulteriore decreto espulsivo per essersi lo straniero reso inottemperante al precedente decreto di allontanamento. Nelle more, l'interessato acquisiva un documento d'identità pakistano da cui risultava che la sua area di provenienza rientrava nell'ambito di quelle zone del Pakistan per cui sia il Tribunale di Trieste che la Corte d'appello ravvisavano i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria. In entrambi i decreti di espulsione l'amministrazione, pur dando atto della documentazione attestante la zona di provenienza dello straniero, non ne attribuivano alcun rilievo. Il giudice, ritenuto che in sede di giudizio di opposizione all'espulsione occorra verificare la sussistenza delle condizioni di inespellibilità di cui all'art. 19, co. 1, TU, rileva l'esistenza del rischio di persecuzione e, conseguentemente, annullava entrambi i decreti espulsivi, prima ancora della decisione del Tribunale nelle more adito avverso la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza reiterata di protezione internazionale.(Giud. pace Trieste, decreto 21.3.2019, est. Benincampi). Si segnala tale decisione perché si pone in contrasto con l'orientamento della Cassazione secondo cui il giudice dell'espulsione è tenuto a verificare solo esistenza e validità del decreto espulsivo al momento dell'adozione dell'atto, trattandosi di attività vincolata, tuttavia, la stessa Corte suprema in altre decisioni (Cass. civ. sez. VI, ord. 4230/2013) impone al giudice di valutare la sussistenza del rischio di *refoulement* rilevante *ex* art. 19, co. 1, TUI qualora fondato su elementi nuovi non dedotti in sede di ricorso avverso il rigetto della domanda di protezione (che, nel caso in esame, sono rappresentati dal documento d'identità attestante la zona di provenienza del ricorrente, ritenuta a rischio di persecuzione dalla giurisprudenza di merito).

In merito alla rilevanza di una domanda di protezione internazionale proposta dopo l'emissione di un decreto di espulsione amministrativa, occorre segnalare l'ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione (Cass. civ. sez. I, ord. 13540/2019, pubblicata il 20.5.2019) che rimette la trattazione in udienza pubblica del ricorso dando atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale nei seguenti termini: secondo un primo orientamento, ai sensi dell'art. 7, d.lgs. 25/2008 il richiedente asilo ha diritto a rimanere nel territorio dello Stato per tutto il tempo nel quale la sua domanda viene esaminata (fermo restando la possibilità di effettuare il trattenimento amministrativo *ex* art. 6, d.lgs. 142/2015), sicché, operando il divieto di espulsione, la sua adozione è illegittima; secondo altro orientamento, invece, non assume rilievo, ai fini della verifica di legittimità del decreto di espulsione, la circostanza che lo straniero, dopo la notifica del decreto, abbia presentato domanda per il riconoscimento della protezione internazionale poiché il provvedimento di espulsione è un provvedimento obbligatorio a carattere vincolato ed il giudice ordinario dinanzi al quale il decreto è impugnato deve controllare unicamente l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione. Daremo conto della decisione quando sarà pubblicata.

Competenza a conoscere della legittimità delle espulsioni amministrative in pendenza di ricorsi ex art. 31, co. 3 TU ed in materia di unità familiare ex art. 30, co. 6 TU

Uno straniero attinto da decreto di espulsione in pendenza di una richiesta di autorizzazione al soggiorno presentata avanti il Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, co. 3, TUI, presentava ricorso al Tribunale di Viterbo che si dichiarava incompetente *ex* art. 18, d.lgs. 150/2011. A seguito di riassunzione del giudizio, il Giudice di pace di Viterbo sollevava conflitto negativo di competenza sostenendo che, in pendenza del predetto giudizio avanti il Tribunale minorile, la competenza in ordine all'opposizione al decreto di espulsione amministrativa spettasse al Tribunale in composizione monocratica in applicazione analogica dell'art. 1, co. 2-*bis*, del d.l. 14.9.2004, n. 241, convertito con modificazioni dalla legge 12.11.2004, n. 271, recante una disciplina speciale rispetto a quella generale dettata dal d.lgs. n. 150 del 2011.

La Corte di cassazione, sez. VI civ. con ordinanza n. 16075/19, pubblicata in data 14.6.2019, richiamando il dettato di cui all'art. 1, d.l. 241/2004, convertito dalla l. 271/2004 (si tratta della normativa che attribuì la competenza dell'ufficio del Giudice di pace a conoscere delle controversie in materia di espulsione) secondo cui «rimane ferma la competenza del Tribunale in composizione monocratica e del Tribunale per i minorenni ai sensi del comma 6 dell'art. 30 e del comma 3 dell'art. 31 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, e successive modificazioni ... in pendenza di un giudizio riguardante le materie sopra citate, i provvedimenti di convalida di cui agli artt. 13 e 14 dello stesso decreto legislativo e l'esame dei relativi ricorsi sono di competenza del Tribunale in composizione monocratica» ha dichiarato la competenza del Tribunale di Viterbo.

Il Supremo Collegio ha altresì precisato che la disciplina in esame non può ritenersi superata da quella successivamente dettata dall'art. 18, co. 2, d.lgs. n. 150 del 2011, che non prevede alcuna deroga alla competenza al Giudice di pace, perché «nel quadro di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18 cit., deve infatti ritenersi che, pur avendo ribadito in linea generale la competenza del Giudice di pace, il legislatore delegato abbia inteso far salva, in via speciale e derogatoria, la *vis attractiva* della competenza del Tribunale, concentrando presso il medesimo organo giudicante la cognizione dei provvedimenti incidenti sul diritto all'unità familiare (cfr. Cass., sez. VI, 13.7.2018, n. 18622; Cass., sez. I, 18.6.2010, n. 14849)».

Espulsioni, pendenza di ricorso ex art. 31, co. 3 e valutazione dell'effettività dei legami familiari

In applicazione dei principi indicati nell'ordinanza che precede, il Tribunale di Bologna, adito da un straniero destinatario di un decreto di espulsione amministrativa per irregolarità del soggiorno che aveva proposto ricorso ai sensi dell'art. 31, co. 3, TU avanti il Tribunale minorile, ha ritenuto la propria competenza rigettando l'eccezione di incompetenza sollevata dall'amministrazione. Nel merito, il ricorrente deduceva violazione dell'art. 13, co. 2-*bis*, TU per essersi il prefetto limitato a verificare l'irregolarità del suo soggiorno e l'esito negativo della domanda di protezione internazionale, omettendo di valutare la presenza del figlio minore e della compagna in Italia, ospiti di una comunità di accoglienza.

Il giudice, richiamati il disposto di cui all'art. 13, co. 2-*bis* citato, siccome interpretato dalla giurisprudenza di legittimità alla luce dell'art. 8 CEDU e della sentenza della Consulta n. 202/2013, accoglie il ricorso sostenendo che l'amministrazione avrebbe dovuto verificare la sussistenza dei rapporti familiari (anche se al di fuori della procedura di ricongiungimento familiare, non attuata nel caso di specie) indicando le ragioni per le quali riteneva prevalenti le esigenza pubblicistiche connesse all'allontanamento dello straniero irregolare rispetto a quelle connesse alla tutela della vita privata e familiare. L'omesso bilanciamento dei contrapposti interessi determina una carenza motivazionale che inficia la legittimità dell'espulsione. (Trib. Bologna, ord. 1.7.2019, est. Baraldi)

Ovviamente, lo spostamento di competenza dal Giudice di pace al Tribunale vale solo se è pendente una causa in Tribunale o nei successivi gradi di giudizio *ex* artt. 31, co. 3 o 30, co. 6, TU, perché è la pendenza di un procedimento inerente *lato sensu* il diritto all'unità familiare che determina l'attrazione di competenza in favore dello stesso giudice chiamato a decidere sulla domanda precedentemente introdotta. Diversamente, se il ricorrente si duole della omessa valutazione dei legami familiari in violazione dell'art. 13, co. 2-*bis* cit. o dell'omessa considerazione della convivenza con il coniuge o parenti entro il secondo grado di cittadinanza italiana, ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. c) TU, la competenza resta al Giudice di pace.

Diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, impugnazione al Tar, espulsione per pericolosità sociale e omessa valutazione dei legami familiari

A fronte del rigetto della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di pericolosità sociale desunta dalle condanne penali, l'interessato proponeva ricorso al Tar e, nelle more della decisione, veniva attinto da decreto espulsivo per irregolarità del soggiorno la cui opposizione veniva rigettata dal Giudice di pace.

Ricorreva pertanto per Cassazione deducendo – tra l'altro – che il Giudice di pace non avrebbe tenuto in considerazione il ricorso pendente avverso l'atto presupposto dell'espulsione (il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno), né l'esistenza dei legami familiari in Italia, essendo entrato nel territorio nazionale a seguito di ricongiungimento familiare con i propri genitori.

Quanto al primo profilo di ricorso, la Corte (Cass. civ. sez. I, ord. 20694/2019 pubblicata il 31.7.2019) lo dichiara inammissibile, richiamando il costante indirizzo secondo cui al giudice dell'espulsione non è consentita alcuna valutazione circa la legittimità del provvedimento del questore in ordine al rifiuto di permesso di soggiorno, il cui sindacato spetta in via esclusiva al giudice amministrativo la cui decisione non costituisce un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione, sicché nemmeno si ravvisa un rapporto di pregiudizialità tra le due cause (*ex multis* Cass. SU sent. n. 22217 del 16.10 2006). Invece, la Corte accoglie il motivo di ricorso relativo alla omessa ponderazione dei legami familiari *ex* art. 32-*bis* TU e, per l'effetto, cassa con rinvio il provvedimento impugnato. Giova sottolineare che a tale approdo il Giudice di legittimità perviene perché l'espulsione non era stata adottata per motivi di pericolosità sociale *ex* art. 13, co. 2, lett. c), TU, ma per motivi di irregolarità del soggiorno conseguente alla permanenza in Italia nonostante il diniego di rinnovo del relativo permesso adottato a seguito di condanne penali ostative. Infatti, occorre rammentare che la disposizione in parola esclude il c.d. "automatismo espulsivo" solo per i provvedimenti di espulsione adottati per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno (art. 13, co. 2, lett. a) e b) TU) e non anche per pericolosità sociale.

La disciplina applicabile al coniuge di cittadina dell'Unione europea non avente la cittadinanza di uno Stato membro

La disciplina applicabile ai provvedimenti ablativi emessi nei confronti di cittadini di Paesi terzi familiari di cittadini dell'Unione europea non è sempre di facile individuazione, specie se il familiare straniero non è titolare di carta di soggiorno ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 30/2007. Il dubbio riguarda l'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. 286/98, ovvero quella di cui al d.lgs. 30/2007.

Il caso oggetto dell'ordinanza in commento è il seguente. Un cittadino nigeriano è coniugato con una cittadina rumena da cui ha avuto due figli minori ed in Spagna è titolare di permesso di soggiorno a tempo indeterminato così come i suoi familiari. A seguito della commissione di reati in materia di stupefacenti, lo straniero viene condannato ad una pesante pena detentiva

in Italia e qui detenuto. Tutto il nucleo familiare dalla Spagna si trasferisce in Italia al fine di mantenere l'unità familiare, al punto che, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, il condannato è ammesso a scontare l'ultima frazione di pena in regime di detenzione domiciliare presso la residenza della sua famiglia (che nel frattempo ha acquisito il diritto di soggiorno permanente ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 30/2007). In vista del fine pena, il condannato chiede alla questura il rilascio della carta di soggiorno per familiare di cittadino comunitario non avente la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea. Al momento della scarcerazione, avendo interamente espiato la pena, l'amministrazione adotta e notifica contestualmente due provvedimenti: rifiuto della carta di soggiorno e conseguente espulsione per motivi di pericolosità sociale ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98, con ordine di trattenimento presso il locale CPR (trattenimento convalidato dal Giudice di pace ed espulsione eseguita con accompagnamento coattivo alla frontiera poco dopo).
Il difensore impugna alla sezione specializzata del Tribunale sia il rigetto della carta di soggiorno che il decreto di espulsione, ritenendo quest'ultima causa connessa con la prima ai sensi dell'art. 3, co. 3, d.l. 13/2017 convertito dalla l. 46/2017.
Il Tribunale di Torino, sez. IX civ. con ord. 9.7.2019 - est. Clerici , rilevato che il ricorrente è coniugato con cittadina comunitaria e che è padre di due figli minori, che durante la detenzione ha usufruito di plurimi permessi premio presso l'abitazione familiare e che ivi ha scontato parte della pena in regime di detenzione domiciliare, che durante la detenzione ha svolto attività lavorativa versando un contributo mensile alla moglie concorrendo al mantenimento dei figli, che era titolare di permesso di soggiorno spagnolo come familiare di cittadina dell'Unione e, quindi, che i legami familiari sono effettivi, osserva che la disciplina di cui al d.lgs. 30/2007 si estende ai familiari stranieri di cittadini dell'Unione e che, conseguentemente, le limitazioni all'ingresso e al soggiorno sono quelle previste dall'art. 20 del predetto decreto legislativo alla cui stregua deve esser effettuata la valutazione di pericolosità sociale. Poiché ai sensi della predetta norma, l'esistenza di condanne penali non giustifica, di per sé, l'adozione di provvedimenti di allontanamento, il giudice ritiene che difettino le condizioni di effettività e concretezza della minaccia rappresentata dalla presenza del ricorrente in Italia, anche in considerazione dell'assenza di ulteriori comportamenti illeciti (essendo quelli per cui v'è stata condanna risalenti al 2010) e, considerato che l'Amministrazione non ha tenuto in alcun conto la sussistenza concreta dei legami familiari (mantenuti anche durante la detenzione), annulla il decreto di espulsione ritenendo prevalenti le esigenze di tutela dell'unità familiare nel bilanciamento con le esigenze di tutela della sicurezza pubblica.
A tale soluzione il Tribunale è pervenuto ritenendo la posizione del ricorrente sussumibile nella disciplina dettata dal d.lgs. 30/2007, in luogo di quella prevista dal d.lgs. 286/98.

Espulsione amministrativa per motivi di pericolosità sociale

In tema di espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98, si ravvisa una spiccata tendenza da parte delle amministrazioni a limitare la motivazione dei provvedimenti con l'elencazione dei precedenti penali dell'espellendo, motivazione sovente frettolosamente avallata dalla giurisprudenza di merito, come nel caso, davvero emblematico, che ha dato origine all'ordinanza della Cassazione, sez. I, civ. n. 20692/19, pubblicata il 31.7.2019.
Uno straniero, scontata la pena di anni quattro di reclusione per rapina, veniva fatto oggetto di un decreto di espulsione per pericolosità sociale motivata esclusivamente sulla base dei precedenti penali senza alcun giudizio prognostico relativo alla effettività di tale pericolosità. Tale decisione veniva confermata dal Giudice di pace. L'interessato ricorreva pertanto per Cassazione e la Corte accoglieva il ricorso nel 2017 rinviando la causa ad altro Giudice affinché compisse la valutazione della pericolosità sociale del ricorrente sulla base dei principi enucleati dalla stessa Corte, consistenti nell'utilizzo dei seguenti criteri: a) accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni; b) attualità della pericolosità; c) necessità di esaminare globalmente l'intera personalità del soggetto quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita.
Il giudizio veniva riassunto, ma anche il Giudice del rinvio confermava nuovamente l'espulsione, senza adeguarsi al principio di diritto enucleato dalla Corte che, nuovamente adita, cassava con rinvio il provvedimento impugnato, precisando altresì che... «la cognizione di merito del Giudice di pace ha ad oggetto l'accertamento, in concreto, delle condizioni necessariamente predeterminate dalla legge – nella specie l'accertamento della pericolosità sociale dell'espellendo – sulla base delle quali è stata disposta la misura, non determinando il carattere vincolato e non discrezionale dell'esercizio della potestà amministrativa alcuna limitazione a tale cognizione».

Espulsione e necessità di cure mediche

Uno straniero espulso per irregolarità del soggiorno si è visto annullare il provvedimento dal Giudice di pace di Palermo, ord. 16.5.2019 - est. Di Chiara , a seguito della documentata condizione di salute di particolare gravità che non consente il rientro nel Paese di origine se non a rischio di un irreparabile pregiudizio alla sua salute. Il giudice ha, di fatto, applicato la nuova disposizione di cui all'art. 19, co. 2, lett. d-*bis*) TU, introdotta dalla l. 132/2018, pur senza darne atto espressamente nel provvedimento.

Profili formali e procedurali

A proposito dell'obbligo di motivazione, coerente con i profili di illegittimità sollevati in sede di ricorso avverso i provvedimenti di espulsione, si segnala Cass. civ. sez. VI, ord. 18467/2019 pubblicata il 9.7.2019 con cui viene cassata con rinvio una decisione di un Giudice di pace che, a fronte della contestazione della inesistenza della delega al vice prefetto aggiunto per la sottoscrizione del decreto espulsivo e della non conformità all'originale della copia notificata al ricorrente, si è limitato a fornire una motivazione del tutto generica e, inoltre,

ha fondato la decisione prendendo in considerazione elementi estranei al contenuto dell'atto impugnato, dedotte in giudizio dall'amministrazione, senza verificare le fondatezza dell'opposizione.

In tema di tempestività della presentazione del ricorso avverso il decreto amministrativo di espulsione a mezzo posta, si deve avere riguardo alla data di spedizione dell'atto tramite ufficio postale e non già alla data di ricezione. Principio consolidato in giurisprudenza e ribadito da Cass. civ. sez. VI, ord. n. 15981/2019, pubblicata il 14.6.2019 che annulla con rinvio una dichiarazione di inammissibilità del ricorso pervenuto all'ufficio del Giudice di pace oltre il trentesimo giorno dalla notificazione dell'atto impugnato.

Il consolidato principio secondo cui è nullo il decreto espulsivo tradotto in lingua veicolare per l'affermata irreperibilità immediata di un traduttore nella lingua conosciuta dallo straniero, salvo che l'amministrazione non affermi – e il giudice ritenga plausibile – l'impossibilità di predisporre un testo nella lingua conosciuta dallo straniero per la sua rarità, è stato ribadito da Cass. civ. sez. I. ord. n. 20690/2019, pubblicata il 31.7.2019. Con l'occasione la Corte ha precisato che grava sull'amministrazione l'onere di provare la conoscenza della lingua italiana o delle lingue veicolari da parte dello straniero, ed è compito del giudice di merito accertare in concreto tale eventuale conoscenza, senza limitarsi ad affermazioni apodittiche.

Un'applicazione consequenziale al principio di diritto esposto nel commento all'ordinanza della Cassazione che precede, lo si rinviene in una interessante decisione del Giudice di pace di Roma, ord. depositata il 13.6.2019 - est. Fiorentino .
Questo il caso: un cittadino albanese ricevette un decreto di espulsione per irregolarità del soggiorno il 2.1.2017 tradotto in lingua inglese, successivamente – in data 2.1.2019 – gli venne notificato un ordine di allontanamento questorile, tradotto in lingua albanese e, solo in data 25.1.2019, presentò ricorso avverso entrambi i provvedimenti, chiedendone l'annullamento "a cascata", sostenendo di essere venuto a piena conoscenza del contenuto dei due provvedimenti solo a seguito della notifica del secondo, correttamente tradotto e notificato.
Il Giudice di pace, rigettando l'eccezione d'inammissibilità del ricorso avverso il decreto di espulsione prospettata dall'amministrazione (essendo stato presentato ben oltre il termine di 30 gg.), ha annullato i provvedimenti sul presupposto che – ferma restando la nullità del decreto di espulsione tradotto in lingua veicolare, secondo l'orientamento della Cassazione – deve applicarsi il principio della «tardività apparente dell'opposizione», dovendosi considerare come *dies a quo* del termine d'impugnazione la data di acquisizione della effettiva conoscenza dell'atto e del rimedio esperibile, da individuarsi nella data di notifica dell'ordine di allontanamento in lingua conosciuta (avvenuta il 2.1.2019). Il giudice opportunamente richiama Cass. civ. sez. I, sent. 6.5.2010, n. 11005, pubblicata su questa *Rivista* in versione cartacea n. 3/2010.
Invece, un'interpretazione palesemente difforme dal principio di nullità del decreto espulsivo tradotto il lingua veicolare, si riscontra in un'ordinanza del Giudice di pace di Benevento

dell'11.7.2019 - est. Ramaglia che apoditticamente afferma non essere affetto da nullità il provvedimento ablativo tradotto in lingua veicolare, consentendosi – al più – una remissione in termini ai fini dell'impugnazione, sulla scorta di alcune sentenze dei Tar relativamente recenti; dimenticando, però, che i giudici amministrativi non hanno alcuna competenza in materia di espulsione amministrativa prefettizia e omettendo di considerare che dette decisioni riguardano la mancata traduzione dei provvedimenti in materia di diniego di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno.

La decisione in esame annulla comunque l'espulsione sotto altro profilo: la tardiva spontanea presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni, non determina l'espulsione automatica dello straniero, se non dopo che la domanda di rinnovo sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti previsti per il rinnovo, in conformità alla risalente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 7892/2003.

TRATTENIMENTO

La Corte di Cassazione, con ordinanza sez. I n. 23450/2019 pubblicata il 20.9.2019, si sofferma sulle garanzie del trattenimento e in particolare sulla motivazione che deve sostenerlo. La Corte era sollecitata a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 TUI per asserito contrasto con i principi posti dagli artt. 3 co. 2, 10 co. 1 e 2, e 13 co. 1, 2 e 3 Cost., nella parte in cui detta norma non prevede che l'ordine di trattenimento del questore possa essere emesso soltanto nella sussistenza di tassativi casi eccezionali di necessità e urgenza. La Corte ricostruisce brevemente il quadro normativo e osserva che il trattenimento dello straniero presso un CPR viene disposto dal questore con atto amministrativo soggetto a successiva convalida da parte del Giudice di pace. La convalida costituisce una misura di controllo giurisdizionale sul primo provvedimento, amministrativo, sostanzialmente analoga a quelle previste per le misure cautelari e di prevenzione, proprio al fine di consentire la verifica immediata della sussistenza dei presupposti minimi occorrenti per giustificare la limitazione della libertà personale dello straniero trattenuto. La proroga della misura è invece disposta, su richiesta del questore, direttamente dall'autorità giudiziaria, con atto di natura giurisdizionale. Sia il trattenimento sia la proroga incidono sulla libertà personale del soggetto e sono soggetti alle garanzie dell'art. 13 Cost., con il doppio principio della riserva di legge e del motivato controllo giurisdizionale.

La Corte evidenzia che, in considerazione dei limiti temporali massimi previsti dall'art. 14 TUI e del riferimento al «tempo strettamente necessario», e della strumentalità della misura eccezionale del trattenimento rispetto all'esigenza del rimpatrio, il trattenimento costituisce una *extrema ratio*, praticabile soltanto quando non sia concretamente possibile il rimpatrio né l'adozione di misure alternative che incidano in modo meno grave sulla libertà del rimpatriando, fermo restando l'onere a carico della PA di fornire puntuale motivazione del provvedimento amministrativo che dispone la misura del trattenimento o dell'istanza con la quale viene

richiesta la sua proroga. La Corte pertanto dichiara manifestamente infondata la questione, ma accoglie il ricorso rilevando che la formula di stile «sussistendo i presupposti di legge» non costituisce idonea motivazione tale da integrare il c.d. minimo costituzionale.

Oggetto del giudizio di legittimità sulla convalida del trattenimento

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. I, n. 22562/2019 del 10.9.2019, ribadisce che in tema di convalida del trattenimento è ammesso il ricorso per Cassazione contro il decreto giurisdizionale di convalida, non già del provvedimento amministrativo convalidato.

Con ordinanza sez. VI n. 9686/2019 del 5.4.2019, la Corte rammenta che le eccezioni non dedotte nell'udienza di convalida non possono essere introdotte per la prima volta nel giudizio di legittimità.

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Il preavviso di rigetto nel procedimento di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno

Con sentenza n. 2923/2019 il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del Tar Sardegna con cui era stato annullato il provvedimento del questore di Sassari, di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo di un cittadino senegalese, per *omesso invio del preavviso di rigetto*, *ex* art. 10-*bis* legge 241/90, precedente il provvedimento finale.

Il caso riguardava un cittadino straniero a cui la questura di Sassari aveva negato, in un primo momento, il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo, provvedimento poi annullato in autotutela, per difetto di motivazione. Un secondo provvedimento di diniego era stato poi emesso, nonostante l'intervenuta integrazione documentale sui redditi maturati, per ritenuta insussistenza del reddito previsto dall'art. 26 TU 286/98. Secondo provvedimento che era stato preceduto dal preavviso di rigetto, il quale tuttavia faceva riferimento ai redditi allegati in occasione del primo diniego.

Come già il Tar Sardegna, anche il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il provvedimento del questore di Sassari, in quanto avrebbe dovuto considerare anche l'integrazione documentale reddituale prodotta dal cittadino straniero e non, invece, motivare in relazione alla allegazione nel primo procedimento.

La violazione dell'effettivo preavviso di rigetto ha impedito al cittadino straniero di rappresentare adeguatamente alla questura la propria posizione reddituale.

Il giudice amministrativo d'appello ribadisce che il provvedimento di rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno è atto discrezionale, dovendo la questura valutare in concreto gli elementi istruttori, e pertanto non può ritenersi applicabile l'art. 21-*ociets*, co. 2 legge 241/90 e s.m. che consente al giudice di non annullare un provvedimento che, nonostante le violazioni procedurali, non avrebbe potuto che essere quello emesso (cd. sanatoria giurisprudenziale del provvedimento).

In termini analoghi sempre il Consiglio di Stato nn. 5381/2018 e 4413/2019.

In applicazione dei medesimi principi, ma con esito diverso, la sentenza n. 4412/2019 del Consiglio di Stato, dopo avere ribadito il principio secondo cui «*la mancata puntuale indicazione, nel preavviso di rigetto, di tutti i motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno equivale all'omissione della fase partecipativa.*», conferma la sentenza del Tar Toscana, di rigetto del ricorso avverso diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per pregresse condanne penali, in applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2 legge 241/90.

Secondo l'Alto Consesso, infatti, la condanna penale per uno dei reati di cui all'art. 380 c.p.p. è di per sé ostativa al mantenimento del permesso di soggiorno (art. 4, co. 3, TU 286/98), ad

eccezione del caso in cui il cittadino straniero vanti in Italia vincoli familiari (art. 5, co. 5, TU 286/98).
Pertanto «*La condanna dell'appellante per reati ex lege ostativi rende vincolato il diniego di rilascio del permesso di soggiorno e dunque irrilevante il mancato coinvolgimento dello straniero nel procedimento conclusosi con l'impugnato diniego, trovando pacifica applicazione l'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 perché il procedimento non avrebbe potuto avere esito diverso (Cons. St., sez. III, 21.1.2019, n. 494)*».

