Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 1, Marzo 2022

«Maybe we are all prospective migrants. The lines of national borders on maps are artificial constructs, as unnatural to us they are to birds flying overhead. Our first impulse is to ignore them».

(Mohsin Hamid)

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

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

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati. ISSN 1972-4799
via delle Pandette 35, 50127 Firenze

Indice

Editoriale, di *Enrica Rigo*

Saggi

«Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti». I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea
di *Matteo Astuti, Caterina Bove, Anna Brambilla, Amarilda Lici, Erminia S. Rizzi, Ulrich Stege e Ivana Stojanova*

Accordi di *soft law* in materia di rimpatri: carta bianca per le istituzioni UE?
di Caterina Molinari

La detenzione degli stranieri tra "restrizione" e "privazione" di libertà: la CEDU alla ricerca di *Godot*
di *Lorenzo Bernardini*

La protezione umanitaria tra passato e futuro
di *Giacomo Travaglino*

Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"
di *Giuseppe Tropea*

Dubito, ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia
di *Marco Benvenuti*

Commenti

La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata.
(Commento a Cassazione, I sez., 2 luglio 2021, n. 31652)
di *Francesca Curi*

Rassegna di giurisprudenza europea
(periodo 1 settembre 2021 – 31 dicembre 2021)

Corte europea dei diritti umani
Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato – Art. 6: Diritto a un equo processo – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare.

Corte di giustizia dell'Unione europea
Direttiva 2011/95 ed estensione dello *status* di rifugiato: figlio minore di genitore beneficiario di asilo in uno Stato membro – Direttiva 2011/95 e nozione di «familiare»: padre di minore rifugiato in uno Stato membro – Direttiva 2013/32 e domanda reiterata: rapporto tra motivi nuovi ma già sussistenti e principio della cosa giudicata – Direttive 2013/32 e 2013/33 e inammissibilità della domanda di protezione internazionale: possibilità di ammettere nuove ipotesi e di criminalizzare il sostegno alla presentazione di domande ritenute oggettivamente inammissibili in via preventiva – Direttiva 2004/38, art. 21 della Carta e mantenimento del diritto di soggiorno quinquennale: cittadino di Stato terzo privo di risorse sufficienti che abbia subito violenze domestiche dal coniuge cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38, art. 21 TFUE e regolamento 562/2006 nei rapporti tra Stato membro e propri cittadini: obbligo di esibire un documento di identità in caso di viaggio verso/rientro da altro Stato membro – Diritto UE in materia di sicurezza sociale, prestazioni familiari, assistenza sociale e protezione sociale in relazione alla «carta della famiglia»: potenziali discriminazioni a sfavore di cittadini di Stati terzi titolari di uno *status* protetto dal diritto UE.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento
ESPULSIONI: L'accesso alle zone di transito dei valichi di frontiera – Cittadini UE: allontanamento per motivi di ordine pubblico – Espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione: rilevanza delle modifiche all'art. 19 TUI apportate dalla legge 173/2020 – Debbono essere valutati i legami familiari nel caso di espulsione disposta a seguito di inottemperanza a pregresso ordine di allontanamento del questore? – Espulsione in pendenza di ricorso giurisdizionale avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale – Profili formali. TRATTENIMENTO: Motivazione – Proroga del trattenimento – Durata e termini della proroga – Ragionevole prospettiva di rimpatrio – Interesse a impugnare – Misure alternative al trattenimento – Provvedimento presupposto e doppia tutela – Quarantena – Trattenimento del richiedente asilo – Traduzione.

Ammissione e soggiorno
La regolarizzazione 2020 (art. 103, d.l. n. 34/2020) – Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo – Permesso di soggiorno per motivo di studio.

Asilo e protezione internazionale

Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – Diritto al rilascio di visti umanitari – La protezione umanitaria – La protezione speciale – Diritti-Varie – Protezione sussidiaria, rinnovo del permesso e alloggio – Protezione sussidiaria e titolo di viaggio – Minori e richiesta di riconoscimento protezione internazionale.

Cittadinanza e apolidia

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario anche ai discendenti nati prima del 1° gennaio 1948. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai discendenti nati dopo il 1° gennaio 1948. c) Richiesta di tutela all'autorità giudiziaria ordinaria nel caso di grave ritardo nell'espletamento della pratica di riconoscimento da parte della pubblica amministrazione. d) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato nel 1889. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza italiana. Suo mancato esercizio. Effetti. Pronunce discordanti al riguardo e presa di posizione del Ministero dell'interno. e) Richiesta all'ufficiale di stato civile di immediata trascrizione di una decisione favorevole senza attenderne il passaggio in giudicato; legittimità del rifiuto. f) Facoltà di chiedere la cittadinanza italiana per gli emigrati dai territori ex austro-ungarici. Retroattività della cittadinanza al momento della nascita. Esclusione – Acquisto della cittadinanza per elezione: a) Individuazione dei diversi criteri utili a determinare la residenza legale del minore. b) Utilizzabilità di qualsiasi documento rilevante ai fini della prova della residenza legale. c) Apposito permesso di soggiorno provvisorio ai fini di tale acquisto – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto delle domande, da parte del Ministero dell'interno, a causa di precedenti penali; valutazione differenziata delle denunce risalenti non seguite da condanne. b) Rigetto delle domande a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. c) Insufficiente motivazione nei confronti di precedenti penali risalenti di lieve entità. d) Computo dei termini per la definizione dei procedimenti. e) Parificazione del titolare di protezione sussidiaria al rifugiato riguardo alla esenzione dalla presentazione di documenti in originale reperibili nello Stato di origine. f) Possibile concorso di quello del coniuge nel computo del reddito dell'istante; impossibilità di valutare come tale il reddito di cittadinanza. g) Pronuncia delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo. h) Pronuncia del Consiglio di Stato sul riparto di competenza tra i Tribunali amministrativi regionali e il Tar Lazio, sezione di Roma in riferimento all'impugnazione di un atto prefettizio di inammissibilità dell'istanza per la concessione della cittadinanza – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori
FAMIGLIA: Qualora sussista la condizione di effettiva convivenza, i fratelli di cittadini italiani possono attivarsi per ottenere dalla questura un permesso di soggiorno ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 d.lgs. n. 286/1998 e 28 d.p.r. n. 394 del 1999 – La circostanza che il richiedente asilo viva in Italia con il coniuge e un figlio in tenera età giustifica il riconoscimento della protezione umanitaria – In caso di richiesta di permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare, la pericolosità sociale del richiedente quale elemento ostativo al rilascio del titolo di soggiorno va fondata su circostanze concrete e attuali, mentre il richiamo a precedenti penali del richiedente, se risalenti nel tempo, può avvenire solo come elemento di sostegno indiretto, quale indicatore della personalità dello stesso – L'accordo di convivenza tra un cittadino italiano e un cittadino straniero sottoscritto tra i conviventi, ma non registrato in Comune, può costituire prova della convivenza al fine del rilascio della carta di soggiorno, ai sensi dell'art. 3, co. 2, direttiva 2004/38. MINORI: In tema di autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore del minore *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, il giudice del merito deve svolgere un giudizio prognostico sul disagio psicologico o fisico derivante al minore dall'eventuale rimpatrio del genitore.

Non discriminazione
Alloggi pubblici – Bonus per materiale didattico – Prestazioni di assistenza.

Penale
Una nuova archiviazione per la capitana Carola Rackete – Una sentenza di condanna per il respingimento verso la Libia di naufraghi soccorsi in acque internazionali da un'imbarcazione italiana – Rapporti tra il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e il reato di tratta di persone.

Osservatorio europeo
(periodo 1 settembre 2021 – 31 dicembre 2021)

Atti di indirizzo
Nuovo patto su immigrazione e asilo – Strumentalizzazione dei migranti.
Atti adottati
Carta blu – Agenzia per l'asilo.
Proposte legislative
Lista nera degli operatori di trasporto coinvolti nel traffico di migranti – Misure di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia *ex* art. 78, par. 3, TFUE – Revisione del codice frontiere Schengen – Meccanismo per affrontare situazioni di strumentalizzazione dei migranti.
Varie
Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025 – Comunicazione relativa all'applicazione della direttiva sulle sanzioni nei confronti dei datori di lavoro.

Osservatorio italiano
(periodo 1 settembre 2021 – 31 dicembre 2021)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali
Riforme del diritto degli stranieri introdotte con la legge europea 2019-2020: durata decennale dei permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, proroga dei visti di ingresso di breve durata quale nuovo titolo di soggiorno, ampliamento dell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale e della tutela contro le discriminazioni e dei compiti dell'UNAR, inammissibilità delle domande di protezione internazionale per i titolari di protezione sussidiaria riconosciuta in altri Stati UE – Incremento di 3000 posti del Sistema di accoglienza e integrazione da destinare ai cittadini afghani – L'accesso degli stranieri al nuovo assegno unico e universale per i figli a carico. Profili di illegittimità costituzionale – Limitazioni agli ingressi degli stranieri durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus – Programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori extraUE nel territorio dello Stato per l'anno 2021.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali
Riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis* a discendenti di cittadini italiani che l'avevano perduta – Equipollenza delle certificazioni vaccinali rilasciate in Stati extraUE – Indicazioni per la dose di richiamo in soggetti vaccinati all'estero con un vaccino non autorizzato da EMA – Due diversi tipi di permessi di soggiorno per protezione speciale – Profili di illegittimità costituzionale della non convertibilità del permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato a seguito di istanza presentata direttamente al questore – Obbligo per ogni Commissione territoriale per la protezione internazionale di svolgere il colloquio personale che abbia presentato domanda reiterata ammissibile anche ai fini del riconoscimento della protezione speciale – Ammissibilità delle domande di protezione speciale collegate a domande di protezione internazionale pendenti in via amministrativa o in via giudiziaria – Impossibilità di registrazione anagrafica di contratti di convivenza tra italiani e stranieri extraUE non regolarmente soggiornanti. Aspetti di illegittimità – La presentazione delle domande di nulla-osta al lavoro e delle domande di conversione dei permessi nell'ambito delle quote 2011 – Chiarimenti sul distacco transnazionale dei lavoratori e sul regime sanzionatorio – Riconoscimento del diritto alle prestazioni assistenziali, a sostegno della famiglia, di inclusione sociale e di invalidità civile ai cittadini britannici residenti in Italia a seguito della Brexit.

Recensioni e materiali di ricerca
Recensione a: Salvatore Strozza, Cinzia Conti ed Enrico Tucci, *Nuovi cittadini. Diventare italiani nell'era della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2021, di *Ennio Codini*.

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet

EDITORIALE

ENRICA RIGO

Editoriale

Mentre il numero corrente di *Diritto, immigrazione e cittadinanza* è in chiusura, l'Europa è scossa dalla terribile invasione dell'Ucraina da parte della Russia. È una guerra di cui si pagheranno costi altissimi, non ultimo quello del numero di profughi che provocherà e del rischio che nuove frontiere vengano rafforzate. È invece prioritario che le istituzioni europee e nazionali si attivano per garantire protezione agli sfollati dai territori ucraini.

Questa nuova crisi segue due anni di emergenze sociali, sanitarie e politiche dovute alla pandemia globale da Covid-19, e di cui i migranti continuano a pagare un prezzo altissimo. Dopo una flessione degli arrivi nel 2020, il 2022 si è infatti aperto confermando la tendenza che nel 2021 ha visto in aumento le partenze sulle rotte via mare verso l'Europa e, con queste, quasi duplicare le morti sui confini che, per i migranti, diventano passaggi sempre più letali. Oltre ai naufragi al largo della Libia, della Tunisia e del Marocco, le cronache degli ultimi mesi danno conto di quasi 30 morti nel più grave naufragio di migranti mai avvenuto nel canale della Manica, il 24 novembre 2021, mentre il Natale del 2021 dovrà essere ricordato anche per due barconi affondati nell'Egeo, a poca distanza dall'isola di Paros, con altri 27 migranti a bordo. Sono morti che avvengono nel cuore dell'Europa anche quando il mare ne restituisce i corpi sulle spiagge di Zuwara, in Libia, o di Tarfaya, tappa della rotta dal Marocco alle Canarie. Perché le rotte dei migranti ridisegnano i confini geografici e geopolitici dell'Europa, e perché europee sono le politiche che, per fermarli, si spingono ben oltre i perimetri istituzionali degli Stati membri. Ma le frontiere marittime non sono state le uniche zone calde durante gli ultimi mesi. La crisi alla frontiera tra Bielorussa e Polonia, che ha avuto il suo picco tra novembre e dicembre del 2021, ha mostrato ancora una volta l'incapacità dell'Unione europea di fornire risposte, sebbene i migranti tenuti in ostaggio dalla geopolitica internazionale fossero solo 7000, un numero irrisorio per la popolazione europea. Si tratta di una crisi che, nonostante la minore copertura mediatica, non può dirsi risolta, sia perché i morti accertati tra i rifugiati provenienti dalla Siria, dalla Turchia, dall'Iraq, dall'Iran, dallo Yemen e dall'Afghanistan sono almeno 21, e sia perché la Polonia ha risposto con l'avvio della costruzione di un muro lungo 186 chilometri e alto 5 metri, che lascia prevedere un'emergenza a lungo termine. Così come è ormai permanente l'emergenza sulla rotta balcanica, causata dai respingimenti a catena dall'Italia, dall'Austria, dalla Slovenia verso la Croazia, la Bosnia, la Serbia.

Non è dunque un caso che le frontiere siano al centro di questo primo e ricco numero del 2022. Sono al centro, per esempio, della produzione normativa di *soft law* oggetto dell'analisi di Caterina Molinari, *policy officer* presso la Commissione Europea e *affiliated member* del KU Leuven Institute for European Law, che osserva come a partire dall'*EU-Turkey Statment* del

2015, i successivi accordi di riammissione siglati dall'Unione europea non abbiano più seguito la via della stipula di trattati internazionali, pur semplificati. Molinari sottolinea come il ricorso a strumenti di *soft law*, introdotto secondo una logica sperimentale di *new governance*, abbia progressivamente acquisito spazio in materie di rilevanza costituzionale, correlate ai diritti fondamentali, anche nel delicato equilibrio istituzionale dell'Unione europea. Ne è un esempio la menzionata dichiarazione congiunta con la Turchia, di fatto un accordo di riammissione e gestione delle frontiere che ha trasformato il campo profughi di Moira in un centro di detenzione a cielo aperto, così come ne sono esempi il Fondo fiduciario UE per l'Africa e il *Memorandum of Understanding* tra Italia e Libia che assicurano il sostegno economico e logistico alla cosiddetta Guardia Costiera libica. Il giudizio dell'autrice è netto sulla logica che vede prevalere il ricorso agli strumenti di *soft law*: utilizzati allo scopo di aggirare i vincoli costituzionali, offrono un indubbio vantaggio in termini di deresponsabilizzazione politica, a tutto detrimento delle possibilità di sottoporne l'azione al controllo giurisdizionale.

Il saggio di Molinari offre un quadro di analisi delle trasformazioni e delle tensioni a cui è sottoposto oggi il diritto nel quale può essere incardinato anche il contributo a più mani di Astuti *et. al.*, che si apre sulle violenze alla frontiera tra Croazia e Bosnia, per spostarsi poi sulle frontiere Schengen che i migranti attraversano sulla rotta balcanica. Il fuoco è pertanto, in questo caso, sulle frontiere interne dell'Unione europea, gestite sempre più sulla base di prassi informali e accordi amministrativi bilaterali, come quelli tra la Germania, da un lato, e la Spagna e la Grecia, dall'altro, finalizzati a velocizzare la riammissione dei migranti e aggirare così i vincoli del controllo giurisdizionale legati al Regolamento Dublino. Di nuovo, a venire in primo piano è dunque una logica di *governance* implementata principalmente attraverso una regolamentazione di *soft law*, che vanifica, o per lo meno indebolisce, gli strumenti di controllo e tutela. Non tragga tuttavia in inganno l'aggettivo *soft* utilizzato accanto al termine legge. Come dimostra il saggio, che si chiude sulle recentissime proposte di modifica al codice delle frontiere Schengen, volte a incrementare lo strumento delle intese bilaterali per facilitare la riammissione dei migranti intercettati, l'espressione *soft law* non vale a mitigare la violenza messa in campo per attuare questa modalità di regolamentazione. Il contributo, ricco e informato, si distingue anche per la scelta di offrire una riflessione corale. Le autrici e gli autori, tutti componenti dell'ASGI, promuovono l'azione strategica *MEDEA Frontiere interne e Balcani*, che combina ricerca sul campo, *advocacy* e contenzioso strategico per la difesa dei diritti dei cittadini stranieri in arrivo in Italia attraverso le frontiere interne e la rotta balcanica. Oltre a confermare la pluralità di voci che da sempre contraddistingue la *Rivista*, il contributo dà conto dell'attivismo legale – *legal activism* secondo una terminologia che lo riconduce alla tradizione anglosassone dei *Critical Legal Studies* – che si sta coagulando attorno al tema delle frontiere. È un buon esempio di come la cultura giuridica debba fare i conti con un diritto che non è mai neutro, neppure quando è semplice

oggetto di analisi, e di come quelli che chiamano in causa migrazioni e frontiere siano temi sui quali occorre schierarsi, così come fanno le autrice e gli autori del saggio, anche con strategie dirette di intervento e trasformazione.

Al centro del saggio di Lorenzo Bernardini c'è, invece, la detenzione amministrativa dei migranti, una misura che ha ormai assunto carattere sistematico in tutti i paesi europei, con la giustificazione ufficiale di essere finalizzata ad assicurare l'effettivo controllo delle frontiere. Bernardini la analizza dal punto di vista specifico della giurisprudenza CEDU e dei criteri utilizzati per distinguere tra «privazione» e «restrizione» della libertà. A essere sotto scrutinio è, in particolare, la detenzione nelle aree aeroportuali e nelle stazioni di polizia di frontiera. L'autore mostra come gli orientamenti più recenti della Corte di Strasburgo indichino, di fatto, un "approccio speciale" alla nozione di «restrizione della libertà personale» quando in ballo ci sono i diritti dei migranti nelle procedure di frontiera. In linea con i contributi di Molinari e Astuti *et.al.*, il quadro generale che ne emerge è, insomma, quello di una gestione delle frontiere attraverso norme che derogano ai criteri ordinari di legittimazione. Un diritto "speciale" rivolto agli stranieri, come sottolineano ormai da anni le critiche; ma che forse è diventato anche qualche cosa d'altro. Se è infatti una contraddizione evidente perseguire una "gestione ordinata" delle migrazioni attraverso frontiere governate secondo criteri *extra*-ordinamentali, bisogna dare atto che il "diritto speciale", "non-ordinato" che si esprime attraverso l'eccezione alla regola, l'autoritarismo e l'arbitro dei confini riflette processi che, ormai da tempo, caratterizzano la stessa costituzione materiale dell'Europa. Si tratta di processi che, peraltro, investono sia il livello dell'ordinamento giuridico statuale che quello europeo, come mostrano i diversi esempi riportati nei tre contributi, i quali spaziano dalle relazioni esterne dell'Unione europea, agli accordi di riammissione siglati tra singoli stati membri, ai molteplici livelli dell'*aquis* Schengen, fino alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Da questo punto di vista, quello che viene spesso rappresentato come un braccio di ferro tra l'Europa e gli Stati membri per il governo delle frontiere appare, in realtà, un processo molto più complesso, dove le spinte in un senso o nell'altro non sono unidirezionali, e dove le logiche tendenziali si integrano a vicenda piuttosto che confliggere apertamente.

Completano la sezione dei saggi un intervento di Giuseppe Tropea, sull'annosa questione del riparto di giurisdizione, uno di Marco Benvenuti sulle modalità di accertamento dell'età dei minori non accompagnati e un contributo di Giacomo Travaglino, Presidente presso la III sezione civile della Corte di cassazione. Quest'ultimo, in particolare, torna sul tema della protezione umanitaria che diventa occasione per commentare alcuni aspetti della recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 20 gennaio 2022, con cui la Consulta ha rigettato le questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione su alcune modifiche processuali introdotte in materia di procedimenti giurisdizionali per il riconoscimento della protezione internazionale. A colpire è soprattutto uno degli argomenti utilizzati in motivazione dalla Corte, la quale indica il settore della protezione internazionale come «peculiare» perché caratterizzato da un «esorbitante numero dei

ricorsi, di solito seriali». Come osserva Travaglino, a essere legittimato è ancora una volta il ricorso a "norme speciali" – di infausta memoria, secondo il giudizio dell'autore – che rischiano sempre di travalicare in discriminazioni.