Permesso per lavoro autonomo, irregolarità fiscali, risalenza della presenza in Italia
Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1865/2019, ha esaminato il caso in cui una cittadina straniera nigeriana aveva subito, nel 2016, un provvedimento di diniego di rinnovo del permesso per lavoro autonomo, per ritenuta insufficienza reddituale per gli anni 2013 e 2014, oltre che per non avere mai presentato la dichiarazione dei redditi all'Agenzia delle entrate ed infine in quanto ritenuta irrilevante la prova dell'avvenuta intrapresa di nuova attività commerciale. Proposto ricorso davanti al Tar Piemonte, era stato rigettato «*rilevando che né sussistevano i presupposti per il rilascio di un permesso per attesa occupazione né poteva essere considerata la lunga permanenza in Italia della immigrata, non essendo stata rappresentata la presenza di vincoli familiari in Italia*».
Dopo avere sospeso in sede cautelare l'efficacia della sentenza di 1^ grado (stante la ventennale presenza regolare in Italia della cittadina straniera e la dimostrazione della nuova attività lavorativa intrapresa), il Consiglio di Stato ha accolto l'appello ritenendo, innanzitutto, che l'irregolarità fiscale non costituisca prova della mancanza di attività lavorativa e dunque di reddito («*la mancata produzione di reddito non può considerarsi provata, se non in via meramente presuntiva, dalla riscontrata mancata osservanza degli obblighi fiscali e previdenziali, visto che l'evasione fiscale, di per se stessa, non rappresenta, né sotto il profilo probatorio né sotto quello sostanziale, un elemento valido ad escludere l'effettivo svolgimento da parte dell'immigrato di un'attività lavorativa c.d. irregolare, sia essa autonoma o dipendente*»).
Inoltre, il giudice d'appello ha posto in rilievo che fino al 2015 la cittadina straniera era titolare di un permesso per lavoro subordinato e, avendo perso il lavoro nelle more della sua validità, aveva diritto al rinnovo del titolo di soggiorno per attesa occupazione per un periodo di un anno (art. 22, co. 11, TU 286/98).
Ancora, erroneamente la questura non aveva considerato la nuova attività di lavoro autonomo (commercio ambulante) intrapresa ed omesso di effettuare un giudizio prognostico sulla capacità reddituale futura, conseguente a detta attività.
Afferma, al riguardo, il Consiglio di Stato che «*secondo la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III n. 2928/2017, n. 269/2017 e n. 2730/2016 ex multis), la questura, in presenza di un'attività lavorativa di recente avvio, più che valutare il reddito prodotto dal momento di inizio dell'attività medesima, deve compiere un giudizio prognostico*

sulle caratteristiche del nuovo rapporto di lavoro, conseguendo, in tal guisa, il risultato non solo di valutarne l'intrinseca affidabilità come fonte di reddito lecito, ma, altresì, quello di evitare di penalizzare l'immigrato che, per una mera contingenza, non si veda apprezzata la effettiva redditività annua di una nuova occupazione, laddove reperita soltanto in epoca ravvicinata alla presentazione dell'istanza di rinnovo del titolo di soggiorno».
Infine, nella pronuncia viene espresso un importante ulteriore principio, ovverosia quello di valorizzare giuridicamente la risalente presenza in Italia della cittadina straniera, tale per cui ella ha la condizione sostanziale di soggiornante di lungo periodo e pertanto la questura doveva considerare anche i legami e l'inserimento sociale della stessa nel contesto in cui vive da molti anni.
Così il Consiglio di Stato: «*per mera completezza, va ricordato che l'immigrata, essendo presente nel territorio nazionale da circa 20 anni, avrebbe, comunque, avuto titolo ad ottenere il permesso di soggiornante di lungo periodo con la conseguenza che (secondo la recente, ma consolidata giurisprudenza) la questura, sussistendo, comunque, in capo all'immigrata i requisiti per il rilascio del titolo di lungo soggiorno) all'immigrata del titolo di lungo soggiorno, nell'esaminare la domanda per il rinnovo del permesso di soggiorno in questione, avrebbe dovuto prendere espressamente in considerazione il consolidato vincolo instaurato dall'immigrata con l'ambiente socio economico in cui vive, derivante dalla lunga permanenza in Italia nel sostanziale rispetto delle norme a tutela della sicurezza pubblica e dell'ordinato andamento della vita quotidiana dei cittadini*».

In termini analoghi anche Consiglio di Stato, sentenza n. 2530/2019, avente ad oggetto il rigetto della domanda di rilascio di permesso UE per soggiornanti di lungo periodo e contestuale revoca del permesso per lavoro autonomo, motivato sulla base di assenza di presentazione delle dichiarazioni dei redditi.
Provvedimento censurato perché «*l'omissione dei versamenti fiscali e previdenziali non può costituire in sé, neppure indirettamente, ragione ostativa alla concessione del permesso di soggiorno, in assenza di una espressa previsione di legge in questo senso, e l'eventuale situazione d'infedeltà fiscale e previdenziale, regolarmente accertata, deve costituire, piuttosto, oggetto dei provvedimenti tipici di contrasto all'evasione adottati dall'amministrazione fiscale e dagli enti previdenziali (ex ceteris, Cons. St., sez. III, 14.6.2017, n. 2931; sez. III, 18.4.2018, n. 2345*)» ed inoltre per non avere considerato né i comprovanti legami familiari né la possibilità di tenere conto anche dei redditi di detti familiari conviventi.

Il Tar Lazio con la sentenza n. 9239/2019, nel giudizio avente ad oggetto il diniego di rilascio del permesso UE di lungo soggiorno, emesso dal questore di Viterbo, per tardiva presentazione della dichiarazione dei redditi, da parte di un cittadino straniero già titolare di permesso di soggiorno, ha censurato la decisione amministrativa in quanto erroneamente assimilata la

tardiva presentazione della dichiarazione dei redditi all'assenza di reddito, mentre «*far derivare un effetto omissivo dalla tardiva presentazione della dichiarazione fiscale, tale da far desumere la carenza del requisito reddituale, rischia di far assumere a tale deduzione un sapore sanzionatorio che non trova il suo aggancio in alcuna norma di legge*».
Vengono richiamati, in proposito, gli artt. 4 e 5, TU 286/98, nessuno dei quali fa discendere dalle irregolarità fiscali alcuna conseguenza in materia di soggiorno, mentre assegnano al questore il compito di verificare in concreto la sufficienza dei redditi, non solo attraverso le produzioni fiscali ma anche mediante altri canali, in quanto la *ratio* della norma è di accertare la liceità delle risorse di cui il cittadino straniero deve essere in possesso per mantenere la regolarità del soggiorno.

Permesso di soggiorno e requisito alloggiativo

Il Tar Campania, Napoli, con sentenza n. 4102/2019 ha accolto il ricorso proposto da un cittadino straniero a cui la questura di Napoli aveva negato il rinnovo del permesso di soggiorno per ritenuta insussistenza del requisito alloggiativo ed in particolare per asserita irreperibilità all'indirizzo fornito.
Dopo avere ricordato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il requisito dell'alloggio è necessario ai fini del rilascio o del rinnovo del titolo di soggiorno («*come costantemente osservato dal Consiglio di Stato, che la certezza della situazione abitativa costituisce un presupposto indispensabile per ottenere il permesso di soggiorno, sia per il lavoro autonomo che per il lavoro subordinato, non potendo essere rilasciato o rinnovato in situazioni di forte precarietà alloggiativa, connesse a sostanziale irreperibilità dello straniero: v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 1.4.2016, n. 1313; Cons. St., sez. III, 10.7.2013, n. 3710; Cons. St., sez. VI, 19.8.2008, n. 3961 e da ultimo sez. III, 4.6.2018 n. 3344*)» il giudice amministrativo regionale censura l'omessa effettiva istruttoria della questura di Napoli che ha omesso di valutare la documentazione prodotta nel procedimento (carta di identità e certificato di residenza), che escludeva l'irreperibilità posta alla base del provvedimento di diniego.

Permesso UE per soggiornanti di lungo periodo - revoca

Con sentenza n. 604/2019 il Tar Emilia Romagna, Bologna, ha annullato un provvedimento con cui la questura di Modena aveva revocato la carta di soggiorno (oggi PSUE) ad un cittadino straniero «*in quanto si erano rivelati ideologicamente falsi i documenti sulla cui scorta era stata rilasciata; in particolare veniva rilevata una carenza del reddito annuo sufficiente al sostentamento del ricorrente*».
Il Tar emiliano-romagnolo censura, innanzitutto, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento o di preavviso di rigetto, *ex* artt. 7 e 10-*bis* legge 241/90 s.m., nell'ambito dei quali il cittadino straniero avrebbe potuto documentare di avere svolto attività lavorativa in

Francia e di avere sofferto, negli ultimi anni, la generale crisi economica riuscendo tuttavia a reperire pur saltuari attività lavorative.
Nel merito, il Tar censura il provvedimento di revoca perché «*La mancanza del requisito reddituale per un singolo anno non può essere motivo di revoca automatica della carte di soggiorno (attualmente permesso per soggiornanti di lungo periodo) ma deve essere valutato complessivamente sia per quanto riguarda il numero di anni in cui non si è raggiunta la soglia minima, sia relativamente all'entità dello scostamento*».
La decisione non esplicita la questione della revocabilità del PSUE a causa di una mancanza reddituale successiva, che, va ricordato, è esclusa in quanto non ricompresa tra le ipotesi tassative di revoca di cui all'art. 9, co. 7, TU 286/98, attuativo della direttiva 2003/109/CE (cfr. al riguardo varie pronunce del Tar Lombardia, Milano, tra le quali la n. 695/2015 e Cons. St. n. 2286/2018). Il motivo è da rinvenirsi, presumibilmente, nella qualificazione contenuta nel provvedimento questorile di revoca, cioè di avere acquisito il titolo di soggiorno di lungo periodo in maniera fraudolenta.

Permesso di soggiorno per lavoro autonomo e condanne irrevocabili per reati a protezione del diritto d'autore

Con sentenza 3226/2019 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto da un cittadino straniero, a cui il Tar Campania, Salerno, aveva respinto l'impugnazione del provvedimento del questore di Salerno, di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo a seguito di condanna irrevocabile per violazione della normativa in materia di protezione del diritto d'autore.
Il giudice d'appello richiama il proprio orientamento, secondo cui i provvedimenti motivati ai sensi dell'art. 26, co. 7-*bis*, TU 286/98 sono vincolati e non necessitano di motivazione specifica in ordine alla pericolosità sociale, essendo essa già assunta direttamente dal legislatore. Richiama, altresì, le pronunce della Corte costituzionale che hanno rigettato le questioni di illegittimità costituzionale di detta previsione (ord. n. 189/2005; sent. n. 240/2006; ord. n. 101/2007; ord. n. 219/2009; sent. n. 152/2010), evidenziando che, anche se detta pericolosità può non apparire in relazione a comportamenti relativi alla singola condotta, tuttavia essi «*rientrano nell'ambito di fenomeni di illegalità di vaste proporzioni, in grado di recare un grave pregiudizio ai diritti di proprietà industriale e di incidere negativamente sulle regole della concorrenza (cfr. Cons. St., III, n. 3650/2013); e, dunque, la disposizione risulta di per sé ragionevole, anche se considerata alla luce dei principi in tema di limiti all'applicazione delle preclusioni automatiche e delle previsioni restrittive in tema di soggiorno*».
Il Consiglio di Stato contesta, inoltre, il rilievo dato dal ricorrente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 58/2014, che, con riguardo ai soggiornanti di lungo periodo aveva indicato la necessità di tenere conto dei legami familiari e sociali del cittadino straniero, ritenendo trattarsi di situazioni diverse in quanto l'autorità amministrativa è tenuta a tenere conto di

detti legami solo a fronte di espressa richiesta di rilascio del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo: «*Infatti, affinché la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale divenga giuridicamente rilevante ai fini del rilascio del titolo di soggiorno, è necessario che l'Amministrazione sia messa in grado di valutare i requisiti previsti dall'art. 9, cit., a seguito di un'apposita documentata domanda; solo per questa via il giudice può sindacare la valutazione compiuta dall'Amministrazione, non potendo invece sostituirsi ad essa nel corso del giudizio di impugnazione di un diverso provvedimento*».

Decisione ben diversa, quanto al rilievo giuridico della risalente presenza in Italia del cittadino straniero, alle decisioni del Consiglio di Stato rassegnate nella precedente parte, ove detto elemento è stato considerato nella sua condizione effettiva e non sul piano meramente formale.

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO *STATUS* DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

Il Tribunale di Milano, con decreto deciso il 3.7.2019 e pubblicato 23.8.2019, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un giovane cittadino del Gambia, affetto da un disturbo schizoaffettivo. Nel provvedimento in esame il Collegio, a fronte di una domanda volta ad ottenere la protezione sussidiaria o, in subordine, la protezione umanitaria, ha ritenuto sussistenti i presupposti per la protezione maggiore.
Meritano di essere sottolineate le argomentazioni del Tribunale meneghino relative alla necessità di valutare il "rischio futuro" (e dunque l'irrilevanza dell'accertamento relativo alla manifestazione della malattia psichica prima della partenza dal Paese d'origine) e alla possibilità di individuare i malati mentali come «appartenenti ad un gruppo sociale distinto da quello della restante popolazione» (proprio in considerazione della percezione, da parte della società, di tali persone come "meno esseri umani" e la conseguente assimilazione della *malattia mentale* alla stregoneria). In merito all'agente di persecuzione, nel provvedimento, si legge che «autori di tali trattamenti, sono, alla luce di quanto sopra esposto in primo luogo, le autorità governative che mantengono in vigore disposizioni discriminatorie nei confronti dei malati mentali, che impattano fortemente sulle concrete condizioni di vita di questi ultimi, impedendone l'accesso ai servizi sanitari e assistenziali, al lavoro, e l'esercizio dei diritti civili e politici. E in secondo luogo la società maggioritaria, che proprio in ragione di credenze diffuse, può rendersi responsabile, di gravissime violazioni anche a danno dell'integrità fisica dei malati». Sulla scorta di un attento e completo esame della normativa del Gambia e delle informazioni relative alle discriminazioni subite dai malati psichici, il Tribunale ha affermato che l'inadeguatezza di un sistema di cura e l'esistenza di gravi atti discriminatori, integrino gli atti persecutori previsti dal d.lgs. 19.11.2007 n. 251, art. 7.

Il Tribunale di Milano, con decreto del 4.2.2019 – chiamato a decidere sul ricorso proposto da una donna proveniente dalla Costa d'Avorio esposta, ancora minorenne, alla pratica del matrimonio forzato, privata forzosamente della custodia dei figli, per imposizione della famiglia del marito, che non le ha consentito di esercitare alcun diritto, e sottoposta, fin dall'inizio del percorso migratorio a forme di sfruttamento e violenza specificamente caratterizzati dal suo essere donna in condizioni di particolare vulnerabilità –, espressamente richiamando il documento dell'UNHCR *La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, pubblicata il 7 maggio 2002, ha ritenuto sussistenti plurimi atti persecutori caratterizzati dal fatto di essere specificamente diretti contro una persona in quanto appartenente a un determinato

genere (in questo caso femminile). Ad avviso del Collegio tali atti persecutori devono ritenersi oggettivamente inscindibilmente connessi a uno dei motivi previsti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, da identificarsi nella appartenenza della ricorrente a un genere (donna e minore).

Ancora il Tribunale meneghino – con decreto 28.1.2019 – ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una giovane donna fuggita dalla Costa D'Avorio, vittima di mutilazione genitale e di matrimonio forzato. Nel provvedimento, il Collegio afferma la necessità di tenere conto delle conseguenze della passata mutilazione genitale, proprio in considerazione del fatto che «*le conseguenze della FGM non cessano con la pratica iniziale. La ragazza o la donna e permanentemente mutilata e può soffrire altre gravi conseguenze fisiche e mentali di lungo periodo*». Peraltro si chiarisce che, proprio l'avere subito la mutilazione ha consentito alla famiglia di proporla in sposa stipulando per lei un accordo per un matrimonio forzato. In merito alla valutazione de rischio futuro, nell'ordinanza si legge che: «si deve inoltre osservare che, considerata l'età della ricorrente e la sua complessiva condizione, appare concreto il rischio di essere reimmessa, in caso di rimpatrio, in una condizione idonea a esporla nuovamente ad atti persecutori sia connessi alla possibilità di vedersi costretta, anche solo per motivi di sostentamento, ad accettare un matrimonio forzato (ad iniziativa della famiglia), ovvero a subire gravi forme di marginalizzazione, non essendovi concrete possibilità di trovare, nella sua condizione, un effettivo aiuto da parte dello Stato».

La discriminazione per l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale (nel caso in esame l'*orientamento sessuale del ricorrente*, cittadino del Camerun – che, come ribadito dal Collegio costituisce un aspetto fondamentale dell'identità umana che non si deve essere costretti a nascondere o abbandonare) si traduce, ad avviso del Tribunale di Brescia – nell'ordinanza del 17.4.2019 – in una persecuzione, in quanto nel Paese d'origine del ricorrente l'omosessualità è reato ed è punita con la reclusione da sei mesi a cinque anni (nonché con la multa da 20.000 a 200.000 franchi).

Il Tribunale di Firenze, con decreto dell'8.7.2019 , ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una donna nigeriana, *vittima di tratta*. Il Collegio fiorentino ha ravvisato la sussistenza degli elementi necessari per il riconoscimento della forma maggiore di protezione sulla base dei seguenti elementi: il fondato timore soggettivo può ritenersi sussistente sulla base della sottoposizione psicologica della ricorrente alla *madame*, nella paura di denunciare la sua sfruttatrice, anche legato alle possibili ritorsioni sulla di lei famiglia; il timore oggettivo può essere desunto dagli atti persecutori subiti dalla ricorrente; l'impossibilità di ricevere protezione da parte della autorità statuali viene affermato in forza dell'elevatissimo numero di vittime di tratta nigeriane; le vittime di tratta possono essere qualificate come un determinato

gruppo sociale perché condividono caratteristiche comuni ed immutabili quali l'essere donne, prive di protezione affettiva, giovani, con basso livello di scolarizzazione, provenienti da un contesto socio-economico e familiare precario.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

Art. 14, lett. c) d.lgs. 251/2007

Il Tribunale di Firenze, con decreto n. 4945 del 9.7.2019, ha riconosciuto la protezione sussidiaria – *ex* d.lgs. 19.11.2007 n. 251, art. 14, lett. c) – ad un cittadino senegalese, originario della provincia di Ziguinchor, in *Casamance*. Ad avviso del Tribunale, la particolare esposizione del ricorrente, il cui fratello aveva partecipato al MFDC, e la moltiplicazione di attacchi armati e di atti di banditismo violenti (come confermati da numerose agenzie di stampa), integrano i presupposti per il riconoscimento dell'invocata protezione sussidiaria.

Il Tribunale di Brescia, con decreto n. 3783 del 15.7.2019 , chiamato a decidere sul ricorso proposto da un cittadino della Nigeria che aveva vissuto per oltre sette anni in *Libia* – instaurando con detto Paese, pertanto, un rapporto tale da non consentire di qualificare la Libia come mero Paese di transito – ha affermato che, in considerazione del fatto che, sin dal 2011, in tale Paese sussiste una situazione di violenza indiscriminata derivante da conflitti armati tutt'ora in corso, devono ritenersi sussistenti i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria.

D.lgs. 19.11.2007, art. 14 lett. a) e b)

La Suprema Corte – chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un cittadino del Ghana che ha allegato di essere stato incolpato e condannato per il ferimento di uno degli addetti alla sicurezza ad una miniera d'oro e di rischiare di subire la *grave situazione carceraria del Ghana* – nell'ordinanza del 19.6.2019 n. 16411 – ha affermato che, ai fini del riconoscimento della misura della protezione sussidiaria, il grave danno alla persona, ai sensi del d.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14, lett. b), può essere determinato dalla sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti con riferimento alle condizioni carcerarie. Con riferimento a tale aspetto, la Corte di cassazione, ha ribadito che il giudice è tenuto a fare uso del potere-dovere d'indagine previsto dal d.lgs. 28.1.2008, n. 25, art. 8, co. 3, che impone di procedere officiosamente all'integrazione istruttoria necessaria al fine di ottenere informazioni precise sulla attuale condizione generale e specifica del Paese di origine (nel caso di specie con riferimento alla condizione carceraria in Ghana, al fine di verificare o escludere la dedotta pratica di trattamenti contrari ai diritti umani).

Ancora la gravissima situazione delle condizioni carcerarie è stata presa in esame, con riferimento ad un cittadino della *Costa D'Avorio*, dal Tribunale di Venezia nel decreto n. 5337 del 27.6.2019 . Nella decisione in esame, il Collegio ha ritenuto che il rischio di incarcerazione del ricorrente (accusato ingiustamente di ricettazione), alla luce del rapporto EASO (che dà conto del sovraffollamento delle carceri, delle cure mediche inadeguate, delle estorsioni da parte delle guardie e di abusi di fatto impuniti) porti a ravvisare l'esistenza di un rischio effettivo di essere sottoposto ad un trattamento degradante e giustifichi il riconoscimento della protezione sussidiaria.

Il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, posti in essere da un usuraio, in conseguenza della mancata restituzione di un debito contratto da un cittadino del *Bangladesh* giustifica, ad avviso del Tribunale di Milano e del Tribunale di Firenze il riconoscimento della protezione sussidiaria. Nei provvedimenti in esame, ritenute credibili le dichiarazioni del ricorrente, sono stati esaminati i profili relativi all'individuazione dell'agente di persecuzione, al rischio di essere imprigionato e torturato per debito, alle possibili ripercussioni sulla famiglia del ricorrente, nonché all'impossibilità di ricevere protezione dalle autorità bengalesi (ravvisata alla luce delle numerose fonti internazionali citate nelle decisioni). Particolarmente interessante, nella decisione del Collegio meneghino, il riferimento al fatto che la frequenza del fenomeno dei *prestiti a tassi usurai* deve ritenersi strettamente legata alla conseguente diffusione di situazioni di sfruttamento e maltrattamento nei confronti dei debitori inadempienti da parte dei loro creditori. In particolare, osservano i giudici milanesi, come un fenomeno piuttosto diffuso in Bangladesh, soprattutto nelle aree rurali – la cui possibile rilevanza deve essere tenuta in considerazione dall'organo giudicante –, consiste in forme di sfruttamento assimilabili alla schiavitù, legate a situazioni di indebitamento e che prendono il nome di *bonded labour* o *debt bondage*.

Il Tribunale di Trento, con decreto 1125 del 5.6.2019, ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad una donna nigeriana a causa delle continue violenze e dei maltrattamenti subiti da parte del marito. Ad avviso del Collegio trentino la ricorrente, costretta ad un matrimonio coatto in forza di un accordo sottoscritto dal di lei padre e ridotta in condizioni disumane, a causa delle continue violenze da parte del marito (confermate anche dalla relazione prodotta, in merito alla compatibilità delle cicatrici con ustioni e traumi), in caso di rientro in Nigeria, correrebbe il rischio di subire una minaccia grave per la sua vita.

QUESTIONI PROCESSUALI

Valutazione di credibilità e dovere di cooperazione del giudice

La Suprema Corte, con ordinanza del 30.4.2019 n. 11397, ha affermato che la valutazione del giudice deve prendere le mosse da una versione precisa e credibile, benché sfornita di prova (perché non reperibile o non richiedibile) e che se le dichiarazioni del richiedente risultano intrinsecamente inattendibili, alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui al d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3, le stesse non richiedono un approfondimento istruttorio officioso, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori (cfr. Cass. n. 16295 del 2018; Cass. n. 7333 del 2015).

Con riferimento all'attenuazione del principio dispositivo in cui la "cooperazione istruttoria" consiste, occorre precisare che, come chiarito dalla Suprema Corte (nella sentenza 31.1.2019 n. 3016) la stessa si colloca non dal versante dell'allegazione, ma esclusivamente da quello della prova: che, anzi, l'allegazione deve essere adeguatamente circostanziata, dovendo il richiedente presentare «tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la ... domanda», ivi compresi «i motivi della sua domanda di protezione internazionale» (d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3, co. 1 e 2), con la precisazione che l'osservanza degli oneri di allegazione si ripercuote sulla verifica della fondatezza della domanda medesima, sul piano probatorio. Nella pronuncia in esame si ribadisce che il potere-dovere del giudice di cooperare con il richiedente sorge quando colui che richieda il riconoscimento della protezione internazionale abbia adempiuto l'onere di allegare i fatti costitutivi del suo diritto.

Ancora in merito alla valutazione di credibilità, la Suprema Corte, nell'ordinanza n. 21142 del 7.8.2019 afferma che, se le dichiarazioni del richiedente non sono suffragate da prove, le stesse devono essere sottoposte ad un giudizio di credibilità, che implica un controllo di coerenza (intrinseca ed estrinseca) ed un «equiordinato controllo di plausibilità». In forza di tale ultimo controllo, la Corte di cassazione afferma che «detto giudizio di plausibilità, direttamente riferito alle dichiarazioni, si risolve infine nel complessivo scrutinio di attendibilità del richiedente previsto alla lett. e) della disposizione, da compiersi a mezzo dei "riscontri effettuati", espressione da intendersi riferita non soltanto ad eventuali riscontri esterni, ove disponibili, ma anche alla verifica di logicità del racconto».
Deve sottolinearsi come, per la prima volta, la Suprema Corte correli in modo diretto il «controllo di logicità» all'aumento dei ricorsi in Cassazione, giungendo ad affermare che: tale controllo appare essere la principale «se non la sola difesa dell'ordinamento avverso narrazioni, come emerge per esperienza del Collegio, a seguito dell'aumentare esponenziale dei ricorsi per Cassazione in materia di protezione internazionale, determinata dall'abolizione dell'appello, sovente stereotipate e tessute intorno a canovacci fin troppo ricorrenti: quello del giovane musulmano che ha messo incinta una ragazza cristiana, o del giovane cristiano che ha fatto lo stesso con una musulmana (le religioni possono peraltro variare), e scappa dalle furie dei genitori di lei; quella dell'uomo che il capo-villaggio ha destinato a sacrifici umani (il caso in esame appare una variante di questa trama) o ad altra non commendevole sorte; quella del

sedicente omosessuale che, se lo fosse, sarebbe per questo perseguitato al suo Paese; quello della lite degenerata in fatti di sangue in cui il richiedente ha, si intende senza volerlo, ferito o ucciso il proprio contendente, in un contesto in cui, quale che sia il Paese di provenienza, le forze di polizia del luogo sono sempre e irrimediabilmente corrotte ed astrette da oscuri vincoli alla potente famiglia della vittima, e così via».

Sospensione feriale dei termini

La Sezione sesta civile, in composizione Prima, con ordinanza n. 22304 del 5.9.2019, chiamata a pronunciarsi sulla questione della sospensione feriale dei termini nel regime anteriore a quello introdotto dal d.lgs. 28.1.2008 n. 25, art. 35-*bis*, co. 14, ha affermato che l'inapplicabilità del principio della sospensione dei termini feriali ai giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento della protezione internazionale del cittadino straniero, introdotta con la predetta norma, non opera rispetto ai ricorsi avverso decisioni delle Commissioni territoriali emesse e comunicate (o notificate) anteriormente alla data del 17 agosto 2017, essendo la vigenza della nuova disciplina legislativa processuale differita a tale data.