È potente il verso di Fabrizio De André che il saggio a più mani di Astuti *et al.* utilizza come titolo: «Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti». Se ne possono ricordare altri, sempre tratti da *Storia di un impiegato*, come quelli che ammoniscono il giudice che giudicò chi gli aveva dettato la legge: «Prima cambiarono il giudice e, subito dopo, la legge» - prosegue la canzone. A leggere le parole della Corte costituzionale viene da chiedersi se non siano già cambiati sia il giudice sia la legge. Non ne consegue un giudizio nichilistico sul diritto, ma piuttosto un monito che richiama alla mente come, per Santi Romano, il concetto di diritto dovesse contenere l'idea di ordine sociale al fine di escludere l'arbitrio, da intendersi, quest'ultimo, come esercizio della forza materiale "non ordinata". È un'affermazione che può essere letta anche nel senso per cui l'arbitrio, il "non ordinato", segnala che un diverso ordine sociale si sta imponendo attraverso l'esercizio della forza; così come sembra accadere alle frontiere esterne e interne dell'Europa.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

«PER QUANTO VOI VI CREDIATE ASSOLTI SIETE PER SEMPRE COINVOLTI»

I DIRITTI UMANI FONDAMENTALI ALLA PROVA DELLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

di Matteo Astuti, Caterina Bove, Anna Brambilla, Amarilda Lici, Erminia S. Rizzi, Ulrich Stege e Ivana Stojanova

Abstract: *L'articolo fornisce un'analisi delle prassi, delle violazioni e dei meccanismi impiegati per il controllo delle frontiere e dei movimenti migratori in alcune aree interessate dagli arrivi provenienti dalla c.d. Rotta Balcanica, con un'attenzione prevalente per i confini interni. Il ripristino dei controlli di frontiera, l'uso degli accordi di riammissione bilaterale e di cooperazione di polizia incidono sui diritti fondamentali dei migranti. Lo svolgimento di controlli in aree remote, spesso anche molto lontane dalle frontiere, espone i migranti a violenze ed abusi sistematici. I meccanismi di monitoraggio esistenti e quelli in corso di definizione sollevano numerosi dubbi in termini di effettività e di indipendenza: queste iniziative infatti rischiano di rivelarsi strumenti più idonei a fornire apparente legittimazione alle condotte illegittime piuttosto che strumenti di contrasto delle medesime, confermando la percezione che la tutela dei diritti umani non sembra essere al centro delle spinte evolutive che interessano il sistema Schengen. Una riflessione conclusiva è stata dedicata alla proposta di riforma del codice frontiere Schengen che potrebbe avere un effetto dirompente soprattutto per quanto riguarda il confine italo-sloveno e i porti adriatici.*

Abstract: *The article provides an analysis of the practices, violations and mechanisms implemented to control borders and migratory movements in areas affected by arrivals from the so-called Balkan Route, with a predominant focus on internal EU borders. The reintroduction of border controls, the use of bilateral readmission agreements and police cooperation affects the fundamental rights of migrants. Conducting controls in remote areas, often far from borders, exposes migrants to systematic violence and abuse. The existing monitoring mechanisms and those in the process of being defined raise many doubts in terms of effectiveness and independency. In fact, these initiatives are apparently tools aimed at providing legitimacy to illegitimate conducts rather than tools to combat them, confirming the perception that the protection of human rights does not seem to be at the heart of the concerns of the Schengen System. A final consideration was dedicated to the proposed reform of the Schengen borders code, which could have a disruptive effect especially as regards the Italian-Slovenian border and the Adriatic ports.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

«PER QUANTO VOI VI CREDIATE ASSOLTI SIETE PER SEMPRE COINVOLTI»
I DIRITTI UMANI FONDAMENTALI ALLA PROVA DELLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

di Matteo Astuti, Caterina Bove, Anna Brambilla, Amarilda Lici, Erminia S. Rizzi, Ulrich Stege e Ivana Stojanova[*]

SOMMARIO: 1. Spazio Schengen, controllo dei confini e diritti umani: considerazioni introduttive. – 2. Uso di accordi bilaterali e respingimenti a catena – 2.1. Le riammissioni dall'Italia alla Slovenia, i respingimenti a catena verso la Bosnia-Erzegovina e le violazioni rilevate in sede di contenzioso. – 2.2. Accordi bilaterali e finzione di non ingresso nel territorio: il caso dell'Italia e della Germania. – 3. Controlli di frontiera e trattamenti inumani e degradanti. – 3.1. Ripristino dei controlli alle frontiere interne, rifiuto di ingresso e profili di illegittimità: il caso dell'Austria. – 3.2. Non solo violenza fisica: le frontiere tra Italia, Slovenia, Croazia e Bosnia-Erzegovina. – 3.3. Confisca e distruzione degli effetti personali: violazioni rilevabili e tutela effettiva. – 4. La valutazione del rispetto dei diritti umani nell'area Schengen – 4.1. Il meccanismo di valutazione Schengen e l'accesso della Croazia nell'area Schengen. – 4.2. Indagini sulle violazioni ai confini croati e strumenti nazionali di monitoraggio. – 4.3. Una valutazione della proposta di meccanismo di monitoraggio indipendente alla luce dell'esperienza croata. – 5. Una riflessione conclusiva: quale futuro per l'area Schengen?

1. Spazio Schengen, controllo dei confini e diritti umani: considerazioni introduttive

L'inchiesta condotta da Lighthouse Reports[1], che ha documentato violente operazioni di respingimento alla frontiera bosniaco-croata, alla frontiera marittima greca e alla frontiera rumena condotte da uomini mascherati privi di segni identificativi e ha scatenato indignate reazioni da parte dell'opinione pubblica e delle istituzioni europee, è solo una delle tante inchieste che hanno denunciato l'uso della forza nei confronti dei migranti respinti alle frontiere europee. Oltre al coinvolgimento delle polizie nazionali dei Paesi direttamente

[*] Gli autori e le autrici sono membri di ASGI e promuovono l'azione MEDEA Frontiere interne e Balcani, un'azione strategica basata sulla ricerca sul campo, il contenzioso strategico e l'*advocacy* volta a difendere i diritti dei cittadini stranieri in arrivo in Italia attraverso le frontiere interne – terrestri e marittime – e la rotta balcanica (https://medea.asgi.it/). Il titolo del saggio riprende un verso della canzone di Fabrizio De Andrè, *La canzone del maggio*.

1. L'inchiesta *Unmasking Europe's Shadow Armies*, parzialmente disponibile sul sito https://www.lighthousereports.nl/investigation/unmasking-europes-shadow-armies/, è stata condotta da Lighthouse reports, in collaborazione con altre testate giornalistiche, in varie aree di confine. L'indagine, durata otto mesi, ha consentito di raccogliere video, testimonianze ed interviste e di documentare le operazioni di respingimento in Croazia, Romania e Grecia.

interessati, che sempre più spesso si avvalgono di corpi di polizia abitualmente estranei per mandato al controllo delle frontiere, le inchieste[2] e le azioni giudiziarie denunciano anche il sempre più frequente coinvolgimento dell'Agenzia europea per la guardia di frontiera e costiera (di seguito Frontex), accusata di avere un ruolo di coinvolgimento e facilitazione alla commissione di azioni illegittime[3], anche grazie alla sottoscrizione di accordi bilaterali che le attribuiscono poteri esecutivi al di fuori del territorio dell'Unione[4].

Dopo la pubblicazione delle notizie relative all'inchiesta di Lighthouse Reports, la Commissaria agli affari interni Ylva Johansson ha condannato l'operato delle forze di polizia coinvolte e minacciato il ricorso ad azioni di controllo sull'utilizzo delle risorse economiche utilizzate per finanziare le operazioni di pattugliamento e, di conseguenza, di respingimento[5]. Analogamente, pur difendendo pubblicamente Frontex – sulla quale la Commissione europea esercita un potere di controllo – la Commissaria ha in più riprese manifestato dissenso nei confronti della gestione dei meccanismi interni di valutazione delle violazioni dei diritti umani.

Le affermazioni di condanna dei respingimenti alle frontiere esterne dell'Unione europea risultano essere, almeno apparentemente, in linea con le dichiarazioni rese il 23 settembre del 2020[6] in occasione della presentazione del pacchetto di riforme noto come Patto europeo sulla migrazione e l'asilo[7] e, più in particolare, dello strumento di monitoraggio delle violazioni alle frontiere previsto dall'art. 7 della Proposta di

2. Si veda a titolo di esempio, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Rapporteur Tineke Strik, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations*, Parlamento europeo 14.7.2021, disponibile sul sito https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/238156/14072021%20Final%20Report%20FSWG_en.pdf.

3. Si veda a titolo di esempio l'azione di risarcimento danni promossa contro Frontex davanti alla Corte di giustizia per aver deportato illegalmente in Turchia e violato i diritti fondamentali di una famiglia siriana disponibile sul sito *https://www.prakkendoliveira.nl/en/news/news-2021/eu-agency-frontex-charged-with-illegal-pushbacks*.

4. Si segnalano i seguenti approfondimenti: HRW, *Frontex Failing to Protect People at EU Borders*, disponibile sul sito https://www.hrw.org/news/2021/06/23/frontex-failing-protect-people-eu-borders; Statewatch, EU: Accountability measures for Frontex: critical experts weigh in, disponibile sul sito https://www.statewatch.org/news/2021/may/eu-accountability-measures-for-frontex-critical-experts-weigh-in/; L. Karamanidou e B. Kasparek, *Fundamental Rights, Accountability and Transparency in European Governance of Migration: The Case of the European Border and Coast Guard Agency Frontex*, disponibile su

https://respondmigration.com/wp-blog/fundamental-rights-accountability-transparency-european-governance-of-migration-the-case-european-border-coast-guard-agency-frontex.

5. Dichiarazioni rese dalla Commissaria Ylva Johansson il 20 ottobre 2021, reperibili sul sito della Commissione *https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/announcements/commissioner-johanssons-speech-plenary-debate-pushbacks-eu-external-border_en*.

6. Dichiarazioni rese dalla Commissaria Ylva Johansson il 23 settembre 2020 disponibili sul sito della Commissione europea *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_1733*.

7. Commissione europea, *Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, reperibile al seguente link *https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_it*.

Regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne[8].

Un'attenta analisi di questo meccanismo consente tuttavia di rendersi conto di come lo stesso rischi di essere uno strumento debole ed inefficace.

La proposta di meccanismo di monitoraggio formulata dalla Commissione limita infatti la sua operatività alla fase degli accertamenti che dovrebbero essere effettuati alle frontiere esterne e non riguarda quindi tutte le operazioni di controllo e sorveglianza che avvengono nelle aree di confine e in prossimità delle medesime.

Più in generale, ciò che risulta assente è la volontà di porre in essere un effettivo contrasto, anche politico e di sistema, alle violazioni dei diritti dei migranti che interessano tutte le aree di confine.

In questo senso non solo le frontiere esterne ma anche quelle interne rappresentano un importante punto di osservazione, sia che si consideri la situazione attualmente esistente sia se si tengano presenti le possibili evoluzioni del sistema Schengen.

Comprendere cosa accade nelle aree di frontiera interne, quale sia la posizione degli Stati membri e delle istituzioni europee e in che misura le violazioni dei diritti dei migranti che avvengono in tali zone trovino adeguata attenzione e tutela può pertanto essere utile a valutare meglio tutte le proposte di riforma presentate e quindi anche l'utilità effettiva dello strumento di monitoraggio delle violazioni alle frontiere esterne.

Al tempo stesso, tale approfondimento appare utile per riflettere su quanto i diritti umani siano messi a rischio non solo ai confini esterni dell'Unione europea ma anche all'interno dello spazio europeo.

Sebbene l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sia espressamente previsto anche dal codice frontiere Schengen[9], di fatto, l'effettivo rispetto di tale obbligo appare essere solo incidentalmente preso in considerazione dalla Commissione e dalle altre istituzioni europee, ed è sottratto ad un controllo efficace.

In tal senso appare paradigmatico non solo il funzionamento del meccanismo di monitoraggio Schengen, previsto dall'art. 43 del codice frontiere Schengen, che controlla l'attuazione dell'*acquis* di Schengen da parte dei Paesi che lo applicano in parte o

8. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817 COM/2020/612 final reperibile al link *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0e922ce2-ff62-11ea-b31a-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF*.

9. L'articolo 3 del codice frontiere Schengen stabilisce che le misure di controllo alle frontiere devono essere esercitate senza pregiudicare i diritti dei rifugiati e delle persone che chiedono protezione internazionale, in particolare per quanto riguarda il principio di non respingimento. L'articolo 4 del codice introduce il dovere di rispettare i diritti fondamentali quando si effettuano i controlli, come clausola generale di salvaguardia. Sebbene gli Stati abbiano il diritto sovrano di controllare l'ingresso degli stranieri nel loro territorio, tale diritto deve essere contemperato con la tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

integralmente, ma anche la valutazione che è stata fatta della Croazia, quale Stato membro dell'Unione europea, ai fini della sua futura adesione all'area Schengen.

Come si approfondirà, la comunicazione della Commissione riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia rende evidente come l'attenzione sia del tutto orientata sulla capacità delle autorità croate di proteggere i confini esterni, con una valutazione solo marginale dell'effettivo rispetto dei diritti umani.

L'approfondimento del ruolo della Croazia appare ancora più rilevante in quanto tale Stato, proprio su consiglio della Commissione, sta già sperimentando un meccanismo di monitoraggio alle frontiere; le caratteristiche di tale strumento e i dubbi sulla sua effettiva efficacia ed indipendenza possono servire da spunto di riflessione per una più concreta valutazione della proposta di meccanismo di monitoraggio formulata dalla Commissione.

Attraverso un percorso che si snoda tra vari confini, soprattutto interni, l'analisi si concentrerà su vari prassi illegittime e violazioni di diritti fondamentali, dall'uso degli accordi bilaterali e del ripristino dei controlli alle frontiere interne per facilitare i respingimenti, alle condotte tenute dalle forze di polizia nell'esecuzione di tali operazioni per arrivare ad una riflessione sulla rilevanza della tutela dei diritti umani nell'ambito dello spazio Schengen e sui miglioramenti che potrebbe essere possibile apportare sia ai meccanismi di monitoraggio esistenti sia alla nuova proposta di strumento di monitoraggio delle violazioni alle frontiere formulata dalla Commissione.

Pur nella consapevolezza che tutte le aree di confine interno presentano le criticità descritte, nella presente trattazione si è scelto di focalizzare l'attenzione solo su alcune aree di frontiera interna, in particolare in quelle che risultano maggiormente interessate dagli arrivi provenienti dalla c.d. Rotta Balcanica, prendendo in considerazione solo marginalmente alcune zone di frontiera esterne.

2. Uso di accordi bilaterali e respingimenti a catena

2.1. Le riammissioni dall'Italia alla Slovenia, i respingimenti a catena verso la Bosnia-Erzegovina e le violazioni rilevate in sede di contenzioso

Germania, Austria e Slovenia sono stati tra i primi Paesi europei facenti parte dell'area Schengen a reintrodurre, a settembre 2015, i controlli in alcune parti dei propri confini

interni[10], seguiti a ottobre 2015 da Francia e Ungheria e successivamente anche da Svezia, Norvegia, Danimarca e Belgio[11].

A differenza di Germania e Austria, che a tutt'oggi continuano ad effettuare i controlli in alcune zone di confine interno[12], la Slovenia ha ripristinato i controlli di frontiera unicamente al confine terrestre con l'Ungheria per un periodo di tempo piuttosto limitato[13], optando poi per altre strategie di contenimento dei flussi migratori, tra cui l'innalzamento di una barriera di filo spinato al confine con la Croazia.

Per quanto riguarda il confine italo-sloveno, mai interessato dalla reintroduzione dei controlli di frontiera, Italia e Slovenia hanno rafforzato la cooperazione di polizia, anche

10. In particolare, la Germania, a partire dal 13 settembre 2015 ha reintrodotto i controlli al confine interno con l'Austria, in ragione del massiccio afflusso di persone richiedenti la protezione internazionale. Il 16 settembre 2015 l'Austria ha notificato alla Commissione la reintroduzione dei controlli alle frontiere terrestri con Italia, Ungheria, Slovenia e Slovacchia, sempre in ragione del massiccio afflusso di persone richiedenti protezione internazionale. La Slovenia, per il medesimo motivo, ha comunicato la reintroduzione dei controlli al confine interno con l'Ungheria il 17 settembre 2015. Come osservato nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2021 sulla relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen, disponibile sul sito https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0350_IT.html, a partire del 2015, gli Stati membri hanno reintrodotto i controlli alle frontiere interne un totale di 268 volte. L'elenco delle notifiche alla Commissione europea relativa alla reintroduzione dei controlli alle frontiere interne è disponibile sul sito https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

11. E. Guild, S. Carrera, L. Vosiliûte, C.A. Groenendijk, J. Jeandebosz, M. Martin-Mazé, E. Brouwer, D. Bigo, *Internal border controls in the Schengen area: Is Schengen crisis-proof?*, research paper requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs and was commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Union, 2016, p. 15 ss.

12. L'ultima notifica effettuata dalla Germania alla Commissione europea riguardante la reintroduzione dei controlli al confine terrestre con l'Austria, motivata dai movimenti secondari e dalla situazione ai confini esterni, è relativa al periodo 12 novembre 2021-11 maggio 2022. L'Austria continua a mantenere i controlli ai confini terrestri con Ungheria e Slovenia, in ragione dei movimenti secondari, del rischio legato a terroristi e alla criminalità organizzata e della situazione alle frontiere esterne, come da comunicazione relativa al periodo 12 novembre 2021-11 maggio 2022.

13. Il ripristino dei controlli al confine terrestre tra Slovenia e Ungheria è perdurato dal 17 settembre 2015 al 16 ottobre 2015.

grazie alla sottoscrizione di protocolli[14] operativi di attuazione dell'accordo di cooperazione sottoscritto tra i due Paesi nel 2007[15].

L'aumento dei controlli di polizia lungo la fascia confinaria ha avuto come conseguenza l'incremento del numero di cittadini stranieri intercettati e, già a partire dal 2019, di quelli riammessi[16]. In particolare, con una direttiva del 13.5.2020 il Ministero dell'interno italiano ha dato nuovo impulso all'attuazione delle riammissioni di migranti in Slovenia, eseguite sulla base dell'accordo bilaterale Italia-Slovenia per la riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996[17] e contenente previsioni finalizzate a favorire la riammissione sul territorio dei due Stati sia di cittadini di uno dei due Stati contraenti sia cittadini di Stati terzi[18].

Allo scopo di implementare le riammissioni, a metà di maggio 2020 il Ministero annunciava l'invio di 40 agenti al confine orientale dell'Italia[19] ai quali si aggiungeva successivamente un contingente interforze composto da militari dell'esercito, personale della polizia di frontiera e della prevenzione crimine, carabinieri e guardia di finanza[20].

14. Per quanto concerne il protocollo relativo all'attuazione del pattugliamento misto al confine italo-sloveno, con nota prot. n. 25343 del 26 marzo 2021, il Ministero dell'interno ne ha rifiutato l'ostensione adducendo la sussistenza delle ipotesi di cui all'art. 5-*bi*s lett. a) e d) del d.lgs. n. 33/2013 in base al quale l'istanza di accesso civico può essere negata se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico (lett. a) ovvero alle relazioni internazionali che l'Italia intrattiene con Paesi terzi (lett. d). Dopo la presentazione di un'istanza di riesame da parte dell'On.le Matteo Orfini, il Ministero ha inviato copia del protocollo in questione oscurandone, tuttavia, in buona parte il contenuto (prot. n. 1106 del 5 maggio 2021). Con la risposta scritta fornita all'interrogazione dell'On. Magi il 13 ottobre 2021, il Governo ha poi reso noto, quanto ai pattugliamenti congiunti, che «tale attività congiunta, sospesa il 12 marzo 2020 a causa della pandemia, è ripresa a far data dal 30 luglio scorso, a seguito della sottoscrizione di un apposito accordo siglato dai Direttori delle Polizie di frontiera italiana e slovena, per un numero complessivo di 10 servizi mensili di cui 6 nella provincia di Koper e 2 nella provincia di Trieste, nonché 1 nella provincia di Gorizia e 1 in quella di Nova Gorica» (Risposta scritta fornita all'interrogazione dell'On. Magi pubblicata dal sottosegretario del Ministero dell'interno, Nicola Molteni, il 13 ottobre 2021, allegato al bollettino in Commissione I (affari costituzionali) 5-06810).

15. L'accordo di cooperazione di polizia tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia, sottoscritto il 27.8.2007, è stato ratificato con l. 27.4.2011 n. 60.

16. Nel periodo compreso tra il 1.7.2018 e il 31.7.2019 le riammissioni attive eseguite in Slovenia sono state 362, come reso noto dal Ministero dell'interno con risposta prot. 0121217 del 4.9.2019 all'istanza di accesso civico generalizzato esperita *ex* art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013.

17. Il testo dell'accordo bilaterale Italia-Slovenia per la riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996 è reperibile sul sito del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (MAECI) nell'archivio dei Trattati internazionali (ATRIO). Secondo quanto riportato, l'Accordo risulta essere stato notificato il 16.6.1997-10.7.1997 e comunicato in G.U. n. 241 del 15.10.1997.

18. In particolare, l'Accordo, all'art. 2, prevede che ciascuna Parte contraente, su richiesta dell'altra Parte, si impegna a riammettere sul proprio territorio il cittadino di uno Stato terzo che non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di ingresso o di soggiorno applicabili sul territorio della Parte contraente richiedente, nella misura in cui è comprovato che tali cittadini sono entrati sul territorio di questa Parte dopo aver soggiornato o essere transitati attraverso il territorio della Parte contraente richiesta.

19. G. Tomasin, *Nuovi arrivi dalla rotta balcanica. Roma invia 40 agenti al confine*, in *Il Piccolo*, 15 maggio 2020, https://ilpiccolo.gelocal.it/trieste/cronaca/2020/05/15/news/nuovi-arrivi-dalla-rotta-balcanica-roma-invia-40-agenti-al-confine-1.38848289.

20. Audizione del prefetto di Trieste al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, 26 maggio 2021, resoconto

Gli effetti della direttiva e di tale ingente investimento sono stati da subito evidenti: nei soli mesi di giugno, luglio e agosto del 2020 sono state eseguite 491 riammissioni dal territorio di Trieste e 143 da quello di Gorizia[21], interessando in particolare cittadini afgani e pakistani ma anche cittadini eritrei, somali, siriani ed iracheni[22].

Il 2 giugno 2020, replicando alle allarmate richieste di chiarimenti delle associazioni preposte all'accoglienza sul territorio triestino, il prefetto di Trieste spiegava che, secondo le direttive ricevute dal Governo[23], le riammissioni erano attuate ad integrazione del Regolamento Dublino e qualche giorno prima, il 28 maggio del 2020, il prefetto aveva affermato che «il migrante riammesso non viene privato della possibilità di fare richiesta d'asilo, in quanto la Slovenia fa parte dell'ambito europeo»[24].

La posizione del Governo è stata poi esplicitata il 24 luglio 2020 quando il Ministero dell'interno, rispondendo con una nota scritta firmata dal sottosegretario Variati[25] alla interpellanza urgente presentata dall'On.le Riccardo Magi[26], confermava che le riammissioni informali dei cittadini stranieri alla frontiera terrestre italo-slovena avvenivano senza provvedimenti formali, sulla base di quanto previsto dall'accordo di riammissione[27], e,

stenografico consultabile su https://www.camera.it/leg18/1079?Legislatura=18&tipologia=indag sottotipologia=c30_migranti&anno=2021&mese=05&giorno=26&idCommissione=30&numero=0033&file=indice stenografico. Il prefetto spiegava che il controllo vedeva impiegati – nel maggio del 2021 – 100 operatori giornalieri su Trieste, 80 giornalieri su Gorizia e 140 giornalieri su Udine.

21. Dati ottenuti mediante istanza di accesso civico generalizzato esperita dagli scriventi in data 1 settembre 2020 ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013, riscontrata dal Ministero dell'interno con documento prot. 67586 del 5.10.2020.