Rito applicabile alle domande volte ad ottenere esclusivamente la protezione umanitaria

Con ordinanze n. 16458 e 16459, depositate il 19.6.2019, la Corte di cassazione – chiamata a pronunciarsi sul rito da seguire nel caso di proposizione della domanda avente ad oggetto esclusivamente il riconoscimento della protezione umanitaria (domande proposte in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge 1.12.2018 n. 132 e disciplinate dalla legge 13.4.2017 n. 46) – ha, in primo luogo, ribadito che la domanda esclusivamente rivolta ad ottenere il permesso di soggiorno per motivi umanitari deve ritenersi ammissibile, considerato che la situazione giuridica soggettiva sottesa a tale domanda è riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. e art. 3 CEDU e che, con l'attuale sistema pluralistico di misure riconducibili alla protezione internazionale, realizzatosi all'esito del recepimento delle Direttive europee con i citati d.lgs. n. 251 del 2007 e d.lgs. n. 25 del 2008, si è data completa attuazione al diritto di asilo previsto dall'art. 10 Cost., co. 3 (in questo senso si erano già pronunciate Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016). Tanto chiarito, la Corte ha precisato che il rito da applicare ai procedimenti in esame deve essere individuato secondo le regole generali ed è quello ordinario di cui agli artt. 281-*bis* c.p.c. e ss. o, a scelta del ricorrente e ricorrendone i presupposti, il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* c.p.c. e ss. (e che entrambi i giudizi si concludono con provvedimento, sentenza o ordinanza, impugnabile in appello). La ricostruzione operata dalla Suprema Corte, oltre che rispettosa della lettera delle norme, «risulta coerente sotto il profilo sistematico, dato che l'esplicita volontà legislativa di attribuire, nelle controversie di cui trattasi, la competenza all'organo giudicante in composizione monocratica è bilanciata dal mantenimento del doppio grado di merito». A diverse conclusioni si deve giungere, invece, nel caso in cui il ricorso venga proposto con più domande, dirette ad ottenere in via principale rifugio e protezione sussidiaria ed in via

subordinata la protezione umanitaria. In queste ipotesi «si applica per tutte le domande il rito camerale di cui al d.lgs. n. 25 del 2008, art. 35-*bis*, davanti alla Sezione specializzata del Tribunale in composizione collegiale, in ragione della connessione esistente tra dette domande e della prevalenza della composizione collegiale del Tribunale in forza del disposto dell'art. 281-*nonies* c.p.c., tenuto altresì conto del carattere unitario dell'accertamento dei presupposti dei vari tipi di tutela, dell'esigenza di evitare contrasto di giudicati e del principio della ragionevole durata del processo».

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL PROCEDIMENTO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Con decisione n. 18541/2019 la Corte di cassazione ha rigettato, per infondatezza, il ricorso proposto da un richiedente asilo del *Ghana* nella parte in cui lamentava che il Tribunale di Ancona non avesse correttamente valutato il timore di persecuzione collegato alla conversione alla religione dominante nel Paese ma non nella propria comunità etnica; infondatezza motivata in quanto egli «*avrebbe potuto invocare la libertà di culto accertata, a maggior ragione perché con la sua conversione aveva fatto propria la fede maggiormente diffusa in Ghana, il cristianesimo, praticata dal 71% della popolazione*». Ha, altresì, dichiarato infondato il ricorso in relazione alla protezione sussidiaria, rilevando che il Tribunale aveva motivatamente escluso il rischio di danno grave sulla base di specifiche fonti di informazione.

Inoltre, la Corte di legittimità ha rigettato il ricorso anche nella parte in cui il richiedente lamentava la mancata valutazione del diritto d'asilo *ex* art. 10, co. 3 Cost. richiamando, in proposito, la consolidata giurisprudenza di legittimità che ritiene l'asilo costituzionale interamente attuato attraverso le 3 forme di protezione contemplate dall'ordinamento vigente e dunque non rilevabile autonomamente.

La Cassazione ha, invece, *accolto l'impugnazione nella parte relativa alla protezione umanitaria* perché il Tribunale ha omesso di valutare le gravi ragioni di salute documentate dal richiedente (in particolare la *certificata depressione cronicizzata*) e l'impossibilità in Ghana di ricevere adeguate cure (il Tribunale «*non si è posto il problema rilevante, ossia la possibilità per il ricorrente di ricevere adeguate cure nel Paese di origine in relazione alla patologia psichica in atto (depressione cronicizzata), con riferimento alla normativa all'epoca esistente del permesso per ragioni umanitarie ex art. 5, co. 6, d.lgs. 286/1998*»).

Decisione con cui la Corte ha preso, preliminarmente, in considerazione la riforma attuata con il d.l. n. 113/2018 – di abrogazione dell'art. 5, co. 6, TU 286/98 e del richiamo ad esso contenuto nell'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, con introduzione di nuove fattispecie di permessi per casi speciali (tra i quali il nuovo art. 19, co. 2 lett. d)-*bis*, TU 286/98 per motivi di salute) – ritenendola inapplicabile alle domande presentate prima della sua entrata in vigore, pur dando atto che la questione intertemporale è stata rinviata alle Sezioni Unite.

Con la pronuncia n. 23757/2019 la Corte di cassazione ha affrontato la questione della compatibilità tra la *povertà e la protezione umanitaria,* giungendo, con invero sintetica motivazione, alla conclusione negativa. Il ricorso era stato proposto da un richiedente asilo della *Nigeria*, che aveva invocato «*il "diritto dalla libertà dalla fame" ex art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali di New York del 16 dicembre 1996, facendo valere, a sostegno, le caratteristiche socio-economiche della Nigeria, Paese con circa centottanta milioni di abitanti per oltre il 60% al di sotto della soglia di povertà e con rischio per la loro stessa sopravvivenza*».
Diritto che è stato diniegato facendo richiamo al conforme orientamento della Cassazione, secondo cui «*le situazioni di difficoltà, anche estrema, di carattere economico e sociale, non sono sufficienti in se stesse, in assenza di specifiche condizioni di vulnerabilità, a giustificare il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari (cfr. Cass. 7.2.2019 n. 3681*)».

NOTA di Nazzarena Zorzella

L'ordinanza n. 23757/2019 reca una motivazione assertiva (come altre che l'hanno preceduta) e dunque perde l'occasione di spiegare perché la povertà non sia tutelabile nell'ambito dell'art. 5, co. 6, TU 286/98, se non addirittura all'interno della protezione internazionale.
La preoccupazione di aprire la strada, o spalancarla, ad una infinità di situazioni (e l'aumento dei ricorsi in Cassazione una volta soppresso l'appello: in questo senso è emblematica l'ordinanza n. 21142/2019 della Cassazione, rassegnata nella precedente parte di questa rubrica) sta forse alla base di queste decisioni, sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito.
Orientamento che, tuttavia, non pare ragione sufficiente per omettere di affrontare la *questione giuridica della povertà*, che, secondo i Principi guida delle Nazioni Unite su povertà estrema e diritti umani, adottati dal Consiglio dei Diritti umani delle Nazioni Unite il 27 settembre 2012 «*attiene alla sfera dei diritti umani*» che «*deve essere considerata come parte degli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale*» (par. 11). In quanto obbligo internazionale degli Stati membri delle Nazioni Unite (tra i quali l'Italia), contemplato anche nei Patti internazionali del 1966 (sottoscritti e ratificati dall'Italia), questi ultimi espressamente richiamati nel ricorso esaminato nella pronuncia della Cassazione, il correlato diritto a non vivere in povertà dovrebbe indubbiamente rientrare quantomeno nell'ambito di applicazione dell'art. 5, co. 6, TU 286/98, che tali obblighi richiama. Così non è, in quanto la povertà viene costantemente esclusa dal mondo giudiziario, anche se nelle molteplici pronunce che la riguardano mancano argomentazioni che consentano di comprendere il ragionamento sotteso.

Con ordinanza n. 24394/2019 la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso proposto da un richiedente asilo del *Senegal*, ritenendolo inammissibile perché finalizzato a chiedere un giudizio di credibilità del racconto diverso da quello effettuato dal giudice di merito.

Nell'occasione il giudice di legittimità ha ribadito non solo che, in difetto di credibilità delle dichiarazioni, debba attivarsi il potere istruttorio officioso del giudice, ma che la *credibilità è presupposto anche per il riconoscimento della protezione umanitaria*.
Afferma, infatti, detta pronuncia, che «*secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. ord. n. 17072 del 28.6.2018, Cass. sent. n.4455 del 23.2.2018), non solo l'intrinseca inattendibilità del racconto del ricorrente, affermata dai giudici di merito, costituisce ragione sufficiente per negare anche la protezione di cui trattasi, ma la riscontrata non individualizzazione dei motivi umanitari non può essere surrogata dalla situazione generale del Paese di provenienza, perché, altrimenti, si finirebbe per prendere in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma, piuttosto, quella del suo Stato d'origine in termini del tutto generali ed astratti*».

Sempre più, dunque, si pone l'accento sulla individualizzazione della lesione di diritti umani, come se non fosse oggettivamente percepibile nella stessa storia migratoria dei richiedenti asilo, nessuno dei quali arriva sul suolo italiano o europeo con un biglietto aereo ma affrontando, senza scelta, un percorso che spesso porta alla morte, ma reso necessario proprio dalla condizione di grave lesione dei diritti umani vissuta nel Paese di origine.

Con sentenza n. 1194/2019 la Corte d'appello di Bologna ha riconosciuto la protezione umanitaria, ad un richiedente asilo della *Guinea Conakry* (cui sia la Commissione territoriale ed il Tribunale avevano negato la protezione internazionale), emigrato all'età di 12 anni e costretto a lavorare, spesso in condizioni estreme, in vari Paesi, tra i quali la Libia, prima di approdare in Italia.
Dopo avere ricostruito tutto il percorso migratorio del giovane, la Corte bolognese ha, innanzitutto, *rigettato l'eccezione del Ministero dell'interno di difetto di cooperazione* per non avere prodotto documenti di identità, ritenendola inammissibile per tardività *ex* art. 345 c.p.c. e comunque giustificata l'assenza proprio dalla emigrazione risalente alla minore età. Ha ritenuto insussistenti i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, *ex* art. 14, lett. b), d.lgs. 251/2007, perché «*il fatto che lo Stato di provenienza dell'appellante non sia in grado di adottare misure volte all'aiuto dell'infanzia e della famiglia, per superare la condizione di estrema povertà nella quale vive la popolazione*».
Ha riconosciuto, invece, la protezione umanitaria (ritenuto applicabile l'art. 5, co. 6 TU 286/98 anche dopo la riforma di cui al d.l. n. 113/2018, richiamando la pronuncia della Cassazione n. 3845/2017, n. 4455/2018 e 4890/2019), quale diritto soggettivo fondamentale che preserva la persona dal rischio di reimmissione in un contesto sociale in cui possa essere leso nell'esercizio di diritti fondamentali (Cass., SU, n. 19393/2009, Cass. 4455/2018), valorizzando nel caso specifico che «*le difficili esperienze di vita, che l'appellante ha dovuto affrontare soprattutto in Ciad e in Libia, permettono senz'altro di affermare che è*

stata la situazione di povertà e la necessità di trovare mezzi di sostentamento a spingere [...] ad espatriare, non offrendogli la situazione nella quale versava ed attualmente versa la Guinea Conakri altre alternative».
La Corte ha, altresì, richiamato anche la conflittualità ancora esistente in Guinea Conakry tra gruppi etnici contrapposti, dando rilievo nel contempo il positivo percorso di integrazione e lavorativo del richiedente, evidenziando la sproporzione tra la condizione attuale e quella a cui egli sarebbe esposto in caso di rimpatrio nel Paese di origine: «*a fronte delle concrete prospettive di integrazione in Italia, il rientro in patria dell'appellante comporterebbe, per quest'ultimo, l'impossibilità di far fronte alle minime esigenze di vita, in ragione della già rilevata situazione di grave povertà della Guinea Conakri e della circostanza che [...] ha lasciato il suo Paese di origine all'età di dodici anni, che induce a ritenere estremamente difficile, come si è già rilevato, un reinserimento dell'appellante nel contesto sociale di tale Paese*».

Con decreto 19.2.2019 il Tribunale di Firenze ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un richiedente asilo della *Costa d'Avorio*, dopo avere escluso la sussistenza dei presupposti per la protezione internazionale, in entrambe le sue forme, in quanto nel Paese le fonti di informazione dimostrano, ad avviso del Tribunale, l'inesistenza di una situazione di grave conflittualità politica.
Ha riconosciuto, invece, la protezione umanitaria ponendo l'accento sia sul vissuto, durante la minore età, nel Paese di origine (*«condizione di vulnerabilità dettata dalla giovane età, dal radicale sradicamento del ricorrente dalla Costa d'Avorio proprio Paese di origine, nonché dall'assenza di legami familiari significativi. Invero, sebbene nel Paese di origine sia ancora presente la madre del ricorrente, questi ha lasciato il paese nel 2011 ad appena 13 anni: il padre, trasferitosi per lavoro in Libia, lo aveva portato con sé affinché il figlio non fosse sottoposto a maltrattamenti da parte del secondo marito della madre*»), sia sull'emigrazione in Libia dal 2011, insieme al padre, ove questi era stato ucciso durante un'aggressione di criminali, dando rilievo proprio alla violenza indiscriminata accertata nel Paese libico.

La pronuncia è significativa per la valorizzazione dell'emigrazione in Libia, anche se non spiega la relazione tra essa e la possibile violazione dei diritti umani in caso di rientro in un Paese diverso da quello di appartenenza e in cui il richiedente aveva vissuto a lungo. Si tratta, tuttavia, di un'apertura importante, che lascia intravedere la possibilità di dare rilievo giuridico al diritto di emigrare, che trova fondamento anche nella Costituzione italiana, all'art. 35, co. 4.

LE MISURE DI ACCOGLIENZA NEL SISTEMA DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

La cessazione delle misure di accoglienza alla luce del d.l. n. 113/2018

Il Tribunale amministrativo per la Lombardia, sede di Brescia, con sentenza n. 649/2019 ha accolto il ricorso proposto da un cittadino straniero cui era stata riconosciuta la *protezione umanitaria,* il quale era stato originariamente accolto in una struttura pubblica di accoglienza e che, dopo detto riconoscimento, *aveva chiesto di essere inserito in una struttura dello SPRAR* (oggi SIPROIMI). Nei suoi confronti, tuttavia, era stata dichiarata la cessazione delle misure di accoglienza e poco dopo rifiutato l'accesso nello SPRAR/SIPROIMI motivato in ragione della riforma attuata dal d.l. 113/2018, che ha escluso i titolari di protezione umanitaria tra le categorie che possono beneficiare dell'accoglienza nello SPRAR.

Il Tar lombardo ha richiamato la giurisprudenza della Corte di cassazione sulla irretroattività delle nuove disposizioni recate dal d.l. 113/2018 (Cass. 4890/2019) e pertanto dichiarato illegittimo il provvedimento di cessazione dell'accoglienza «*in considerazione dell'illegittima applicazione retroattiva della normativa sopravvenuta, in contrasto con l'art. 11 delle preleggi*».

Il Tar ha, inoltre, censurato il provvedimento nella parte in cui le autorità competenti in materia di accoglienza hanno omesso di comunicare l'avvio del procedimento per la cessazione delle misure di accoglienza, in violazione degli artt. 7 e 10-*bis* legge 241/90 e s.m., con conseguente violazione del diritto di difesa e del giusto procedimento amministrativo, in quanto il titolare di protezione umanitaria «*avrebbe potuto sottoporre all'Amministrazione le ragioni – come espresse nel ricorso – che avrebbero potuto condurre la medesima ad una determinazione diversa da quella che ha invece concretamente assunto.*», in difetto di esplicitazione delle ragioni di urgenza che potevano legittimare tale violazione procedimentale.

In senso analogo il medesimo Tar Brescia n. 676/2019, n. 453/2019, n. 406/2019, n. 407/2019, secondo cui «*se la disciplina di cui al d.l. n. 113 del 2018 non trova applicazione ai procedimenti per il riconoscimento del titolo per motivi umanitari che sono già stati avviati (e non ancora conclusi), tanto più essa non potrà avere rilievo con riferimento ad una ipotesi in cui la protezione umanitaria è già stata riconosciuta al richiedente, al fine di elidere un beneficio – l'erogazione delle misure di accoglienza – collegato al detto riconoscimento*».

Sempre in materia di *cessazione dell'accoglienza* ai titolari di permesso di soggiorno umanitario (oggi «casi speciali») va segnalata la sentenza n. 275/2019 del Tribunale amministrativo regionale della Basilicata, che ha dichiarato illegittimo il provvedimento con cui la prefettura di Matera aveva dichiarato cessate le misure di accoglienza a richiedente asilo a cui il Tribunale aveva riconosciuto la protezione umanitaria. Cessazione disposta sulla base della modifica recata dal d.l. 113/2018.

Il Tar Basilicata ha, innanzitutto, dichiarato la competenza del giudice amministrativo con riguardo ai provvedimenti relativi alle misure di accoglienza, come stabilito dall'art. 15, co. 6,

d.lgs. 142/2015, ma ha ritenuto illegittimo il provvedimento oggetto di ricorso perché la protezione umanitaria era stata riconosciuta prima dell'entrata in vigore del d.l. 113/2018 e pertanto «*non può essere applicato nei confronti del ricorrente, perché ha ottenuto il riconoscimento del permesso di soggiorno di carattere umanitario con provvedimento della Commissione territoriale di Bari del 5.3.2018.*
A riprova di ciò, va rilevato che l'art. 1, co. 9, dello stesso d.l. n. 113/2018 conv. nella l. n. 132/2018 statuisce che "nei procedimenti in corso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali", come nella specie, "la Commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale e ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura 'casi speciali' ai sensi del presente comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato».
Par di comprendere dal testo della pronuncia che l'illegittimità sia stata pronunciata in relazione alla cessazione di misure di accoglienza nei CAS (Centro di accoglienza straordinaria) e non nello SPRAR/SIPROIMI.

In senso conforme il medesimo Tar Basilicata con le sentenze nn. 564/2019, 324/2019 e 325/2019.

Il Tar Basilicata ha, tuttavia, mutato orientamento a partire dalla sentenza n. 717/2019, cui sono seguite le pronunce nn. 720, 721, 722, 723 e 729 del 2019, ritenendo inapplicabile il principio di irretroattività in quanto inconferente, poiché già anteriormente alla riforma del d.l. n. 113/2018 l'art. 14 d.lgs. 142/2015 limitava l'accoglienza alla fase amministrativa ed eventualmente giudiziaria sulla decisione sulla domanda di protezione del richiedente asilo. Secondo il Tar, infatti, che espressamente si discosta dal precedente orientamento, «*L'art. 14, co. 4, del d.lgs. n. 142 del 2015 è netto nello stabilire che "le misure di accoglienza sono assicurate per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 4 del decreto legislativo 28.1.2008, n. 25, e successive modificazioni, e, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione". Tale disposizione, che non è stata interessata da alcuna sostanziale modificazione a opera del d.l. 113 del 2018, reca una ben definita limitazione temporale del periodo di fruizione delle cennate misure di accoglienza, circoscrivendolo alle sole fasi dell'iter amministrativo sotteso all'adozione della decisione sull'istanza di riconoscimento della protezione internazionale e dell'eventuale esperimento dei rimedi giurisdizionali all'uopo apprestati dall'ordinamento, senza in alcun modo implicare, come fa mostra di ritenere parte deducente, estensioni di sorta finalizzate a supportare i percorsi di inserimento sociale dei beneficiari*».

Sempre in tema di *cessazione delle misure di accoglienza*, va segnalato l'orientamento del *Tar Calabria, Catanzaro*, che in un primo momento, con le sentenze nn. 1492, 1493, 1494, 1495, 1496, 1497 del 2019, investito della questione della cessazione delle misure di accoglienza a seguito di riconoscimento della protezione umanitaria e motivate dall'autorità prefettizia in applicazione del d.l. 113/2018, ha annullato i provvedimenti di cessazione in quanto «*l'art. 1, co. 8, stabilisce l'intangibilità dei permessi umanitari validi ed efficaci alla data di entrata in vigore della nuova legge, indicando, tuttavia, come dies ad quem, la scadenza legale del titolo di soggiorno (cfr. Cass. civ., sez. I, 19.2.2019 n. 4890 e 3.5.2019 n. 11749-11750-11751); in ogni caso, il successivo comma 9 prevede che debba essere rilasciato un peculiare permesso di soggiorno recante la dicitura "casi speciali", anche per l'ipotesi in cui, alla data di entrata in vigore del decreto, la Commissione territoriale abbia valutato come sussistenti gravi motivi di carattere umanitario, ma il relativo permesso non sia ancora stato emesso*». In sostanza, l'illegittimità era stata pronunciata per contrasto con la disciplina transitoria recata dalla indicata disposizione del d.l. 113.

Tuttavia, con successive pronunce – sentenze nn. 1639, 1641, 1642, 1643 del 2019 – il medesimo *Tar Calabria, Catanzaro*, ha mutato espressamente orientamento affermando che «*a una più meditata analisi, tale soluzione non si manifesta condivisibile*», perché l'art. 14 d.lgs. 142/2015 limita l'accoglienza fino alla decisione definitiva. Secondo il nuovo orientamento, infatti, «*una volta che sia stata concessa una forma di protezione, nel caso di specie la protezione umanitaria, la misura di accoglienza cessa, salva la possibilità di accesso ai servizi di accoglienza di secondo livello forniti nell'ambito del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati di cui all'art. 1-sexies d.l. 30.12.1989, n. 416, conv. con mod. con l. 28.2.2990, n. 39.*
Il d.l. n. 113 del 2018 non ha mutato tale aspetto della disciplina, sicché non ha ragione d'essere la discussione circa la retroattività o meno delle novità normative apportate dalla nuova legislazione».
Decisione che suscita perplessità, perché non considera che la riforma recata dal d.l. 113/2018 ha abrogato i due "livelli" del Sistema di accoglienza (oggi solo Centri di accoglienza straordinaria – CAS – per i richiedenti asilo, e SIPROIMI/*ex* SPRAR per i titolari di protezione internazionale, minori stranieri non accompagnati, e parte dei nuovi permessi introdotti dalla riforma 2018) e non prevede più l'ingresso nei SIPROIMI (*ex* "secondo livello") dei titolari di permessi umanitari/casi speciali.
Questione affatto affrontata dal Tar calabrese.

La revoca delle misure di accoglienza

Con sentenza n. 5091/2019 il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto dal Ministero dell'interno avverso una pronuncia del Tar Molise (n. 502/2018) con cui era stato dichiarato

illegittimo il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza perché aveva applicato l'art. 23, d.lgs. 142/2015 ad un richiedente asilo accolto in un CAS, mentre detta norma sarebbe riservata ai soli richiedenti ospitati in uno SPRAR.
Il Consiglio di Stato censura detta statuizione affermando che, pur nella disciplina previgente la riforma di cui al d.l. 113/2018, il richiamo operato dall'art. 23, d.lgs. 142/2015 ai Centri di cui all'art. 14 del medesimo d.lgs. (all'epoca: gli SPRAR) non giustifichi una disparità di trattamento rispetto a coloro che sono ospitati in un CAS. Secondo il Giudice di legittimità, infatti, «*I CAS costituiscono misure straordinarie, ma la loro straordinarietà non ne modifica la funzione. Essi, come del resto previsto dall'art. 11 co. 2, d.lgs. 142/2015, devono pertanto rispettare gli stessi principi prescritti per i Centri governativi di prima accoglienza, in primis sul versante della sicurezza.*» e differenziare le regole alle quali tutti i richiedenti sono tenuti, nelle strutture che li ospitano, comporterebbe «*un'inevitabile disparità di trattamento dei cittadini richiedenti protezione internazionale in ragione della – non programmabile – collocazione nelle diverse strutture di accoglienza*».
Precisa il Consiglio di Stato che nel regime previgente la riforma del 2018 (che ha abrogato il richiamo all'art. 14, d.lgs. 142/2015 per i richiedenti asilo, da allora ospitabili solo nei CAS e non più negli SPRAR), «*l'equivoco riferimento dell'art. 23, co. 1, d.lgs. 142/2015, all'art. 14 della medesima fonte, deve leggersi quale riferito all'intero Sistema dell'accoglienza e dunque all'ospitalità fornita presso i Centri straordinari in aggiunta ai Centri governativi saturi*».

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3122/2019 ha, invece, confermato una pronuncia del Tar Toscana (n. 570/2018) che aveva annullato un provvedimento di revoca delle misure di accoglienza per un richiedente asilo a causa di un *isolato mancato rientro notturno* nella struttura pubblica.
Il Consiglio di Stato afferma di non condividere la tesi esposta dal Ministero dell'interno, appellante, secondo cui un solo mancato rientro comporta automaticamente la revoca delle misure di accoglienza, escludendo ogni automatismo e dovendo, invece, valutato la specificità del caso (in quello oggetto di ricorso il richiedente aveva giustificato il mancato rientro notturno a causa della perdita del mezzo di trasporto per raggiugerlo e della mancanza di credito telefonico).
Interessante la parte della sentenza ove si distingue il concetto di "abbandono" da quello di "allontanamento": «*[...]l'art. 23, co. 1, lett. a), d.lgs. 18.8.2015, n. 142 fa inequivoco riferimento all'"abbandono" del Centro di accoglienza, espressione distinta da quella di "allontanamento" e nella quale è insito il riferimento implicito ad un coefficiente di tipo soggettivo implicante l'intenzionalità della scelta dello straniero di fare a meno in modo definitivo del dispositivo di accoglienza. Tale volontà appare contraddetta, nel caso di specie, dalla brevità e dalla occasionalità della condotta di allontanamento posta in essere dallo straniero, mai accompagnata da manifestazioni di rifiuto dell'accoglienza prestatagli o da comportamenti di altro tipo in tal senso concludenti*».

Viene, dunque, valorizzata non solo la non vincolatività della revoca ma la stessa volontà del richiedente per come emerge dai concreti accadimenti.
Il Consiglio di Stato evidenzia un ulteriore aspetto, ovverosia l'importanza di valutare, ai fini della verifica della legittimità della revoca, l'incidenza che l'abbandono della struttura di accoglienza ha sulla struttura stessa. Infatti, «*Sempre sul piano dei principi, se riguardato sotto il profilo della ratio della disposizione normativa, deve ritenersi che il comportamento di abbandono preso in considerazione dall'art. 23 integri una violazione delle regole al cui rispetto è subordinata l'accoglienza, nella misura in cui tale condotta non consenta all'Amministrazione di disporre effettivamente del posto occupato presso la struttura per le esigenze di un altro ospite (cfr. Tar Napoli, sez. VI, 24.5.2018, n. 3419; Tar Molise, sez. I, 21.6.2018, n. 400*)».
Secondo il Giudice amministrativo d'appello l'occasionale ed isolata assenza notturna dalla struttura avrebbe potuto, al più, far rientrare il caso nell'ipotesi della cd. revoca discrezionale, di cui all'art. 23, lett. e), d.lgs. 142/2015 («*violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture*»), che proprio perché discrezionale necessita di adeguata ed approfondita motivazione, insussistente nel caso esaminato.

A conclusioni diverse è pervenuto lo stesso Consiglio di Stato, nella sentenza n. 7018/2019, in cui è stata ritenuta legittima la revoca delle misure di accoglienza a seguito di un solo mancato rientro notturno del richiedente asilo nella struttura di accoglienza, poiché non fornita la prova dell'unicità dell'episodio e dei tentativi vani di rientrare tempestivamente nella struttura, In ogni caso, secondo l'Alto Consesso, anche un singolo episodio va sanzionato, perché il richiedente si sottrare al "controllo dell'autorità" ed essendo la sanzione automatica.
Così il Consiglio di Stato (che evidentemente non ha un omogeno orientamento): «*la circostanza (peraltro, giova ribadirlo, meramente allegata dall'appellato ma della quale non è fornita alcuna prova) per cui si sarebbe trattato di un solo episodio non varrebbe a mutare il predetto quadro, dal momento che anche un solo mancato pernottamento nel Centro, integra comunque una grave violazione delle regole della struttura, in quanto per tale via lo straniero si sottrae del tutto al controllo dell'autorità, per finalità e ragioni che non sono state adeguatamente chiarite, e provate, nemmeno in questa sede. La circostanza genericamente indicata della perdita dell'unico treno disponibile non vale, di certo, con la pretesa automaticità, a costituire un'esimente, vieppiù in mancanza di una circostanziata ricostruzione dei tentativi di rientro asseritamente svolti e soprattutto di qualsivoglia tempestivo sforzo per avvertire la struttura del suddetto impedimento*».

Palese, nelle due pronunce qui rassegnate, la diversità di approccio e di lettura della normativa vigente, l'una sostanziale l'altra formale. Preoccupa il richiamo alla esigenza che il richiedente non si sottragga al "*controllo dell'Autorità*", evocata nella sentenza n. 7018/2019, che pare

più pertinente ai luoghi di detenzione che a strutture alloggiative per persone, i richiedenti asilo, che dovrebbero godere della liberà di movimento, alla pari di tutte le persone libere.

I PROVVEDIMENTI *ex* REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

Obbligo informativa scritta per il richiedente asilo destinatario di un provvedimento di rinvio Dublino

A seguito della pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 8044/2018, che ha statuito la competenza del giudice ordinario anche per i provvedimenti di rinvio adottati in base al regolamento cd. Dublino III, n. 604/2013, assunti prima della riforma attuata con il d.l. n. 13/2017 (il cui art. 3 assegna espressamente la competenza al giudice ordinario), le pronunce da rassegnare riguardano decisioni assunte dal Tribunale, sezione specializzata immigrazione ed asilo.

Va, comunque ricordato che i principi espressi in precedenza dalla giurisprudenza amministrativa sono rilevanti anche davanti al giudice ordinario, tra i quali, per la loro importanza, quelli che riguardano la violazione del diritto del richiedente ad un effettivo colloquio, di cui agli artt. 4 e 5 regolamento Dublino, e del diritto ad avere un'informativa scritta sui diritti esercitabili, poiché solo nel rispetto delle precise ed autonome regole procedimentali il richiedente asilo, astrattamente rinviabile in un Paese diverso dall'Italia perché ritenuto competente all'esame della domanda di protezione, ha la possibilità di far valere criteri alternativi a quello del Paese di primo arrivo. In questo senso si richiamano le pronunce del Consiglio di Stato nn. 4200 e 4199 del 2015, nn. 6054 e 6055 del 2018, secondo le quali è imprescindibile l'effettività dell'informativa scritta, la cui mancanza rende totalmente illegittimo il provvedimento di rinvio.

In applicazione di tali principi si vedano Trib. L'Aquila 23.5.2019 , Trib. Milano 27.5.2019 , Trib. Roma 26.6.2019 .

La competenza territoriale per i ricorsi avverso i provvedimenti di rinvio Dublino

Una nuova questione si è posta nel nuovo regime processuale con riguardo alla *competenza territoriale*. Dopo la riforma del 2017, infatti, tutte le controversie afferenti un provvedimento di rinvio Dublino sono state promosse davanti al Tribunale di Roma, sezione specializzata immigrazione ed asilo, ai sensi dell'art. 3, co. 1 lett. e-*bis* d.l. 13/2017, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 46/2017 (*e-bis*) *per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013)* e dell'art. 4 del medesimo d.l., il cui comma 1 stabilisce che «*Le controversie e i procedimenti di cui all'art. 3, co. 1, sono assegnati alle sezioni specializzate di cui all'art. 1. È competente territorialmente la sezione specializzata nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il*

provvedimento impugnato», precisando, tuttavia, al comma 3 che nel caso di richiedenti ospitati presso strutture pubbliche di accoglienza il Tribunale competente è quello ove ha sede detta struttura.
Nulla di specifico conteneva l'art. 4 d.l. n. 13/2017 con riguardo ai provvedimenti cd. Dublino ed è solo con il d.l. n. 118/2018 che è stato introdotto, al suddetto art. 4, il co. 2-*bis* a mente del quale «*Per l'assegnazione delle controversie di cui all'art. 3, co. 3-bis, del decreto legislativo 28.1.2008, n. 25, l'autorità di cui al comma 1 è costituita dall'articolazione dell'Unità Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno nonché presso le prefetture-uffici territoriali del Governo che ha adottato il provvedimento impugnato*».
Il *Tribunale di Roma*, sezione specializzata immigrazione ed asilo, con varie pronunce del 2018 ha declinato la propria competenza territoriale, a favore di quella del Tribunale nel cui distretto ha sede la struttura di accoglienza se il richiedente asilo sia in essa ospitato, ritenendo applicabile anche a questi specifici provvedimenti la clausola di prossimità delineata dall'art. 4 d.l. n. 13/2017.
Altri Tribunali, invece, davanti ai quali sono state proposte impugnazioni per l'annullamento dei rinvii Dublino, si sono dichiarati territorialmente incompetenti ed altri ancora hanno accettato la loro competenza ma le decisioni sono state impugnate davanti alla Corte di cassazione, davanti a cui è, dunque, arrivata la questione a seguito di regolamento di competenza.
Con varie pronunce *la Cassazione* ha affermato che la *competenza vada attribuita al Tribunale di Roma* e ciò in applicazione della previsione normativa di cui all'art. 4 d.l. n. 13/2017, inapplicabile *ratione temporis* la riforma recata con il d.l. n. 113/2018. In questo senso si vedano le ordinanze nn. 18755, 18756, 18757 del 2019, nelle quali il giudice di legittimità ha escluso una competenza diversa da quella di Roma, nel caso di decisioni adottate dall'Unità Dublino, che ha sede presso il Ministero (ma anche per quelle che saranno articolate presso le prefetture, ancora inattuate), in quanto l'art. 4 d.l. n. 13/2017 non pone alcuna deroga nel caso di questi specifici provvedimenti. Secondo la Cassazione, infatti, «*non può operare alcun collegamento territoriale tra la struttura di accoglienza e l'autorità che ha emesso il provvedimento perché tale autorità ha un'unica sede ed anche per il futuro il legislatore ha escluso un'articolazione distribuita territorialmente secondo il modello delle Commissioni territoriali, ma soltanto una ripartizione delle competenze in tre prefetture*» (Cass. 18757/2019).

Successivamente alle decisioni della Cassazione il *Tribunale di Roma* ha, tuttavia, continuato a ritenersi incompetente, dichiarando espressamente di dissentire da esse, ciò che non potrà che determinare il rinvio alle Sezioni Unite.

Con decreto 22.7.2019 il Tribunale di Roma ha, infatti, affermato che nel mentre l'art. 4, co. 1 d.l. n. 13/2017 descrive la generale competenza territoriale del Tribunale, sezione specializzata, quando siano impugnati i provvedimenti indicati nell'art. 3 ed attribuiti alle sezioni specializzate, tra i quali i provvedimenti cd. Dublino, l'art. 4, co. 3 del medesimo d.l. n. 13 individua una autonoma determinazione del foro territorialmente competente nel caso in cui il richiedente sia accolto in una struttura pubblica, senza distinguere a seconda del tipo di provvedimento impugnato ed al comma.
Precisa il Tribunale di Roma che l'introduzione del comma 2-*bis* a detto art. 4, ad opera del d.l. n. 113/2018, si è resa necessaria poiché nella riforma è stata ipotizzata un'articolazione dell'Unità Dublino anche presso 3 prefetture da individuarsi con successivo decreto, ma non ha inciso affatto sulla competenza territoriale già delineata.
Inoltre, non è convincente neppure il passaggio motivazionale delle pronunce della Cassazione ove si richiama la *ratio* della prossimità del Tribunale, sia per il richiedente asilo accolto in una struttura pubblica che per la Commissione territoriale, che sarebbe però limitata alle impugnazioni avverso i provvedimenti che negano il riconoscimento della protezione internazionale perché solo in tali ipotesi si rinviene un preciso collegamento territoriale. Il giudice romano ritiene, invece, che tale prospettazione non sia corretta, perché non tiene conto che il collegamento territoriale viene meno, ad esempio, in caso di trasferimento del richiedente asilo in una struttura collocata geograficamente fuori dal distretto giudiziale originariamente competente se egli abbia già svolto l'audizione davanti alla Commissione territoriale (art. 4, co. 5, d.lgs. 25/2008); oppure nel caso in cui la Commissione nazionale asilo decida di assegnare l'esame ad Commissione territoriale diversa da quella esistente nel luogo ove il richiedente è accolto.
In conclusione, il Tribunale di Roma ritiene che la *ratio* effettiva, di prossimità del ricorrente al luogo ove vive per agevolare il suo diritto di difesa, debba essere inteso per tutti i provvedimenti che lo riguardano, relativi all'intera condizione di richiedente asilo.
In termini si veda anche Tribunale di Roma 18.9.2019 .
In termini analoghi al Tribunale romano si pone anche il Tribunale di Milano, che, adito in riassunzione a seguito di rinvio da Roma, ha dichiarato la propria competenza territoriale (Trib. Milano 26.7.2019).

Si vedrà come la questione verrà risolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, davanti a cui inevitabilmente verrà rinviata la questione, tenuto conto che vari Tribunali si stanno adeguando ai principi della Cassazione rinviando nuovamente i ricorsi davanti al Tribunale di Roma, che potrà/dovrà sollevare d'ufficio il regolamento di competenza. Nell'attesa, è indubbio che a rimetterci sono i richiedenti asilo a rischio rinvio, i quali dovranno aspettare molto tempo prima di avere certezza della loro condizione.

Il rinvio verso Paesi che non garantiscono condizioni idonee o nei quali vi sia rischio di rinvio in Paesi di origine nei quali possano verificarsi trattamenti inumani o degradanti

Con decreto 12.4.2019 il Tribunale di Genova ha annullato il provvedimento con cui una richiedente asilo e la figlia minore erano state destinatarie di un provvedimento di rinvio Dublino *verso la Croazia*, ove avevano formulato domanda di riconoscimento della protezione internazionale ma avevano lasciato il Paese e la struttura di accoglienza ove erano ospitate a causa della totale inadeguatezza delle stesse.

In applicazione dell'art. 3, par. 2 regolamento n. 604/2013 («*qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente*») il Tribunale ha accertato, attraverso molteplici fonti di informazione che in Croazia l'inadeguatezza del sistema di accoglienza e comunque un «sistema amministrativo e giudiziario, in materia di migrazione, nel quale sono assenti i principi della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, oltre che un confronto, anche solo consultivo, con l'Alto Commissariato e con le ONG», richiamando anche la sentenza della «*Corte di Giustizia dell'UE [che] ha deciso che la Croazia ha agito in violazione del regolamento di Dublino, consentendo il transito di migranti attraverso il Paese nel corso del 2015, senza esaminare le domande di protezione internazionale*», evidenziando che, nonostante l'impego assunto di accogliere 1600 richiedenti asilo in ricollocazione, dopo mesi ne sono stati ricollocati solo 100 e che «*nel mese di giugno è stato introdotto in Croazia un emendamento alla legge sulla migrazione che prevede il divieto di accesso all'assistenza base (alloggio, salute, cibo) per gli irregolari, con eccezione ai casi di emergenza*».

Il Tribunale mostra di avere esaminato numerosi *Report* attestanti le gravissime condizioni dei Centri di accoglienza, le violenze perpetrate ai danni dei richiedenti asilo, la chiusura delle frontiere, ecc. ecc.

All'esito dell'approfondito accertamento, il giudice ligure ha annullato il provvedimento di rinvio della richiedente asilo e della figlia minore in Croazia per proteggerle dal «*rischio che il provvedimento impugnato esponga il ricorrente alla possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*».

Con decreto del 10.5.2019 il Tribunale di Roma ha annullato il provvedimento di rinvio di un richiedente asilo del *Pakistan verso l'Austria*, sia per violazione dell'obbligo di informativa effettiva, di cui agli artt. 4 e 5 reg. n. 604/2013, sia per evitare il rischio di rimpatrio in Pakistan ove secondo il Tribunale è accertata una situazione di violenza indiscriminata.

Decisione cui il Tribunale è pervenuto in applicazione dell'art. 17 regolamento Dublino (cd. clausola discrezionale, in deroga ai criteri ordinari di determinazione dello Stato competete all'esame della domanda di protezione internazionale) in quanto «*La Corte di giustizia UE ha più volte ribadito (v da ultimo la pronuncia su rinvio pregiudiziale della Quinta sezione del 16 febbraio 2017 nella causa C- 578/16 PPU C.K., H.F., ed A.S.), che il potere discrezionale attribuito agli Stati membri dall'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III, fa parte integrante del sistema di determinazione dello Stato membro competente elaborato dal legislatore dell'Unione, o in altre parole costituisce esso stesso un criterio di competenza stabilito dal diritto dell'Unione*».
Accertata, dunque, la situazione in Pakistan di estrema conflittualità, sociale e politica, attraverso pertinenti fonti di informazione, il provvedimento di rinvio in Austria è stato annullato.

Con decisione del 5.6.2019 il Tribunale di Roma ha annullato un provvedimento di rinvio di un richiedente asilo dell'*Afghanistan verso la Norvegia*, dopo che in questo Paese egli aveva già presentato domanda di asilo, che era stata rigettata, e rischiava pertanto di essere rinviato in Afghanistan in caso di suo ri-trasferimento in Norvegia. Si evince dal decreto qui in rassegna che la protezione internazionale era stata esclusa dalla Norvegia per ritenuta insussistenza di una situazione di violenza generalizzata ed indiscriminata nell'area del Paese afghano di provenienza del richiedente.
Partendo dal presupposto secondo cui in caso di rinvio in Norvegia (che aveva accettato la ripresa in carico) con certezza il richiedente sarebbe stato rimpatriato in Afghanistan, il Tribunale di Roma ha applicato l'art. 17 del regolamento n. 604/2013 (cd. clausola discrezionale), richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui la verifica del rischio di assoggettamento a trattamenti inumani e degradanti rappresenta uno dei criteri di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale. Richiamando specifiche fonti di informazioni sulla situazione in Afghanistan e ritenuto che in esso vi siano svariate violazioni di diritti umani, il Tribunale ha annullato la decisione di rinvio in Norvegia.

DIRITTI DEI RICHIEDENTI ASILO E DEI TITOLARI DI PROTEZIONE

Il rinnovo del permesso per protezione internazionale

Con ordinanza del 2.7.2019 il Tribunale di Roma ha censurato il comportamento della questura di Roma che aveva rifiutato il rinnovo del permesso di soggiorno per asilo, di cui l'interessata era titolare dal 2008, sul presupposto della mancanza di un domicilio, ritenuto inidoneo quella virtuale nel Comune di Roma per i cd. senza fissa dimora e dunque sostanzialmente irreperibile la cittadina straniera.

La censura del Tribunale è motivata innanzitutto sul difetto di competenza della questura in relazione al rinnovo del permesso di soggiorno per asilo, «*essendo tenuta obbligatoriamente al rilascio del titolo (Cass. SU, ord. n. 11535/09; Cass. n. 26641/2016; Cass. n. 16221/2012; Cass. n. 26481/2011*)».
Inoltre, la questura non poteva neppure qualificare negativamente il domicilio virtuale delle persone senza fissa dimora stabilito dal Comune di Roma, che solo ha il potere di accertare la fittizietà o meno della dimora nel proprio territorio.
Infine, poiché la residenza è un diritto soggettivo «*l'indirizzo virtuale che i Comuni assegnano alle persone senza fissa dimora costituisce uno strumento di attuazione di un diritto soggettivo (ad esercitare i diritti che discendono dalla residenza) e non può costituire un ostacolo all'esercizio di tali diritti, ivi compreso quello al rinnovo del permesso di soggiorno*».

In termini analoghi sempre il Tribunale di Roma con decreto 25.6.2019 .

La formalizzazione della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale
Con ordinanza 29.7.2019 il Tribunale di Napoli ha censurato il comportamento della questura di Napoli che, essendosi dotata di un sistema di prenotazione *on line* degli appuntamenti per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale, non aveva di fatto consentito ad un richiedente asilo del Salvador di formalizzare la sua domanda e conseguentemente di essere immesso nel sistema pubblico di accoglienza, stante la sua indigenza. Il richiedente ha dimostrato di avere provato, da marzo a giugno 2019, a prenotare l'appuntamento senza riuscirci e a nulla sono valse anche le diffide inoltrate attraverso un legale, costretto, pertanto, a rivolgersi al Tribunale con un ricorso d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c.
Il Tribunale di Napoli ha, innanzitutto, ritenuto la propria giurisdizione, essendo la formalizzazione della domanda di protezione propedeutica all'esame e pertanto diritto soggettivo espressamente previsto dalla legge e da esercitarsi in termini ragionevoli (art. 6, direttiva 2013/32/UE), afferente diritti fondamentali.
Ha, inoltre, ritenuta provata l'impossibilità di avere un appuntamento per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale e quanto al *periculum in mora* (danno grave ed irreparabile), presupposto per la tutela cautelare *ex a*rt. 700 c.pc., è stato ravvisato nel rischio di espulsione conseguente alla irregolarità del soggiorno, nonché in quello di lesione grave dei diritti umani in caso di rimpatrio in El Salvador.
Il Tribunale ha quindi ordinato alla questura di Napoli di «*ricevere e registrare la domanda di protezione internazionale di [...] nato a El Salvador il 26.11.96, nei tempi e nei modi indicati dall'art. 26 d.lgs 25/08, al più tardi entro 10 giorni dalla comunicazione del presente provvedimento*».

Sulla medesima impossibilità di prenotare un appuntamento per la formalizzazione della domanda di protezione internazionale, si veda anche *Tribunale di Napoli 2.5.2019* nella Rassegna in questa *Rivista* n. 2.2019.

Con decreto 21.8.2019 il Tribunale di Milano ha *ordinato alla questura di Milano di ricevere e formalizzare la domanda di riconoscimento della protezione internazionale* di un richiedente asilo che, recatosi in questura dopo avere segnalato per iscritto, attraverso una associazione, la volontà di chiedere protezione internazionale, si è visto trattenere in questura e destinatario di un ordine di espulsione dall'Italia.
Il Tribunale ha censurato il comportamento della questura meneghina poiché solo la Commissione territoriale è competente all'esame della domanda, mentre la questura ha la sola competenza/obbligo di ricevere e formalizzare la domanda, anche qualora ritenga trattarsi di domanda reiterata (nel caso esaminato, peraltro non dimostrata una precedente domanda di asilo in Italia).
Il giudice ha, altresì, censurato la pretesa della questura di Milano di formalizzare la domanda di protezione internazionale solo se il richiedente sia in possesso di residenza o di domicilio, in quanto la normativa richiede esclusivamente l'indicazione della dimora ai fini delle comunicazioni della procedura amministrativa (art. 6, d.lgs. 142/2015, artt. 10 e 11, d.lgs. 25/2008).

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

La questione della iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, postasi a seguito della riforma recata dal d.l. n. 113/2018, ha continuato ad essere oggetto di contenzioso giudiziale (si vedano le prime pronunce nella Rassegna in questa *Rivista* n. 2.2019).
Molti Tribunali hanno seguito il solco aperto dalle decisioni del Tribunale di Firenze, nel febbraio 2019, e del Tribunale di Bologna, nel maggio 2019, ritenendo di potere offrire una interpretazione sistematica al diritto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo anche dopo che il d.l. n. 113/2018 aveva affermato che il permesso di soggiorno per richiesta asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica.
I vari Tribunali, davanti ai quali sono stati promossi ricorsi d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., hanno sostanzialmente ribadito che per l'iscrizione anagrafica non esiste un "titolo" ma è necessaria la verifica dell'effettività della dimora e della regolarità di soggiorno, quest'ultima attestabile anche attraverso il permesso di soggiorno per richiesta asilo. Secondo i giudici, la riforma attuata con il d.l. n. 113/2018 ha inciso sulla procedura semplificata che il d.lgs. 142/2015 aveva introdotto per i richiedenti asilo accolti nelle strutture pubbliche di accoglienza, ma non aveva modificato né il regolamento anagrafico d.p.r. 223/89 né l'art. 6, co. 7, TU 286/98, che stabilisce la parità di trattamento tra cittadini e stranieri in materia di iscrizione anagrafica, con l'unica differenza dell'obbligo, per questi ultimi, di dimostrare la regolarità del

soggiorno in Italia. I Tribunali hanno richiamato i principi internazionali in materia di diritto alla residenza (Patto internazionale sui diritti civili del 1966 – Protocollo n. 2 alla CEDU, ecc.) e ritenuto che anche in forza di essi debba essere garantita l'iscrizione anagrafica al richiedente asilo, poiché persona regolarmente soggiornante (Trib. Genova 22.5.2019 – Trib. Prato 28.5.2019 – Trib. Lecce 4.7.2019 – Trib. Cagliari 31.7.2019 – Trib. Parma 2.8.2019 – Trib. Bologna 23.9.2019 – Trib. Bologna 23.9.2019).
Da evidenziare che, dopo il Tribunale di Firenze, anche il Trib. di Bologna, con decreto 1-8-82019 , adito in sede di reclamo dal Ministero dell'interno che lamentava di non essere stato coinvolto nel giudizio proposto dal richiedente asilo, ha affermato che il Ministero non è un contraddittore necessario nelle cause relative all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, poiché la funzione amministrativa è di competenza del Sindaco, pur nella sua qualità di ufficiale d'anagrafe.

Infatti «*se è vero che il Sindaco, in qualità di ufficiale di governo, non agisce come organo di vertice e legale rappresentante dell'Amministrazione comunale, ma nell'esercizio di una funzione dell'Amministrazione statale, è altrettanto vero che il Sindaco, nello svolgimento di tali funzioni, non perde la sua veste di parte, restando titolare della posizione sostanziale e conseguentemente della legittimazione ad agire a tutela delle funzioni a lui attribuite dalla legge. E invero la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. III, 1.12.2016 n. 5048), pur ritenendo sussistente un generale potere di annullamento da parte della "autorità superiore" quando sussista un rapporto di sovraordinazione di natura gerarchica, esclude tassativamente il potere del prefetto di annullare l'atto dell'ufficiale di stato civile*». Le due autorità (Sindaco e Ministero) sono dunque in rapporto di simmetria e non di gerarchia, in quanto il Ministero ha funzioni di vigilanza ed indirizzo.
Stante l'autonomia delle funzioni, il Ministero dell'interno può solo intervenire volontariamente nelle cause che afferiscono al diritto all'iscrizione anagrafica.
Altri Tribunali hanno ritenuto *impossibile offrire una lettura della riforma del 2018 nel senso di garantire il diritto anche al richiedente asilo di iscrizione anagrafica,* rivenendo nella nuova disciplina una discriminazione ai danni di una specifica categoria di cittadini stranieri – i richiedenti asilo – non giustificata da alcuna da ragionevolezza, rinviando pertanto alla Corte costituzione per lo scrutinio di legittimità.
Secondo detti Tribunali, la riforma del d.l. n. 113/2018 ha inteso negare che il permesso di soggiorno per richiesta asilo dimostri la regolarità di soggiorno del richiedente stesso, ai fini dell'iscrizione anagrafica, sia per la collocazione della norma introdotta, sia perché si deve tenere conto che la *ratio* del legislatore è stata espressamente quella di non consentire l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo (Relazione alla legge).
Ritenendo di non potere offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove previsioni normative, i Tribunali hanno rinvenuto in esse svariati profili di sospetta illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2 e ss. Costituzione e di varie norme internazionali, e

pertanto rinviando alla Corte costituzionale per lo scrutino della legittimità o meno della norma introdotta dal d.l. n. 113/2018.
Si vedano: Trib. Ancona 29.7.2019 – Trib. Milano 1.8.2019 e 16.8.2019 – Trib. Salerno 9.8.2019 – Trib. Ferrara 24.9.2019 .

L'iscrizione del richiedente asilo al S.S.N. in difetto di residenza

Con ordinanza 10.7.2019 il Tribunale di Napoli , adito con azione antidiscriminazione *ex* art. 44 TU 286/98, ha dichiarato illegittimo il rifiuto dell'ASL di Napoli di iscrizione al Servizio sanitario nazionale di un richiedente asilo titolare di specifico permesso di soggiorno in difetto di residenza, evidenziando che la vigente normativa non richiede affatto tale requisito ma la dimora nel territorio (art. 34, TU 286/98).

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Nel periodo qui considerato (maggio-agosto 2019) permangono alcuni orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, quale ad esempio il riconoscimento, da parte del giudice civile, dell'acquisto della cittadinanza *iure sanguinis* o l'atteggiamento restrittivo del giudice amministrativo riguardo all'acquisto della stessa per naturalizzazione. Piuttosto rare (e poco conosciute) risultano invece le pronunce sull'acquisto della cittadinanza da parte dei figli minorenni dei neo cittadini, soprattutto quando sorgono problemi relativi alla convivenza, come richiesto dall'art. 14 della legge organica. Ancora più rare sono poi le sentenze che affrontano i problemi collegati al riconoscimento dello *status civitatis* italiano a favore di coloro che nascono sul nostro territorio e non acquistano nessuna (altra) cittadinanza alla nascita. Addirittura eccezionali sono poi i casi di applicazione delle norme che attribuiscono la cittadinanza, dietro domanda, ai discendenti degli emigrati ai tempi dell'Impero austro-ungarico, soprattutto quando si verte in tema di legittimità costituzionale. Certamente non sporadiche sono invece le pronunce in materia di apolidia.

Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. Requisito relativo alla permanenza del vincolo coniugale; differenza rispetto alle cause ostative all'acquisto; principio del *tempus regit actum*.