22. In particolare, tra le persone riammesse in Slovenia tra giugno e agosto del 2020, 177 erano cittadini afgani, 300 cittadini pakistani e 61 cittadini del Bangladesh.

23. Secondo quanto dichiarato dal prefetto di Trieste all'audizione dinanzi al Comitato parlamentare Schengen del 26.5.2021, si tratta della direttiva numero 31799 del 13.05.2020. Con lettera del 24.12.2020 e con provvedimento prot. 44105 del 21.06.2021 il Ministero dell'interno ha respinto l'istanza di accesso civico generalizzato esperita dall'on.le Matteo Orfini volta a conoscere il contenuto di tale atto adducendo la sussistenza di ragioni di esclusione di cui all'art. 5-bis lett. a) e d) del d.lgs. n. 33/2013 ovvero di pregiudizio alla sicurezza e all'ordine pubblico, con specifico riferimento all'attività di prevenzione e contrasto all'immigrazione illegale, e di pregiudizio alle relazioni internazionali con la Slovenia, anche in tema di cooperazione di polizia.

24. L. Slavica, *Migranti rintracciati e rispediti indietro, come la Rotta Balcanica diventa un'Odissea*, in *Triesteprima,* 28.5.2020, http://www.triesteprima.it/cronaca/migranti-rotta-balcanica-confine-sloveno.html.

25. Risposta del Ministero dell'interno alla interpellanza urgente dell'On. Riccardo Magi, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/08/Risposta-interpellanza-rotta-balcanica.pdf.

26. Interpellanza urgente n. 2/00861 presentata dall'On. Riccardo Magi il 14.7.2020, https://aic.camera.it/aic/scheda.html?core=aic&numero=2/00861&ramo=CAMERA&leg=18.

27. Gli artt. 5, 6 e 7 dell'Accordo disciplinano le modalità di riammissione prevedendo, all'art. 6, anche la possibilità di effettuare riammissioni senza formalità dei cittadini di Stati terzi che abbiano varcato irregolarmente la frontiera comune e siano stati loro consegnati entro 24 ore dopo tale varco ovvero che a meno di dieci chilometri dalla frontiera comune dopo il varco di detta frontiera siano stati sottoposti a controllo che ha accertato l'irregolarità dell'ingresso.

soprattutto, che esse venivano espletate anche nei confronti di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale[28].

Le riammissioni informali dall'Italia di cittadini stranieri sono proseguite per tutto il 2020 come confermato dal Ministro dell'interno Luciana Lamorgese la quale, il 13 gennaio 2021, in risposta ad un'interrogazione parlamentare, ha riferito che, nel corso del 2020, sono state 1.301 le persone trasferite in Slovenia secondo il meccanismo delle riammissioni informali[29].

I report elaborati dalle istituzioni o dalle ONG impegnate nella tutela sul campo delle persone respinte hanno tuttavia chiarito come le riammissioni poste in essere dalle autorità italiane al confine italo-sloveno non esaurivano i loro effetti in Slovenia.

La procedura di riammissione in Slovenia si profilava infatti come parte di un meccanismo più articolato che, senza soluzione di continuità, determinava, entro poche ore, la riammissione in Croazia e il successivo rinvio delle persone al di fuori del territorio dell'Unione europea ed in particolare in Bosnia Erzegovina, sulla base di ulteriori accordi bilaterali di riammissione[30] o di prassi informali.

In particolare, le numerosissime testimonianze raccolte[31] hanno infatti consentito di acclarare che sebbene esista un accordo di riammissione sia tra la Slovenia e la Croazia[32] che tra Croazia e Bosnia Erzegovina, il successivo respingimento in Bosnia Erzegovina avviene il più delle volte in maniera completamente informale con la conseguenza che, come si approfondirà anche successivamente, le persone coinvolte risultano prive di qualsiasi forma di tutela[33].

---

28. Secondo l'art. 3 dell'Accordo di riammissione, l'obbligo di riammissione non sussiste in una serie di casi, tra i quali, per quanto qui di interesse, quello in cui al cittadino straniero sia stato riconosciuto dalla Parte contraente richiedente lo *status* di rifugiato in applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951.

29. Interrogazione parlamentare del 13.1.2021, visualizzabile al link https://www.interno.gov.it/it/notizie/question-time-alla-camera-ministro-lamorgese-0.

30. Un elenco completo degli accordi bilaterali di riammissione firmati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa è accessibile consultando l'inventario elaborato da Jean-Pierre Cassarino https://www.jeanpierrecassarino.com/.

31. Si vedano, in particolare, le testimonianze raccolte dal Border Violence Monitoring Network (di seguito BVMN), dal Danish Refugee Council e il report Lighthouse reperibili sui siti web delle organizzazioni medesime.

32. Anche la Slovenia e la Croazia hanno infatti sottoscritto un accordo di riammissione in base al quale le persone rinvenute in soggiorno illegale nel territorio sloveno possono essere riammesse in Croazia entro 72 ore qualora sia provato o presunto che tale persona sia entrata direttamente dopo il soggiorno o il transito dalla Croazia.

33. Special Rapporteur sui diritti umani dei migranti, Report della visita in Bosnia-Herzegovina condotta dal 24 settembre al 1 ottobre 2019, consultabile al link https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25088&LangID=E; si veda anche il report della missione di Tomáš Boček, Special Representative del Segretario generale migrazioni e rifugiati in Bosnia-Herzegovina e Croazia, 24-27 luglio e 26-30 novembre 2018 pubblicato il 23 aprile 2019, consultabile al link https://rm.coe.int/report-of-the-fact-finding-mission-by-ambassador-tomas-bocek-special-r/1680940259. Sul punto Reuters, Croatia confirms migrant pushback, Greece promises inquiry, 8 ottobre 2021, https://www.reuters.com/world/europe/croatia-confirms-violent-migrant-pushback-border-with-bosnia-2021-10-08/?fbclid=IwAR0m7z3YUWk_Kld8NdAKTtz5DOLEFvuz5txPvNWhf9tz2UIH4RT86XOAR1Q.

La portata del fenomeno emerge dai dati messi a disposizione sia dalle autorità nazionali sia dalle ONG: nel 2019, come attestano i dati pubblicati dal Ministero dell'interno sloveno, le riammissioni dalla Slovenia alla Croazia hanno interessato 11.039 persone e, nel 2020, 9.950[34]. Dalla Croazia, poi, nel solo 2020, sono almeno 16.425 le persone respinte in Bosnia ed Erzegovina [35] e 1.975 quelle respinte in Serbia[36].

Il meccanismo delle riammissioni dall'Italia alla Slovenia prima e dalla Slovenia alla Croazia dopo è stato portato all'attenzione sia della Corte suprema amministrativa slovena sia del Tribunale di Roma.

In particolare, il 15.6.2021 la Corte slovena, confermando quanto già affermato dal Tribunale amministrativo sloveno il 16 luglio 2020, ha valutato l'illiceità della riammissione operata nei confronti di un cittadino camerunense, riammesso in Croazia e poi espulso in Bosnia, osservando come la Slovenia aveva violato il diritto d'asilo del ricorrente ma anche il principio di non respingimento perché aveva consapevolmente ignorato le fonti direttamente inviate all'attenzione del Governo sloveno in cui si dava atto dei concreti rischi di trattamenti inumani e degradanti attuati al confine croato e dei respingimenti in Bosnia[37].

Per quanto riguarda l'Italia, invece, il Tribunale di Roma, il 18 gennaio 2021, pronunciandosi sul ricorso cautelare urgente presentato da un cittadino pakistano che lamentava di aver subito un respingimento indiretto dall'Italia alla Bosnia, ha dichiarato l'illiceità di tali riammissioni e ordinato alle autorità competenti di emanare i provvedimenti necessari a consentire al ricorrente di fare ingresso in Italia[38].

Su reclamo presentato dal Ministero dell'interno, l'ordinanza cautelare è stata successivamente annullata dal Tribunale di Roma per assenza di prove certe relative alla legittimazione attiva del ricorrente ovvero al suo effettivo coinvolgimento nella procedura contestata, circostanza potenzialmente non slegata dalla dedotta informalità delle procedure

34. I dati pubblicati dal Ministero dell'interno sloveno sono reperibili sul sito *https://www.policija.si/images/stories/Statistika/MejnaProblematika/IlegalneMigracije/2020/Januar-december_2020.pdf*, tabella p. 4.

35. Danish Refugee Council, Rapporto annuale 2020, consultabile al link https://drc.ngo/media/bg0la54u/drc_annual-accounts_2020_en.pdf.

36. Dati elaborati da UNHCR Serbia e pubblicati nel rapporto AIDA Serbia del 2020 (Asylum Information Database), edito da ECRE, consultabile al link https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2021/03/AIDA-SR_2020update.pdf, p. 24.

37. Corte suprema amministrativa slovena, sentenza pubblicata il 15.6.2021 reperibile, in sloveno, al link https://www.sodnapraksa.si/?q=Dostop%20do%20mednarodne%20za%C5%A1%C4%8Dite&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&order=date&direction=desc&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111448095.

38. Tribunale di Roma, ord. 18.1.2021, reperibile su *https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/01/Tribunale-Roma_RG-564202020.pdf*.

attuate e su cui il procedimento giurisdizionale ordinario già incardinato potrebbe fare maggiore chiarezza[39].

Nonostante questo, l'ordinanza del Tribunale di Roma ha avuto l'effetto di indurre il Governo italiano a disporre una sospensione delle riammissioni, non più riprese fino alla data di stesura del presente contributo.

Rispondendo all'interrogazione a risposta immediata presentata dall'On. Magi il 12 ottobre 2021, il Governo ha escluso l'applicazione dell'accordo di riammissione alle persone che presentano domanda di asilo, salvo però ambiguamente affermare che «lo strumento convenzionale opera in parallelo al Regolamento di Dublino e disciplina le forme di collaborazione bilaterali solo nei casi di riammissione dei migranti rintracciati immediatamente e a ridosso della linea confinaria»[40]. Nei giorni immediatamente successivi, il Governo ha in più occasioni profilato l'imminente ripristino delle procedure di riammissione[41] e, a gennaio del 2022, la Regione Friuli Venezia Giulia ha annunciato di aver acquistato, su richiesta della prefettura di Trieste, 65 fototrappole, da destinare alla polizia di frontiera e da posizionare sul confine italo-sloveno per intercettare gli arrivi e fungere da «muro tecnologico»[42].

Per quanto concerne il comportamento delle autorità croate e il meccanismo dei respingimenti a catena verso la Bosnia Erzegovina e la Serbia appare importante ricordare la pronuncia resa dalla Corte EDU il 18.11.2021, nel caso *M. H. e altri c. Croazia*[43].

Con tale pronuncia la Corte EDU ha condannato la Croazia per aver operato, nel 2017, il respingimento informale verso la Serbia di una famiglia afgana, causando la tragica morte

39. Tribunale di Roma, ord. 27.4.2021, pubblicata il 3.5.2021, consultabile al link *https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/05/2021 Tribunale Roma rotta balcanica 10630266s-2.pdf*. Si veda anche C. Bove, E.S. Rizzi, *Le riammissioni e i respingimenti dei cittadini extra-Ue verso i Paesi dei Balcani occidentali: quale tutela legale?*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n. 1/2021, https://ojs.cimedoc.uniba.it/index.php/law/article/view/1258/1070.

40. Risposta scritta all'interrogazione dell'On. Magi pubblicata dal sottosegretario del Ministero dell'interno, Nicola Molteni, il 13 ottobre 2021, allegato al bollettino in Commissione I (affari costituzionali) 5-06810. Il Governo esplicita in tale risposta anche che «tali procedure di riammissione tutelano le categorie di stranieri vulnerabili o esposti a particolare pericolo» e include, nelle categorie di soggetti cui tali procedure sono ritenute «inapplicabili» i migranti ai quali sia stata riconosciuta una qualsiasi forma di protezione internazionale, i minori, le persone che presentano malattie, e, per ragioni non intuibili agli scriventi, gli «stranieri registrati nel sistema Eurodac».

41. Il 21 ottobre 2021, all'incontro con i sindacati di polizia avvenuto a Trieste, il Ministro dell'interno Lamorgese ha annunciato la predisposizione e l'invio di una nuova direttiva sul ripristino delle riammissioni al confine orientale italiano: Telequattro, «Rotta balcanica: dal ministro ok alle riammissioni e 50 uomini in più», 26.10.2021, visualizzabile al link https://www.youtube.com/watch?v=KEyhmdZ2LhA. Il prefetto di Trieste neo insediato ha poi confermato l'intenzione di tale ripristino: Rai news, «"Stop ai cortei, sì alle riammissioni informali", dice il prefetto Vardè», 9.11.2021, visualizzabile al link https://www.rainews.it/tgr/fvg/video/2021/11/fvg-varde-prefetto-trieste-no-pass-riammissioni-informali-slovenia-a4adbe0c-4ec9-46ca-95cf-afdc31fbac5a.html.

42. Dichiarazioni dell'assessore regionale alla sicurezza Pierpaolo Roberti, riportate da Il Gazzettino.it, «Clandestini dai Balcani, il Friuli Venezia Giulia compra 65 fototrappole: "Un muro tecnologico"», 21 gennaio 2022.

43. Corte EDU, *M.H. contro Croazia*, ric. n. 15670/18 e 43115/18, sent. 18.11.2021 (di seguito *M.H. e altri*).

di una delle figlie minori, travolta da un treno lungo i binari che la famiglia era stata obbligata a percorrere per lasciare il Paese. La Corte ha ravvisato, in particolare, la violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 della CEDU, il quale proibisce le espulsioni collettive di cittadini stranieri, per avere la polizia croata respinto la famiglia in questione attraverso confini di Stato non ufficiali, senza alcuna previa notifica alle autorità serbe e senza il previo esame individuale delle loro richieste. La Corte osserva che il comportamento della polizia croata, nel lasso temporale immediatamente precedente la morte della bambina, avvenuta in territorio serbo, aveva integrato una deliberata elusione del diritto di accesso alla procedura di asilo e quantomeno il mancato rispetto dell'accordo di riammissione tra Croazia e Serbia sul rimpatrio in sicurezza dei migranti che entrano illegalmente nel Paese[44]. In assenza di prove materiali circa l'effettiva presenza della famiglia nel territorio croato[45], la Corte rileva che la versione dei ricorrenti era dettagliata e coerente anche rispetto al gran numero di reports delle organizzazioni della società civile e delle organizzazioni internazionali circa i respingimenti sommari in Bosnia Erzegovina e in Serbia delle persone illegalmente entrate in Croazia[46].

Per quanto qui di interesse, la pronuncia, importante per i plurimi profili di incompatibilità rinvenuti nel comportamento delle autorità croate rispetto ai principi della CEDU[47], conferma come i meccanismi di riammissione informale attuati nei Paesi europei che si affacciano o appartengono all'area balcanica possono tradursi – come in effetti si traducono – in respingimenti sommari alle porte dell'Unione europea[48].

44. Corte EDU, *M.H. e altri*, cit. par. 136.

45. La Corte osserva che, sebbene l'area dove la famiglia dichiarava di essere entrata in Croazia era sotto costante sorveglianza e coperta da telecamere fisse e termografiche, le autorità croate non avevano mai verificato a fondo se corrispondesse al vero quanto affermava la polizia croata circa l'assenza di registrazioni degli eventi contestati. Corte EDU, *M.H. e altri*, cit. parr. 270 e ss.

46. Corte EDU, *M.H. e altri*, cit., par. 272.

47. Nella sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato la violazione dell'articolo 2 (diritto alla vita) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per quanto riguarda le indagini sulla morte della figlia della famiglia afghana; la violazione dell'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) rispetto al trattamento riservato ai bambini ricorrenti nel Centro per migranti; la violazione dell'articolo 5 par. 1 (diritto alla sicurezza e alla libertà) nei confronti di tutti i ricorrenti; la violazione dell'articolo 4 del protocollo n. 4 della Convenzione (divieto di espulsioni collettive di stranieri) per quanto riguarda la madre ricorrente e i suoi cinque figli e la violazione dell'articolo 34 (diritto di petizione individuale) nei confronti di tutti i ricorrenti.

48. Si veda anche il Rapporto del CPT pubblicato il 3.12.2021 il quale, nel riferire gli esiti del *monitoraggio in loco* effettuato nell'agosto del 2020 evidenzia che, in Croazia, «i migranti intercettati all'interno dell'area di competenza della polizia di frontiera (cioè fino a 30 km dal confine con la Bosnia-Erzegovina) sono spesso trasportati direttamente dal furgone della polizia al "confine verde" e soggetti a un respingimento senza alcuna identificazione o elaborazione dei loro casi (incluse possibili richieste di asilo)», Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 14 August 2020, disponbile al link *https://rm.coe.int/1680a4c199*, p. 9.

2.2. Accordi bilaterali e finzione di non ingresso nel territorio: il caso dell'Italia e della Germania

Il procedimento d'urgenza posto in essere davanti al Tribunale di Roma al quale si è fatto riferimento nel paragrafo precedente e le fasi successive del procedimento giudiziario hanno permesso di evidenziare molteplici profili di violazione di obblighi sostanziali e procedurali legati all'attuazione del diritto di asilo[49].

In particolare l'ordinanza, non smentita nelle fasi successive del procedimento rispetto ai numerosi profili di illiceità sollevati, ha avuto l'importante merito di chiarire la contrarietà di tali procedure non solo al diritto d'asilo, alle norme del Regolamento Dublino III[50] e al diritto di difesa – perché attuate senza la consegna agli interessati di alcun provvedimento formale – ma anche al principio di *non refoulement* e al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della CEDU: secondo il Tribunale, il Ministero non poteva disconoscere – perché oggetto di report di accreditate ONG,[51]di inchieste di organi di stampa nazionali[52] ed internazionali[53], nonché di dichiarazioni dell'UNHCR[54] e di raccomandazioni della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa – che la riammissione in territorio sloveno avrebbe potuto tradursi in un respingimento indiretto fuori dalle porte dell'Unione europea, in Bosnia o in Serbia, con esposizione al rischio di abbandono morale

49. Si veda anche A. Di Pascale, *Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo*, in *Questione Giustizia*, 9.2.2021, *https://www.questionegiustizia.it/articolo/riammissioni-informali-e-violazione-del-diritto-di-asilo*; C. Bove, E.S. Rizzi, *op. cit.*, p. 55 e ss.

50. 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 (rifusione).

51. Amnesty International, nel rapporto *Pushed to the Edge* pubblicato nel marzo del 2019 espressamente riferisce di «(..) a significant number of people (...) victim of chain pushbacks from EU Schengen borders, in particular Slovenia (...) but also, in some cases Italy» https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0599642019ENGLISH.PDF, p. 24; InfoKolpa e Are you Syrious?, *Report on illegal practice of collective expulsion on Slovene-Croatian border*, 9.5.2019, consultabile sul sito https://medium.com/are-you-syrious/report-on-illegal-practice-of-collective-expulsion-on-slovene-croatian-border-e1210bf7dd8f, e in italiano al link https://www.meltingpot.org/Rapporto-sulle-pratiche-illegali-di-espulsione-collettiva.html#.YZoWtL3ML9F. BVMN, report mensili elaborati a partire da aprile 2019 disponibili al link https://www.borderviolence.eu/category/monthly-report/.

52. N. Scavo, *Sulla rotta degli orrori. Reportage sulla via balcanica delle migrazioni*, Avvenire, 1.12.2019, consultabile al link https://www.avvenire.it/attualita/pagine/rottachoc-freddo-neve-e-botte.

53. P. Kingsley, *Europe's Migration Crisis Has Ebbed. Croatia Wants to Keep It That Way*, The New York Times, 24.01.2020, reperibile al link https://www.nytimes.com/2020/01/24/world/europe/bosnia-european-migrant-crises.html; L. Tondo, *Croatian police accused of sickening assaults on migrants on balkans trail*, The Guardian, 21.10.2020, che riporta le testomianze raccolte dal Danish Refugee Council, consultabile al link https://www.theguardian.com/global-development/2020/oct/21/croatian-police-accused-of-sickening-assaults-on-migrants-on-balkans-trail-bosnia.

54. Dichiarazioni pubblicate da L. Tondo, *Croatian police accused of spray-painting heads of asylum seekers*, The Guardian, 12 maggio 2020. L'articolo può essere letto al seguente link: *https://www.theguardian.com/global-development/2020/may/12/croatian-police-accused-of-shaving-and-spray-painting-heads-of-asylum-seekers*.

e materiale[55] e di torture o trattamenti inumani e degradanti lungo la rotta balcanica, forzatamente percorsa all'indietro, ed in particolare al confine croato.

In generale, il procedimento proposto avanti al Tribunale di Roma ha consentito di sollevare dubbi sulla legittimità dell'accordo di riammissione e delle procedure informali poste in essere sulla base dello stesso e sulla loro compatibilità con il diritto dell'Unione.

Nell'ordinanza del 18 gennaio 2021 il Tribunale di Roma, partendo dal presupposto che l'Accordo di riammissione bilaterale tra Italia e Slovenia, concluso in forma semplificata e non ratificato dal Parlamento, non può prevedere modifiche o derogare alle leggi vigenti in Italia o alle norme dell'Unione europea o derivanti da fonti di diritto internazionale, ha censurato la mancata consegna all'interessato di un provvedimento scritto. Secondo il Tribunale, sebbene l'art. 6 della Direttiva 2008/115/CE (di seguito Direttiva rimpatri)[56] consenta allo Stato membro di non adottare una decisione di rimpatrio in presenza di accordi bilaterali di riammissione di cittadini di Paesi terzi irregolari conclusi tra Stati confinanti prima dell'entrata in vigore della Direttiva medesima, tale assunto deve comunque essere conciliato con il disposto dell'art. 13 Cost., rispetto alla forma della procedura e del provvedimento di riammissione, nonché con la normativa interna ed europea[57]. Osserva il Tribunale, accogliendo quanto sostenuto nel ricorso d'urgenza, che l'assenza di un provvedimento viola le norme sul procedimento amministrativo, ed in particolare gli artt. 2 e 3 della l. 241/90, ai sensi dei quali ogni procedimento amministrativo che incida sulla sfera giuridica dell'interessato deve concludersi con provvedimento amministrativo motivato, notificato al soggetto interessato e impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria; esso, inoltre, sostanziandosi in un respingimento o riaccompagnamento alla frontiera costituisce un provvedimento restrittivo della libertà personale per il quale è necessaria la preventiva convalida dell'autorità giudiziaria in attuazione dell'art. 13 Cost.[58]; ancora,

55. Si vedano in particolare gli interventi della Commissaria per i diritti umani Dunja Mijatović *https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/bosnia-and-herzegovina-must-immediately-close-the-vucjak-camp-and-take-concrete-measures-to-improve-the-treatment-of-migrants-in-the-country* e *https://rm.coe.int/commdh-2020-30-letter-to-the-authorities-of-bosnia-and-herzegovina-en/1680a099b6*.

56. Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

57. Come appurato successivamente dagli scriventi attraverso accessi documentali relativi ad altri richiedenti asilo sottoposti alla procedura di riammissione in Slovenia, la procedura si svolgeva attraverso un trattenimento di fatto presso stazioni di polizia sotto il continuo e stretto controllo delle autorità, poi con il trasporto coatto in Slovenia e la consegna alle autorità di tale Paese. Tutto, in assenza di qualsivoglia decisione giudiziaria a giustificazione della privazione della libertà personale e in assenza di un provvedimento scritto, dunque secondo ciò che appare una violazione della riserva di giurisdizione, del preciso obbligo di motivazione e della riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 della Costituzione. In particolare, quanto a quest'ultimo aspetto, l'accordo di riammissione siglato dal Governo italiano con quello sloveno non sembra poter rappresentare una base giuridica sufficiente a ritenere soddisfatto il requisito della riserva assoluta di legge, tanto più che un accordo di tal tipo necessita di una legge di ratifica, assente nel caso di specie.

58. L'ordinanza del Tribunale di Roma richiama sul punto quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 105 del 2001 dove si afferma che: «(...) la traduzione del rimpatriando con foglio di via obbligatorio è misura incidente

affermava il Tribunale, il procedimento viola il diritto di difesa dell'interessato, tutelato dall'art. 24 Cost. e il suo diritto ad un ricorso effettivo tutelato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 13 della CEDU.

Riguardo a tali profili, nell'ambito del procedimento di reclamo avverso l'ordinanza del Tribunale di Roma, il Ministero dell'interno ha cercato di fornire un'interpretazione dell'istituto giuridico della riammissione come entità ontologicamente a sé stante.

Secondo il Ministero, inoltre, l'assenza di un provvedimento espresso deriverebbe dal mancato avvio di un procedimento nel territorio italiano poiché, in tali casi, il soggetto interessato alla riammissione non uscirebbe dalla sfera di signoria delle autorità slovene, dovendo ritenersi sussistente una finzione di non ingresso; nel caso di riammissione informale dall'Italia alla Slovenia, inoltre, non ricorrerebbe la nozione giuridica di frontiera, perché tale non può essere considerata la linea di demarcazione tra due Stati UE-Schengen.

Tale prospettazione è stata contestata dalla parte resistente[59] che ha affermato che la procedura di riammissione non può essere intesa come una forma ulteriore di allontanamento del cittadino straniero rispetto all'espulsione o al respingimento, collocandosi nella fase di esecuzione dell'allontanamento, nel caso di specie nel Paese di transito, disposto attraverso uno dei due istituti.

La procedura sopra descritta non può dunque escludere, se anche applicata in frontiera, le garanzie previste dal diritto internazionale, da quello dell'Unione e dalla Costituzione sul rispetto dei diritti fondamentali, come precisa, del resto, l'art. 2 del d.lgs. n. 286/98[60]. Inoltre, non può escludere il rispetto delle garanzie procedurali contemplate dal diritto amministrativo interno e che presuppongono sempre l'emanazione e la consegna all'interessato di un provvedimento scritto e motivato.

---

sulla libertà personale ... Infine, in una fattispecie assai vicina a quelle attuali, nella sentenza n. 62 del 1994, l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica dello straniero sottoposto a custodia cautelare o in espiazione di una pena detentiva, anche se residua, non superiore a tre anni, è stata ritenuta misura incidente sulla libertà personale, sulla premessa, non esplicitata, ma non per questo meno chiara, che il passaggio dalla condizione di detenzione ad altra misura coercitiva determinasse una diversità di grado e non di qualità, identica rimanendo, in entrambe le ipotesi, la natura del bene costituzionale coinvolto. ... è comunque la forza del precetto costituzionale dell'articolo 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida: un controllo che non può fermarsi ai margini del procedimento di espulsione, ma deve investire i motivi che hanno indotto l'amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione – l'accompagnamento alla frontiera – che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento.» (Tribunale di Roma, ordinanza del 18 gennaio 2021).

59. Gli argomenti che qui si propongono sono stati oggetto di un parere pro veritate redatto dalla Prof.ssa Chiara Favilli, dell'Università di Firenze, prodotto nel procedimento di reclamo avverso l'ordinanza cautelare emessa dal Tribunale di Roma il 18.1.2021.

60. Ai sensi dell'art. 2, co. 1 del d.lgs. n. 286/98, «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».

Invero, rispetto alla sussistenza, in frontiera, della giurisdizione statale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sovente utilizzato il criterio del controllo effettivo, affermando che ogni qual volta le autorità di uno Stato esercitino un controllo o autorità su un individuo, esse hanno la responsabilità di assicurare a quell'individuo i diritti previsti dalla CEDU. La Corte ha anche avuto modo di precisare che «l'esistenza di una recinzione posta a una certa distanza dal confine non autorizza uno Stato ad escludere, alterare o limitare unilateralmente la propria giurisdizione territoriale, che inizia dalla linea che delimita il confine»[61] e che il contesto della pressione migratoria non può giustificare un ambito al di fuori della legge in cui gli individui non sono coperti dalle tutele della Convenzione perché «la Convenzione non può essere selettivamente limitata a sole parti del territorio di uno Stato mediante una riduzione artificiale dell'ambito della sua giurisdizione territoriale»[62]. Diversamente, afferma la Corte, si priverebbe di effettività la protezione offerta dalla Convenzione stessa.

Tali affermazioni, pur riferite nelle pronunce della Corte alle frontiere esterne, non possono che valere anche per le frontiere interne, ove deve certamente ritenersi applicabile il principio del controllo effettivo[63]; tali frontiere, del resto, non possono essere considerate inesistenti come affermato dal Ministero.

Ed infatti, se è vero che la libera circolazione e l'assenza di controlli alle frontiere interne risultano essere principi fondamentali del diritto UE e che le frontiere esterne e quelle interne risultano essere oggetto, in molti casi, di disposizioni giuridiche differenti, è anche vero che le frontiere interne non sono scomparse[64].

---

61. Corte EDU, Grande Camera, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, sent. 13.2.2020 (di seguito *N.D. e N.T.)*, par. 109. in questa *Rivista*, XXII, n. 2.2020. Si veda commento G. Santomauro, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza, 31.3.2020.

62. Corte EDU, *N.D. e N.T.*, par. 110 che riprende quanto affermato in Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, ric. n. 15318/89, sent. 18.12.1996, par. 75; Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia,* ric. n. 27765/09, 23.2.2012, par. 178 (di seguito *Hirsi Jamaa e Altri*). Sul punto, si veda anche E. Zaniboni, *Condotta colpevole e ordine pubblico europeo dei diritti umani. Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nella Cedu dopo il revirement della Grande Camera sul caso N.D. e N.T. contro Spagna*, in *Cass. pen.*, n. 9/2020.

63. Si veda anche FRA, *Migration: Fundamental rights Issues at land borders*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020, p. 12 e giurisprudenza della Corte EDU ivi riportata sul principio del controllo effettivo: Corte EDU, Grande Camera, *Banković e Altri c. Belgio e Altri*, ric. n. 52207/99, sent. 12.12.2001, par. 73; Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa, e Altri*, par. 180; Corte EDU, *Medvedyev e Altri c. Francia*, ric. n. 3394/03, sent. 29.3.2010, par. 67; Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99, sent. 12.3.2003, par. 93, confermato da Corte EDU, Grande Camera, *Öcalan c. Turchia*, sent. 2.5.2005. Si veda anche Corte EDU, *M.K. e Altri c. Polonia*, ric. n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, sent. 23.7.2020, definitiva 14.12.2020, par. 128.

64. Il codice frontiere Schengen (Regolamento UE 2016/399), ad esempio, definisce le frontiere interne come «a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti».

Si osserva peraltro che sono proprio alcune disposizioni di diritto interno ad attribuire rilevanza alle frontiere interne; in particolare, l'art. 10-*ter* del d.lgs. 286/98 stabilisce che «Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi dove è informato della possibilità di chiedere asilo».

Il tentativo delle autorità italiane di ricorrere ad una finzione di non ingresso con riferimento ad una zona di frontiera interna non è un caso isolato nel panorama europeo.

Nell'estate del 2018, la Germania ha deciso, con l'accordo noto come Seehofer-Deal[65], che i richiedenti asilo già registrati come tali in un altro Stato membro dell'Unione europea possono essere fermati direttamente al confine tra Germania e Austria e rimandati nello Stato membro di prima registrazione sulla base di accordi amministrativi bilaterali che il Ministero federale dell'interno ha finora concluso con la Grecia[66] e la Spagna[67].

Secondo la risoluzione del Governo tedesco, così come accade nella procedura aeroportuale, le persone che attraversano il confine interno europeo dall'Austria alla Germania sarebbero considerate come non entrate legalmente nel Paese ed il loro trasferimento verso il primo Paese d'asilo dovrebbe avvenire entro 48 ore.

In particolare gli accordi amministrativi sottoscritti disciplinano la procedura applicabile nel caso in cui un cittadino straniero fermato in occasione di un controllo tra Germania e Austria manifesti la volontà di richiedere protezione internazionale e risulti avere già presentato una domanda di asilo in Grecia o Spagna. In tal caso, le autorità tedesche potranno rifiutare l'ingresso nel territorio informando le autorità greche/spagnole attraverso l'uso di un modulo specifico annesso all'accordo stesso, contenente, oltre alla foto dell'interessato, l'indicazione del numero EURODAC, dei dati relativi all'itinerario e del luogo del fermo. L'attuazione del rifiuto d'ingresso, ossia l'effettivo trasferimento della persona, deve essere avviata entro 48 ore dal momento in cui la persona è stata fermata alla frontiera interna.

Nell'accordo tedesco-greco si afferma inoltre che la parte greca mantiene la possibilità di opporsi al trasferimento entro sei ore se dimostra che la persona non ha fatto domanda di asilo in Grecia e si prevede che se la parte greca dimostra entro sette giorni che la persona è stata erroneamente trasferita, la Germania si impegna a riammettere la persona già trasferita. L'accordo tedesco-spagnolo non prevede invece un tale limite di tempo.

65. Informazione stampa *Pressemitteilung* 16/18 dalla CDU dal 6.7.2018, Risoluzioni del governo del 5.7.2018, punto 1, https://bit.ly/2w6iQvO.

66. https://www.frnrw.de/fileadmin/frnrw/media/EU_Asylpolitik/Germany_Greece_Deal_eng.pdf.

67. https://www.documentcloud.org/documents/5427858-Abkommen-Mit-Spanien.html.

Le disposizioni contenute negli accordi conclusi tra la Germania e la Grecia, e la Germania e la Spagna definiscono una procedura di trasferimento ben diversa da quella prevista dal Regolamento Dublino III che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale e l'approccio concordato va ben oltre la semplificazione delle procedure prevista dall'articolo 36 del medesimo Regolamento e presentano diversi profili di illegittimità. Il rifiuto d'ingresso – e la finzione del non-ingresso – previsto dagli accordi presenta diversi profili problematici[68].

In particolare, l'art. 18, co. 2 della legge tedesca sull'asilo[69], che disciplina il rifiuto d'ingresso alla frontiera, può ritenersi applicabile solo ai valichi di frontiera, come agli aeroporti internazionali, ma non certo alle frontiere interne. Guardando al sistema Schengen, il rifiuto d'ingresso alla frontiera tra Germania e Austria risulta essere in contrasto con quanto stabilito dal codice delle frontiere Schengen. La Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause *Affum*[70] e *Arib*[71] ha chiarito che i controlli alle frontiere interne non possono essere equiparati ai controlli alla frontiera esterna e che l'ingresso nell'area Schengen avviene subito dopo l'ingresso nel rispettivo Stato membro. Ciò significa che se le persone si trovano fisicamente in territorio tedesco, si deve ritenere che le stesse siano entrate nel Paese, in base al diritto europeo.

In più, la procedura prevista dagli accordi amministrativi è illegittima in quanto elude le procedure previste dal Regolamento Dublino III.

Secondo quanto previsto dal Regolamento Dublino III, gli Stati membri esaminano ogni domanda d'asilo presentata e la domanda deve essere esaminata dallo Stato ritenuto

68. Per un'analisi si rimanda anche a C. Hruschka, *The border spell: Dublin arrangements or bilateral agreements? Reflections on the cooperation between Germany and Greece / Spain in the context of control at the German-Austrian border*, pubblicato su https://eumigrationlawblog.eu/the-border-spell-dublin-arrangements-or-bilateral-agreements-reflections-on-the-cooperation-between-germany-and-greece-spain-in-the-context-of-control-at-the-german-austrian-border/.

69. La legge tedesca sull'asilo è reperibile in lingua inglese al link http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_asylvfg/englisch_asylvfg.pdf. L'art. 18, che disciplina i compiti dell'autorità di frontiera, dispone al comma 2 che l'ingresso dello straniero può essere rifiutato se il cittadino straniero entra da un Paese terzo sicuro, se ci sono indicazioni che un altro Stato è responsabile della procedura d'asilo sulla base di disposizioni legali della Comunità europea o di un Trattato internazionale e viene avviata una procedura di presa in carico o di ripresa in carico o se costituisce un pericolo per la popolazione perché è stato condannato nella Repubblica federale di Germania per un reato particolarmente grave e ad una pena detentiva di almeno tre anni con effetto definitivo, e la sua partenza non è avvenuta più di tre anni prima. Il successivo comma 4 prevede la rinuncia al rifiuto di ingresso o di espulsione in caso di ingresso da un Paese terzo sicuro quando la Repubblica federale di Germania è competente a condurre una procedura d'asilo oppure quando il Ministero federale dell'interno, dell'edilizia e degli affari interni lo ha ordinato per motivi di diritto internazionale o umanitari o per salvaguardare gli interessi politici della Repubblica federale di Germania.

70. Sent. Corte giust. (Grande Camera) 7.6.2016, causa C-47/15.

71. Sent. Corte giust. (Grande Grande Camera), 19.3.2019, causa C-444/17.

competente secondo i criteri stabiliti dal Regolamento stesso[72]. Tale procedura presuppone che sia lo Stato in cui si trova la persona a determinare quale sia lo Stato membro responsabile ad esaminare la domanda di protezione internazionale. Il trasferimento in uno Stato membro non competente non è previsto dal sistema e può essere invocato in Tribunale, come chiarito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel giugno 2016 nelle cause *Ghezel Bash*[73] e *Karim*[74].

Una decisione negativa in ordine alla responsabilità dello Stato membro nella procedura di Dublino che elude le norme procedurali è illegittima[75] perché la determinazione della responsabilità deve sempre essere effettuata prima dell'avvio di un trasferimento in Grecia o in Spagna. Questo vale anche in caso di sussistenza di riscontri positivi EURODAC, poiché ciò non costituisce una prova della responsabilità di uno Stato, ma solo una prova della presenza precedente, che di per sé non comporta sempre e comunque la responsabilità dello stesso[76]. Inoltre, anche la responsabilità accertata di un altro Stato non consente di derogare alle norme procedurali. Ciò significa, tra l'altro, che il richiedente asilo deve essere informato sulla procedura Dublino[77] e che deve essere effettuato un colloquio personale per la determinazione della competenza[78]. Inoltre, la decisione deve essere notificata[79] e tale notifica dà diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 27, co. 1 in base al quale le persone hanno «diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale». Secondo il co. 2 e il co. 3, tale diritto di ricorso presuppone che il trasferimento non possa essere effettuato durante il periodo di presentazione del ricorso o durante l'esame della domanda urgente. Pertanto, un trasferimento per ritenersi legittimo non può essere effettuato prima della scadenza del termine per la presentazione di un ricorso.

Oltre alle preoccupazioni espresse relativamente ai profili procedurali, i trasferimenti in Grecia presentano anche profili sostanziali di criticità a causa delle condizioni esistenti in Grecia. I richiedenti asilo in Grecia affrontano ancora oggi la minaccia della detenzione, hanno problemi di accesso alla procedura di asilo, vivono spesso dure condizioni di accoglienza e corrono il rischio effettivo di espulsione illegale dalla Grecia verso Paesi terzi, che rappresentano una violazione del divieto assoluto di *refoulement* ai sensi dell'art. 3 della

72. Art. 3 par. 1 Regolamento (UE) n. 604/2013.
73. Sent. Corte giust. (Grande Camera) 7.6.2016, causa C-63/15.
74. Sent. Corte giust. (Grande Camera) 7.6.2016, causa C-155/15.
75. Sent. Corte giust. (Seconda sezione) 31.5.2018, causa C-647/16.
76. Art. 22 par. 3 Regolamento (UE) n. 604/2013.
77. Art. 4 Regolamento (UE) n. 604/2013.
78. Art. 5 Regolamento (UE) n. 604/2013.
79. Art. 26 Regolamento (UE) n. 604/2013.

CEDU[80]. Inoltre, nel caso *C.K. ed altri* del gennaio 2017[81], la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che i divieti individuali di trasferimento devono essere sempre presi in considerazione e che occorre esaminare se in ogni singolo caso sussiste un divieto di trasferimento.

L'illegittimità delle disposizioni dell'accordo sottoscritto tra Germania e Grecia è stata confermata nell'ambito di due procedimenti davanti al Tribunale di Monaco di Baviera del 2019[82] e 2021[83], che hanno evidenziato che il respingimento verso la Grecia deve ritenersi contrario al diritto dell'Unione europea. In particolare, il giudice ha affermato che l'espulsione non poteva considerarsi legittima né come procedura di trasferimento Dublino, per il mancato rispetto della procedura, né come procedura di rimpatrio, in assenza delle garanzie procedurali previste, e nemmeno come respingimento diretto alla frontiera, sempre in ragione del mancato rispetto della procedura e delle garanzie previste dalla legge.

Il trasferimento di un cittadino siriano dalla Germania alla Grecia sulla base dell'accordo bilaterale sottoscritto tra i due Paesi è stato portato anche all'attenzione della Corte EDU[84]. In particolare, il ricorrente dopo il suo arrivo in Grecia era stato trattenuto al fine di procedere al suo trasferimento in Turchia. Nel luglio 2018, il richiedente aveva formalizzato una domanda di asilo. La procedura si era interrotta dopo che il ricorrente aveva lasciato la Grecia ed era stato intercettato dalla polizia federale tedesca al confine austro-tedesco nel settembre 2018. Lo stesso giorno del fermo al confine austro-tedesco le autorità tedesche, in applicazione dell'accordo sopra menzionato, avevano deportato il ricorrente ad Atene, dove lo stesso era poi stato trattenuto ai fini della deportazione in Turchia, nonostante soffrisse di una malattia mentale nota alle stesse autorità. Nel suo ricorso, il ricorrente denuncia che il suo rimpatrio in Grecia è da ritenersi incompatibile con l'articolo 3 CEDU e che non ha potuto accedere a un ricorso effettivo per contestare il suo rimpatrio. Contesta inoltre che la sua detenzione in Grecia ha violato i suoi diritti ai sensi degli articoli 3, 5 par. 1 e 5 par. 4 CEDU.

80. Corte EDU, *M.S.S. contro il Belgio e la Grecia*, ric. n. 30696/09, sent. 21.1.2011.

81. Sent. Corte giust. (Quinta Sezione) 16.2.2017, causa C-578/16.

82. Decisione del Tribunale amministrativo di Monaco di Baviera del 8.8.2019 reperibile sul sito https://static.wixstatic.com/ugd/c7db89_603877cc9afa4e01bafe8065e5b45440.pdf e descritta sul sito EDAL https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/germany-administrative-court-munich-finds-german-greek-administrative-agreement-violates.

83. Decisione del Tribunale amministrativo di Monaco di Baviera del 4.5.2021 reperibile sul sito https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/VG-Muenchen-04052021-Kammerbeschluss-M-22-E-21.30294.pdf.

84. Ricorso pendente davanti alla CEDU nel *caso H.T. contro la Germania e la Grecia*, nr. 13337/19. Per l'intervento terzo effettuato da ECCHR, Pro Asyl e RSA si rimanda al sito https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/20201030_H.T._v_Greece_and_Germany_final.pdf.

3. Controlli di frontiera e trattamenti inumani e degradanti

3.1. Ripristino dei controlli alle frontiere interne, rifiuto di ingresso e profili di illegittimità: il caso dell'Austria

A differenza dell'Italia e degli altri Paesi che hanno fatto ricorso agli accordi bilaterali, l'Austria, a partire da settembre 2015, ha cercato di far fronte alla pressione migratoria proveniente dai Paesi confinanti attraverso il ripristino dei controlli alle frontiere interne ed il ricorso a disposizioni di diritto nazionale.

Anche nel caso dell'Austria, così come di altri Paesi, il prolungamento dei controlli ai confini interni è durato ben oltre il limite dei due anni previsto dall'attuale codice frontiere Schengen, determinando il respingimento verso Slovenia e Ungheria di un elevato numero di cittadini stranieri[85].

Proprio la durata del ripristino dei controlli alla frontiera tra Austria e Slovenia e la motivazione posta alla base di tale ripristino sono oggetto di un procedimento avanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea[86] che trae origine da un ricorso presentato davanti al Tribunale amministrativo regionale della Stiria da un ricercatore dell'Università di Amsterdam, multato per essersi rifiutato di mostrare i suoi documenti a un valico di frontiera tra la Slovenia e l'Austria. Il Tribunale amministrativo, investito della questione relativa alla legittimità della multa e più in generale dell'operato delle autorità austriache, ha presentato una domanda di pronuncia pregiudiziale chiedendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea di chiarire se il diritto dell'Unione, e in particolare il codice frontiere Schengen, osti a una nuova applicazione di una medesima eccezione, nel caso di specie quella della minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, qualora lo Stato membro, allo scadere del periodo di sei mesi, si trovi ancora di fronte alla medesima minaccia[87].