Sul problema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, già oggetto di pronunce sia del giudice civile sia di quello amministrativo (v. questa *Rassegna*, fasc. 2/2019), è intervenuto il Consiglio di Stato, chiamato a decidere su un ricorso presentato dal Ministero dell'interno in riferimento all'art. 5 della l. 91/92, dunque in materia di acquisto della cittadinanza per matrimonio. Il Ministero lamentava infatti che il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. II-Salerno, nella sentenza n. 1153/2012, aveva erroneamente accolto il ricorso contro il provvedimento di diniego della cittadinanza italiana, presentata da una cittadina straniera, con una decisione fondata sulla norma testé citata. I giudici di Palazzo Spada (Cons. St., sez. III, sent. 29.4.2019 n. 2768) non possono ovviamente che condividere l'assunto del ricorrente e distinguere perciò il contenuto dell'art. 5, il quale contempla i presupposti attinenti al matrimonio e alla residenza ai fini della relativa richiesta, dal contenuto dell'art. 6, co. 1 lett. c, che invece prevede una valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione circa la sussistenza di gravi motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica. Di conseguenza, mentre nel primo caso si sarebbe in presenza di un diritto soggettivo, tutelabile di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria, solo nel secondo caso si tratterebbe di un interesse legittimo, per la violazione del quale è competente il giudice

amministrativo. Una ulteriore doglianza presente nel medesimo ricorso offre inoltre al Consiglio di Stato lo spunto per ribadire il principio del *tempus regit actum* in questa specifica materia, già enucleato nella recente decisione n. 1211 del 21.2.2019 (vedila anch'essa in questa *Rassegna*, fasc. 2/2019), malgrado venga giustamente sottolineato che la nuova formulazione dell'art. 5 è cristallina nello stabilire che la cessazione degli effetti civili del matrimonio non deve essere intervenuta fino al momento dell'adozione del decreto di attribuzione della cittadinanza di cui all'art. 7, alla luce della nuova formulazione dello stesso art. 5 ad opera del co. 11 dell'art. 1 della l. 94/2009.

Acquisto della cittadinanza *iure sanguinis*. Accertamento del possesso della cittadinanza per discendenza da cittadino italiano. Acquisto della cittadinanza a favore dei figli conviventi di chi acquista la cittadinanza; interpretazione della nozione di convivenza.
Riconoscimento della cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti.
Ancora una volta il Tribunale di Roma si è pronunciato sul riconoscimento della cittadinanza italiana nei confronti di discendenti di ex cittadine italiane, le quali – nel vigore della precedente legge organica del 1912 – avevano perduto il loro *status civitatis* di origine a causa del matrimonio con un cittadino straniero, salvo poi "recuperare" tale *status* grazie alle sentenze di illegittimità costituzionale delle relative norme (n. 87/75 e n. 30/83). La presente decisione (Trib. Roma, sent. 9.7.2019, in *Banca dati De Jure*) non si discosta dalle usuali motivazioni ripetutamente messe in luce nelle precedenti *Rassegne*.
Merita invece particolare attenzione una pronuncia del Tribunale di Milano relativa all'acquisto della cittadinanza italiana da parte dei figli di neo cittadini ai sensi dell'art. 14 della l. 91/92 (Trib. Milano, ord. 30.8.2019). Questa norma prescrive appunto tale acquisto a favore dei suddetti figli qualora minorenni e conviventi. Sotto quest'ultimo profilo, il caso all'esame dei giudici milanesi presentava alcune anomalie, dovute anzitutto alla sottrazione internazionale del figlio e al suo trasferimento in Francia da parte della madre, al successivo affidamento ai servizi sociali di quel Paese e ad una successiva sentenza di affidamento al padre neo cittadino italiano da parte del giudice francese. Il Tribunale di Milano nega anzitutto, anche alla stregua di alcune precedenti decisioni di merito, che il requisito della convivenza possa essere ravvisato nella semplice coabitazione di fatto. Una lettura costituzionalmente orientata del contenuto della norma identifica invece il legame familiare sottostante in quel complesso di rapporti che attengono alla condivisione, all'aiuto materiale ed al sostegno morale. Dunque, la convivenza va intesa come effettività del rapporto genitoriale, del vincolo affettivo, della condivisione materiale e morale delle vicende di vita che interessano il genitore ed il minore. Nel caso di specie, la sussistenza di queste condizioni era testimoniata dai continui contatti del padre con i servizi sociali francesi, dai viaggi in Francia del padre e da quelli in Italia della figlia, dal procedimento instaurato davanti al giudice francese e dal suo esito favorevole: in conclusione, il rapporto del ricorrente con la figlia minore non è mai cessato sul piano sostanziale.

Pur se in una diversa prospettiva, del tutto inusuale risulta l'applicazione ad opera della giurisprudenza dell'art. 1 della l. 14.12.2000, n. 379 (Disposizioni per il riconoscimento della cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti). Tale norma contempla i soggetti che – dopo essere nati e aver risieduto in territori appartenuti all'Impero austro-ungarico – sono da quei territori emigrati prima del 16 luglio 1920, data coincidente con l'entrata in vigore del Trattato di Saint Germain en Laye, stipulato tra le potenze alleate e l'Austria alla fine del primo conflitto mondiale, in virtù del quale, a causa della dissoluzione dell'Impero austro-ungarico, alcuni territori già appartenenti a quest'ultimo furono trasferiti al Regno d'Italia. Ai soggetti che da tali territori erano emigrati prima del 16 luglio 1920 – e oggi, evidentemente, ai loro discendenti – la l. 379/2000 concede la possibilità di ottenere la cittadinanza italiana, qualora abbiano reso una dichiarazione di acquisto della cittadinanza stessa, con le modalità previste dall'art. 23 della l. 91/92, entro il termine di cinque anni dall'entrata in vigore della legge stessa; tale termine è stato successivamente prorogato di ulteriori cinque anni dall'art. 28-*bis* del d.l. 30.12.2005, n. 273, recante «Definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti», convertito, con modificazioni, dalla l. 23.2.2006, n. 51.

Ancor più inusuale appare poi che la suddetta legge sia sottoposta ad un vaglio di costituzionalità: eppure una recente sentenza costituzionale affronta tale questione.

In particolare, i giudici del Palazzo della Consulta, sono stati chiamati a decidere la questione di legittimità della norma sopra citata unitamente a quella dell'art. 6 del d.l. 286/1998, sollevate in riferimento all'art. 3 Cost. dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa del Trentino Alto-Adige, sede di Trento. Il nucleo centrale di tali questioni risiedeva nella mancata previsione di uno speciale permesso di soggiorno che consentisse all'istante regolarmente residente in Italia di svolgere una attività lavorativa durante il lungo periodo di attesa del provvedimento accertativo del Ministero dell'interno. Non a caso il ricorrente chiedeva al giudice rimettente il risarcimento dei danni per la forzata interruzione di questa sua attività.

Nella loro dettagliata pronuncia (*Corte Cost., sent. 19.6.2019, n. 149*) i giudici costituzionali esaminano in modo approfondito l'incidenza del Trattato di pace del 1920 sullo *status civitatis* delle persone residenti nei territori passati sotto la sovranità delle c.d. Potenze vincitrici, ivi compresa l'Italia, e di quelle che erano invece emigrate all'estero dopo aver risieduto nei territori suddetti senza farvi ritorno nonché i ripetuti provvedimenti normativi volti ad offrire anche a questi ultimi (sia pure tardivamente) la possibilità di acquistare la cittadinanza italiana. Ed altrettanto minuziosamente vengono analizzate le norme legislative e regolamentari in tema di permesso di soggiorno «in attesa di cittadinanza». Pur riconoscendo l'iniquità della disciplina complessivamente considerata, la Corte dichiara inammissibili le questioni ad essa sottoposte in quanto fondate su norme inconferenti con la fattispecie sottostante, talune delle quali di fonte regolamentare, dunque esenti da ogni controllo di costituzionalità. Viene tuttavia contestualmente suggerita una lettura interpretativa estensiva, la qual consenta di garantire il diritto al lavoro anche in tali circostanze.

Acquisto della cittadinanza *iure soli*. Accertamento effettuato a distanza di molti anni di distanza dalla nascita. Nascita in territorio italiano in base all'atto formato anch'esso molto tardivamente. Impossibilità di reperire i genitori al fine di verificarne la possibilità di trasmettere la propria cittadinanza.

Risultano altrettanto insolite le sentenze in tema di applicazione dell'art. 1 c. 1 lett. b) della l. 91/92: ovvero, della norma che attribuisce la cittadinanza a chi nasce in territorio italiano se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. Il caso sottoposto alla Corte di Appello di Firenze traeva origine per di più da una domanda avanzata da un individuo ormai maggiorenne il cui atto di nascita era stato formato in Italia assai tardi e in base a dati presunti, dopo anni di vane ricerche effettuate su una presunta madre cittadina britannica, mai rintracciata. Per tutti questi motivi, era stato dichiarato apolide. Tuttavia, con il passar del tempo e nella consapevolezza della sua nascita in Italia il medesimo individuo rivendica la propria cittadinanza italiana, che potrebbe aver acquisito *iure soli* appunto alla nascita in quanto figlio di ignoti. Al rifiuto opposto dal Tribunale di Firenze, che ritiene prevalente il suo *status* di apolide, ma nel contempo possibile lo stato di filiazione dalla cittadina del Regno Unito, fa seguito invece l'esito vittorioso dell'appello. In una scarna ma incisiva pronuncia (App. Firenze, sent. 9.4.2019, n. 860) la Corte, dopo aver constatato che dall'atto di nascita del ricorrente risulta che questa è avvenuta in Firenze e che non vi è prova dell'esistenza della madre, dichiara lo *status* di cittadino italiano del soggetto in base appunto al criterio dello *ius soli*.

Accertamento dell'apolidia

Nel giugno del 2019 la Sez. I della Corte di Cassazione (sia pure in diversa composizione) ha affrontato due volte i problemi collegati all'accertamento dello *status* di apolide. Anzitutto, in una prima pronuncia (Cass., sent. 14.6.2019, n. 16114) ha censurato l'operato della Corte di Appello di Roma, la quale aveva dichiarato tale *status* nei confronti di un individuo nato e residente in Italia, figlio di una presunta cittadina bosniaca, anch'essa qui residente.

Secondo la Suprema Corte era necessario esigere dall'interessato la produzione di un certificato maggiormente dettagliato sulla cittadinanza della madre, rilasciato dalle autorità bosniache anziché limitarsi a vagliare il contenuto della legge di quello Stato in materia di cittadinanza (unica forma di collaborazione ottenuta dalle suddette autorità). Si può tuttavia ricordare che spesso sono proprio le leggi degli Stati della ex Iugoslavia che indicano il mancato acquisto delle rispettive cittadinanze per coloro che non tornano a risiedere nel territorio di origine.

Viceversa, la successiva pronuncia (Cass., sent. 19.6.2019, n. 16489) muove dal duplice ricorso di un individuo, anch'esso originario della Bosnia (che peraltro aveva abbandonato dopo la nascita, senza farvi più ritorno), sottoposto a molteplici provvedimenti di espulsione a volte annullati a volte trasformati in un forzoso trattenimento nel CIE di Ponte Galeria a causa della

mancata collaborazione della rappresentanza diplomatica in Italia di quello Stato che non l'aveva mai riconosciuto come proprio cittadino. Il Supremo Collegio ripercorre le vicende relative alla dissoluzione della ex Iugoslavia anche alla luce dei provvedimenti normativi emessi in materia di cittadinanza. Esso ricorda poi la definizione enucleata, da parte delle Sezioni Unite, dall'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1954 sullo statuto degli apolidi, secondo la quale è tale colui che si trova in un Paese di cui non è cittadino provenendo da altro Paese del quale ha perso formalmente o sostanzialmente la cittadinanza. La Corte giunge così a constatare lo *status* di apolide di fatto del ricorrente al quale estende (alla luce del principio universalistico relativo alla tutela universalistica della persona umana) la protezione prevista dall'art. 31 della Convenzione suddetta, ovvero il divieto di espulsione, anche muovendo dalla constatazione che i relativi provvedimenti erano stati assunti non sulla base di una pericolosità sociale, ma semplicemente dell'irregolarità del soggiorno dell'interessato sul territorio italiano.

GIULIA PERIN, MASSIMO PASTORE

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Ricongiungimento familiare in pendenza del giudizio sulla domanda di protezione internazionale

Con l'ordinanza n. 13104 del 15.5.2019, la prima Sezione della Corte di cassazione è stata chiamata a valutare se il richiedente asilo, nei cui confronti sia ancora pendente il giudizio sulla richiesta di riconoscimento della protezione internazionale, debba essere considerato come persona «regolarmente soggiornante» e abbia quindi diritto di chiedere la «coesione familiare» con il coniuge, ai sensi dell'art. 30, co. 1, lett. *b*), d.lgs. 286/98:
disposizione che prevede il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari «*agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato* [...]».
Secondo la sentenza della Corte d'appello di Roma impugnata per Cassazione, la ricorrente non poteva beneficiare della disposizione di cui alla lett. *b*) dell'art. 30, non essendo in possesso di un regolare titolo di soggiorno e «*non potendo in tal senso valorizzarsi la circostanza che all'epoca delle nozze fosse ancora pendente il giudizio sulla protezione internazionale, il cui effetto sospensivo (ancorché allora previsto dalla legge) non valeva a conferire regolarità al soggiorno, avendo carattere solo provvisorio* [...]».
Di altro avviso è invece la Suprema Corte, la quale con l'ordinanza in commento ha affermato che la ricorrente, avendo presentato la domanda di coesione familiare quando ancora pendeva nei suoi confronti un giudizio sulla richiesta di riconoscimento della protezione internazionale, doveva considerarsi «*"regolarmente soggiornante" nel territorio italiano*», essendo autorizzata a norma dell'art. 7, d.lgs. 25/2008 a rimanere nel territorio dello Stato fino alla decisione della Commissione territoriale, i cui effetti poi, in caso di decisione negativa, erano sospesi fino all'esito del giudizio impugnatorio, come allora prevedeva l'art. 35, co. 6, d.lgs. 25/08, poi abrogato.
Di qui l'illegittimità della decisione impugnata per Cassazione, con cui era stato negato l'esercizio del diritto alla coesione familiare, sull'unico presupposto della pretesa mancanza del requisito del regolare soggiorno, necessario per accogliere la domanda di coesione familiare ai sensi dell'art. 30, co. 1, lett. b), d.lgs. 286/98.

Segnalazione SIS, presenza di condanne passate in giudicato e ricongiungimento con coniuge italiano

È illegittimo il rifiuto del visto per ricongiungimento familiare di cittadino straniero coniugato con cittadina italiana che sia fondato solo sull'esistenza di una segnalazione nel SIS e sull'esistenza di condanne penali, nel caso in cui non vi sia una verifica che tale persona

costituisca una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per la sicurezza. La convivenza tra i coniugi non costituisce condizione per il rilascio del visto.
Con l' ordinanza del 17.7.2019, n. 13841, il Tribunale di Roma ha disposto il rilascio del visto per ricongiungimento familiare di un cittadino straniero coniugato con cittadina italiana cui l'Ambasciata italiana di Tunisi aveva negato il visto di ingresso sulla scorta della segnalazione del cittadino straniero nel sistema SIS e della presenza di condanne penali passate in giudicato. Secondo il Tribunale, il visto richiesto da un coniuge di cittadino italiano può essere rifiutato solo sulla base di una preliminare verifica della circostanza che questa persona costituisca una «*minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività*». Precisa l'autorità giudiziaria che la segnalazione nel sistema SIS dello straniero interessato al ricongiungimento, così come l'esistenza di condanne penali non determinano un automatico diniego del visto da parte dell'autorità consolare, essendo appunto necessaria una verifica in concreto della pericolosità dello straniero.
Neppure può avere rilevanza l'assenza di convivenza tra i coniugi, dal momento che, da un lato, la mera assenza di coabitazione non è sintomatica del venir meno dell'*affectioconiugalis*, dall'altro, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, nel caso di coesione familiare del coniuge del cittadino italiano o dell'Unione europea, non è necessario il requisito della convivenza effettiva, non previsto dal d.lgs. n. 30 del 2007 (Cass. 23.5.2013, n. 12745 e Cass. 6.3.2014, n. 5303).

Diritto al rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche e richiesta di certificato di matrimonio tradotto e legalizzato da un'autorità consolare italiana
Al termine del procedimento avviato a seguito della richiesta di rilascio del permesso per cure mediche, da parte del marito convivente con la moglie in stato di gravidanza, la questura di Roma rigettava la richiesta perché alla domanda non era allegato un certificato di matrimonio tradotto e legalizzato da un'autorità consolare italiana ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. 394/99, ma un estratto del certificato rilasciato dall'Ambasciata straniera e legalizzato dalla prefettura di Roma.
Dopo aver ripercorso i principi fondamentali dell'attuale disciplina del diritto all'unità familiare e della tutela dei minori, il Tribunale di Roma, con decreto del 26.7.2019 *ex* art. 700 c.p.c., adottato *inaudita altera parte*, ha riconosciuto in capo al ricorrente il diritto al rilascio del permesso di soggiorno, sussistendo la condizione di inespellibilità di cui all'art. 19, co. 2, lett. *d*), d.lgs. 286/98 e risultando invece «priva di pregio» la pretesa della questura di vedersi produrre un certificato di matrimonio tradotto e legalizzato presso l'autorità consolare italiana nel Paese di origine dei coniugi. Secondo l'autorità giudiziaria, il documento prodotto nel corso del procedimento (estratto del certificato di matrimonio, rilasciato dall'Ambasciata estera in Italia e legalizzato dalla prefettura di Roma) «*ha valore di piena prova del matrimonio legalmente contratto*», essendo del tutto equipollente al certificato nelle forme richieste dalla

questura, certificato quest'ultimo che può essere ottenuto in tempi molto più lunghi e con maggiori difficoltà.

Richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari e pericolosità sociale

Con ordinanza del 10.7.2019, il Tribunale di Torino ha accolto il ricorso avverso al decreto di rigetto della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, adottato dal questore per motivi di pericolosità sociale, accertando e dichiarando il diritto dell'interessato al rilascio del permesso di soggiorno e conseguentemente ordinando al questore di disporne il rilascio.

Il Tribunale rileva che, a fronte di alcune denunce e condanne per fatti assai risalenti nel tempo e per ipotesi di reato non particolarmente gravi, il diritto del ricorrente a mantenere l'unità del nucleo familiare va ravvisato innanzitutto nella sua posizione di padre di due minori che sono cittadini italiani. Trattasi di un diritto che può venire meno solo nel caso in cui il genitore, ancorché non convivente con il figlio minore italiano, sia stato privato della potestà genitoriale (art. 30, co. 2, lett. *d*), d.lgs. 286/98).

Al ricorrente deve inoltre essere riconosciuto il fatto di trovarsi in una condizione di inespellibilità, in quanto convivente con i due figli minori, cittadini italiani. Il Tribunale osserva come quando ricorra una tale condizione di inespellibilità, l'allontanamento dello straniero dal territorio italiano possa essere disposto solo dal Ministro dell'interno e solo per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, d.lgs. 286/98).

MINORI

Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998

L'autorizzazione al soggiorno in Italia prevista dall'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, può essere negata in caso di attività del genitore incompatibili con la sua permanenza in Italia; tuttavia, la condanna per un determinato reato non è automaticamente ostativa al rilascio dell'autorizzazione, ma il Tribunale per i minorenni, una volta accertata la sussistenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, a fronte del compimento da parte del familiare istante di attività incompatibili con la permanenza in Italia, dovrà effettuare un esame complessivo della condotta, cui segua un attento giudizio di bilanciamento tra l'interesse statuale alla tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale e il preminente interesse del minore.

Come è noto, l'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 è una delle disposizioni più tormentate del TU: sulla sua esatta portata è stato chiesto alla Corte di cassazione di pronunciarsi in numerosissime occasioni.

L'articolo, prevedendo la possibilità per il Tribunale per i minorenni di autorizzare la permanenza sul territorio italiano del genitore (o familiare) in deroga alle altre disposizioni in materia di immigrazione, in caso di gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del figlio

è una disposizione che, per la sua ampiezza, si presta infatti alle più diverse interpretazioni, come dimostra la sussistenza di orientamenti molto diversi da parte dei Tribunali per i minorenni.
Nel tempo la Corte di legittimità ha svolto il suo ruolo nomofilattico chiarendo numerosi punti dubbi.
Una delle questioni che, tuttavia, rimaneva aperta era quella del rilievo di eventuali comportamenti di rilievo penale tenuti dal familiare istante e quale peso dovessero avere nel procedimento instaurato avanti il Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, comma 3.
Su tale questione si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione con l'ampia sentenza del 12.6.2019, n. 15750 .
Con tale pronuncia, vengono fornite ai Tribunali per i minorenni indicazioni fondamentali quanto al giudizio che deve in concreto svolgersi nei procedimenti in esame.
In primo luogo, le Sezioni Unite chiariscono che la condotta pregiudizievole tenuta dal genitore istante può essere ragione non solo di revoca di un'autorizzazione già concessa, ma anche di mancato rilascio di una prima autorizzazione. Benché, infatti, il tenore letterale dell'art. 31, co. 3, secondo periodo, sembrerebbe avere ad oggetto solo la revoca dell'autorizzazione, «tale disposizione non consente di ritenere che l'attività incompatibile con la permanenza in Italia sia destinata a rilevare soltanto se sopravvenuta, dunque, in sede di revoca dell'autorizzazione già concessa, mentre sia ininfluente in fase di rilascio della stessa. Tale soluzione ermeneutica «presterebbe il fianco a dubbi di tenuta sul piano logico-sistematico»: per le Sezioni Unite, «con il comma 3 dell'art. 31, il legislatore del Testo unico ha inteso perseguire l'interesse del minore nel grado più elevato possibile, assicurandogli il godimento pieno del suo diritto fondamentale all'effettività della vita familiare e della relazione con i propri genitori, ma nel rispetto della basilare esigenza di protezione dalla criminalità del Paese che offre accoglienza».
Ciò precisato, le Sezioni Unite chiariscono quanto al giudizio da seguire che il giudice, investito della richiesta di autorizzazione ai sensi dell'art. 31, comma 3, «è chiamato in primo luogo ad accertare la sussistenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore che si trova nel territorio italiano; esaurito positivamente tale accertamento, a fronte del compimento da parte del familiare istante di attività incompatibili con la permanenza in Italia, potrà negare l'autorizzazione soltanto all'esito di un esame complessivo, svolto in concreto e non in astratto, della sua condotta, cui segua un attento giudizio di bilanciamento tra l'interesse statuale alla tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale e il preminente interesse del minore».
Conseguentemente, «il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso Testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero; nondimeno tale condanna è destinata a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto della istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con

l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario, ma non assoluto».

Minori non accompagnati. Competenza all'apertura della tutela

Spetta al Tribunale per i minorenni la competenza all'apertura della tutela di un minore non accompagnato, anche nel caso in cui un minore risulti affidato al fratello maggiorenne, con procura notarile dei genitori, non essendo tale atto idoneo a conferire la rappresentanza legale ad un soggetto diverso dai genitori, secondo la legislazione italiana.

La Corte di cassazione, con la decisione 3.4.2019, n. 9199 , è stata chiamata a chiarire se rientri nella condizione di minore non accompagnato, il minore che sia affidato in Italia alle cure di un parente diverso dal genitore. Nel caso concreto, si trattava di un minore albanese, affidato con atto notarile dai genitori al fratello maggiorenne che risiedeva regolarmente in Italia.

Il giudice tutelare, cui si era rivolto il fratello per l'apertura di una tutela, aveva trasmesso gli atti per competenza al Tribunale per i minorenni, ritenendo applicabile la legge n. 47/2017, in materia di minori non accompagnati.

Il Tribunale per i minorenni aveva sollevato regolamento d'ufficio di competenza, a norma dell'art. 47 c.p.c., co. 4, ritenendo che il caso trasmesso esulasse «*dalla definizione legislativa (di "minore non accompagnato") che richiede la contemporanea sussistenza di due elementi: la mancanza di assistenza per il minore e l'assenza di uno suo rappresentante legale sul territorio italiano*». Il minore in questione non sarebbe stato però privo di assistenza sul territorio, essendo affidato alle cure e alla custodia di un parente dimorante in Italia, come risultava da atto notarile a firma dei genitori. Ne discendeva la competenza del giudice tutelare all'apertura e alla nomina del tutore.

La Corte di cassazione dichiara di non condividere tale conclusione, osservando che deve considerarsi minore non accompagnato il minore «*privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano*» e che l'uso della disgiuntiva «e» indicherebbe la necessità della concorrenza di entrambe le condizioni.

Secondo la Suprema Corte, quando si parli di rappresentanza legale, la verifica va fatta alla stregua delle leggi vigenti nell'ordinamento italiano, «*il quale la conferisce ai soli genitori, ai quali non è consentito di delegarla in forma privatistica ad altri soggetti, neppure a prossimi parenti, qual è il fratello, mentre è consentita la partecipazione di costoro (genitori, parenti e affini) nel procedimento giurisdizionale previsto per la nomina del tutore*» (art. 348 c.c.). Conseguentemente, in un caso come quello indicato, la competenza spetta al Tribunale per i minorenni.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del secondo quadrimestre del 2019 le principali pronunce in tema di discriminazione hanno riguardato i rapporti dei cittadini extraUE con gli Enti locali determinando, in diversi casi, il rinvio alla Corte costituzionale. Si segnalano in particolare le rimessioni operate in relazione al diritto per i richiedenti protezione internazionale di ottenere l'iscrizione anagrafica rifiutata dai Comuni e quella operata in relazione all'accesso al reddito di inclusione negato in assenza di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno per lungo soggiornanti UE.

Divieto di iscrizione anagrafica

L'introduzione, ad opera dell'art. 13, co. 1, lett. a), n. 2) d.l. n. 113/18 convertito nella legge n. 132/2018, del comma 1-*bis* all'art. 4, d.lgs. 18.8.2015, n. 142: «Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 [ossia, il permesso di soggiorno per i richiedenti asilo] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30.5.1989, n. 223, e dell'art. 6, co. 7, d.lgs. 25.7.1998, n. 286» ha avuto come immediata conseguenza il rifiuto da parte di alcuni Comuni di operare l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. I Tribunali sono stati quindi investiti della decisione riguardo tale diniego. I giudici di Firenze, Bologna e Genova hanno ordinato l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo affermando la possibilità di fornire una interpretazione della norma costituzionalmente orientata (vedi ordinanza 18.3.2019 di Firenze in *Questione Giustizia* e *Banca dati Asgi*; ordinanza 2.5.2019 di Bologna e ordinanza 22.5.2019 di Genova tutte in *Banca dati Asgi*). Alle stesse conclusioni sono pervenuti di recente i Tribunali di Prato, Lecce, Cagliari e Parma (vedi ordinanza 28.5.2019 di Prato; ordinanza 4.7.2019 di Lecce; ordinanza 31.7.2019 di Cagliari e ordinanza 2.8.2019 di Parma, tutte in *Banca dati Asgi*).