Il procedimento pendente davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, pur non originando da controlli effettuati su un cittadino straniero, ha una rilevanza non solo giuridica ma anche politica poiché la Grande Camera, alla quale il procedimento è stato assegnato, dovrà pronunciarsi su questioni che investono il funzionamento generale del sistema Schengen, quale appunto la possibilità di prolungare i controlli alle frontiere interne

85. All'inizio del 2021, il Ministero degli interni austriaco ha precisato, in una risposta a un'interrogazione parlamentare (https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_04277/index.shtml), che nel 2020 l'Austria ha negato l'ingresso dalla Slovenia a 494 persone e 547 persone sono state rimandate in Ungheria. Tra queste persone c'erano cittadini di Siria, Afghanistan, Pakistan, Iraq e Iran.

86. Corte giust. cause C-368/20 e C-369/20.

87. In particolare, il Tribunale amministrativo osserva come a decorrere dal mese di settembre 2015, i controlli siano stati prorogati sulla base di diverse eccezioni previste dal codice frontiere Schengen. Al momento dell'effettuazione dei controlli che hanno interessato anche il ricorrente, avvenuti nel 2019, l'Austria si era già avvalsa di una medesima eccezione più volte di seguito, ogni volta per una durata di sei mesi.

oltre il limite dei due anni attualmente previsto dal codice frontiere Schengen[88], nonché i presupposti per legittimare tale prolungamento[89].

In attesa della decisione della Corte di giustizia, l'Austria ha mantenuto la sua politica, comunicando a novembre 2021 il prolungamento dei controlli di frontiera fino a maggio 2022, continuando così a rifiutare l'ingresso nel territorio ai migranti provenienti dalla Rotta Balcanica.

Per quanto riguarda le modalità di esecuzione di tali respingimenti, l'esame di una pronuncia resa dallo stesso Tribunale amministrativo regionale della Stiria[90] consente di mettere in evidenza come violazioni poste in essere dalle autorità austriache siano sostanzialmente le stesse che accadono in altre aree di confine e di far luce su un altro aspetto, normalmente poco attenzionato, ovvero quello delle modalità in cui i controlli documentali e personali vengono effettuati.

Nella sentenza resa il 1° luglio 2021, il Tribunale amministrativo regionale della Stiria ha infatti accolto il ricorso presentato da un cittadino marocchino arrestato dopo avere attraversato il confine tra Austria e Slovenia e successivamente consegnato dalla polizia austriaca alle autorità slovene, e da questa a quelle croate, per poi essere respinto in Bosnia.

Secondo quanto emerge dalla ricostruzione dei fatti effettuata dalla Corte, il 28 settembre 2020 il ricorrente è stato arrestato, assieme ad altre cinque persone, per aver fatto ingresso irregolare in Austria, varcando il confine da un punto diverso da quello di attraversamento autorizzato e senza i documenti necessari previsti dalla normativa interna e dal codice frontiere Schengen.

In occasione delle procedure di identificazione, il ricorrente avrebbe più volte manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale, ma sarebbe stato del tutto ignorato. Alle persone fermate sarebbe stata offerta dell'acqua ma sarebbe stato negato il cibo richiesto.

Dalle dichiarazioni del ricorrente, confermate dalle stesse autorità di polizia, emerge inoltre come durante le operazioni di perquisizione, a tutte le persone sia stato richiesto di

88. La questione del prolungamento della reintroduzione dei controlli alle frontiere interne era stata portata all'attenzione del Consiglio di Stato francese che, nella pronuncia resa il 28.12.2017, ha rigettato il ricorso proposto da alcune organizzazioni francesi attive per la tutela dei diritti dei migranti considerando la decisione di prolungare i controlli proporzionata alla gravità della minaccia terroristica. Per un commento alla sentenza, S. Platon, *30 days, six months... forever? Border control and the French Council of State*, disponibile al link https://verfassungsblog.de/30-days-six-months-forever-border-control-and-the-french-council-of-state/. Il testo della sentenza è disponibile in lingua francese al link https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-28-decembre-2017-association-nationale-d-assistance-aux-frontieres-pour-les-etrangers-et-autres.

89. Per un'analisi delle questioni pregiudiziali, P. Cebulak, M. Morvillo, *The Guardian is Absent. Legality of Border Controls within Schengen before the European Court of Justice*, pubblicato sul sito https://verfassungsblog.de/the-guardian-is-absent/. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe sono disponibili sul sito della Corte di giustizia.

90. Sentenza del Tribunale amministrativo regionale di Stirya, traduzione in inglese reperibile al link http://asyl.at/files/514/translation_court_finding_pushback_austria_bosnia_2021.pdf.

denudarsi completamente, ruotare su se stesse ed inginocchiarsi, sebbene il comportamento tenuto dalle medesime non fosse stato in alcun modo aggressivo e non vi fossero indicazioni di detenzione di oggetti pericolosi.

Risulta altresì come al ricorrente sia stato fatto compilare un modulo e sia stato consegnato un provvedimento relativo al respingimento e alle modalità di ricorso avverso lo stesso successivamente ritirato dalle autorità di polizia slovene.

Dopo circa cinque ore dal fermo, il ricorrente è stato consegnato, assieme ad altre persone, alle autorità slovene, che hanno poi provveduto a riammetterlo in Croazia. A seguito della riammissione in Croazia, il ricorrente è stato respinto in Bosnia ed Erzegovina.

In modo non dissimile dal Tribunale di Roma e dai giudici sloveni, il Tribunale austriaco ha rilevato l'illegittimità del respingimento effettuato al posto di frontiera di Sicheldorf, osservando come, sebbene non vi fossero prove documentali riguardo ai tentativi del ricorrente di chiedere asilo, la circostanza che le autorità di polizia non si siano preoccupate di appurare le ragioni del suo ingresso in Austria e del suo allontanamento dal Paese di origine, dimostra che il ricorrente non aveva avuto la possibilità di manifestare la sua volontà di domandare protezione internazionale.

In particolare, secondo il Tribunale, le autorità di polizia non avrebbero posto al ricorrente domande sui motivi di ingresso in Austria e si sarebbero accontentate di conclusioni infondate, assumendo, senza interrogarlo, che il denunciante fosse entrato in Austria perché voleva raggiungere un altro Paese, come constatato nel caso di altri stranieri che erano stati fermati; in particolare, si legge nella decisione, «non è sufficiente per garantire la legittimità del respingimento che l'ufficiale di polizia assuma di propria iniziativa o, in caso di ambiguità, concluda che non sia stata presentata alcuna domanda di protezione internazionale, ma occorre anche accertare se sia stata presentata una domanda di protezione internazionale».

Il giudice osserva come, nel caso specifico, l'uso della parola «asilo» da parte del ricorrente sarebbe stata sufficiente ad escludere la sussistenza di ambiguità in ordine alla volontà di chiedere protezione internazionale, e come la procedura descritta dagli organi di sicurezza interrogati ha dato alla Corte l'impressione che il metodo dei respingimenti sia frequentemente applicato. La decisione di respingere il ricorrente è stata adottata in assenza dell'osservanza delle disposizioni normative in materia di asilo ed espulsione, a seguito di uno scambio di opinioni tra tutti gli agenti presenti, e deve pertanto essere considerata illegittima. Per quanto concerne le modalità di perquisizione, il giudice amministrativo ha ritenuto sproporzionata, ingiustificata e illegittima la richiesta rivolta al ricorrente dalle autorità di polizia di denudarsi e di inginocchiarsi, non sussistendo il rischio di detenzione di oggetti pericolosi, ed essendo possibile rinvenire eventuali documenti nascosti anche senza richiedere alla persona di togliersi tutti i vestiti.

In particolare, secondo il Tribunale, il modo in cui il ricorrente è stato perquisito ha interferito in modo inammissibile con la sua sfera privata, tanto più che lo stesso ha dovuto inginocchiarsi durante la perquisizione. Le condizioni spaziali non erano inoltre adatte a impedire ad altri agenti di sicurezza di osservare la perquisizione, poiché la perquisizione non è stata effettuata in una stanza separata, ma in una zona visibile dal corridoio.

Le modalità di perquisizione poste in essere risultano aver violato l'articolo 8 della CEDU, anche in ragione del fatto che, sebbene le disposizioni normative interne pertinenti prevedano il diritto di perquisire la persona, l'intensità dell'intrusione durante le perquisizioni è stata superata, non sussistendo alcuna prova che il denunciante potesse aver nascosto oggetti o documenti pericolosi nella piega anale.

Il comportamento posto in essere dalle autorità austriache prima e da quelle slovene e croate dopo non viola solo le disposizioni in materia di diritto alla protezione internazionale, ma anche numerose disposizioni del codice frontiere. In primo luogo quella che stabilisce che gli Stati membri devono inoltre agire nel pieno rispetto del diritto unionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del pertinente diritto internazionale, compresa la Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement* e dei diritti fondamentali; inoltre, conformemente ai principi generali del diritto unionale, le decisioni adottate ai sensi del codice devono essere adottate su base individuale[91].

Ciò che colpisce maggiormente è l'automatismo che traspare dalla descrizione delle prassi poste in essere, come denunciato dallo stesso Tribunale, e l'assoluta mancanza di rispetto della dignità umana[92], resa evidente dalle modalità di perquisizione e, in particolare, dalla richiesta di denudarsi.

3.2. Non solo violenza fisica: le frontiere tra Italia, Slovenia, Croazia e Bosnia-Erzegovina

L'obbligo di denudarsi, la distruzione di documenti, degli effetti personali e dei dispositivi mobili è stata oggetto di denuncia da parte di numerose organizzazioni ed istituzioni, soprattutto per quanto riguarda le aree di frontiera croate.

Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, nel rapporto pubblicato durante la sua visita ufficiale in Bosnia-Erzegovina, svoltasi tra settembre e

91. Art. 4 codice frontiere Schengen.

92. Secondo l'articolo 7 del codice frontiere Schengen, nell'effettuare le verifiche di frontiera, le guardie di frontiera devono rispettare pienamente la dignità umana, con particolare attenzione per i bisogni specifici delle persone vulnerabili, senza esercitare verso le persone discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

ottobre 2019, ha sottolineato che «(..) molti migranti sono stati scortati con la forza in Bosnia-Erzegovina, senza passare attraverso alcuna procedura ufficiale (...)» e che «(...) modelli comuni includono la cattura di persone in movimento, la confisca dei loro beni, soprattutto le apparecchiature di comunicazione, l'essere picchiati con manganelli e inseguiti da cani (..)»[93].

L'Agenzia per diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito FRA), sia nel recente rapporto sulle frontiere esterne dell'UE[94] sia nelle relazioni sui diritti fondamentali elaborate nel 2018, 2019 e 2020, ha denunciato come il numero di violazioni dei diritti fondamentali in collegamento con le attività di sorveglianza delle frontiere sia aumentato in modo significativo[95].

Nel novembre 2020, Refugee Rights Europe ha pubblicato un rapporto sui respingimenti alle frontiere esterne dell'UE, coprendo le frontiere esterne di Bulgaria, Croazia, Grecia, Ungheria, Romania, Polonia, Slovacchia e Spagna[96].

Nel corso del 2021, il Consiglio danese per i rifugiati (DRC) ha descritto in varie pubblicazioni[97] i casi di respingimenti accompagnati dall'uso illecito della forza e da altri trattamenti umilianti e degradanti, tra i quali il furto e la distruzione degli effetti personali dei migranti al confine tra la Croazia e la Bosnia-Erzegovina mentre la Clinica Legale International Protection of Human Rights del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre ha curato due importanti rapporti relativi alla Croazia[98] e alla Slovenia[99] che offrono un approfondimento non solo del trattamento delle

93. F. González Morales, *End of visit statement of the UN Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Bosnia and Herzegovina (24 september-1 october 2019) https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25088&LangID=E.

94. FRA, Migration: Fundamental rights Issues at land borders, cit., p. 4 ss.

95. FRA (2018), Fundamental Rights Report 2018, Luxembourg, Publications Office, Giugno 2018, sub-sezione 6.1.2 (https://fra.europa.eu/en/publication/2018/fundamental-rights-report-2018); FRA (2019), Fundamental Rights Report 2019, Luxembourg, Publications Office, giugno 2019, sub-sezione 6.1.2-6.1.4 (https://fra.europa.eu/en/publication/2019/fundamental-rights-report-2019); FRA (2020), Fundamental Rights Report 2020, Luxembourg, Publications Office, giugno 2020, p. 117 (https://fra.europa.eu/en/publication/2020/fundamental-rights-report-2020).

96. Refugee Rights Europe (RRE) and End Pushbacks Partnership (EPP), *Pushbacks and Rights Violations at Europe's Borders. The state of play in 2020*, report pubblicato da RRE e EPP con contributi vari https://endpushbacks.com/wp-content/uploads/2020/11/pushbacks-and-rights-violations-at-europes-borders.pdf.

97. Si veda https://medea.asgi.it/la-dignita-umana-persa-alle-frontiere-dellue-rapporto-prab-iii/.

98. Clinica Legale International Protection of Human Rights del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, *Croazia – La rotta balcanica. Rapporto COI*, luglio 2021, disponibile al link http://protezioneinternazionale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2021/10/Rapporto-COI-Croazia-27-luglio-2021.pdf.

99. Il rapporto relativo alla Slovenia è stato elaborato in collaborazione con la Clinica Legale Coesione e Diritto del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania. Si veda Clinica Legale International Protection of Human Rights del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre e Clinica Legale Coesione e Diritto del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, *Slovenia – la rotta balcanica, Rapporto COI*, dicembre 2021,

persone migranti in questi due Paesi ma anche del più ampio contesto in cui si muovono le organizzazioni a tutela dei diritti umani.

Le violenze e i trattamenti inumani subiti dai migranti sono state denunciate anche da diverse organizzazioni internazionali[100] oltre che da enti della società civile in Croazia, Grecia, Ungheria e in Spagna [101] e le testimonianze dei migranti sono state portate all'attenzione dell'opinione pubblica dal Border Violence Monitoring Network (di seguito BVMN)[102].

In particolare, dal 1° gennaio al 31 ottobre 2021, il BVMN ha raccolto 337 testimonianze di respingimenti che hanno coinvolto un totale di circa 8.293 persone nell'area dei Balcani[103], consentendo di far emergere varie forme di violenza fisica e psicologica nonché di abusi, come la distruzione di effetti personali, documenti e telefoni cellulari.

Secondo quanto emerge dall'analisi delle testimonianze raccolte nel periodo indicato, la distruzione degli effetti personali è avvenuta in 99 casi che hanno riguardato un totale di 2.129 persone; di questi 99 casi, ben 57 hanno visto sicuramente coinvolti anche minori, alcuni dei quali molto piccoli e quindi verosimilmente all'interno di nuclei familiari.

---

al link http://protezioneinternazionale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2021/12/Rapporto-COI-Slovenia-27-dicembre-2021.pdf.

100. Si veda ad esempio: Amnesty International, Greece/Turkey, *Asylum-seekers and migrants killed and abused at borders*, aprile 2020 reperibile sul sito https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/greece-turkey-asylum-seekers-and-migrants-killed-and-abused-at-borders/; Amnesty International, Slovenia, *Push-backs and denial of access to asylum*, Giugno 2018, su https://www.amnesty.si/media/uploads/files/Slovenia%20-%20Push-backs%20and%20denial%20of%20access%20to%20asylum%2C%20Amnesty%20International(1).pdf; Human Rights Watch, Greece, *Violent Pushbacks at Turkey Border*, dicembre 2018 (https://www.hrw.org/news/2018/12/18/greece-violent-pushbacks-turkey-border).

101. Si veda ad esempio: per la Croazia, Centre for Peace Studies, Are you Syrious, and Welcome, *Fifth report on pushbacks and violence from the Republic of Croatia: Illegal Practices and Systemic Human rights Violations at EU Borders,* Aprile 2019 reperbile sul sito https://www.cms.hr/system/article_document/doc/597/5_5TH_REPORT_ON_PUSHBACKS_AND_VIOLENCE_20052019.pdf; per la Grecia, *Human Rights 360, Defending human rights in times of border militarization*, ottobre 2020 sul sito https://www.humanrights360.org/wp-content/uploads/2020/10/Evros-Report-19.10.pdf.

102. Il Border Violence Monitoring Network (BVMN) è una rete indipendente di ONG e associazioni prevalentemente con sede nelle regioni dei Balcani e in Grecia che monitora le violazioni dei diritti umani alle frontiere esterne dell'Unione europea e la violenza esercitata contro le persone in movimento. Il Network è nato nel 2016 e da allora ha iniziato a documentare i casi di respingimento lungo la rotta balcanica. Il BVMN pubblica un report mensile e le testimonianze raccolte dei respingimenti avvenuti. I report mensili e le testimonianze raccolte rappresentano un utile strumento per l'analisi e l'approfondimento della gestione dei flussi migratori alle frontiere. https://www.borderviolence.eu. Si rimanda anche a BVMN, *The Black Book of Pushbacks*, volume I e volume II, pubblicato il 18.12.2020 con il sostegno del gruppo The Left del Parlamento europeo e reperibile al sito https://left.eu/issues/publications/black-book-of-pushbacks-volumes-i-ii/.

103. Il monitoraggio e le testimonianze raccolte hanno riguardato casi di persone in movimento tra Romania, Italia, Slovenia, Croazia, Grecia, Ungheria, Bulgaria, Bosnia, Serbia, Albania, Macedonia del Nord ed anche Turchia. Le testimonianze vengono raccolte da attivisti attraverso interviste a una o più persone che riportano fatti che li hanno visti coinvolti normalmente assieme ad altre persone.

In ben 117 casi le persone coinvolte nel respingimento sono state obbligate a svestirsi completamente[104] e le testimonianze descrivono le pratiche di sequestro e distruzione degli effetti personali, la costrizione a restare senza abiti per molto tempo, anche in presenza di temperature molto basse: «hanno ordinato al gruppo di avvicinarsi alla strada principale così da essere visibili e hanno detto di mettersi in fila e spogliarsi per rimanere in piedi, in mutande, anche se era notte e faceva molto freddo. Poi, i poliziotti hanno ordinato di consegnare tutti i soldi e gli averi. La polizia ha preso 120 euro, il telefono, le power bank, l'accendino, insieme a tutte le altre cose che portava nello zaino»[105].

Spesso la distruzione degli effetti personali si accompagna alla sottrazione dei soldi: «Nella stazione di polizia tutti i membri del gruppo sono stati perquisiti. Scarpe e biancheria intima sono state restituite dopo la perquisizione, ma tutti gli altri vestiti, così come tutti gli altri effetti personali, inclusi zaini, telefoni, power bank, denaro (circa 60 euro) e il loro cibo sono stati confiscati. Il denaro è stato messo in un sacchetto di plastica nera»[106].

Dai racconti dei migranti raccolti dagli attivisti del BVM emerge come le modalità utilizzate siano violente e fortemente lesive della dignità umana, anche quando sono coinvolte donne e minori, come riportato nella testimonianza di un ragazzo siriano di 19 anni che descrive come gli agenti, dopo avere intimato a lui e alle altre persone presenti di guardare in basso, hanno proceduto al sequestro del telefono, della power bank e di tutti gli effetti personali lasciando ai migranti solo i vestiti. Trasferiti in un Centro di detenzione, tutte le persone, incluse le donne presenti nel gruppo, sono state nuovamente perquisite anche da agenti uomini. Alcuni nascondevano dei soldi che sono stati sottratti dalla polizia. L'intervistato e un altro uomo sono stati portati via dal gruppo e le loro mani ammanettate con fascette. Fu quindi ordinato loro di spogliarsi e di sdraiarsi in un angolo di una piccola cella, nudi: «Mi hanno messo delle fascette sulle mani e un ufficiale mi ha premuto la testa con il piede e altri 2 mi hanno picchiato con un bastone di metallo. Il pestaggio è stato molto duro»[107].

104. In 35 testimonianze viene riportato sia la distruzione degli effetti personali, sia l'essere stati costretti a denudarsi.

105. Border Violence Monitoring Network, *I was bleeding so much in my nose and mouth – a testimony of severe violence*, Croazia, 10.3.2021 reperibile al link https://www.borderviolence.eu/violence-reports/march-10-2021-1930-kestenje-croatia/.

106. Border Violence Monitoring Network, *They asked us to jump over the river, we could have drowned*, Croazia, 5.3.2021 reperibile al link https://www.borderviolence.eu/violence-reports/march-5-2021-1700-near-highway-e71-in-croatia/.

107. Border Violence Monitoring Network, *They put zip ties on my hands and one (officer)pressed my head with his foot and 2 others beat (me) with a metal baton*, Grecia, 11.2.2021 reperibile al link https://www.borderviolence.eu/violence-reports/february-11-2021-0000-didymoteicho-serem/. In particolare l'intervistato è stato arrestato a Peplos, in Grecia, dopo aver camminato per un giorno intero. Era con circa altre 28 persone, tra cui molte donne e bambini, di età compresa tra 7 o 8 e circa 40 anni, tutti di origine siriana.

Sebbene le violenze di maggiore intensità si registrino durante i respingimenti posti in essere dalla polizia croata verso la Bosnia, alla quale si riferisce la maggior parte delle testimonianze[108], abusi e uso della forza vengono denunciati anche in altri casi.

In riferimento alle riammissioni che avvengono dai principali porti adriatici, la testimonianza di un minore afgano di 15 anni, intercettato a bordo di una nave partita da Patrasso il 21 gennaio 2022 ed arrivata al porto di Bari la mattina seguente, riporta in modo molto chiaro le condotte agite in suo danno nella fase successiva al rintraccio e durante le procedure di riammissione, la sottrazione degli effetti personali, la costrizione a denudarsi e l'esposizione a temperature estreme per moltissime ore : «Mi hanno tolto le scarpe, la giacca, i pantaloni, la maglietta. Ho dovuto stendermi in acqua ghiacciata per 8 ore indossando solo le mie mutande»[109].

3.3. Confisca e distruzione degli effetti personali: violazioni rilevabili e tutela effettiva

Le condotte poste in essere delle autorità di polizia e di frontiera, spesso con l'ausilio o la presenza di agenti di Frontex[110], che comportano la confisca e la distruzione degli effetti personali, rilevano sul piano del diritto nazionale dei singoli Stati membri in cui queste violazioni avvengono ma hanno una rilevanza importante anche nell'ordinamento europeo ed internazionale[111].

Sul piano internazionale, il diritto di proprietà, ed in particolare la proprietà dei documenti personali, trova riconoscimento in diverse fonti.

In particolare, l'art. 21 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990[112] stabilisce che è illecito

108. In particolare 58 testimonianze riguardo respingimenti dalla Croazia verso la Bosnia mentre altre testimonianze sono relative a riammissioni e respingimenti dalla Slovenia, dall'Ungheria, dall'Italia (attraverso le frontiere marittime adriatiche e, fino ad inizio 2021, per la frontiera terrestre), dalla Bulgaria, dalla Romania, dall'Albania, dalla Grecia, dalla Macedonia del Nord e a catena verso la Bosnia, oppure verso la Serbia, la Grecia, la Turchia.

109. Per la testimonianza completa si rinvia a https://www.borderviolence.eu/violence-reports/january-22-2022-1030-bari-italy/.

110. Si veda ad esempio la testimonianza raccolta dl BVMN il 10.2.2021 al confine tra Grecia e Macedonia del Nord *https://www.borderviolence.eu/violence-reports/february-10-2021-0000-near-gevgelija-north-macedonia/*.

111. Sul punto gli autori ritengono opportuno dare evidenza all'intervento terzo promosso da ASGI nel caso S.B. e altri vs Croazia, relativo al respingimento di tre cittadini siriani dalla Croazia alla Bosnia pendente davanti alla CEDU. Nell'intervento terzo, redatto anche con il contributo del dott. Francesco Luigi Gatta, ASGI ha concentrato la propria analisi su due profili di illegittimità: la violazione dell'art. 3 CEDU a seguito del respingimento in relazione alla mancata valutazione delle condizioni di accoglienza in Bosnia e alle note difficoltà di accesso alla protezione internazionale e la violazione dell'art. 3, 13 e 4 prot. 4 CEDU in relazione al comportamento delle autorità di polizia croata e alla prassi di distruggere gli effetti personali, denudare i migranti sottoponendoli a trattamenti compatibili con profili di tortura e pregiudicando possibilità di ricorso. Per approfondimenti si veda https://medea.asgi.it/lintervento-terzo-di-asgi-nel-caso-s-b-e-altri-contro-croazia-una-breve-analisi/.

112. La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990 ed è entrata

per chiunque, diverso dal pubblico ufficiale debitamente autorizzato dalla legge, confiscare, distruggere o tentare di distruggere documenti d'identità, documenti che autorizzano l'entrata o il soggiorno, la residenza o l'insediamento nel territorio nazionale o permessi di lavoro. Nessuna confisca autorizzata di tali documenti può avvenire senza la consegna di una ricevuta dettagliata. In nessun caso deve essere permessa la distruzione del passaporto o del documento equivalente di un lavoratore migrante o di un membro della sua famiglia.

A tal proposito, l'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite nella sua guida sulla tutela dei diritti fondamentali alle frontiere internazionali elaborata nel 2014 ha raccomandato agli Stati il rispetto dei diritti umani delle persone, stabilendo in particolare che i beni personali – compresi i documenti di identità, i documenti di viaggio, le autorizzazioni di ingresso o di soggiorno, i permessi di soggiorno o di residenza, i permessi di lavoro, il denaro, i telefoni cellulari o altra documentazione personale – possono essere confiscati dalle autorità di frontiera solo se previsto dalla legge e nel rispetto del diritto internazionale. Ad ogni modo, per qualsiasi confisca di proprietà personali deve essere consegnata alla persona alla quale i beni confiscati appartengono una valida ricevuta e la proprietà confiscata deve essere restituita il più presto possibile[113].

Ed ancora, la proprietà privata è tutelata dal principio 21 dei Principi guida del 1998 sugli sfollamenti interni ed è oggetto di diverse raccomandazioni, risoluzioni e decisioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, della Commissione delle Nazioni Unite per i diritti umani, del Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani e di altri organismi dell'ONU[114]. A livello europeo, il diritto di proprietà è tutelato sia dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che garantisce il diritto di ogni individuo di godere della proprietà dei propri beni, sia dall'art. 1 Protocollo 1 della CEDU. che prevede un dovere nei confronti degli Stati membri di proteggere e tutelare la proprietà[115].

Il diritto di proprietà dunque, rappresenta nella normativa europea un diritto dell'uomo, un diritto fondamentale pari ai diritti civili dell'individuo e come tale meritevole di tutela.

---

in vigore il primo luglio 2003, dopo la ratifica da parte di venti Stati. La Convenzione non è stata firmata da nessuno Stato membro dell'Unione europea.

113. OHCHR, Recommended principles and guidelines on human rights at international borders, p. 27 https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf.

114. Si vedano ad esempio: la dichiarazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del febbraio 1996 sulla situazione in Croazia, la Risoluzione adottata nel 2003 sulle proprietà e sui ricavi dei rifugiati palestinesi, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

115. L'art. 1 co. 1 del Protocollo 1 della CEDU prevede «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Al pari di altri diritti e libertà fondamentali tutelati dalla CEDU, la tutela della proprietà comporta in primo luogo un obbligo negativo di astensione da parte dello Stato, ma non solo: la formulazione di obblighi positivi, nel contesto dell'art. 1 Prot. 1 può comportare per lo Stato il dovere di adottare misure a protezione del diritto di proprietà[116].

Il principio di pacifico godimento dei beni, la prima delle tre norme contenute nell'art. 1 Prot. 1 della CEDU, opera sia quale criterio generale di interpretazione dell'art. 1 Prot. 1 nel suo complesso sia quale norma autonoma[117]. In quanto disposizione autonoma, la sua applicazione ha carattere residuale e il principio in parola finisce per costituire la norma di chiusura delle diverse ipotesi contenute nell'art. 1 del Prot. 1 della CEDU. In tale prospettiva, la regola in esame può essere applicata rispetto a qualunque provvedimento che abbia per effetto una diminuzione della disponibilità dei beni o che comunque comporti un pregiudizio patrimoniale, trovando così applicazione rispetto a tutte le ipotesi di interferenza nella proprietà privata[118].

L'art.1 Prot. 1 della CEDU stabilisce poi che per privare il privato dal pacifico godimento dei propri beni lo Stato deve rispettare i requisiti della «conformità alla legge» e di «pubblica utilità». Con riferimento al requisito della «conformità alla legge» la Corte EDU ha affermato che la tutela dei diritti umani fondamentali prevale su quella degli Stati membri[119].

Oltre alla violazione del diritto di proprietà, il sequestro e la distruzione degli oggetti e dei documenti personali dei migranti, comporta anche una violazione del diritto dei migranti alla privacy e al loro diritto di ottenere protezione da interferenze arbitrarie o illecite contro la loro privacy, famiglia, casa o corrispondenza.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), con l'art. 17, stabilisce che «nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione». Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese.

La tutela del rispetto della vita privata e familiare in tal senso è protetta anche dall'art. 8 CEDU, tramite il quale è previsto il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che tale

116. Corte EDU, *Bistrovic c. Croatia*, ric. n. 25774/05, sent. 31.5.2007 e Corte EDU *Öneryildiz c. Turchia*, ric. n. 48939/99, sent. 18.6.2002.

117. Corte EDU, *Sporrong and Lonnroth c. Sweden*, ric. n. 7151/75, sent. 18.12.1984; Corte EDU, *Matos et Silva, Lda., et autres c. Portugal*, ric. n. 15777/89, sent. 16.9.1996; Corte EDU, *Elia s.r.l. c. Italia*, ric. n. 37710/97, sent. 2.8.2001.

118. S. Bartole, P.De Sena, G. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Cedu*, Padova, Cedam, 2012, p. 811.

119. Corte EDU, *Belvedere Alberghiera c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*, ric. n. 31524/96, sent. 30.5.2000.

ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che, quando una misura non costituisce un trattamento disumano e degradante di cui all'articolo 3, essa può, comunque, violare l'articolo 8[120].

In tutti i casi in cui la confisca degli effetti personali dei migranti e la loro successiva distruzione, anche se non è accompagnata dall'uso eccessivo della forza o da atti di violenza fisica, sia tale da dimostrare una mancanza di rispetto per la dignità della persona e da suscitare nella persona sottoposta a tali condotte «sentimenti di paura, angoscia o di inferiorità tali da indurre alla disperazione»[121], essa può assumere invece la forma di trattamenti inumani e degradanti.

Al fine di valutare se tali condotte raggiungono la soglia minima di gravità richiesta per la violazione dell'articolo 3, occorrerà tenere in considerazione il fatto che spesso i migranti subiscono questo tipo di violazioni più e più volte, e che le condotte poste in essere dalle autorità nazionali appaiono essere anche animate (unicamente) dall'intenzione di umiliare i migranti, e non motivate da esigenze di sicurezza o dal comportamento tenuto dai migranti stessi, oltre che accompagnate da altri abusi quale quello dell'obbligo di denudarsi[122].

Quanto fin qui emerso, comporta un'ulteriore violazione dei diritti dei migranti; nei casi descritti, infatti, i migranti si trovano nell'impossibilità di accedere alla giustizia e di ottenere un'effettiva tutela dei loro diritti, non solo in ragione dell'informalità delle procedure e dell'assenza di qualsiasi provvedimento.

La confisca e la distruzione degli effetti personali, inclusi i documenti e i telefoni cellulari, impedisce infatti agli stessi di comunicare con i propri familiari, con avvocati ed enti che agiscono a tutela dei diritti umani[123] nonché di raccogliere e fornire prove, come video e fotografie, relativamente alle condotte subite, con conseguente impedimento dell'accesso alla giustizia.

Nel quadro normativo europeo, il concetto di accesso alla giustizia obbliga gli Stati membri a garantire una serie di diritti umani fondamentali, come quello ad un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 13 della CEDU e di un equo processo ai sensi dell'articolo 6

120. Corte EDU, *Wainwright c. Regno Unito*, ric. n. 12350/04, sent. 26.9.2016, in ordine alle persecuzioni personali.

121. Corte EDU, *M.S S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09, sent. 21.1.2011, par. 263.

122. Sull'obbligo di denudarsi si veda Corte EDU Lyalyakin c. Russia, ric. n. 31305/09, sent. 12.3.2015, par. 75.

123. Corte EDU, *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 81 e 88 e Corte EDU, *Asady e altri vs. Slovacchia*, ric. n. 24917/15, sent. 24.3.2020, Opinione dissenziente del Giudice Keller, par. 3 e ss.

della stessa Convenzione europea e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; esso è dunque un diritto dell'individuo, affinché lo stesso possa far valere altri diritti violati.

Da ultimo, le condotte descritte impediscono alle persone di fornire documentazione utile ad una loro identificazione[124] e a una valutazione individuale della loro situazione e possono costituire un indicatore del carattere collettivo delle procedure di espulsione poste in essere[125].

4. La valutazione del rispetto dei diritti umani nell'area Schengen

4.1. Il meccanismo di valutazione Schengen e l'accesso della Croazia nell'area Schengen

L'analisi svolta in precedenza ha consentito di mettere in evidenza l'intensità delle violazioni poste in essere dagli Stati membri anche all'interno dell'area Schengen.

Sebbene la Commissione europea sia più volte intervenuta per richiamare la necessità di preservare e rafforzare Schengen[126], incoraggiando gli Stati membri a ricorrere a misure compensative al rafforzamento dei controlli di polizia[127], l'attenzione al rispetto dei diritti umani è stata molto ridotta, risultando prevalente il richiamo alla necessità di garantire una gestione efficace delle frontiere esterne[128].

Lo stesso meccanismo di controllo per verificare l'applicazione di Schengen[129] (di seguito SEMM), istituito dal Regolamento (UE) 1053/2013[130] con lo scopo di assicurare un'applicazione efficace, coerente, tempestiva e trasparente delle regole di Schengen da parte degli Stati membri, ha manifestato grande efficacia rispetto all'azione di stimolo e verifica della capacità prestazionale di Paesi membri di adeguarsi ai requisiti securitari richiesti dal sistema Schengen, ma ha tralasciato quasi completamente la valutazione della capacità di rispettare i diritti fondamentali.

---

124. Corte EDU, *Hirsi e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, cit., par. 185 e 202.

125. Corte EDU, S*harifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, sent. 21.10.2014; Corte EDU, *M. K. e altri c. Polonia*, ric. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, sent. 23 July 2020, par. 198.

126. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Preservare e rafforzare Schengen*, Bruxelles, 27.9.2017, COM(2017) 570 final.

127. Raccomandazione (UE) 2017/820 della Commissione cit. e Raccomandazione (UE) 2017/1804 cit.

128. Si veda da ultimo Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente*, cit.

129. Il meccanismo di monitoraggio ha sostituito la Commissione permanente incaricata di individuare le carenze nell'attuazione di Schengen e proporre soluzioni. Cfr. Decisione del Comitato esecutivo del 16 settembre 1998 riguardante l'istituzione della Commissione permanente della Convenzione di Schengen.

130. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1053.

Il meccanismo, che opera su iniziativa della Commissione ma che vede anche la collaborazione di esperti degli Stati membri e delle Agenzie dell'Unione europea, effettua valutazioni sulla base di un ciclo quinquennale seguendo programmi pluriennali e annuali.

La prima fase di valutazione si conclude con le raccomandazioni adottate dal Consiglio, alle quali il Paese attenzionato risponde con un programma di azioni concrete per risolvere le criticità evidenziate. Qualora le carenze individuate siano di particolare gravità, i tempi di adeguamento sono ridotti e, in ogni caso il meccanismo può effettuare un'ulteriore visita di monitoraggio.

Le valutazioni nell'ambito del SEMM si basano su diversi strumenti tra i quali i questionari[131], le visite in loco che possono essere annunciate o non annunciate, e i rapporti di valutazione[132], accompagnati da raccomandazioni[133] e dall'adozione di piani d'azione[134].

Dal 2015 al 2019 il meccanismo ha valutato 27 Paesi aderenti allo spazio Schengen, oltre alla Croazia, e ha condotto oltre 200 visite di monitoraggio delle quali solo 29 sono state effettuate senza preavviso[135]. Le visite finalizzate alla valutazione della gestione delle frontiere esterne sono state 36 mentre le valutazioni relative alle frontiere interne sono state sei, condotte anche attraverso visite non autorizzate, alcune delle quali finalizzate al monitoraggio della situazione esistente alle frontiere interne[136].

Nonostante le frontiere esterne siano state il settore più valutato, tuttavia, per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali, non sono state adottate raccomandazioni specifiche, se non in termini di impulso ad incrementare la formazione del personale.

Il SEMM, pur non disponendo di un mandato specifico di valutazione del rispetto dei diritti fondamentali, dovrebbe operare ed elaborare le proprie valutazioni e raccomandazioni tenendo in considerazione la compatibilità degli ambiti monitorati con il rispetto dei diritti fondamentali.

---

131. Il questionario copre le seguenti aree: 1) Gestione delle frontiere esterne, 2) Ritorno e riammissione, 3) SIS; 4) Politica comune dei visti; 5) Cooperazione di polizia; 6) Protezione dei dati; 7) Cooperazione giudiziaria; 8) Legislazione sulle armi da fuoco; 9) Funzionamento delle autorità che applicano l'*acquis* di Schengen.

132. La capacità degli Stati membri di affrontare le sfide presenti e future alle frontiere esterne viene valutata anche dall'Agenzia europea della guardia di frontiera attraverso lo strumento della valutazione delle vulnerabilità, previsto dall'articolo 32 del Regolamento (UE) 2019/1896.

133. Le raccomandazioni di valutazione Schengen pubblicate sono disponibili su *www.consilium.europa.eu* nella sezione «Registro dei documenti».

134. M. Wagner, C. Katsiaficas, J. Liebl, L. Hadjabdou, L. Drazžanová, J. Jeandesboz, *The state of play of Schengen Governance. An assessment of the Schengen evaluation and monitoring mechanism in its first multiannual programme*, studio richiesto dalla Commissione Libe del Parlamento europeo, novembre 2020, p. 122 ss.

135. Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul funzionamento del meccanismo di valutazione e monitoraggio Schengen a norma dell'articolo 22 del Regolamento (UE) n. 1053/2013 del Consiglio. Primo programma di valutazione pluriennale (2015-2019), Bruxelles, 25.11.2020 COM (2020) 779 final.

136. In particolare le visite senza preavviso hanno riguardato la frontiera interna tra Francia e Germania nel 2015, quella tra Austria e Italia del 2016 e quella tra Italia e Francia nel 2018. M. Wagner, C. Katsiaficas, J. Liebl, L. Hadjabdou, L. Drazžanová, J. Jeandesboz, ivi, p. 40.

Ed infatti, da una parte i considerando (14) e (15) del Regolamento[137] affermano che, «durante la valutazione e il monitoraggio dovrebbe essere prestata particolare attenzione al rispetto dei diritti fondamentali nell'applicazione dell'*acquis* di Schengen» e dall'altra, ai sensi dell'art. 12, «gli Stati membri e la Commissione, in collaborazione con i competenti organismi, uffici o agenzie dell'Unione, provvedono affinché detti esperti ricevano una formazione adeguata, anche in materia di rispetto dei diritti fondamentali».

La necessità di prestare maggiore attenzione al rispetto dei diritti fondamentali è stata sottolineata anche dal Parlamento europeo che, nella sua relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen[138], ricorda che l'*acquis* di Schengen deve essere attuato nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sottolinea pertanto che le valutazioni Schengen dovrebbero anche esaminare se i diritti fondamentali sono rispettati alle frontiere esterne, compresi il divieto di respingimento, il diritto al rispetto della dignità umana, il principio di non discriminazione e il diritto di chiedere protezione internazionale.

Le recenti proposte elaborate in seno al Consiglio per modificare il meccanismo[139] richiamano più volte la necessità di individuare modalità per rilanciare un approccio integrato che tenga in maggiore considerazione i diritti fondamentali; tuttavia le stesse si limitano a prevedere quasi unicamente un maggiore coinvolgimento della FRA.

Come proposto da diverse organizzazioni della società civile e dalla stessa Agenzia, risulta invece essenziale che la revisione in fase di elaborazione affronti altre carenze attualmente esistenti, assicurando un maggior coinvolgimento nelle procedure di valutazione anche di altri soggetti, quali gli organi delle Nazioni Unite, le istituzioni nazionali e le organizzazioni per i diritti umani, e prevedendo l'acquisizione dei rapporti e delle denunce elaborati da tali attori.

Analogamente, gli Stati membri dovrebbero essere sollecitati a fornire informazioni specifiche riguardo al rispetto del principio di non respingimento, del diritto di asilo e più in generale dei diritti umani fondamentali, non solo nelle aree di frontiera ma anche al di fuori del contesto dei valichi di frontiera.

Le spinte contrapposte che caratterizzano il sistema Schengen, il ruolo ambiguo della Commissione europea e i limiti intrinseci dell'attuale meccanismo di monitoraggio e

137. Considerando da leggere in congiunzione con art. 4 Codice di frontiere Schengen.

138. Parlamento europeo, Relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen. Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2021 sulla relazione annuale sul funzionamento dello spazio Schengen (2019/2196(INI).

139. Proposta di Regolamento del Consiglio sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e monitoraggio per verificare l'applicazione dell'acquis di Schengen, che abroga il Regolamento (UE) n. 1053/2013, COM(2021) 278 final - 2021/0140(CNS).

valutazione Schengen risultano ancora più evidenti se si analizza la valutazione relativa alla piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia.

A partire dal 2016 la Croazia, a seguito dell'Atto di adesione all'Unione risalente al 2011[140], è stata sottoposta ad una valutazione completa su tutti gli aspetti costitutivi dell'*acquis* e ha dovuto soddisfare richieste molto specifiche e complesse per ottenere lo *status* di Paese idoneo ad accedere allo spazio Schengen.

Tali richieste, relative non solo al controllo delle frontiere esterne ma anche al consolidamento delle misure compensative di gestione delle frontiere interne, hanno fornito il pretesto per introdurre misure che si prestano ad azioni di contenimento del fenomeno migratorio, anche a costo di sacrificare la tutela di garanzie essenziali delle persone in transito.

In particolare, dal mese di giugno del 2016 fino a maggio del 2019 gli esperti nominati dagli Stati membri e dalla Commissione[141] hanno svolto la loro azione di monitoraggio concentrandosi soprattutto sull'ambito della protezione dei dati personali, della cooperazione di polizia, della politica comune sui visti, della gestione dei confini esterni, dei rimpatri, del Sistema di Informazione Schengen (SIS) e della cooperazione giudiziaria in materia di cooperazione giudiziaria[142].

Per quanto riguarda il tema del rafforzamento degli accordi bilaterali, il SEMM ha imposto alle autorità croate di intervenire sugli accordi di cooperazione di polizia con i Paesi membri confinanti, al fine rafforzarne l'implementazione e modernizzarne il contenuto, prevalentemente attraverso il consolidamento della collaborazione transfrontaliera di polizia e lo scambio di informazioni[143].

Molto più complessa è stata invece la procedura volta alla positiva valutazione della gestione dei confini esterni. Infatti, a seguito di una visita iniziale effettuata nel maggio del 2016 e al conseguente giudizio negativo, è stata organizzata nel corso dei mesi di novembre-dicembre 2017, una seconda visita di monitoraggio.

Anche questa seconda visita ha portato ad un giudizio negativo, date le carenze ancora riscontrate soprattutto alle frontiere esterne terrestri; in particolare sono stati evidenziati limiti derivanti dalla carenza di personale permanente alla frontiera, dalla mancata messa

140. Articolo 4, paragrafo 2, primo comma, dell'atto di adesione della Repubblica di Croazia.

141. Il Regolamento (UE) 1053/2013 attribuisce un ruolo di coordinamento e organizzazione alla Commissione europea. Gli Stati membri effettuano le valutazioni in maniera congiunta alla Commissione tramite esperti selezionati a tal fine. Al Consiglio spetta invece di formulare le raccomandazioni da inviare agli Stati valutati sulla base di una proposta della Commissione.

142. Comunicazione della Commissione europea a Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia - COM(2019) 497 final del 22.10.2019 *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/237cb3cf-f57e-11e9-8c1f-01aa75ed71a1/language-it*.