Al contrario tale possibilità è stata esclusa dai giudici dei Tribunali di Ancona (ordinanza 29.7.2019), Milano (ordinanza 1.8.2019) e Ferrara (ordinanza 24.9.2019) – tutte reperibili in *Banca dati Asgi* – che invece hanno sollevato eccezione di illegittimità costituzionale della norma in relazione agli artt. 3 della Costituzione, dell'art. 2 del Protocollo IV della CEDU e dell'art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché degli artt. 10, 117, co. 1, Costituzione in relazione all'art. 2, § 1, del Protocollo n. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed altresì in riferimento agli artt. 14 CEDU e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

Ad avviso dei giudici di Firenze, Bologna e Genova, sulla base del criterio di interpretazione sistematica, era possibile un'applicazione in conformità alla Costituzione dell'art. 4, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 142/2015 perché detta disposizione deve essere intesa nel senso di escludere che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo costituisca, di per sé, titolo per l'iscrizione automatica all'anagrafe basata sulla sola domanda di protezione e sull'inserimento nella struttura di accoglienza, senza che ciò precluda comunque *in toto* la possibilità di iscrizione

anagrafica di questa categoria di stranieri. Merita segnalare che il Tribunale di Firenze ha specificato che le modifiche normative introdotte con il d.l. n. 113/2018 implicano che il permesso di soggiorno in Italia per richiesta di asilo non sia più titolo idoneo a comprovare la regolarità del soggiorno ai fini dell'iscrizione anagrafica, ma che tale condizione giuridica può essere provata attraverso altri documenti che attestino l'avvio del procedimento volto al riconoscimento della fondatezza della pretesa di protezione, quali il c.d. «modello C3» oppure il documento nel quale la questura attesta che il richiedente ha formalizzato l'istanza di protezione internazionale. Secondo questa impostazione, dall'intervento normativo di cui al d.l. n. 113/2018 non può desumersi un divieto di iscrizione anagrafica per il richiedente asilo ma, solamente, l'abrogazione della modalità semplificata di iscrizione all'anagrafe per i richiedenti asilo prevista dall'art. 5-*bis*, d.lgs. 142/2015, introdotto dalla l. n. 46/2017.
Di diverso avviso, come si è detto, sono stati i Tribunali di Ancona, Milano e Ferrara che hanno invece rimesso la decisione alla Corte costituzionale ritenendo che il divieto di iscrizione all'anagrafe, opposto ad una particolare categoria di stranieri (i richiedenti asilo), costituisce una ingiustificata compressione del loro diritto alla residenza e si pone peraltro in contrasto con «le esigenze di controllo sociale e sicurezza che proprio il legislatore si proponeva di perseguire» ed ha natura discriminatoria.
In particolare il Tribunale di Milano ha affermato che per realizzare il fine di far venir meno la procedura semplificata di iscrizione all'anagrafe per il richiedente asilo sarebbe stato sufficiente abrogare l'art. 5-*bis*, d.lgs. 142/2015 e, conseguentemente, l'iscrizione all'anagrafe del richiedente asilo sarebbe stata garantita dalla procedura ordinaria prevista dal combinato disposto del d.p.r. n. 223/1989, e dell'art. 6, co. 7, d.lgs. n. 286/1998. Secondo il Tribunale di Milano «Dalla lettura del comma 1-*bis* dell'art. 4, d.lgs. n. 142/2015 non può dunque ricavarsi il significato secondo cui per l'iscrizione anagrafica il richiedente asilo deve fornire all'amministrazione comunale un documento diverso dal permesso di soggiorno; si desume, invece, la contrarietà dell'ordinamento all'iscrizione anagrafica di chi è regolarmente sul territorio italiano in forza di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo». Muovendo dalla necessità di un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica, che tenga in considerazione la chiara intenzione del legislatore e considerando che «la norma di cui all'art. 4, co. 1-*bis*, l. 142/2015, così come modificata dall'art. 13, d.l. 113/2018 introduce un regime di carattere peculiare per i richiedenti protezione internazionale, permettendo agli stessi di avere un permesso di soggiorno temporaneo, nell'attesa della definizione della loro domanda di protezione internazionale», concludeva per la impossibilità di accedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame e ne rilevava il carattere discriminatorio ed i profili non conformi ai dettami costituzionali.
È opportuno segnalare che invece il Tribunale di Trento (con ordinanza 11.6.2019 in *Banca dati Asgi*) ha respinto i ricorsi non reputando discriminatoria la disposizione in esame.

Iscrizione al Sistema sanitario nazionale

Il Tribunale di Napoli Nord (vedi ordinanza 10.7.2019 in *Banca dati Asgi*) ha chiarito che la mancata iscrizione anagrafica non influisce sul diritto all'iscrizione al Sistema sanitario nazionale e che il rifiuto opposto dall'ASL Napoli 2 Nord di iscrivere un richiedente asilo nigeriano costituisce discriminazione ai sensi degli artt. 34 e 43 del TU. Secondo il Tribunale infatti «*l'iscrizione anagrafica non costituisce requisito necessario ai fini dell'erogazione dei servizi minimi essenziali, in ragione della protezione che lo Stato assicura ai richiedenti asilo, titolari di una condizione giuridica soggettiva a cui sono connessi diritti e obblighi peculiari, ex art. 117 della Costituzione*».
L'art. 34 TU, peraltro, assicura il diritto all'iscrizione obbligatoria al SSN – tra gli altri – ai titolari del permesso di soggiorno per richiesta asilo. Alcuna modifica in relazione a tale disposizione è intervenuta a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 113/2018 convertito in l. 132.

***Bonus* famiglia**

La Corte d'appello di Milano nella sentenza n. 463/19 (in *Banca dati Asgi*) ha affermato che costituisce discriminazione indiretta in danno degli stranieri la previsione, da parte della Regione Lombardia, del requisito di cinque anni di residenza nella Regione per entrambi i genitori al fine di attribuire il *bonus* famiglia riservato alle famiglie con ISEE inferiore a 20.000 euro e con attestazione di vulnerabilità da parte dei Servizi sociali del Comune, sottolineando che il requisito, introdotto dalla Regione Lombardia (il più elevato previsto sino ad ora dalle varie legislazioni regionali) è sproporzionato perché non è possibile presumere che lo stato di bisogno di chi risieda nella Regione da meno di cinque anni sia minore rispetto a chi vi risieda da più anni. Inoltre, pur essendo previsto sia per italiani che per stranieri, comporta l'esclusione di molte famiglie straniere sia perché normalmente gli stranieri hanno una minore anzianità di residenza, sia perché nelle famiglie straniere, a causa del meccanismo del ricongiungimento familiare, spesso i due genitori fanno ingresso in Italia e in Lombardia in momenti diversi.
Tale orientamento è stato condiviso anche dal Tribunale di Bergamo (vedi ordinanza 18.2019 ed ordinanza 21.8.2019 in *Banca dati Asgi*).

Reddito di inclusione

Il Tribunale di Bergamo con ordinanza 1.8.2019 ha sollevato questione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, d.lgs. 147/17 nella parte in cui prevede che i cittadini di nazionalità *extra* UE debbano essere titolari, per l'accesso al beneficio, di un permesso di soggiorno di lungo periodo anziché di un permesso a tempo determinato per lavoro o per altri motivi, affermando che la norma introduce una ingiustificata ed irragionevole discriminazione a sfavore dei cittadini di Paesi terzi legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato italiano, ma sprovvisti del permesso di lungo soggiorno, in violazione degli art. 2, 3, 31, 38,

117 della Costituzione, dell'art. 14 CEDU e degli artt. 20, 21, 33 e 34 CDFUE. In particolare il giudice ha evidenziato che la rimessione alla Corte costituzionale si era resa necessaria in quanto il diritto alla prestazione non può derivare dalla direttiva 2011/98 trattandosi di prestazione di contrasto alla povertà e quindi non rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/04 a cui la direttiva fa riferimento (in *Banca data Asgi*).

Discriminazione in base alla nazionalità

Il Tribunale di Como, con ordinanza 16.8.2019 (in *Banca dati Asgi*), ha ritenuto sussistente la discriminazione diretta per nazionalità nella condotta posta in essere dal Ministero dell'interno consistente nell'aver richiesto, alla cooperativa che aveva assunto una interprete di nazionalità peruviana, la sua immediata sostituzione in quanto, a giudizio della questura, in conseguenza della sua presenza si erano incrementate le domande di asilo di cittadini di nazionalità peruviana. Il giudice ha evidenziato che non solo la valutazione circa una correlazione fra la attività prestata dalla mediatrice e l'aumento delle domande di protezione formulate dai suoi connazionali era stata operata in modo approssimativo, ma ha altresì sottolineato che non era stato effettuato alcun confronto con le domande di asilo presentate da persone di nazionalità peruviana in altre città e neppure provato che, dopo il licenziamento della stessa, le domande fossero diminuite.

In conclusione il giudice ha rilevato che il licenziamento della mediatrice si era fondato su un sillogismo del tutto indimostrato e cioè che le domande di asilo dei cittadini peruviani si fossero incrementate a cagione dell'illegittimo interessamento di una persona che operava necessariamente all'interno dell'Ufficio immigrazione ed era della loro stessa nazionalità.

Discriminazione a mezzo stampa

Il Tribunale di Milano, con ordinanza 13.6.2019 (in *Banca dati Asgi*) ha accertato la natura discriminatoria della condotta dell'Editoriale Libero s.r.l. concretantesi nella pubblicazione dell'articolo «Turpe speculazione. Elenco dei papponi che si arricchiscono con la tratta dei neri. Nel 2016 fatturati milionari per Coop ed associazioni cattoliche».

Il giudice, dopo aver ricostruito la nozione di comportamento discriminatorio alla luce della vigente normativa ed avervi ricondotto anche le c.d. molestie subite in connessione ai medesimi motivi di razza o di origine etnica, ha operato una accurata disamina in fatto dell'articolo in questione alla luce delle indicazioni enunciate in materia dalla Cassazione per concludere che fosse evidente «*l'intenzione di Libero di indicare ai propri lettori la natura para-delinquenziale delle attività di accoglienza e dei fondi legittimamente ricevuti per svolgerle, aggravato dal riferimento alla cooperativa di Buzzi (protagonista dell'inchiesta su Mafia Capitale) e ad altre non menzionate strutture che sarebbero entrate nel mirino della AG*» ed ha escluso di poter riconoscere la scriminante del diritto di cronaca e di critica, ritenendo ingiustificata la lesione alla reputazione della cooperativa ricorrente.

Assegno di maternità di base e *bonus* bebè

Con diverse ordinanze depositate tutte il 17 giugno 2019 la Corte di cassazione, sezione lavoro, ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 1, co. 125 l. 190/14 (bonus bebè) e dell'art. 74 d.lgs. 151/01 (indennità di maternità di base) nella parte in cui prevedono le rispettive prestazioni per i soli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, anziché di permesso di soggiorno di almeno un anno ai sensi dell'art. 41 TU.

Va subito precisato che l'ordinanza n. 16167/2019 è riferita ad una fattispecie relativa alla indennità di maternità richiesta per un periodo antecedente il recepimento della direttiva 2011/98 e, di conseguenza, era inevitabile sottoporre al vaglio della Corte costituzionale la questione. Per quanto concerne il bonus bebè (vedi ordinanza n. 16164/19) che riguarda un diritto sorto nel periodo di piena vigenza della direttiva, la decisione è intervenuta nonostante la Corte costituzionale avesse sostanzialmente avallato l'operato dei giudici di merito che avevano disapplicato la norma nazionale in quanto contrastante con l'art. 12 direttiva 2011/98/, che prescrive l'obbligo di parità di trattamento.

In effetti la Corte costituzionale nella ordinanza 52/2019 aveva ribadito quanto esposto in una precedente ordinanza (n. 95 del 2017) evidenziando che il giudice remittente avrebbe dovuto prendere in esame la direttiva 2011/98/UE ed, in particolare, il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 come interpretato dalla Corte di giustizia e segnatamente la parità di trattamento fra cittadini italiani e cittadini extracomunitari per quanto concerne i settori della sicurezza sociale e valutarne l'applicabilità nel caso sottoposto al suo giudizio.

Tuttavia la Suprema Corte dopo aver riconosciuto la *pur concreta possibilità* di applicare la direttiva 98, ha invece scelto di sottoporre la questione della conformità circa il coordinamento tra norme nazionali e norme dell'Unione al controllo della Corte costituzionale richiamando la sentenza 63/19. Quest'ultima sentenza aveva comunque affermato «*il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»,* dunque, a maggior ragione, con i diritti derivanti dalle direttive dotate di efficacia diretta perché sufficientemente precise e operanti nei rapporti verticali, come nel caso della direttiva 2011/98. Al riguardo se è pur vero che il peculiare meccanismo della non applicazione *«non può realizzare effetti analoghi a quelli derivanti dalla pronuncia di incostituzionalità»* che ha effetti *erga omnes* ed evita le anomalie del cd «controllo diffuso» che affida la soluzione del conflitto tra ordinamenti al singolo giudice, non si può negare che in tal modo si entra in contrasto con i principi ripetutamente espressi dalla Corte di giustizia in merito all'obbligo di disapplicazione da parte del giudice ordinario.

Il Tribunale di Torino, con ordinanza 28.5.2019 (*in Banca dati Asgi*), ha ritenuto la condotta del Comune di Torino, consistente nell'aver negato l'assegno di maternità *ex* art. 74 d.lgs. n. 151/2001 alle madri cittadine *extra* UE titolari di permesso per motivi famigliari, di natura discriminatoria. In particolare si segnala che il giudice ha affermato l'obbligo del Comune di informare, dandone apposita pubblicità sul suo sito istituzionale, le madri straniere che non è necessaria la carta di soggiorno/permesso CE di lungo periodo essendo sufficiente il possesso di uno dei titoli di soggiorno previsti dall'art. 3 § 1 lett. b), c) della direttiva 2011/98/UE.

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

Decisioni della Cassazione in relazione al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento *ex* art. 14, co. 5 *ter* TU

La prima sentenza che merita di essere segnalata, anche per i suoi risvolti prasseologici, è la n. 29465/2019 della I sezione, che annulla senza rinvio una decisione di condanna emessa in primo grado in relazione al reato di cui all'art. 14, co. 5-*ter* TU.

La sentenza riafferma il principio di diritto secondo cui il giudice penale può disapplicare l'ordine del questore laddove il decreto prefettizio di espulsione *ex* art. 13, co. 2 TU, che ne costituisce l'atto amministrativo presupposto e che deve essere, sia pure sinteticamente, motivato, sia illegittimo e in particolare non rispetti il quadro normativo di riferimento. Nella fattispecie si trattava di un *decreto prefettizio emesso prima che si fosse completato l'iter giurisdizionale di verifica della legittimità della reiezione da parte della competente Commissione territoriale di una domanda di protezione internazionale, e che fosse cessato l'effetto sospensivo di tale contenzioso in sede civile ordinaria secondo la normativa vigente all'epoca* (d.lgs. n. 150 del 2011, art. 19, che aveva previsto l'applicazione del rito sommario di primo grado con conseguente assoggettamento dell'ordinanza del Tribunale all'appello, secondo la regola generale di cui all'art. 702-*quater* c.p.c.). Si tratta della normativa che prevedeva che il ricorso in sede giurisdizionale avverso il provvedimento di rigetto sospendesse l'efficacia dello stesso fino alla definitività della decisione dell'A.G. ordinaria, e dunque anche dopo la decisione negativa di primo grado. Nel caso in esame il provvedimento era stato emesso dopo la decisione confermativa di quella emessa in primo grado (e dunque ancora negativa) della Corte d'appello, ma prima che la stessa divenisse definitiva.

La Cassazione non ha mancato ovviamente di sottolineare come la portata del principio suddetto sia limitata alla normativa *pro tempore* vigente e come la stessa sia stata in seguito modificata nel senso che l'efficacia sospensiva del ricorso giurisdizionale cessa ora con la pronuncia di rigetto in primo grado (d.lgs. n. 25 del 2008, art. 35-*bis* co. 13, come introdotto dal d.l. n. 13 del 2017, art. 6 co. 1, lett. g) in vigore dal 18.2.2017). Tuttavia il principio affermato conserva un campo di applicazione pratica per casi analoghi ove risultasse applicabile il regime processuale precedente alla riforma del 2017.

La seconda sentenza che si segnala, ancora di annullamento senza rinvio di pronuncia di condanna, è la n. 25358/2019 della I sezione della Corte di cassazione, che riguarda sempre i reati di cui agli artt. 14, co. 5-*ter* e *quater* TU, ma sotto *l'aspetto procedurale della preclusione al proseguimento dell'azione penale ex art. 14, co. 5-septies, una volta intervenuta l'esecuzione dell'espulsione amministrativa*, e della natura di improcedibilità della sentenza da emettere al riguardo. La decisione è frutto di una lunga disamina della normativa processuale di

riferimento e perviene alla conclusione che proprio *per la sua natura di decisione di accertamento di una causa di improcedibilità la stessa sia rilevabile d'ufficio*, anche nel giudizio di Cassazione ed in deroga ai limiti di operatività del principio devolutivo in sede di impugnazione.

Merita infine un cenno la sentenza della V sezione n. 25598/2019, relativa *all'onere della prova circa la sussistenza di un «giustificato motivo»* idoneo, ai sensi dell'art. 14, co. 5-*ter*, a escludere l'integrazione del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento (nel caso di specie, l'imputato si era difeso allegando l'impossibilità di acquistare il biglietto aereo per il rimpatrio in ragione del proprio stato di impossidenza). I giudici di legittimità, ribadendo la propria tradizionale giurisprudenza, ricordano come, in relazione al requisito negativo del reato rappresentato dalla clausola del "senza giustificato motivo", in capo alla difesa dell'imputato spetti *solo un onere di allegazione* di tale motivo, posto che «nell'ordinamento processuale penale, non è previsto un onere probatorio a carico dell'imputato, modellato sui principi propri del processo civile, ma è, al contrario, prospettabile un onere di allegazione, in virtù del quale l'imputato è tenuto a fornire all'ufficio le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze ignoti che siano idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio in suo favore» (la Cassazione annulla di conseguenza la sentenza di condanna impugnata, che aveva motivato la propria decisione sul fatto che la difesa non avrebbe adempiuto al proprio onere di provare i fatti allegati).

Decisioni in materia di favoreggiamento dell'ingresso irregolare *ex* art. 12 TU

In materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, una prima decisione d'interesse è costituita dalla sentenza n. 25356/2019 della I sezione della Cassazione, che ha ribadito il principio di diritto secondo il quale l'art. 512, co. 1 c.p.p. (relativo alla lettura in dibattimento e conseguente *utilizzabilità ai fini della decisione di atti delle indagini preliminari per sopravvenuta irripetibilità*) trova applicazione anche quando risulti impossibile, per fatto non riconducibile alla parte processuale interessata, l'esame di persona chiamata a rendere l'incidente probatorio.

In un processo relativo al reato di procurato ingresso clandestino via mare di cittadini non comunitari (art. 12, co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* TU) mediante l'uso di un'imbarcazione proveniente dalla Libia che trasportava 536 migranti (di cui 14 purtroppo deceduti durante il trasporto a causa delle condizioni nelle quali erano stati assiepati nella stiva, con contestazione dell'ulteriore fattispecie della morte come conseguenza di altro delitto *ex* art. 586 c.p.), parte del materiale probatorio a carico degli imputati individuati come c.d. scafisti (cui nella specie era contestato pure l'uso minaccioso di armi bianche) era stato costituito nel giudizio di merito da dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria da alcune delle persone trasportate. Più precisamente si trattava di persone per le quali, dopo la loro prima escussione a verbale, era

stato tempestivamente chiesto dalla Procura della Repubblica procedente l'incidente probatorio, teso come noto ad anticipare nella fase delle indagini preliminari la formazione della prova in contraddittorio. Nel tempo intercorrente tra il rilascio delle prime dichiarazioni e l'esame da parte del giudice delle indagini preliminari competente *ex* art. 392 c.p.p., gli interessati risultavano collocati in Centri di accoglienza, da cui si erano però allontanati prima dello svolgimento dell'incidente probatorio, ammesso e fissato dal GIP. In questi casi l'incidente probatorio stesso non si era potuto svolgere, a differenza di altri nei quali aveva avuto regolare corso, nel contraddittorio delle parti, anche con l'acquisizione di filmati girati dai testimoni.

Il ragionamento della Corte relativo alle controdeduzioni difensive in ordine alla lettura *ex* art. 512 c.p.p. e comunque all'inutilizzabilità del relativo contenuto per volontaria sottrazione al contraddittorio *ex* art. 526 co. 1-*bis* c.p.p. muove dalla distinzione dei piani su cui si muove la prima norma rispetto alla seconda.

Nel caso dell'art. 512 c.p.p. si tratta di norma relativa all'acquisizione della prova di cui vengono ricordati i requisiti dell'irripetibilità sopravvenuta e dell'imprevedibilità originaria. Nella ricerca dell'equilibrio perseguito tra impostazione processuale accusatoria e dispersione del materiale probatorio assume importanza centrale l'incolpevole mancata attivazione, ad opera della parte interessata, dell'incidente probatorio in situazioni che presentino pericolo di perdita della prova, e ciò nella prospettiva della «accertata impossibilità di natura oggettiva» richiesta dall'art. 111, co. 5 Cost. per la disciplina legislativa dei casi di formazione della prova in assenza di contraddittorio. Rispetto alla specifica situazione di irrepetibilità dell'atto per irreperibilità sopravvenuta del dichiarante la Cassazione ribadisce la sua giurisprudenza, secondo la quale *per escludere, con valutazione* ex ante *e in base alle conoscenze concrete del caso, la prevedibilità dell'irreperibilità stessa, non basta la condizione di irregolarità nel soggiorno del cittadino non UE*. Fatte queste premesse giuridiche, la Corte arriva ad affermare che, se ordinariamente le condizioni legittimanti la lettura delle dichiarazioni *ex* art. 512 c.p.p. si verificano a dibattimento, tuttavia nessuna norma processuale specifica vieta e la logica del sistema processuale anzi consente, che le condizioni stesse risalgano alla fase dell'incidente probatorio. Nella fattispecie i rapidi tempi di attivazione della procedura e di convocazione degli interessati e la rete di protezione attivata nei loro confronti davano adeguate garanzie *ex ante* nei termini suddetti.

Su un altro piano, ovvero su quello della valutazione della prova, si muove invece la regola di cui all'art. 526 co. 1-*bis* c.p.p. che a sua volta riproduce la norma di cui all'art. 111, co. 4 II p. Cost., che vieta che la colpevolezza dell'imputato possa essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi si è sempre volontariamente sottratto al contraddittorio. Si tratta di una regola di chiusura del sistema accusatorio che opera a prescindere dalla regolare acquisizione della prova, come opportunamente anche in questa sentenza viene rimarcato. Nell'applicazione del principio viene in gioco la giurisprudenza della Corte EDU e della stessa Corte di cassazione sull'art. 6 della CEDU, nel senso della preclusione di una sentenza di condanna che faccia

fondamento esclusivo o significativo su dichiarazioni predibattimentali rese in deficit di contraddittorio e seguite da un'assenza volontaria (anche al di là di una specifica volontà di sottrazione al controesame). Nella fattispecie questa situazione è stata esclusa per la presenza nel giudizio di molte altre prove dichiarative autosufficienti assunte in contraddittorio, anche con supporto visivo documentale.

Merita poi una segnalazione anche la sentenza n. 15292/2019 (della VI sezione della Cassazione) che riguarda un'altra ipotesi di procurato ingresso irregolare via mare *ex* art. 12 TU, giudicata in primo grado dal GUP del Tribunale di Trapani, e parzialmente riformata quanto alla pena dalla Corte d'appello di Palermo.
La Cassazione, a fronte di un'*eccezione di difetto di giurisdizione*, motivata dal trasbordo dei circa 200 migranti, fin lì trasportati su un barcone in metallo proveniente dalle coste nord africane, su una nave militare olandese intervenuta in soccorso dei migranti in *acque internazionali* contigue alle coste greche, ribadisce la propria giurisprudenza su casi analoghi, che individua nell'ultima parte della condotta e in specie nel luogo di sbarco (Trapani) gli elementi per incardinare la giurisdizione italiana *ex* art. 6, co. 2 c.p. ed individuare la competenza territoriale *ex* art. 8 c.p.p.
Secondo questa giurisprudenza «*l'ultimo tratto del trasposto marittimo rappresenta un passaggio essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di condotte che non può essere interrotta nella sua continuità*», nel senso che il soccorso marittimo, doveroso sulla base delle vigenti Convenzioni internazionali e in particolare di quella delle Nazioni Unite sul diritto del mare sottoscritta a Montego Bay (in specie art. 98, par. 1), non rappresenta un'evenienza imprevedibile ed idonea ad interrompere il nesso causale e così a radicare la giurisdizione nel luogo di soccorso, ma è invece una circostanza prevista e provocata con l'abbandono alla deriva del natante, non idoneo ad assicurare una sicura navigazione. In questo modo si determina un'attività dei soccorritori scriminata dalla stato di necessità *ex* art. 54 c.p. e in particolare ai sensi del co. 3 per la determinazione dello stato di pericolo ad opera dell'altrui minaccia. Attività da addebitarsi, secondo la teoria dell'*autore mediato*, a coloro che hanno volutamente creato il pericolo, determinato il soccorso e così conseguito l'obiettivo finale dello sbarco in territorio italiano.

Di grande interesse sono infine i provvedimenti cautelari con cui la magistratura agrigentina ha risolto le *vicenda della nave Open Arms*, cui nell'agosto scorso era stato negato per più di dieci giorni dalle autorità italiane l'accesso nel porto di Lampedusa e lo sbarco dei migranti soccorsi in mare. La vicenda è molto nota, e viene analiticamente ripercorsa nei due provvedimenti allegati. Il primo è il decreto di sequestro preventivo d'urgenza , con cui il 20 agosto 2019 la Procura di Agrigento, constatate le gravissime condizioni igienico-sanitarie e di sicurezza venutesi a creare sulla nave in ragione della lunga attesa, dispone il sequestro della

nave e l'immediato sbarco dei migranti che vi si trovavano a bordo, ipotizzando il *delitto di rifiuto d'atti d'ufficio ex art. 328 c.p., co.* **1** a carico delle autorità cui è imputabile il rifiuto di autorizzare lo sbarco; la Procura si sofferma sulle ragioni per cui, secondo la normativa nazionale e internazionale, doveva considerarsi illegittimo il rifiuto allo sbarco, e ritiene di conseguenza di configurare a carico delle autorità il delitto di cui sopra. Il secondo provvedimento, del 29 agosto, è quello con cui il GIP di Agrigento convalida il sequestro della Procura, disponendo al contempo il dissequestro dell'imbarcazione; il giudice condivide le ragioni addotte dalla Procura per affermare l'illegittimità del rifiuto allo sbarco opposto dalle autorità alla *Open Arms*, e oltre a ritenere sussistente gli estremi del reato contestato, ravvisa anche la commissione del più grave reato di *sequestro di persona* nella «illecita e consapevole privazione della libertà personale dei migranti soccorsi, costretti a bordo per un'apprezzabile lasso di tempo contro la loro volontà»; il sequestro viene allora convalidato in quanto al momento della sua emanazione sussisteva l'urgenza di porre fine all'illecito trattenimento e di consentire lo sbarco immediato, ma viene al contempo disposto il dissequestro della nave posto che, una volta cessato con lo sbarco il *periculum in mora*, l'imbarcazione deve essere restituita all'avente diritto (la ONG che gestiva la *Open Arms*), che risulta estraneo al reato contestato. La vicenda presenta notevoli aspetti di somiglianza con il noto caso della nave Diciotti, conclusosi con la richiesta di autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona a carico del Ministro dell'interno avanzata dal Tribunale dei ministri di Catania, e poi respinta dal Senato (cfr. «Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato»).

OSSERVATORI

ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Politica di immigrazione. Il Consiglio europeo del 20 giugno, nelle proprie conclusioni, ha ribadito la necessità di raggiungere un accordo su una politica efficace in materia di migrazione e asilo, ponendo l'accento sul raggiungimento di un consenso sulla riforma del regolamento Dublino, sulla base di un equilibrio tra responsabilità e solidarietà, che tenga conto delle persone sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso.

I capi di Stato e di governo hanno, inoltre, affermato la volontà di sviluppare ulteriormente una politica migratoria globale pienamente funzionante, approfondendo la cooperazione con i Paesi di origine e di transito per contrastare la migrazione illegale e la tratta di esseri umani e per garantire rimpatri effettivi. La necessità di rivedere il regolamento Dublino e, più in generale, il sistema comune europeo di asilo, in modo da garantire, da un lato, la solidarietà e, dall'altro lato, attenuare le differenze tra Stati membri, è stata ribadita anche dai neonomiati presidenti della Commissione europea e del Parlamento europeo.

Migrazioni nel Mediterraneo. I temi della solidarietà sono stati discussi anche nel corso della riunione informale del Consiglio giustizia e affari interni promossa dalla Presidenza finlandese e svoltasi a Helsinki il 18 luglio, in occasione della quale i governi italiano e maltese hanno presentato una proposta volta ad istituire un meccanismo di redistribuzione obbligatorio, e poi nella successiva riunione informale organizzata dalla Francia a Parigi, il 22 luglio, sugli aspetti relativi alla migrazione nel Mediterraneo. Nelle conclusioni si riconosce la necessità che le migrazioni restino al centro dell'agenda europea, pure in un contesto di forte diminuzione degli sbarchi rispetto al biennio 2015-2016. In tale sede, i 14 Stati membri partecipanti hanno espresso preoccupazione per la situazione libica, hanno sottolineato la necessità di cercare un equilibrio tra i principi di solidarietà e responsabilità, cui dovrebbero essere ispirate le politiche di asilo e immigrazione, e hanno affermato la necessità di garantire a tutti gli Stati membri, anche quelli di frontiera, l'assistenza economica e finanziaria necessaria per portare a compimento i rimpatri e domandato a tal fine il supporto delle agenzie europee (in particolare la guardia costiera e di frontiera europea) e dell'Organizzazione Internazionale per le migrazioni per i rimpatri volontari. Solo alcuni hanno però convenuto sulla necessità che le operazioni di sbarco e redistribuzione debbano avvenire il più rapidamente possibile, tenendo conto della vulnerabilità dei singoli e delle capacità di accoglienza degli Stati, con l'introduzione di un meccanismo temporaneo di ripartizione, in attesa della riforma del sistema Dublino.

Atti adottati

Quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE. A maggio sono stati adottati due regolamenti volti ad assicurare una migliore collaborazione tra i sistemi di informazione dell'UE relativi alla sicurezza, alla migrazione e alla gestione delle frontiere. Si tratta del regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 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) n. 767/2008, (UE) n. 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 GUEE *L 135 del 22.5.2019, p. 27 ss. e del* regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 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 ss.*. Considerate una priorità politica per il biennio 2018-2019, le nuove norme dovrebbero facilitare l'accesso alle informazioni rilevanti per le guardie di frontiera e gli operatori di polizia, che potranno interrogare simultaneamente più sistemi d'informazione, effettuando controlli incrociati di dati biometrici e ricevendo segnalazioni in caso di identità multiple o false.

Regolamento che istituisce un sistema rafforzato di visti. È stato adottato il regolamento (UE) 2019/1155 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), in *GU L 188 del 12.7.2019, p. 25 ss.* Le modifiche apportate al codice dei visti sono volte a consentire procedure più snelle per l'ottenimento del visto, che potrà essere richiesto già sei mesi prima del viaggio, anche per via elettronica. È inoltre previsto un leggero aumento dei diritti per il rilascio del visto, portati a 80 euro. L'aspetto più significativo consiste nella possibilità di rivedere le condizioni per il rilascio dei visti sulla base della cooperazione degli Stati terzi in relazione ai rimpatri e alla riammissione dei migranti irregolari. *Ai sensi del nuovo art. 25-bis del codice visti, introdotto dal regolamento 2019/1155,* la Commissione valuterà regolarmente, con cadenza almeno annuale, la cooperazione dei Paesi terzi in materia di riammissione, sulla base di una serie di parametri, ed esaminerà eventuali notifiche degli Stati membri concernenti problemi pratici sostanziali e persistenti, riscontrati nella cooperazione con un paese terzo in materia di riammissione di migranti in situazione irregolare. In caso di valutazione negativa, potranno essere applicate procedure più rigorose nel rilascio del visto ai cittadini dello Stato terzo in questione, quali ad esempio il raddoppio dei diritti per il rilascio dei visti.

Varie

Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera europea con l'Albania. Il 1° maggio è entrato in vigore l'Accordo sullo *status* tra l'Unione europea e la Repubblica

d'Albania riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica d'Albania (altri sono stati siglati tra luglio 2018 e febbraio 2019 con Bosnia Erzegovina, Macedonia, Montenegro e Serbia). Su questa base, a fine maggio, è stata avviata la prima operazione congiunta sul territorio di un Paese confinante non UE. Le squadre dell'Agenzia sono state inviate, insieme alle guardie di frontiera albanesi, alla frontiera greco-albanese per rafforzare la gestione delle frontiere e incrementare la sicurezza alle frontiere esterne dell'UE, in pieno accordo con tutti i Paesi interessati. Pur fornendo la guardia di frontiera e costiera europea sostegno e assistenza, a livello tecnico e operativo (ad es. nello svolgimento dei controlli ai valichi), l'Albania resta responsabile della gestione delle proprie frontiere.

Cooperazione in materia di migrazione tra l'Unione Europea e l'Organizzazione Internazionale delle migrazioni. Il 4 giugno 2019, funzionari dell'Unione Europea e dell'Organizzazione Internazionale per la migrazione si sono riuniti a Bruxelles per promuovere la cooperazione sugli aspetti strategici in materia di migrazione. Si tratta del sesto incontro annuale nel quadro di un dialogo ad alto livello tra UE e IOM, promosso nell'ambito del quadro strategico sulla cooperazione istituito tra le due organizzazioni nel 2012.

Piano d'azione congiunto Europol – Guardia europea di costiera e di frontiera. A margine del Consiglio giustizia e affari interni tenutosi a Lussemburgo, il 7 giugno 2019 Europol e la Guardia europea di costiera e di frontiera hanno adottato un nuovo piano d'azione congiunto. Il Piano è volto a rafforzare la cooperazione tra le due Agenzie finalizzata, in particolare, al contrasto della criminalità transnazionale e del terrorismo.

Informazioni in merito ai nuovi obblighi in capo ai vettori. Il 4 giugno, la Commissione europea e l'agenzia dell'Unione Europea per la gestione operativa di sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà sicurezza e giustizia (eu-LISA), hanno promosso un incontro informale con i rappresentanti delle associazioni dei vettori del trasporto aereo marittimo e ferroviario, con l'obiettivo di fornire informazioni sui nuovi obblighi incombenti ai sensi dei nuovi regolamenti UE che istituiscono il sistema di ingresso/uscita (EES) e il sistema europeo di informazione e autorizzazione di viaggio (ETIAS).

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Misure urgenti per consentire il divieto di accesso ai porti e alle acque territoriali, per contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e per semplificare i soggiorni per breve periodo. Profili di illegittimità costituzionale. Le osservazioni del Presidente della Repubblica

Il *decreto-legge 14.6.2019, n. 53 - Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica* (pubblicato in G.U., n. 138 del 14.6.2019), convertito in legge con modificazioni dalla l. 8.8.2019, n. 77 (pubblicata in G.U. Serie gen. n.186 del 9.8.2019) prevede norme che dispongono sia inasprimenti (di dubbia legittimità) delle misure di prevenzione e repressione degli ingressi irregolari degli stranieri, sia norme che semplificano la disciplina concernente alcuni tipi di ingressi e soggiorni per breve periodo.

L'art. 1 modifica l'art. 11 del Testo unico delle leggi sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) introducendo un nuovo comma 1-*ter* che prevede che il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per gli aspetti di loro competenza, e informato il Presidente del Consiglio dei Ministri ha la facoltà di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di ordine e sicurezza pubblica e quando si concretizzino le condizioni di cui all'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare di Montego Bay limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti. La norma non si applica al naviglio militare e alle navi in servizio governativo non commerciale».

L'art. 2 modifica l'art. 12 del Testo unico delle leggi sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) introducendo nuovi commi 6-*bis*, 6-*ter*, 6-*quater*.

Il comma 6-*bis* prevede che il comandante delle navi non militari, né commerciali deve rispettare le norme internazionali e gli eventuali decreti ministeriali che restringono o vietano la navigazione nelle acque italiane o l'accesso ai porti italiane e che in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, il prefetto territorialmente competente applica al comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di 500mila euro a un massimo di 1 milione di euro. La responsabilità solidale si estende all'armatore della nave. È sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, rispetto alla quale si procede a sequestro cautelare dell'imbarcazione. Gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare sono imputati all'armatore e al proprietario della nave; quando invece le stesse imbarcazioni sono affidate in custodia agli organi di polizia, alle capitanerie di porto o alla marina militare perché

ne facciano uso per attività istituzionali, i relativi oneri sono a carico delle amministrazioni affidatarie.
Il comma 6-*ter* prevede che le navi sequestrate possono essere affidate in custodia dal prefetto agli organi di polizia, alle Capitanerie di porto o alla Marina militare, o alle altre amministrazioni dello Stato che ne facciano richiesta per l'impiego in attività istituzionali.
Il comma 6-*quater* prevede che una volta divenuto inoppugnabile il provvedimento di confisca, la nave è acquisita a patrimonio dello Stato che può utilizzarla o venderla. Le navi non impiegate o invendute nei due anni successivi al primo tentativo di vendita sono destinate alla distruzione.
L'art. 3 modifica l'art. 51 c.p.p. in modo che la Procura distrettuale diventa competente per tutte le indagini che riguardano il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: se ne estende l'applicazione anche ai reati associativi realizzati al fine di commettere il reato di favoreggiamento, non aggravato, dell'immigrazione clandestina. Perciò sarà anche possibile svolgere intercettazioni preventive per l'acquisizione di notizie utili alla prevenzione di tale delitto.
L'art. 3-*bis*, prevede l'arresto obbligatorio in fragranza di reato anche nel caso di resistenza o di violenza contro una nave da guerra.
L'art. 4 prevede lo stanziamento di 500mila euro per il 2019, un milione di euro per il 2020 e un milione e mezzo per il 2021 per il potenziamento delle operazioni di polizia sotto copertura, anche in riferimento alle attività di contrasto del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Sono destinate alcune risorse alla copertura degli oneri conseguenti ad operazioni di polizia sotto copertura, effettuate da operatori di Stati stranieri con i quali siano stati stipulati appositi accordi, anche con riferimento al contrasto del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.
L'art. 8-*quater*, co. 2 (per prevenire il reimpiego dei funzionari specializzati delle Commissioni territoriali che saranno sciolte a seguito della diminuzione delle domande di asilo) prevede che dopo il comma 1 dell'art. 12 del d.l. 7.2.2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 13.4.2017, n. 46, è inserito un nuovo comma 1.1. in base al quale all'atto della cessazione dell'attività delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, determinata con provvedimento di natura non regolamentare, il personale ivi assegnato, previo eventuale esperimento di una procedura di mobilità su base volontaria, è ricollocato, nel rispettivo ambito regionale, presso le sedi centrali e periferiche dell'Amministrazione civile del Ministero dell'interno, sulla base di criteri connessi alle esigenze organizzative e funzionali dell'Amministrazione stessa. In caso di ricostituzione delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, il personale di cui al periodo precedente è ricollocato presso le sedi di provenienza, ferma restando la dotazione organica complessiva del Ministero dell'interno.
Inoltre l'art. 11 semplifica le norme del diritto degli stranieri, estendendo le facilitazioni previste dalla l. n. 63/2019 per i soggiorni di breve durata, cioè non superiori a tre mesi, già

previste per chi arriva in Italia per visite, affari, turismo e studio, anche a gare sportive, missione e ricerca scientifica; in tali casi non è richiesta la presentazione della domanda di permesso di soggiorno, ma è sufficiente una «dichiarazione di presenza» da presentarsi al valico di frontiera o, in mancanza, entro 8 giorni alla questura.

L'art. 12 istituisce presso il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale un «Fondo di premialità per le politiche di rimpatrio», che finanzia interventi di cooperazione in Paesi terzi che collaborano nella riammissione dei migranti irregolari e sostenere iniziative di cooperazione o intese bilaterali per la riammissione degli stranieri irregolari presenti nel territorio nazionale e provenienti da Paesi extra-UE. La dotazione iniziale per il 2019 è di 2 milioni di euro, ma può essere incrementata da una quota annua fino a 50 milioni di euro determinata annualmente con decreto interministeriale con i risparmi derivanti dalla gestione dei centri per l'immigrazione a fronte della diminuzione degli arrivi e dei tagli al costo giornaliero dell'accoglienza

I profili costituzionali delle nuove norme sono importanti

In primo luogo l'art. 1 lascia al solo Ministro dell'interno, seppur di concerto con altri due Ministri, l'adozione di un simile decreto che ha notevoli ripercussioni di carattere generale (anche sui profili della giustizia e delle relazioni internazionali).

In primo luogo pare eludere le attribuzioni costituzionali del Presidente del Consiglio dei Ministri, a cui spetta ai sensi dell'art. 95 Cost. la direzione del Governo e la promozione e il coordinamento delle attività dei Ministri.

Inoltre i presupposti per l'adozione del divieto sono molto vaghi e allorché menzionano la violazione delle leggi sull'immigrazione come uno dei presupposti del decreto ministeriale di divieto di ingresso appaiono incostituzionali perché

1) in violazione degli artt. 10 e 117 Cost. violano gli obblighi internazionali e in particolare il divieto di *refoulement*, il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), gli obblighi che prescrivono di portare in salvo nel porto più sicuro i naufraghi e quelli (di segno opposto) della Convenzione di Palermo che esige di ispezionare e bloccare ogni imbarcazione sospetta di traffico di migranti e non certo di allontanarla dalle proprie acque territoriali (come peraltro già prevede l'art. 12, co. 9-*bis* d.lgs. n. 286/1998);

2) in violazione dell'art. 10, co. 3 Cost. eludono il diritto di asilo, che è anzitutto diritto soggettivo perfetto ad entrare nel territorio dello Stato per fare esaminare la propria situazione e presentare domanda di asilo.

Ovviamente si deve tentare sempre una interpretazione conforme alle norme costituzionali, internazionali ed europee e in tal caso ben si potrebbe ritenere perfettamente legittime le nuove norme legislative (che peraltro non abrogano l'analogo divieto previsto per motivi in parte identici dell'art. 86 cod. nav. da parte del Ministro delle infrastrutture e i trasporti), ma l'obbligo di esperire comunque un tentativo di interpretazione conforme può fare ritenere che la nuova norma legislativa non violi le norme costituzionali sull'asilo, riprenda obblighi internazionali già previsti da norme internazionali già in vigore per l'Italia e richiami norme

legislative in materia di immigrazione che vietano il respingimento, ma allora non si capisce il senso delle nuove norme legislative, che sarebbero del tutto inutili e ripetitive di norme già in vigore.

Se invece si ricorre al criterio interpretativo fondato sulle intenzioni del legislatore allora è molto chiaro che il contenuto delle nuove norme secondo l'intento di chi le ha ideate è pienamente incostituzionale: prevedere uno strumento aggiuntivo per impedire qualsiasi ingresso per qualsiasi motivo di qualsiasi straniero in fuga da situazioni disumane e degradanti e salvati da qualsiasi nave. Lo stesso "diritto vivente" dell'applicazione delle nuove norme nei primi giorni della loro entrata in vigore e l'aggravamento delle misure sanzionatorie previste nella legge di conversione per la trasgressione del decreto ministeriale confermano questo intento.

Vi sono poi dubbi circa la tassatività del diritto sanzionatorio e penale di sanzioni fondate sulla violazione di un decreto ministeriale i cui contenuti sono decisi *ad hoc* caso per caso.

Peraltro dal punto di vista del merito l'art. 1 d.l. potrebbe essere alla fine poco utile perché

1) qualsiasi nave invocando lo stato di necessità potrebbe violare legittimamente quel divieto come prevedono le norme internazionali;

2) le norme sull'immigrazione citate vietano ogni respingimento a chi può presentare domanda di asilo (art. 10, co. 4 d.lgs. n. 286/1998) o è minore non accompagnato o non può essere rinviato in altro Stato in cui potrebbe essere oggetto di persecuzione o di tortura (art. 19, co. 1 e 1-*bis* d. lgs. n. 286/1998).

In realtà ogni decreto ministeriale adottato contro le ONG potrebbe essere in sé illegittimo proprio per violazione di due presupposti legislativi introdotti dal d.l. per la sua emanazione, cioè il rispetto degli obblighi internazionali e la vigente legislazione sull'immigrazione che tra l'altro esige (all'art. 11-*ter* d.lgs. n. 286/1998) di soccorrere, identificare e orientare ogni persona che sia stata salvata in mare. Qualora il decreto ministeriale non sia annullato occorrerà sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma legislativa presupposto in base alla quale è stato emanato.

Infine gli artt. 3 e 4 del d.l. sono scritti in modo tale che possono eludere l'art. 80 Cost., perché nessun finanziamento di operazioni con agenti sotto copertura, né di operazioni di riammissione di stranieri in situazione irregolare deve essere possibile se non nei riguardi di quegli Stati che operano in virtù di Trattati o Convenzioni internazionali, che siano già stati ratificati dall'Italia previa legge di autorizzazione ai sensi dell'art. 80 Cost. o in virtù di accordi regolarmente conclusi dall'UE.

Tra tali testi vi sono la Convenzione di Palermo sul crimine internazionale, i cui allegati consentono le operazioni sottocopertura e gli accordi di riammissione conclusi della UE con altri Stati.

Tra tali testi non vi sono gli accordi di riammissione che sono sempre stati stipulati in forma semplificata dall'Italia (incluso quello degli Stati UE con la Turchia), in violazione dell'art. 80 Cost., come ha correttamente osservato la recente pronuncia del GIP di Trapani.

Qualora invece si finanziassero altri Stati senza che un apposito Trattato internazionale sia stato ratificato ai sensi dell'art. 80 Cost. si eluderebbe tale norma che prescrive la procedura della preventiva approvazione di legge di autorizzazione alla ratifica proprio allorché si debbano prevedere spese derivanti dall'applicazione di accordi con altro Stato.
Su tutti questi aspetti è importante l'inusuale *lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Presidenti delle Camere al momento della promulgazione della legge di conversione in legg*e del decreto-legge, mediante la quale il Presidente manifesta seri dubbi sulla legittimità del testo del decreto-legge convertito. La lettera merita di essere parzialmente menzionata, anche perché il programma su cui il nuovo Governo costituitosi ha ottenuto la fiducia delle due Camere mira a recepire proprio queste osservazioni.
Il Presidente della Repubblica osserva che per effetto di un emendamento, nel caso di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali – per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull'immigrazione – la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile è stata aumentata di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta.
Il Presidente rileva che, con riferimento alla violazione delle norme sulla immigrazione non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. Il Presidente afferma che non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei cittadini italiani e della certezza del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità.
Il Presidente ricorda anche che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019, ha ribadito la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti.
Infine il Presidente osserva che, come correttamente indicato all'art. 1 del d.l. convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto «nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia», così come ai sensi dell'art. 2 «il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale». Nell'ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo».

Il nuovo reato di costrizione o induzione al matrimonio, anche celebrato all'estero, a danni di cittadini italiani o di stranieri residenti in Italia

L'articolo 7 della *l. 19.7.2019, n. 69* (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere,

pubblicata in G.U. Serie generale n. 173 del 25.7.2019) introduce nel codice penale il reato di «costrizione o induzione al matrimonio».
Oltre a punire chi costringe una persona a sposarsi «con violenza o minaccia», viene punito chi la induce a sposarsi «approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità», «con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia». La pena va da uno a cinque anni di reclusione, ma aumenta se la vittima è un minore e arriva fino a sette anni se ha meno di quattordici anni.
Le nuove norme si applicano sia a matrimoni forzati in Italia, sia quando il reato è commesso all'estero da o ai danni di cittadini italiani o stranieri residenti in Italia, il che consente di tutelare persone riportate nei Paesi d'origine, anche durante periodi di vacanze, e costrette o indotte lì a sposare i prescelti dalle famiglie.

Organizzazione e funzionamento del Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura

L'art. 25-*quater* della l. n. 136/2018, con cui è stato convertito in legge il d.l. n. 119/2018 istituiva un Tavolo interministeriale di coordinamento per la prevenzione e il contrasto del lavoro irregolare e del caporalato, presieduto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali o da un suo delegato che opererà per 3 anni (prorogabile per ulteriori tre anni), con l'obiettivo di promuovere «la programmazione di una proficua strategia per il contrasto al fenomeno del caporalato e del connesso sfruttamento lavorativo in agricoltura».
Il Tavolo svolge varie funzioni: definire gli obiettivi strategici nel contrasto al caporalato, elaborare misure specifiche per migliorare le condizioni di svolgimento dell'attività lavorativa stagionale di raccolta dei prodotti agricoli e individuare misure per la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori. Tali obiettivi saranno programmati in un apposito Piano triennale che sarà definito nel corso delle riunioni del Tavolo. Le attività saranno sviluppate nell'ambito di appositi gruppi di lavoro strutturati in relazione alle principali sfide da affrontare: vigilanza e repressione del fenomeno del caporalato; adeguamento dei prezzi dei prodotti agricoli, intermediazione tra domanda e offerta di lavoro e valorizzazione del ruolo dei Centri per l'impiego, trasporti, fornitura di alloggi e foresterie temporanee, potenziamento della rete del lavoro agricolo di qualità.
Parteciperanno ai lavori del Tavolo i rappresentanti di vari Ministeri (interno, giustizia, politiche agricole, alimentari e forestali, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), dell'ANPAL, dell'Ispettorato nazionale del lavoro, dell'INPS, del Comando carabinieri per la tutela del lavoro, del Corpo della guardia di finanza, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI). Potranno partecipare alle riunioni anche i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori del settore nonché delle organizzazioni del Terzo settore.

Le modalità organizzative e operative concernenti l'organizzazione, la composizione e il funzionamento del Tavolo sono demandate ad uno specifico decreto interministeriale (che avrebbe dovuto essere emanato entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge), cioè al *decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 4.07.2019* (pubblicato in G.U. n. 306 del 3.9.2019).

All'art. 1, co. 2 sono definite meglio le sue funzioni:

a) predisposizione del Piano triennale che individua le principali linee di intervento;

b) indirizzo e programmazione delle attività istituzionali finalizzate al contrasto del caporalato e dello sfruttamento lavorativo in agricoltura;

c) monitoraggio sull'attuazione degli interventi previsti dal Piano triennale;

d) monitoraggio sull'attuazione della l. n. 199 del 4.11.2016;

e) coordinamento delle azioni intraprese dalle diverse istituzioni attraverso la gestione condivisa degli interventi volti alla prevenzione del fenomeno, ferme restando le competenze delle Forze di polizia e dell'autorità di pubblica sicurezza ai sensi della l. n. 121/1981;

f) condivisione delle buone prassi sperimentate a livello locale e loro possibile riproduzione in altre realtà territoriali;

g) condivisione e confronto sulla programmazione dei pertinenti Fondi europei per il finanziamento di azioni di prevenzione e contrasto al caporalato;

h) elaborazione di proposte normative relative al contrasto e alla prevenzione del fenomeno;

i) collaborazione con la Cabina di regia e con le sezioni territoriali della Rete del lavoro agricolo di qualità.

Appaiono interessanti le articolazioni interne del Tavolo, previste nell'art. 5 del decreto.

Il Tavolo è organizzato in sei gruppi di lavoro, ognuno dei quali è coordinato da un'Amministrazione capofila, competente *ratione materiae*. Tali gruppi sono funzionali alla programmazione strategica, nell'ambito del Piano triennale di interventi di cui contribuiscono alla redazione, per quanto di competenza, di azioni afferenti alle seguenti macro-aree di intervento:

a) gruppo 1 - Prevenzione, vigilanza e repressione del fenomeno del caporalato, coordinato dall'Ispettorato nazionale per il lavoro, ferme restando le competenze delle Forze di polizia e dell'autorità di pubblica sicurezza ai sensi della l. 121/1981;

b) gruppo 2 - Filiera produttiva agroalimentare, prezzi dei prodotti agricoli, coordinato dal Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo;

c) gruppo 3 - Intermediazione tra domanda e offerta di lavoro e valorizzazione del ruolo dei Centri per l'impiego, coordinato dall'ANPAL;

d) gruppo 4 - Trasporti, coordinato dalla Regione Basilicata;

e) gruppo 5 - Alloggi e foresterie temporanee, coordinato dall'ANCI;

f) gruppo 6 - Rete del lavoro agricolo di qualità, coordinato dall'INPS.

I gruppi di lavoro, nell'ambito della materia di loro competenza, esercitano il monitoraggio sull'attuazione del Piano triennale di interventi definito dal Tavolo.

Ognuno dei coordinatori stabilisce l'organizzazione e le modalità di funzionamento nonché la programmazione dei lavori dei singoli gruppi. L'adesione ai gruppi è aperta anche a soggetti diversi da quelli designati per la partecipazione ai lavori del Tavolo.

Definizione delle zone di frontiera e zone di transito ai fini dell'esame accelerato delle domande di protezione internazionale. Le osservazioni critiche dell'ASGI

Il *decreto del Ministero dell'interno del 5.8.2019* (pubblicato nella G.U. n. 210 del 7.9.2019) individua – come previsto dall'art. 28-*bis*, co. 1-*quater* del d.lgs. n. 25/2008, introdotto dal d.l. n. 113/2018 – le zone di transito e di frontiera, nelle quali si applicherà la procedura accelerata per l'esame nel merito delle domande di protezione internazionale e istituisce due nuove sezioni delle Commissioni territoriali dedicate soltanto all'esame di tali domande, ai sensi dell'art. 28-*bis* co. 1, 1-*ter* e 1-*quater* del d.lgs. n. 25/2008.