143. Rispetto a tali aspetti la Commissione, pur riconoscendo la sostanziale implementazione delle raccomandazioni inviate, ribadisce la necessità di rinegoziare gli accordi di polizia con la Slovenia e chiede espressamente alla Croazia di aggiornare la Commissione a riguardo, ivi, p. 3.

in funzione del sistema di sorveglianza tecnica al confine con la Bosnia-Erzegovina, dalla persistente eccessiva presenza di valichi stradali di transito, dalla presenza di numerose vie stradali di attraversamento del confine ancora aperte e dal ridotto numero di cani da ricerca addestrati per l'individuazione di attraversamenti irregolari.

Solo i rapporti di *follow up* inviati alla Commissione nel corso del 2019 hanno convinto la Commissione, tanto che il 5 settembre la Croazia ha ricevuto parere di conformità.

Nel dettaglio, la Commissione ha riconosciuto gli sforzi effettuati dal Governo croato per il raggiungimento degli avanzamenti richiesti, attraverso l'incremento del numero delle guardie di frontiera[144], l'adeguata formazione del personale, l'ulteriore miglioramento della capacità di sorveglianza delle frontiere terrestri.

In merito a quest'ultimo aspetto, nella comunicazione della Commissione viene messo in evidenza l'avvenuto potenziamento dei sistemi di sorveglianza tecnica alle frontiere esterne terrestri con la Bosnia-Erzegovina e il Montenegro, l'aumento dell'impiego di veicoli con visori termici e l'addestramento di cani da utilizzare nelle operazioni di controllo dei confini[145].

Riguardo al rispetto dei diritti umani, la Commissione si è limitata a riconoscere che «rimangono problematiche le questioni della tutela dei diritti umani dei richiedenti asilo e degli altri migranti, le accuse di negato accesso alla procedura di asilo e di uso della forza da parte degli agenti di contrasto alla frontiera» e a suggerire l'istituzione di un meccanismo interno di monitoraggio del rispetto dei diritti umani alle frontiere, utilizzando parte dei 6,8 miliardi di euro di fondi d'emergenza per le gestione delle frontiere.

Tale valutazione, così come alcune delle raccomandazioni fatte nel corso della procedura di monitoraggio come quelle relative all'impiego di cani, appare intollerabile se si considerano le numerose testimonianze di abusi, torture, violenze fisiche e psicologiche commesse a danno dei migranti da parte delle autorità di frontiera[146] e se si tiene conto dei

144. Secondo quanto evidenziato dal rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura del COE, 6500 agenti di diversi corpi di polizia sono stati inviati a monitorare i confini croati. Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020 CPT/Inf (2021) 29*, 3 dicembre 2021, p. 5 disponibile al link https://rm.coe.int/1680a4c199.

145. In particolare, la Commissione riconosce «l'ulteriore miglioramento della capacità di sorveglianza delle frontiere terrestri e della conoscenza situazionale e l'attuazione delle raccomandazioni, formulate a tal fine, di aver potenziato i sistemi di sorveglianza tecnica alle frontiere esterne terrestri con la Bosnia- Erzegovina e il Montenegro e di aver aumentato il numero di veicoli con visori termici, delineando le procedure finalizzate e in corso di acquisizione di tali sistemi ed apparecchiature. Sono state altresì ricevute informazioni sull'acquisizione e l'addestramento recentemente pianificati di altri 18 cani di servizio»; Comunicazione della Commissione europea a Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'acquis di Schengen da parte della Croazia, cit., pp. 5-7.

146. F. González Morales, N. Melzer, *Croatia: Police brutality in migrant pushback operations must be investigated and sanctioned – UN Special Rapporteurs*, Ginevra 12.6.2020, pubblicato sul sito https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25976&LangID=E.

limiti dei meccanismi di monitoraggio nazionali che si andranno ad approfondire successivamente.

La trattazione del caso croato, quindi, non solo conferma che il SEMM non è uno strumento idoneo, anche in ragione del suo funzionamento[147], a garantire quantomeno il monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali ma che lo stesso rischia di essere uno strumento di legittimazione di politiche securitarie che, come documentato da diversi rapporti ed evidenziato in altri paragrafi del presente contributo, implicano gravissime violazioni dei diritti umani.

4.2. Indagini sulle violazioni ai confini croati e strumenti nazionali di monitoraggio

Secondo i dati ufficiali del Ministero dell'interno della Croazia[148], nel 2020 più di 29.094 persone hanno attraversato irregolarmente i confini croati mentre 18.400 persone sono state intercettate all'atto dell'ingresso irregolare. Altre 9.950 persone sono state invece riammesse dalla Slovenia alla Croazia sulla base dell'accordo bilaterale di riammissione.

Come evidenziato dal BVMN, dal 2017 ad oggi, nel 90% delle testimonianze raccolte di persone respinte alla frontiera, le persone hanno dichiarato di essere state sottoposte a tortura o a trattamenti inumani e degradanti[149]. Diverse associazioni della società civile hanno inoltre evidenziato la sistematica difficoltà di accedere alla procedura di asilo anche per soggetti vulnerabili[150].

Nel 2019, come riporta la FRA, il Ministero dell'interno croato ha ricevuto oltre 1.873 denunce contro la polizia croata; di queste, 75 sono state considerate completamente fondate e 132 parzialmente fondate.

147. Si pensi a titolo esemplificativo alla disciplina delle visite non annunciate, alla lentezza con la quale i rapporti di *follow up* vengono prodotti, alla mancata previsione di un meccanismo di denuncia immediata e di un raccordo diretto con le istituzioni preposte a valutare ed esercitare l'azione penale.

148. Croatian Law Center, *Access to Territory and Pushbacks*, 27.5.2021, disponibile al link https://asylumineurope.org/reports/country/croatia/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/access-territory-and-push-backs/.

149. Per un quadro più generale sulle violazioni, BVMN, *Annual Torture Report 2020*, maggio 2021, disponibile al link https://www.borderviolence.eu/annual-torture-report-2020/.

150. A titolo di esempio, Centre for Peace Studies *Pushbacks report on children and unaccompanied children in Croatia*, Zagabria 2020, disponibile al link https://www.cms.hr/system/article_document/doc/647/Pushback_report_on_children_and_unaccompanied_children_in_Croatia.pdf.

Dal 2019 all'ottobre 2020, sono stati aperti dalla polizia 60 casi di indagini relative a *push-backs* ed uso eccessivo della forza da parte delle autorità in frontiera e altri 3 casi sono stati aperti su denuncia del Centro Studi per la Pace di Zagabria[151].

Il Rapporto elaborato dal Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti del Consiglio d'Europa (CPT)[152], pubblicato nonostante le forti resistenze da parte del Governo croato a fornire spiegazioni plausibili sulle violazioni ivi evidenziate[153], conferma uno scenario inquietante sulla situazione delle violazioni di diritti fondamentali in Croazia ed evidenzia di non aver avuto alcun riscontro circa l'esistenza di alcun meccanismo nazionale di monitoraggio[154].

Il Governo croato ha sempre contestato la veridicità di quanto denunciato[155] dalla società civile e, in questo senso, appare evidente quanto l'esistenza di un efficace strumento di monitoraggio che favorisca un accesso effettivo a rimedi giurisdizionale sia essenziale.

Le già accennate conclusioni contenute nella Comunicazione della Commissione riguardante la piena applicazione dell'*acquis* Schengen da parte della Croazia[156], fanno riferimento espresso a due strumenti che, in modi diversi, dovrebbero fungere da strumenti di controllo e verifica per dare risposta efficace alle numerose denunce di violazione dei

151. FRA, *Migration: fundamental rights issues at land borders*, cit., p. 23 e ss. Uno di questi procedimenti ha ad oggetto i trattamenti inumani, le umiliazioni e il *push-back* subiti da 16 richiedenti asilo respinti in Bosnia Erzegovina, presumibilmente commessi da 8 uomini armati in uniformi nere e passamontagna.

152. Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020 CPT/Inf (2021) 29*, 3 dicembre 2021, disponibile al link https://rm.coe.int/1680a4c199.

153. La visita del CPT è stata effettuata dal 10 al 14 agosto 2020. Il report è stato formalmente adottato nella seduta tenuta tra il 3 e il 6 novembre 2020 ed inoltrato alla Croazia il 13 novembre 2020 con richiesta di fornire, entro tre mesi, riscontro alle criticità evidenziate, risposte alle richieste di informazioni e un quadro delle azioni intraprese per aderire alle raccomandazioni del Comitato. Il rapporto è stato reso pubblico, secondo quanto previsto dall'art. 39, co. 3, del Regolamento di procedura del CPT, a seguito dei commenti scritti al report resi da un ufficiale croato e divenuti di pubblico dominio, commenti che il Comitato ha reputato offrire «una falsa rappresentazione dei contenuti della relazione, dell'integrità professionale e del *modus operandi* dei membri della delegazione del CPT». Comunicato stampa del Comitato https://www.coe.int/en/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-publishes-report-on-its-2020-ad-hoc-visit-to-croatia. Sul punto anche Amnesty International «Croatia: Damning new report slams systematic police abuses at country's borders» https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/12/human-rights-body-has-condemned-croatian-authorities-for-border-violence/.

154. In particolare, a proposito dell'istituzione di meccanismi di monitoraggio e dell'effettiva capacità funzionale dello strumento, il Comitato richiede «that the Croatian Police Directorate introduce a mandatory instruction on the detailed recording of every "interception" and "diversion" operation involving migrants, which at a minimum should include the time, precise location and a brief description of each intervention, the officers involved, the means used to "intercept" or "divert" migrants, their identification in line with Article 7 of the Schengen Borders Code, whether any means of restraint or use of force was applied, and the outcome of the intervention». Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, cit. p.22.

155. https://mup.gov.hr/news/reaction-of-the-croatian-ministry-of-the-interior-to-the-article-of-the-british-news-portal-the-guardian/286199.

156. Comunicazione della Commissione europea a Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia - COM(2019) 497 final del 22.10.2019.

diritti fondamentali alle frontiere: si tratta nello specifico dell'ufficio dell'Ombudsman nazionale della Croazia per la promozione e protezione dei diritti umani[157] e del meccanismo nazionale indipendente di monitoraggio[158].

L'Ombudswoman Lora Vidovic, in carica dal 2013 al marzo del 2021, ha in effetti in diverse e ripetute occasioni denunciato differenti violazioni di diritti fondamentali di cittadini stranieri. In linea generale, oggetto delle denunce è stata la sistematica mancata collaborazione da parte di varie istituzioni amministrative e giudiziarie ad una efficace e seria azione di investigazione, di collaborazione a rendere disponibili elementi di prova e a mettere in discussioni prassi illegittime[159]; in qualità di meccanismo nazionale di prevenzione contro la tortura, l'Ombudswoman ha denunciato episodi di violenze occorsi nelle stazioni di polizia ai confini senza che tali denunce portassero ad alcuna iniziativa giudiziaria[160].

Analogamente anche l'Ombudswoman per la discrimanzione di genere e l'Ombusdwoman per i diritti dei fanciulli hanno sottolineato quanto fragile sia la tutela dell'accesso alle procedure di asilo e fatto esplicito riferimento alla sistematica prassi di detenzione dei minori al confine[161].

Le prospettive che si intravedono circa il ruolo della nuova Ombudswoman per la promozione e protezione dei diritti umani Tena Šimunović Einwalter non appaiono molto incoraggianti; nonostante l'assunzione della carica risalga ormai ad alcuni mesi fa, la nuova incaricata appare molto meno incisiva e determinata nel denunciare le violazioni ai confini. Questa maggiore "timidezza" operativa trova conferma anche dall'assenza di una decisione pubblica riguardo alla sua adesione al nuovo meccanismo nazionale indipendente di monitoraggio, la cui istituzione, già richiesta e finanziata a partire dal 2018, costituiva raccomandazione espressa da parte della Commissione al Governo croato.

157. Il sistema croato prevede come figura di garanzia di nomina parlamentare un Ombudsperson per la promozione e protezione dei diritti umani, affiancato da altre figure di garanzia che si occupano di specifiche categorie di soggetti potenzialmente vulnerabili. I garanti si occupano anche di lesione di diritti fondamentali delle persone straniere a seconda dello specifico mandato.

158. Comunicazione della Commissione europea a Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia, ivi, p. 15.

159. Ombudswoman della Repubblica di Croazia *No institutional reaction to alleged illegal police treatment of migrants*, 25.7.2019 documento consultabile al seguente link https://www.ombudsman.hr/en/no-institutional-reaction-to-alleged-illegal-police-treatment-of-migrants/.

160. Ombudswoman della Repubblica di Croazia *Report on the performance of activities of the National Protective Mechanism for 2019*, 7.9.2020 disponibile al link https://www.ombudsman.hr/en/download/report-on-the-performance-of-the-activities-of-the-national-preventive-mechanism-for-2019/.

161. Global Detention Project *Immigration Detention in Croatia: Shrinking Space for Independent Monitoring*, 2019, p. 20 disponibile al link https://www.globaldetentionproject.org/immigration-detention-croatia-shrinking-space-independent-monitoring.

A partire dal 2018, attraverso lo stanziamento di un ingente finanziamento EMAS[162] da 6,8 milioni di euro, venne infatti richiesto al Governo croato di istituire un meccanismo di monitoraggio indipendente che avesse un *focus* specifico sulla tutela dei diritti umani alla frontiera.

Il processo istitutivo dello strumento però è stato oggetto di diverse indagini relative al sottoutilizzo delle risorse, a false attestazioni e opacità relative all'effettiva implementazione dello strumento[163] tanto che l'UNHCR e il Croatian Law Center – i due enti identificati come attuatori del progetto – smentirono inizialmente il loro coinvolgimento, reso pubblico dal Governo croato, salvo poi ritrattare le loro dichiarazioni.

Nel novembre del 2020, a seguito di una denuncia di Amnesty International[164], l'Ombudsman europeo diede inizio ad una indagine volta a verificare l'utilizzo delle risorse stanziate per uno strumento apparentemente non funzionante e le responsabilità della Commissione per la mancata vigilanza sulla sua implementazione effettiva.

Dopo questa prima fase caratterizzata dall'assenza di risultati concreti, a luglio del 2021 è stato annunciato un progetto pilota per «Un Meccanismo indipendente per il monitoraggio delle condotte degli agenti di polizia nell'area della immigrazione irregolare e della protezione internazionale[165]».

Dagli esiti di un accesso civico promosso dal Centro Studi per la Pace di Zagabria[166], è emerso che l'ambito di operatività dello strumento non dovrebbero essere solo i valichi di frontiera ufficiali ma anche gli uffici di polizia, gli uffici dell'amministrazione di polizia della Croazia per i confini con Bosnia-Erzegovina, Serbia e Montenegro, oltre che i Centri di accoglienza. Il monitoraggio presso la rimanente parte della linea confinaria – dove secondo

162. I fondi Emergency Assistance Grant Scheme (EMAS) sono strumenti di finanziamento che rientrano nei fondi FAMI (Fondo Asilo, Migrazione ed Integrazione) gestiti direttamente dalla Commissione europea - Directorate-General for Migration and Home Affairs. Il Regolamento (UE) N. 514/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, recante disposizioni generali sul Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (FAMI) 2014-2020 e sullo strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la gestione delle crisi all'art. 7, stabilisce che, in risposta a una situazione di emergenza come definita nei regolamenti specifici, la Commissione può decidere di prestare assistenza emergenziale agli Stati membri e in Paesi terzi.

163. L. Tondo, *EU 'covered up' Croatia's failure to protect migrants from border brutality*, The Guardian, 15.06.2020, disponibile al link https://www.theguardian.com/global-development/2020/jun/15/eu-covered-up-croatias-failure-to-protect-migrants-from-border-brutality.

164. Amnesty International, *EU Inquiry into European Complicity in Croatian Border Violence Against Migrants and Refugees*, 2020, disponibile al link https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2020/11/eu-inquiry-into-european-complicity-in-croatian-border-violence-against-migrants-and-refugees-significant/.

165. In questo senso anche il Comitato per la prevenzione della tortura invita il Governo croato ad istituire un Meccanismo Indipendente di Monitoraggio, esplicitandone alcuni requisiti essenziali per garantirne efficacia e indipendenza. Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020* ivi p. 32.

166. Risposta del Segretario di Stato del Ministero dell'interno Terezija Gras a richiesta ufficiale del Centre for Peace Studies, «Zahtjev za pristup informacijama o neovisnom mehanizmu nadzora», Klasa: 018-01/19-01/607, Ur.broj: 511-01-131-21-691, 16.9.2021.

quanto contenuto nei rapporti di denuncia avvengono i respingimenti e le violazioni più evidenti dei diritti umani – potrà essere effettuato solo con visite annunciate. In ogni caso le visite del meccanismo non potranno essere superiori alle 20 all'anno.

Al momento non risultano essere state avviate procedure pubbliche per la selezione degli attori coinvolti nell'attività di monitoraggio e, secondo quanto riportato dal BVMN, il Ministero dell'interno avrebbe coinvolto soggetti con i quali ha già un rapporto di consolidata collaborazione.

A garantire supporto tecnico all'operatività del meccanismo, è previsto un Advisory Board composto da attori invitati sempre dal Ministero, tra i quali rappresentanti della Commissione europea, di Frontex, della FRA, di EASO, di UNHCR e OIM, dell'ufficio dell'Ombudsperson e della Procura generale della Repubblica di Croazia.

Non è ancora stato reso pubblico quali di questi attori abbia accolto l'invito del Ministero e quali saranno poteri e strumenti di intervento ma colpisce che l'ufficio dell'Ombudsperson – in passato critico nei confronti del Governo – sia stato coinvolto non già tra i componenti del meccanismo, con un ruolo operativo, bensì in un organo con funzioni consultive ridotte.

Come si approfondirà a seguire, nonostante i cambiamenti apportati, permangono ancora molti dubbi circa l'efficacia e l'indipendenza di questo meccanismo e il sistema croato, in sostanza, sebbene accompagnato da una attiva società civile e da una figura istituzionale di garanzia potenzialmente efficace quale quella dell'Ombudsman, pare perdere incisività ed effettività a motivo, soprattutto, della carente sensibilità istituzionale al tema della tutela dei diritti fondamentali. Pare altrettanto opportuno evidenziare che, a fronte di tale carente sensibilità istituzionale, prima ancora di mettere seriamente alla prova il meccanismo di monitoraggio croato, il Consiglio dell'Unione europea, nel corso della seduta dello scorso 9 dicembre 2021, abbia dichiarato concluso il percorso di adeguamento della Croazia alla piena applicazione dell'*acquis* di Schengen[167] evidenziando una volta di più la scarsa rilevanza assegnata alla tutela dei diritti fondamentali.

4.3. Una valutazione della proposta di meccanismo di monitoraggio indipendente alla luce dell'esperienza croata

Come già esposto in precedenza, a distanza di alcuni mesi dalla presentazione del Patto europeo sull'asilo e la migrazione, il 2 luglio 2021 la Croazia formalizzava il progetto pilota del meccanismo nazionale indipendente di monitoraggio, anticipando così l'istituzione

167. Conclusioni del Consiglio sull'adempimento delle condizioni necessarie per la piena applicazione dell'*acquis* di Schengen in Croazia - 14883/21 del 9 dicembre 2021 https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14883-2021-INIT/it/pdf.

dell'analogo strumento previsto dalla Proposta di Regolamento per l'introduzione di una procedura obbligatoria di *screening* in frontiera[168].

Ed infatti, all'art. 7 della Proposta viene introdotto, come strumento di tutela per i cittadini stranieri, un meccanismo di monitoraggio per i diritti fondamentali che, negli intenti del Commissione, dovrebbe fungere da strumento di garanzia nella gestione della delicata fase dell'accertamento dello *status* giuridico del cittadino di Paese terzo[169]. Dopo aver indicato al primo comma dell'articolo un generico – ma quanto mai essenziale – richiamo all'adozione da parte degli Stati membri di strumenti normativi volti a favorire le indagini per i casi di denuncia di violazione dei diritti fondamentali, al secondo comma la Commissione invita gli Stati membri ad istituire un Indipendent Border Monitoring Mechanism (di seguito IBMM). Tale strumento, per espressa previsione normativa, opererà «nel corso delle operazioni di accertamento», valuterà la compatibilità delle misure di trattenimento nei casi in cui tale misura sia prevista a livello nazionale – con attenzione particolare ai motivi e alla durata – e si adopererà affinché le denunce di violazione di diritti fondamentali durante le operazioni di *screening* siano prese in carico dagli organi competenti in maniera effettiva e senza ritardo. Un ruolo di indirizzo sarà assunto dalla FRA che si occuperà di dare indicazioni circa l'istituzione dell'IBMM e la sua indipendenza. La norma proposta riconosce infine agli Stati membri il potere di invitare organizzazioni nazionali, internazionali e non governative affinché partecipino allo strumento.

Sebbene la proposta specifichi alcune caratteristiche delle quali l'IBMM dovrebbe disporre, la norma sembra lasciare agli Stati membri ampi margini di adattamento del meccanismo. In parte tale scelta appare condivisibile perché sembra riconoscere la necessità

168. Alla luce di tale proposta, gli accertamenti alla frontiera esterna dovrebbero poter essere condotti sia nei confronti dei cittadini stranieri fermati in relazione a un attraversamento non autorizzato del confine esterno o sbarcati a seguito di operazioni di soccorso in mare, a prescindere dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, sia nei confronti di coloro che presentano domanda di protezione in zone di transito o ai valichi di frontiera e non soddisfano i requisiti stabiliti dal Regolamento (UE) 2016/399 (codice frontiere Schengen) per l'ingresso.