Preliminarmente si osserva che il decreto ministeriale omette qualsiasi riferimento che possa ricollegarsi alle norme nazionali che disciplinano l'organizzazione territoriale degli uffici di polizia di frontiera e non fornisce alcuna definizione delle zone di frontiera e di transito ma si limita a stabilire che le zone di frontiera o di transito sono individuate in quelle esistenti nelle seguenti Province: a) Trieste e Gorizia; b) Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce e Brindisi; c) Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; d) Trapani, Agrigento; e) Città metropolitana di Cagliari e Sud Sardegna.

Il decreto ministeriale istituisce altresì 2 nuove sezioni, Matera e Ragusa, le quali operano rispettivamente nella Commissione territoriale di Bari, per la zona di frontiera di Matera, e nella Commissione territoriale di Siracusa, per la zona di frontiera di Ragusa.

Dal tenore dell'art. 3, co. 1 del decreto ministeriale si evince che queste due nuove sezioni saranno preposte soltanto all'esame di domande da esaminarsi con la procedura accelerata perché presentate nella zona di frontiera nelle circoscrizioni di propria competenza, il che significa che le Commissioni territoriali che sono già istituite e che sono competenti per altre zone di frontiera (diverse da quelle di Matera e Ragusa) individuate nel decreto ministeriale restano competenti ad esaminare sia domande da esaminarsi con la procedura accelerata, presentate nelle zone di frontiera così individuate, sia domande presentate e esaminate con le procedure ordinarie, anche se presentate in frontiera, sia domande non presentate in frontiera.

Le nuove disposizioni, nel riferirsi in modo assolutamente generico alle «zone di transito o di frontiera individuate in quelle esistenti nelle Province» e non ad aree delimitate, quali ad esempio i porti o le aree aeroportuali o altri luoghi coincidenti con frontiere fisiche con Paesi terzi non appartenenti all'Unione europea, paiono contrastare con le norme dell'Unione europea ed essere pertanto illegittime.

La normativa dell'Unione europea a cui il decreto fa riferimento non contiene una definizione specifica di zona di transito o di frontiera.

L'art. 43 par. 1 della direttiva 2013/32/UE prevede che gli Stati membri possono prevedere procedure per decidere alla frontiera o nelle zone di transito dello Stato membro

sull'ammissibilità di una domanda o sul merito della stessa. In base al successivo par. 3 «Nel caso in cui gli arrivi in cui è coinvolto un gran numero di cittadini di Paesi terzi o di apolidi che presentano domande di protezione internazionale alla frontiera o in una zona di transito, rendano all'atto pratico impossibile applicare ivi le disposizioni di cui al paragrafo 1, dette procedure si possono applicare anche nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di Paesi terzi o gli apolidi in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito».

L'ambigua formulazione delle previsioni contenute nel decreto del Ministero dell'interno del 5.8.2019 e il riferimento ad aree estese, apparentemente coincidenti con il territorio di intere Province, contrasta quindi anche con quest'ultima disposizione della direttiva 2013/32/UE che contiene comunque il riferimento a luoghi di accoglienza specifici in cui le procedure di frontiera possono essere applicate in ipotesi eccezionali.

Dalla lettura del decreto sembra al contrario evincersi l'intenzione del Ministero di estendere la frontiera ad intere Province, il che comporterebbe il rischio di un'applicazione generalizzata della procedura accelerata a tutti coloro che in qualsiasi modo manifestino volontà di presentare domanda di asilo o protezione internazionale o presentino domanda di protezione non soltanto al momento dell'ingresso ad ognuno dei valichi di frontiera marittima o aeroportuale o terrestre che si trova nella zona di frontiera indicata nel decreto ministeriale, ma anche direttamente alle questure site nelle Province delle aree individuate dallo stesso decreto, poiché la domanda di protezione internazionale è presentata personalmente dal richiedente presso l'ufficio di polizia di frontiera all'atto dell'ingresso nel territorio nazionale o presso l'ufficio della questura competente in base al luogo di dimora del richiedente (art. 6, co. 2, d.lgs. n. 25/2008).

L'indefinitezza e l'omessa previsione di delimitazioni dell'area di frontiera e della zona di transito, che caratterizza anche gli atti normativi dell'Unione europea richiamati dal decreto, non consente inoltre di comprendere se le procedure accelerate si potranno applicare soltanto alle domande di protezione internazionale presentate da persone accolte in un Centro governativo di prima accoglienza o in un Centro di primo soccorso e accoglienza, presso alcuni dei quali sono allestiti, ai sensi dell'art. 10-*ter* d.lgs. n. 286/1998) appositi punti di crisi (*hotspot*) o anche da persone nel frattempo trattenute in un Centro di permanenza per il rimpatrio (CPR) o anche presso le questure da persone non presenti all'interno del circuito di accoglienza ma comunque dimoranti nella Provincia individuata come area di frontiera o di transito.

Si osserva inoltre che erroneamente il decreto richiama le ipotesi di procedura accelerata disciplinate dall'art. 28-*bis* ai commi 1, 1-*bis* e 1-*ter*, dal momento che l'art. 28-*bis*, co. 1-*quater*, in base al quale il decreto stesso è stato adottato, fa esclusivo riferimento all'ipotesi di cui all'art. 28-*bis*, co. 1-*ter*.

In ogni caso appare opportuno evidenziare che l'applicazione delle procedure accelerate alle domande presentate nelle zone individuate nel decreto ministeriale comporta una restrizione dell'effettivo esercizio dei diritti di cui ogni straniero è titolare allorché manifesta la volontà di

presentare la domanda e una conseguente contrazione del diritto di difesa, in ragione del dimezzamento dei termini di impugnazione e dell'assenza di un effetto sospensivo automatico derivante dalla proposizione del ricorso previsti, in modo differente per le varie ipotesi specifiche, dall'art. 35-*bis* d.lgs. 25/08.

Asgi ha già avuto modo di evidenziare i profili di illegittimità del d.l. 113/2018 conv. l. 132/2018 anche con riferimento alle previsioni della direttiva 2013/32/UE relative alle procedure accelerate e/o di frontiera. In particolare, l'applicazione della procedura accelerata, alle domande di protezione internazionale presentate direttamente alla frontiera o nelle zone di transito dal richiedente «dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli» contrasta con gli artt. 31 par. 8 e 43 della direttiva 2013/32/UE, in quanto il tentativo di eludere i controlli alle frontiere non è incluso tra i motivi che giustificano l'applicazione di una procedura accelerata e/o svolte nelle zone di frontiera o di transito ai sensi dell'art. 31, par. 8.

Invero, l'art. 31, par. 8, lett. g), della citata direttiva 2013/32/UE consente agli Stati membri di prevedere una procedura accelerata e svolta in frontiera quando il richiedente «presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento». La direttiva tuttavia esclude ogni automatismo rispetto al mero fatto dell'essere stato fermato all'atto dell'attraversamento della frontiera, che di per sé non esclude l'intenzione dello straniero di presentarsi quanto prima alle autorità per chiedere protezione.

Pertanto, la modifica introdotta all'art. 28-*bis* si pone in radicale contrasto con la disposizione europea che impone una rigorosa verifica della situazione concreta dello straniero fermato alla frontiera.

Peraltro, la procedura accelerata o in frontiera potrà essere applicata soltanto ad una delle ipotesi indicate nella direttiva, sicché in mancanza di una norma che riproduca una di quelle ipotesi, la norma legislativa nazionale deve considerarsi illegittima per violazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE.

La norma nazionale non recepisce, inoltre, l'art. 43 par. 2 della citata direttiva, ai sensi del quale il richiedente protezione internazionale può entrare nel territorio nazionale nel caso in cui l'autorità preposta non abbia assunto una decisione entro 4 settimane. Poiché però la disposizione eurounitaria deve ritenersi sufficientemente dettagliata ed autoapplicativa, sono da ritenersi illegittimi prassi, atti e impedimenti all'ingresso sul resto del territorio allorché la procedura accelerata non si sarà effettivamente conclusa entro 4 settimane dalla presentazione della domanda.

Deve perciò restare inteso che la procedura non conclusa entro 4 settimane deve continuare secondo il procedimento ordinario e che se la competente Commissione territoriale sia istituita soltanto per esaminare le domande con la speciale procedura per le domande presentate in zone di frontiera (come le due nuove sezioni di Matera e Ragusa) dovrà trasmettere la domanda alla Commissione competente ad esaminare le domande con la procedura ordinaria. In proposito è

auspicabile che la Commissione nazionale per il diritto di asilo prescriva disposizioni di coordinamento tra le attività delle sezioni.
Vi è comunque la probabilità concreta che questo esame venga comunque svolto in tempi brevissimi; può infatti accadere che lo straniero sia nel frattempo trattenuto in un Centro di permanenza temporanea – ipotesi nella quale l'esame deve concludersi entro 9 giorni – oppure che l'esame sia svolto in un valico di frontiera p. es. aeroportuale o marittimo qualora non sia possibile disporre ed eseguire con immediatezza un respingimento alla frontiera.
Occorre ricordare che l'art. 13, co. 5-*bis* d.lgs. n. 286/1998, come riformato dallo stesso d.l. n. 113/2018, dà al Giudice di pace in sede di convalida del trattenimento dello straniero espulso o respinto, la facoltà di autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in strutture diverse dai Centri di permanenza temporanea per il rimpatrio e idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza; qualora le condizioni di cui al periodo precedente permangono anche dopo l'udienza di convalida, il giudice può autorizzare la permanenza, in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida. Queste strutture e locali dovrebbero garantire condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona, ma la genericità delle previsioni circa le modalità della restrizione della libertà personale le rende del tutto incostituzionali per violazione della riserva di legge assoluta prevista dall'art. 13 Cost., come già Asgi ha ricordato in sede di esame parlamentare del d.l. n. 113/2018.
È evidente dunque il rischio che lo straniero espulso o respinto che abbia presentato domanda di protezione internazionale dopo l'espulsione o il respingimento in una zona di frontiera tra quelle indicate nel nuovo decreto ministeriale si veda esaminata la sua domanda in modo sommario mentre è trattenuto in condizioni e luoghi imprecisati e inaccessibili di fatto a difensori e organizzazioni di tutela dei diritti. Occorre invece ribadire che la presentazione della domanda di protezione internazionale in frontiera riguarderà spesso persone rese ulteriormente vulnerabili dalle condizioni traumatiche del viaggio ed alle quali andrà perciò in ogni caso garantito un esame adeguato della domanda di protezione internazionale e l'applicazione delle garanzie e dei diritti previsti a tutela dei richiedenti protezione internazionale dalle disposizioni nazionali e dell'Unione europea.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Apertura dei conti bancari per i richiedenti asilo e loro accesso al lavoro

L'art. 4 del d.lgs. n.142/2015, come modificato dall'art. 13, co. 1, lett. a), n. 1, d.l. n. 113/2018, prevede che il permesso di soggiorno per richiesta asilo costituisce documento di riconoscimento, ai sensi dell'art. 1, co. 1 lett. c), del d.p.r. n.445/2000.

Perciò l'Associazione bancaria italiana con una propria circolare del 19.4.2019 ha ricordato a tutte le banche che gli stranieri titolari del permesso di soggiorno provvisorio per richiesta asilo e del codice fiscale (ancorché solo numerico) a loro rilasciati possono aprire conti correnti bancari.
Infatti in base all'art. 4, co. 3, d.l. n. 142/2015 anche la ricevuta di verbalizzazione della domanda, è un documento munito di fotografia del titolare e, pertanto, appare idoneo a consentire l'identificazione personale del richiedente, ai fini dell'apertura di un rapporto continuativo comprensivo dei servizi bancari di base. Peraltro la ricevuta rilasciata da tutte le questure dopo la presentazione della richiesta di protezione internazionale è definita dall'art. 4, co. 3, d.lgs. n. 142/2015 permesso di soggiorno provvisorio e reca la fotografia del richiedente asilo e quindi presenta le caratteristiche del documento di riconoscimento secondo la definizione dell'art. 1, lett. c) del d.p.r. n. 445/2000, il che adempie agli obblighi delle banche che impongono loro la identificazione della clientela attraverso il ricorso a documenti di identità o di altri documenti di riconoscimento ritenuti "equipollenti" ai sensi della normativa vigente (d.p.r. n. 445/00).
Pertanto le banche possono aprire conti correnti intestati ai cittadini extracomunitari in base al permesso di soggiorno provvisorio di cui all'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 142/2015 e al codice fiscale, ancorché soltanto numerico, agli stessi rilasciati, impongono, anche sulla base delle norme di contrasto al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo previste dal d. lgs. n. 231/2007,«l'identificazione della clientela attraverso il ricorso a documenti di identità o di altri documenti di riconoscimento ritenuti "equipollenti" ai sensi della normativa vigente» (cfr. art. 35, co. 2, d.p.r. n. 445/2000).
Dopo tali chiarimenti la *nota 5.6.2019, n. 5293 dell'Ispettorato nazionale del lavoro - Direzione centrale vigilanza, Ufficio IV-affari legali e contenzioso* conferma che il datore di lavoro che ha alle proprie dipendenze lavoratori richiedenti asilo in attesa della formalizzazione del permesso di soggiorno, il quale abbia corrisposto a costoro la retribuzione in contanti e non mediante apposito conto corrente bancario può essere sanzionabile ai sensi dell'art. 1, co. 913, l. n. 205/2017.

Imposta di bollo sulle domande di rilascio o di rinnovo dei permessi di soggiorno per richiesta asilo

La *circolare 6.8.2019, n. 12693 Prot. n. 400/A/2019/14.38.01 del Ministero dell'interno - Dipartimento della pubblica sicurezza - Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere* ha ricordato che anche la domanda di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno per richiesta asilo è soggetta all'obbligo del pagamento dell'imposta di bollo e ha confermato l'obbligo di apporre la marca da bollo di € 16,00 per le istanze di rilascio del permesso di soggiorno per richiesta asilo. Si ribadisce la cogenza del principio di carattere generale che impone l'obbligo del bollo per tutte le istanze dirette alla Pubblica amministrazione, nella misura di euro 16,00, ivi comprese le istanze presentate per

l'ottenimento di un provvedimento di riconoscimento dello *status* di rifugiato o di quello di protezione sussidiaria, la cui ricevuta attestante la presentazione costituisce permesso di soggiorno provvisorio.

Assistenza sanitaria

Iscrizione al Servizio sanitario nazionale dei titolari dei nuovi permessi di soggiorno e assistenza sanitaria all'estero degli stranieri iscritti al SSN

La *nota del Ministero della salute - Direzione generale della programmazione sanitaria - Ufficio 8 del 24.7.2019*
precisa gli effetti dei nuovi permessi di soggiorno istituiti col d.l. n. 113/2018 ai fini dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale e dell'assistenza sanitaria.
Si ricorda che i nuovi permessi di soggiorno per casi speciali, per calamità e per cure mediche comportano l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale, ma che i permessi per calamità e per cure mediche valgono solo per il territorio nazionale e perciò non possono comportare il rilascio della TEAM (Tessera europea di assistenza medica). Gli altri permessi di soggiorno di durata inferiore a sei mesi o ad un anno comportano il rilascio della tessera sanitaria, ma consentono il rilascio di un mero certificato provvisorio in sostituzione della TEAM, rinnovabile in relazione alla durata del soggiorno.
Si precisa altresì che gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale possono ricevere cure all'estero soltanto se si tratta di straniero iscritto obbligatoriamente al Servio sanitario nazionale, che perciò riceve la TEAM e i modelli per il rimborso delle spese.

Assistenza sociale

Sospensione dell'esame delle domande di reddito di cittadinanza presentate da cittadini di Stati extraUE

Con *circolare n. 100 dell'INPS del 5.7.2019* l'INPS ha comunicato di avere sospeso dall'aprile 2019 l'esame delle domande di reddito di cittadinanza presentate da cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, in attesa che sia emanato il decreto interministeriale che stabilirà quali di costoro siano esentati dal produrre certificazione dell'autorità estera competente, tradotta in lingua italiana e legalizzata dall'autorità consolare italiana, circa la disponibilità di propri redditi e patrimoni perché cittadini di Stati nei quali è oggettivamente impossibile acquisire le certificazioni, ai sensi del comma 1-*ter* dell'art. 2, d.l. n. 4/2019, esclusi coloro che sono già esentati.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Allevi S., *Immigrazione. Cambiare tutto*, Bari, Laterza, 2018.

A.S.G.I., *Il D.L. n. 3/2019, convertito, con modificazioni, nella legge n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, in www.asgi.it, 13 settembre 2019.

Bacco F., *Libertà di espressione o vilipendio della religione islamica? A proposito di due discutibili titoli giornalistici*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2019, 1.

Barbero A., *Barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'impero romano*, Bari, Laterza, 2019.

Bianca C.M. *«La legge non dispone che per l'avvenire» (art. 11 disp. prel. c.c..) a proposito del decreto sicurezza*, in *questionegiustizia.it*, 17 giugno 2019.

Bolaffi G., *Immigrazione. Cause, problemi, soluzioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

Brusco C., *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in www.questionegiustizia.it, 14 maggio 2019.

Calvigioni R., *Il diritto al nome dello straniero divenuto italiano, tra giurisprudenza e prassi,* in *Fam. dir.*, 2019.

Campiglio C., *Il ruolo del pubblico ministero in sede di riconoscimento delle sentenze stranierei in ambito familiare*, in *Nuova giur. civ. comm,* 2019. n. 4.

Canzian N., *L'ipotesi di applicazione retroattiva della protezione umanitaria ai procedimenti pendenti: una lettura critica della questione rimessa alle Sezioni unite,* in www.questionegiustizia.it., 25 luglio 2019.

Centonze A., *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori illegali: le illusioni giurisprudenziali perdute e gli equivoci dogmatici*, in *Cass. pen.*, 2019, 7.

Cherubini F., *I diritti umani, la tempesta e il luogo sicuro di approdo*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 341-342.

Chiaromonte W., *Ideologia e tecnica dell'ideologia sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il "decreto Salvini"*, in *Giorn. dir. lav. e relaz. industr.*, 2019, n. 2.

Chiaromonte W., Ferrara M.D., Malzani F., *The Migration Governance through Labour Law: the Italian Case*, in *Riv. del diritto della sic. soc.*, 2019, n. 2

Cipolla M., Dardari G., *Sulla rappresentanza processuale del richiedente asilo illegittimamente trattenuto presso i Centri per i rimpatri. Nota all'ordinanza del Tribunale di Bologna (causa n. 6463/2019*, in Immigrazione.it, 2019, n. 343.

Colaianni N., *Diritti, identità, culture tra alti e bassi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 8-9.

Colella A., *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e prevenzione della tortura*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2.

Colonna G.V., *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, in *Fam. e dir.*, 2019.

Corsi C., *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, 2018 n. 5-6.

Corsi C., *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2019, n. 1.

Delbono L., Moroni F., *La protezione umanitaria e l'ambito di applicazione temporale del decreto legge 113/2018. Nota a Cass., sez. I, n. 11 571 del 3 maggio 2019*, in Immigrazione.it, *2019, n. 339.*

Del Guercio A., *Il caso della "Sea Watch 3" tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, *in Dir. um. dir. internaz.,* 2019, n. 2.

Diddi A., *Caso Diciotti: autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro Salvini per sequestro di persona a finalità politica*, in *www.rivistacriticadeldiritto.it*

Favilli C., *La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo,* in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Franceschelli F., *Il potere di esaminare le persone previsto dal* Terrorism Act 2000 *(Schedule 7) del Regno Unito viola l'art. 8 della CEDU*, nota a Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 2019, Beghal c. Regno Unito. in *Cass. pen.*, 2019,8.

Gennari L., *Vietato "girare in asciugamano": i regolamenti interni degli* hotspot tra illegittimità e retoriche discriminanti, *Quest. giust.,* 2019. 24 giugno 2019.

Giangreco M., *Il traffico di minori stranieri non accompagnati (MSNA)e il sistema di accoglienza dopo la l. 4 aprile 2017, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2019, 8.

Gisti, *Démander l'asile en France*, 2 ed., Parigi, 2019.

Gisti, *L'accompagnement des demandeurs et demandeuses d'asile en procedure «Dublin»*, luglio 2019.

Imarisio L., *La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interesse dei minori*, Nota a Corte cost., n. 212 del 22 novembre 2018 e a TAR Lazio, n. 11410 del 26,11,2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4.

Jerad A., *La Corte di giustizia chiarisce le prestazioni spettanti ai rifugiati con permesso di soggiorno temporaneo*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 334.

Landi C.L., Pretto C., *Quando il diritto è vita. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019*, in *www.questionegiustizia.it, 8 luglio 2019.*

Licastro G., *Una notazione sull'inadeguata recente "intesa"di limitare il mandato di EUNAV FORMED - Operazione SOPHIA*, in *www.giustiziainsieme.it*, 12.09.2019.

Long J., *La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati al vaglio del giudice delle leggi*, in *Giurispr. ital.,* 2019, n. 6.

Mancini L., *Migrazione, diritti e pluralismo*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Masera L., *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *www.giustiziainsieme.it*, 06.07.2019.

Masera L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*,

24.06.2019.

Massimi A., Ferri F., *L'attualità del caso* Khlaifia. *Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione exgtralegale continua*, in www.questionegiustizia.it, 12 giugno 2019.

Mazzeo F., *La Corte eur. dir. uomo tra tutela della vita privata e ordine pubblico in materia di espulsione*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, n. 4

Miazzi L., *L'autorizzazione alla permanenza del genitore: un istituto fondamentale per la protezione del bambino straniero*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Montanari L., Severino C., a cura di, *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamich3 migratorie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Morozzo della Rocca P., *La residenza anagrafica: questioni di giurisdizione e di legittimazione passiva*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 344.

Nasso I., *Parole in libertà, parole e libertà: La carica deontica dei diritti e i limiti istituzionali alla tolleranza. Commento a Tar Piemonte n. 447/2019*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 maggio 2019.

Natale A., *Caso* Sea Watch 3, *la "scandalosa" ordinanza di rigetto del gip di Agrigento*, in *www-questionegiustizia.it*, 3 luglio 2019.

Nencini G., *Il matrimonio dello straniero in Italia: alcune considerazioni sulle norme di diritto internazionale privato*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 340.

Neppi Modona G., Ferraris V., a cura di, *Diritto dell'immigrazione e servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2019.

Ongini V., *Grammatica dell'integrazione. Italiani e stranieri a scuola insieme*, Bari, Laterza, 2019.

Paladini L., *Diritto alla cittadinanza e tutela dei disabili, tra diritto interno e norme interposte*, nota a Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258, in *Giurispr. it.*, 2019, n. 1.

Peris Cancio L.F., *Peggio se vulnerabili: gli effetti del decreto sicurezza sui minori non accompagnati*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1

Pigola E., *Sul diritto del richiedente la protezione internazionale alla residenza anagrafica*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 335.

Pratesi C.., *La replica del Tribunale di Firenze alle ordinanze Cass., nn. 1750 e 1751in vita della pronuncia delle Sezioni unite*, in *Quest. giust., 2019. 8 luglio 2019.*

Quadri S., *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale. Il caso europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Rodorf R., *Flussi migratori e globalizzazione*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Rossi L., *La libertà di espressione e manifestazione del proprio credo nelle aule dei tribunali*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1.

Ruggiu I., *Multiculturalismo e minori: il fondamento costituzionale dei diritti culturali del minore straniero e il test culturale per bilanciarli*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Ruto Clerici G., *La protezione degli adulti privi della capacità di agire tra l'Italia e l'Ucraina*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, n. 2.

Spadaro G., *La giurisdizione minorile ed i soggetti vulnerabili*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Spinelli G., *La tutela della pace religiosa interna può giustificare limitazioni alla libertà di espressione*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1.

Tomai G., *I minori stranieri non accompagnati fra tutela ed accoglienza*, in *Minori giust.,* 2019, n. 1.

Vincenzo L., Salamone M., *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare*, La Tribuna, 2019.

Zirulia S., Cancellaro F., *Caso* Sea Watch*: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 24.06.2019.

Zirulia S., *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 24.06.2019.

Zirulia S., *Decreto sicurezza bis: novità e profili critici*, in *ww.dirittopenalecontemporaneo*, 18.06.2019.

Riviste e siti internet

Gisti, *Délit de solidarité: le guide*, luglio 2019.

Minorigiustizia, *A 80 anni dall'introduzione delle leggi razziali: l'infamia del diritto*, numero monografico, 2019. n. 1.

PLEIN DROIT, La revue du Gisti, *Frontières d'ailleurs*, 2019, n. 121

La Rivista delle Politiche Sociali, *Politiche migratorie in un ambiente ostile*, 2019, n. 2.

Documenti e rapporti

Camera dei Deputati, Servizio studi, *Minori stranieri non accompagnat*i, 19 luglio 2019.

Caritas italiana e Fondazione Migrantes, *XXVIII Rapporto immigrazione 2018-2019*, settembre 2019.

Council of Europe, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy*, Second Evaluation Round, 25 gennaio 2019.

EASO, European Asylum Support Office, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2018*, June 2019.

Women's Refugee Commission (WRC), *More Than One Million Pains: Sexual Violence Against Men and Boys on the Central Mediterranean Route to Italy*, March 2019.

Table of contents

2019 - Volume 3

ISSUE no. 3

Editorial, *Alessandro Simoni*

Articles

Search and Rescue in Central Mediterranean between International Law and New (albeit Questionable) Qualifications of the Migration Phenomenon
Ilaria Tani

Border refoulement and deferred refoulement: assumptions, types and effects
Roberto Cherchi

Dublin System, "Scrooge-Like" Solidarity and the EU Law: Are There Viable Options to the Never-Ending Reform of the Dublin III Regulation?
Giuseppe Morgese

The rehabilitation for victims of acts of torture committed abroad: some reflections on Article 14 of the United Nation*s* Convention against torture
Marcella Ferri

Public reception service and fundamental rights of asylum seekers. Profiles of illegitimacy of the reform set up by law decree n. 113/2018
Nicoletta Vettori

Integration as development's factor of local economy: analysis of an innovative project
Giovanni Calvellini

The end of the French «solidarity offense»?
Céline Chassang

Comments

Loss of the nationality of a Member State and control of proportionality: the European perspective
Marco Borraccetti

Rome Civil Court's ruling of 21 February 2019 and the order to issue a LTV visa on humanitarian grounds under article 25 of the EU Visa Code: between legal politics and protection needs
Eleonora Frasca

"Guilty" but Refugee, therefore not deportable. Notes to European Court of Justice, Judgment in Joined Cases, C-391/16, C-77/17 e C-78/17 *(M/Ministerstvo vnitra, X e X/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides)*
Donatella Loprieno

Non-citizens and social benefits: the Constitutional Court takes a step back and one sideways
Fabio Corvaja

Overview of European case law
(1 May 2019 – 31 August 2019)
European Court of Human Rights
Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory
(1 May 2019 – 31 August 2019)

Italian observatory
(1 May 2019 – 30 August 2019)

Reviews and research materials