169. Si riporta a seguire per completezza il testo dell'art. 7 come contenuto nella proposta di Regolamento «Art. 7 - Monitoraggio dei diritti fondamentali 1. Gli Stati membri adottano disposizioni pertinenti al fine di indagare sui presunti casi di violazione dei diritti fondamentali in relazione agli accertamenti. 2. Ogni Stato membro istituisce un meccanismo di monitoraggio indipendente: –per garantire il rispetto del diritto dell'UE e del diritto internazionale, ivi compresa Carta dei diritti fondamentali, durante gli accertamenti; –se del caso, per garantire il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento; –per garantire un trattamento efficace e senza indebiti ritardi dei presunti casi di violazione dei diritti fondamentali in relazione agli accertamenti, anche per quanto concerne l'accesso alla procedura di asilo e il mancato rispetto del principio di non respingimento. Gli Stati membri predispongono adeguate misure di salvaguardia intese a garantire l'indipendenza del meccanismo. L'Agenzia per i diritti fondamentali elabora orientamenti generali per gli Stati membri per quanto riguarda l'istituzione e il funzionamento indipendente del meccanismo. Gli Stati membri possono inoltre chiedere all'Agenzia per i diritti fondamentali di aiutarli a sviluppare il meccanismo di monitoraggio nazionale, comprese le misure di salvaguardia della sua indipendenza, nonché la metodologia di monitoraggio e programmi di formazione adeguati. Gli Stati membri possono invitare le organizzazioni e gli organismi nazionali, internazionali e non governativi pertinenti a partecipare al monitoraggio».

che lo strumento si adatti a sistemi normativi, ad una pluralità di attori variegata e a sistemi di rimedio interno differenti. D'altra parte però tale potere discrezionale pone incertezze circa il corretto e soprattutto efficace recepimento dello strumento.

Ebbene, se il progetto pilota croato costituisce una sperimentazione del meccanismo previsto dall'art. 7 della Proposta di Regolamento *screening*, pare possibile sin da subito esprimere un giudizio critico sull'efficacia di questo strumento nel monitoraggio delle violazioni ai confini.

Uno strumento interessante per sottoporre ad una prima valutazione l'esperimento croato sono i criteri elaborati durante l'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi nel 1993, che delineano gli standard minimi che dovrebbero contraddistinguere le istituzioni nazionali che si occupano di tutela dei diritti umani (i c.d. U.N. Paris Principles)[170]. Tra questi principi è opportuno menzionarne tre che paiono non essere stati rispettati nel processo di istituzione del meccanismo pilota croato.

Un primo aspetto critico riguarda le modalità di selezione degli attori che sono stati coinvolti nell'organo di monitoraggio. Pare in chiaro contrasto con i principi di indipendenza ed autonomia che il Ministero dell'interno croato sia stato il soggetto che ha adoperato la selezione degli attori, peraltro sulla base del criterio della «consolidata collaborazione». Gli standard dei c.d. Principi di Parigi prevedono che l'istituzione di tutela dei diritti umani debba operare con indipendenza formale e funzionale[171].

Un secondo aspetto critico, collegato a quanto appena esposto, è relativo all'indipendenza finanziaria dello strumento. I Principi di Parigi prevedono che, affinché un organo di tutela dei diritti umani possa essere effettivo, esso debba godere di adeguate risorse e di autonomia finanziaria. Come riconosciuto dal Ministero[172], i finanziamenti provenienti da fondi europei devoluti allo strumento fanno parte del bilancio dello stato e saranno quindi gestiti direttamente dal Ministero nell'implementazione delle azioni del meccanismo. La dipendenza finanziaria ne condizionerà necessariamente il funzionamento[173].

---

170. UN General Assembly, Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), Risoluzione 48/134 del 20.12.1993 disponibile al link https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx.

171. In particolare, «in order to safeguard its independence, any such mechanism should also be free from any institutional connection with the Ministry of the Interior». Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, cit. p. 32.

172. Risposta del Segretario di Stato del Ministero dell'interno Terezija Gras a richiesta ufficiale del Centre for Peace Studies, «Zahtjev za pristup informacijama o neovisnom mehanizmu nadzora», ibidem.

173. In particolare, «In order to safeguard its independence, any such mechanism should also: be adequately staffed by appropriately qualified staff, including medical professionals, and provided with the necessary financial resources». Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for*

Da ultimo pare opportuno evidenziare che gli standard minimi dovrebbero prevedere una effettiva collaborazione con attori nazionali ed internazionali, compresa la società civile. La selezione escludente fatta dal Ministero dell'interno, la mancata pubblicazione di procedure di partecipazione aperte è indice di uno strumento che nasce senza dar prova nei fatti di volersi adoperare con un'ottica di collaborazione verso la società civile nel suo complesso.

Il meccanismo croato appare in realtà comunque apparentemente più evoluto rispetto a quanto previsto nella Proposta di Regolamento. Se infatti nel testo della Commissione si fa riferimento alle sole procedure di *screening* che avvengono nella pratica in luoghi prestabiliti (uffici di polizia, Centri di accoglienza[174], valichi di frontiera, ecc...), il meccanismo croato prevede la possibilità di accesso ai c.d. *green borders*, ma solo ricorrendo a visite annunciate[175]. È evidente come tale previsione pregiudichi nei fatti l'efficacia delle azioni di monitoraggio. Affinché questo tipo di strumento possa avere un impatto effettivo sulle violazioni che avvengono ai danni di cittadini di Paesi terzi è però essenziale che venga riconosciuto allo strumento il potere di operare su tutte le aree di confine senza dover annunciare la propria presenza. Il contatto diretto tra le vittime e il meccanismo di monitoraggio è infatti un elemento imprescindibile per garantire un ruolo di tutela effettiva[176].

L'esperienza operativa del meccanismo di monitoraggio croato è ancora troppo recente per poter dare giudizi di merito su ulteriori aspetti positivi o critici. Riteniamo però utile evidenziare alcuni spunti di riflessione su indicazioni concrete che potrebbero essere funzionali ad esprimere una valutazione sul merito operativo dello strumento (organismo) di monitoraggio croato e, più in generale, sui diversi meccanismi che a livello nazionale gli Stati istituiranno alle frontiere.

Innanzitutto considerando che, come anche evidenziato dal rapporto di Lighthouse Report, la maggior parte delle violazioni avvengono all'atto dell'attraversamento, o

the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020, cit. p. 32.

174. Si segnala peraltro la scarsa collaborazione offerta in questo senso alla delegazione del Comitato contro la tortura del Consiglio d'Europa durante la visita di risposta rapida alla Croazia. Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, ivi p. 9, 24.

175. In particolare, «*...to be effective, any such monitoring mechanism should have a mandate to: conduct unannounced inspections of police establishments and access to all files, registers and video recordings in respect of all categories of migrants "diverted" and "intercepted" by the police*». Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, cit. p. 32.

176. In questo senso è urgente aprire una riflessione legata alle politiche di criminalizzazione della solidarietà e dell'intervento umanitario a sostegno dei cittadini stranieri. È evidente che in un contesto ostile un meccanismo di monitoraggio difficilmente possa operare in maniera efficace.

comunque nelle primissime fasi successive all'intercettazione delle persone in transito, l'IBMM dovrà essere messo in condizione di poter agire con interventi rapidi e attraverso azioni di monitoraggio frequenti, non annunciate, lungo tutte le aree confinarie. La rapidità di intervento è infatti un prerequisito essenziale per poter accedere ad eventuali rimedi effettivi che spesso sono vincolati alla presenza fisica della vittima. La tutela effettiva delle persone passa anche attraverso il potere di attivare azioni di accesso ai rimedi anche qualora la persona non sia più presente sul territorio nazionale e non ci sia quindi contatto diretto[177].

Premessa essenziale affinché l'IBMM sia efficace è che i sistemi normativi interni non ne limitino o impediscano l'attività di indagine. In questo senso infatti lo strumento di monitoraggio, oltre a dover avere garantito il contatto con la vittima, dovrà necessariamente disporre di adeguati poteri di indagine e di accesso semplificato a strumenti idonei a documentare le violazioni[178]. Questa necessità è spesso determinata anche dal fatto che, come esaminato in precedenza, è prassi particolarmente diffusa che i mezzi di prova o gli strumenti idonei a documentare le violazioni vengano distrutti o loro sottratti. Il meccanismo dovrà altresì prevedere modalità di intervento rapide da parte di organizzazioni sanitarie[179] (o prevederne la presenza al suo interno), al fine di poter raccogliere eventuali risultanze mediche funzionali a dimostrare condotte illegittime. I sistemi normativi nazionali dovranno inoltre riconoscere al meccanismo la possibilità di ottenere in tempi rapidi qualunque tipo di risultanza probatoria (documenti, accessi a banche dati, filmati registrati da strumenti di sorveglianza, ecc...[180]) in possesso delle autorità di frontiera. I sistemi nazionali che prevedono la possibilità di procedere d'ufficio non possono infatti prescindere dalla disponibilità di mezzi di prova, ed è quindi necessario che per un effettivo accesso al rimedio vengano pensati interventi volti a rafforzare l'accesso alla prova.

Per ulteriormente garantire un effettivo accesso ai rimedi, l'IBMM dovrà istituire delle modalità efficaci di collaborazione e *referral* con enti specializzati e, in caso di notizie di reato, con gli uffici preposti ad esercitare l'azione penale. In ogni caso per garantire un consapevole accesso ai possibili rimedi il meccanismo dovrà fornire assistenza e mediazione

177. S. Carrera e M. Stefan, *Complaint Mechanisms in border management and expulsion operations in Europe - Effective remedies for victims of human rights violations?*, Centre for European Policy Studies (CEPS), pp. 37-40.

178. In particolare, «... to be effective, any such monitoring mechanism should have a mandate to: inspect all relevant documentation (including police shift handover logbooks, shift distribution charts and shift reports) of police patrols operating on the external border of Croatia as well as access to all recordings of stationary and mobile video and motion-detecting devices covering the external border of Croatia» Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, cit. p. 32.

179. S. Carrera e M. Stefan, *Complaint Mechanisms in border management and expulsion operations in Europe - Effective remedies for victims of human rights violations?*, Centre for European Policy Studies (CEPS), ivi p. 42.

180. Consiglio d'Europa, *Report to the Croatian Government on the visit to Croatia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) form 10 to 14 august 2020*, ivi p. 22.

linguistica, oltre a consentire l'utilizzo di strumenti informatici, in alcuni casi essenziali per poter accedere ai rimedi, fornendo, ove necessario, assistenza tecnica.

Essenziale sarà poi il lavoro di rete che l'IBMM sarà in grado di attivare con altri organismi nazionali di tutela dei diritti umani e strumenti internazionali quali il CPT e i meccanismi delle Nazioni Unite per i diritti umani.

Risulta inoltre imprescindibile, per garantire una reale tutela dei diritti fondamentali, che l'IBMM abbia la possibilità di agire nei confronti di tutti i soggetti coinvolti in potenziali azioni illegittime ai confini. La frontiera è sempre più un luogo all'interno del quale operano soggetti appartenenti a diversi corpi di polizia nazionali, ad agenzie dell'Unione europea, ad organizzazioni appartenenti al sistema delle Nazioni Unite. Soggetti che, a seconda dell'ente di appartenenza, sono sottoposti e regimi differenti di responsabilità e perseguibili accedendo a rimedi differenti[181]. Esempio emblematico di questa complessità lo ritroviamo nel regime di responsabilità degli agenti di Frontex, per i quali sono previsti dei sistemi di valutazione e di perseguibilità fortemente limitati che hanno suscitato profonda preoccupazione. In questo senso è più che mai opportuno che l'IBMM sia in grado di individuare con chiarezza i profili di responsabilità e possa adire rimedi effettivi.

Riguardo all'operatività geografica dello strumento, come già evidenziato dalla società civile croata riguardo al meccanismo nazionale, uno degli elementi più delicati che rischia di pregiudicare, in larga parte, l'efficacia dello strumento è la sua operatività geografica. Gli interventi che potranno essere posti in essere attraverso i meccanismi di monitoraggio nazionale dovranno necessariamente tenere conto anche di quanto accade in zone distanti dai valichi di frontiera ufficiali, anche in prossimità delle zone di confine interne e dovrà essere assicurato un pieno coordinamento con il SEMM.

In questo senso, come già evidenziato, è auspicabile una partecipazione delle organizzazioni della società civile ad entrambi i meccanismi.

Il rispetto di tutti questi presupposti potrebbe essere una condizione minima per garantire meccanismi di monitoraggio rigorosi; al tempo stesso le istituzioni europee, a partire dalla Commissione, dovrebbero intervenire in modo tempestivo in caso di violazioni di diritti fondamentali, anche attraverso procedure di infrazione e spezzare il legame esistente tra libertà all'interno dello spazio Schengen, rafforzamento dei confini esterni e violazioni dei diritti umani, condizionando l'accesso all'area Schengen, e ai finanziamenti europei, al rispetto dei diritti fondamentali, in conformità con i trattati istitutivi e con il codice frontiere Schengen.

181. Per l'analisi dei meccanismi di monitoraggio e dei rimedi si rinvia a S. Carrera e M. Stefan, *Complaint Mechanisms in border management and expulsion operations in Europe - Effective remedies for victims of human rights violations?*, Centre for European Policy Studies (CEPS), pp. 37-44.

5. Una riflessione conclusiva: quale futuro per l'area Schengen?

Sebbene lo spazio Schengen sia uno dei maggiori successi dell'integrazione europea, la questione migratoria ha evidenziato la fragilità di tale sistema ed estremizzato le tendenze nazionalistiche di molti Stati membri.

Nonostante le carenze significative nell'attuazione dell'*acquis* di Schengen da parte degli Stati membri, la Commissione è stata lenta o del tutto riluttante ad avviare procedure di infrazione e le paventate minacce terroristiche, seguite dalla crisi pandemica[182], hanno fornito un ulteriore pretesto per l'adozione di politiche nazionali che hanno minato la stabilità e il funzionamento dell'intero sistema.

Nel corso degli anni le istituzioni europee, al fine di tutelare lo spazio Schengen[183], hanno messo in campo varie iniziative[184] volte al rafforzamento degli strumenti di controllo delle frontiere esterne ed interne, promuovendo proposte di modifica del codice frontiere Schengen[185].

La crisi umanitaria che si è venuta a creare al confine tra l'Unione europea e la Bielorussia, che ha interessato maggiormente Polonia, Lituania e Lettonia, ha portato questi Paesi, già tradizionalmente ostili a politiche migratorie di apertura, ad adottare cambiamenti legislativi incompatibili con l'*acquis* dell'UE in materia di asilo e gli stessi trattati UE[186].

La risposta della Commissione è andata in una direzione di ulteriore chiusura; dopo avere promosso l'adozione di una decisione del Consiglio ai sensi dell'articolo 78 (3) TFUE

182. Per approfondimenti sulle ripercussioni dell'emergenza epidemiologica sul principio di non respingimento si veda M. Marchegiani, *Il principio di non refoulement ai tempi del Covid-19*, in questa *Rivista*, n. 3.2021.

183. Si veda ad es. la Risoluzione del Parlamento europeo, del 19 giugno 2020, sulla situazione nello spazio Schengen in seguito alla pandemia di Covid-19, disponibile al sito *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA9- 2020-0175_IT.html*; la Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 gennaio 2021, sul controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione europea nel 2017, 2018 e 2019, reperibile al link *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0011_IT.html*, e la relazione sul controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione europea nel 2017, 2018 e 2019, 17 dicembre 2020 (2019/2132(INI)), reperibile su *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0270_IT.html*.

184. Raccomandazione (UE) 2017/820 della Commissione, del 12 maggio 2017, relativa a controlli di polizia proporzionati e alla cooperazione di polizia nello spazio Schengen (GU l. 122 del 13.5.2017, p. 79) e Raccomandazione (UE) 2017/1804 della Commissione, del 3 ottobre 2017, relativa all'attuazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dello spazio Schengen (GU l. 259 del 7.10.2017, p. 25).

185. L'attuale proposta di modifica del codice frontiere Schengen è stata preceduta da un altro testo presentato nel 2017, disponibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0571&rid=1. Si veda anche Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 aprile 2019 sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne. La Commissione europea aveva già annunciato di voler presentare entro la fine del 2021 una nuova proposta di modifica del codice frontiere Schengen come evidenziato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente*, Bruxelles, 2.6.2021 COM(2021) 277 final.

186. Si veda https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/appello-a-ue-ripristinare-diritti-e-valori-alle-frontiere-europa/UE.

per l'utilizzo di misure di emergenza temporanee in materia di asilo e rimpatrio[187], la Commissione ha infatti avanzato due nuove proposte una relativa alle situazioni di strumentalizzazione nell'ambito della migrazione e dell'asilo[188] e l'altra di modifica del codice di frontiera Schengen[189].

Quest'ultima proposta, giunta dopo la chiusura della presente trattazione, non può essere analizzata nel dettaglio ma costringe ad aggiungere a questa trattazione una riflessione conclusiva in particolare per ciò che riguarda le misure alternative alla reintroduzione dei controlli alle frontiere interne.

Nella relazione di accompagnamento, la Commissione, richiamando anche la proposta avanzata a dicembre 2021 per un codice UE di cooperazione di polizia[190], evidenzia come le nuove previsioni consentiranno agli Stati membri di ricorrere più ampiamente a misure alternative ai controlli alle frontiere, ricorrendo a verifiche che non dovrebbero essere necessariamente effettuate dalle autorità di polizia ma che potrebbero coinvolgere qualsiasi altra autorità competente in base al diritto nazionale ad esercitare poteri pubblici.

Inoltre «Al fine di fornire ulteriori mezzi agli Stati membri per utilizzare misure alternative per affrontare il problema dei movimenti non autorizzati di migranti irregolari, la proposta introduce la possibilità di trasferire migranti irregolari se esiste una chiara indicazione che la persona fermata alle frontiere interne nell'ambito della cooperazione operativa di polizia transfrontaliera è appena arrivata da quell'altro Stato membro. In vista dell'iniziativa relativa alla cooperazione transfrontaliera di polizia presentata l'8 dicembre 2021, questa nuova procedura dovrebbe incoraggiare l'uso delle pattuglie congiunte come strumento che consente di applicare questo trasferimento semplificato delle persone fermate alle frontiere interne».

A tal fine, la proposta, introduce il nuovo art. 23a, e contiene anche una modifica mirata dell'articolo 6, paragrafo 3, della Direttiva rimpatri che consentirebbe agli Stati membri di mettere in atto accordi e intese bilaterali di riammissione più efficaci, in grado di affrontare i problemi legati ai movimenti non autorizzati.

Gli Stati membri sono inoltre incoraggiati all'uso delle tecnologie per il controllo dei confini; in particolare la Commissione osserva che «Le modifiche proposte chiariscono che

187. Per approfondimenti si rimanda a https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/ue-e-bielorussia-come-trasformare-una-crisi-politica-in-una-crisi-dei-diritti-umani/.

188. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of instrumentalisation in the field of migration and asylum COM/2021/890 final reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A890%3AFIN&qid=1639757068345.

189. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders COM/2021/891 final disponibili al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A891%3AFIN&qid=1639757139340. Questa proposta sostituisce quella precedentemente avanzata nel 2017.

190. Si veda https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6645.

le verifiche effettuate nelle zone di frontiera con l'uso di tecnologie di monitoraggio e sorveglianza non hanno un effetto equivalente ai controlli di frontiera. Analogamente, la verifica dei dati dei passeggeri delle persone che viaggiano all'interno dello spazio senza controlli alle frontiere interne rispetto alle pertinenti banche dati, se possibile ai sensi del diritto applicabile, dovrebbe essere consentita anche dal punto di vista del codice frontiere Schengen».

È evidente che se queste modifiche dovessero effettivamente essere approvate, l'effetto sarebbe dirompente, soprattutto in aree di frontiera interne come quella tra Italia e Slovenia ma anche dei porti adriatici[191] interessate dagli arrivi da Grecia, Albania e Turchia.

I migranti si troverebbero di fronte a «muri tecnologici» sempre più alti e le autorità di frontiera troverebbero nel codice frontiere Schengen una nuova base di legittimazione per le riammissioni e i respingimenti verso altri Paesi.

Istituzioni e Stati membri dell'Unione europea, invece che trarre insegnamenti dalle condanne ricevute, chinano il mento e chiudono le porte. I migranti continueranno ad essere massacrati non molto lontano dai nostri marciapiedi. «Provate pure a credervi assolti. Siete lo stesso coinvolti»[192].

191. Nell'attuazione delle riammissioni verso la Grecia, l'Italia considera quale valida base giuridica l'accordo bilaterale di riammissione firmato nel 1999 ed entrato in vigore nel 2001, mai ratificato, al pari di quello con la Slovenia, dal Parlamento ai sensi dell'art. 80 Cost. Con sentenza del 21 ottobre 2014 (caso *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*) la Corte EDU ha condannato l'Italia per aver effettuato espulsioni collettive di richiedenti asilo verso la Grecia, stanti le gravi carenze strutturali del sistema di asilo di tale Paese. In seguito a tale pronuncia è stata aperta la procedura di supervisione di fronte al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Nel giugno del 2019 il Governo italiano ne aveva chiesto la chiusura sostenendo di aver adottato tutte le misure volte ad evitare il ripetersi delle violazioni che avevano condotto alla condanna dell'Italia. All'inizio del 2020, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha respinto la richiesta del Governo italiano ravvisando ancora il persistere di prassi illegittime sanzionate dalla Corte. Il Governo italiano in data 15.12.2021 ha inviato un Action Report, disponibile al link https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2022)25F%22]}, con il quale richiede nuovamente la chiusura della procedura di supervisione. Per approfondimenti si rinvia anche a https://medea.asgi.it/riammissioni-di-richiedenti-asilo-dal-porto-di-bari/ e https://www.editorialedomani.it/fatti/migranti-grecia-rotta-balcanica-respingimenti-porto-bari-ecbmxvls.

192. F. De Andrè, *La canzone del maggio*.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

ACCORDI DI *SOFT LAW* IN MATERIA DI RIMPATRI: CARTA BIANCA PER LE ISTITUZIONI UE?

di Caterina Molinari

Abstract: *La soft law sta prendendo piede rapidamente in diversi settori di azione dell'Unione, tra cui la gestione della migrazione esterna. Gli accordi di soft law in materia di migrazione sostenuti dall'UE o, più spesso, conclusi direttamente a livello dell'UE si sono moltiplicati negli ultimi anni. Da questo fenomeno derivano numerose conseguenze dal punto di vista costituzionale, oggetto di intenso dibattito da parte della dottrina. Il presente saggio fornisce un contributo a tale dibattito, sviluppando due considerazioni tra loro correlate. In primo luogo, si ipotizza che la giustificazione a sostegno del ricorso ad accordi di soft law nel settore della riammissione sia stata sinora unicamente l'elusione delle garanzie costituzionali, diventata ormai un fine a sé in quest'ambito. In secondo luogo, si sostiene che, sebbene alcuni vincoli costituzionali possano effettivamente venir meno ricorrendo ad accordi di soft law, altri debbano necessariamente restare operanti per impedire che i poteri pubblici siano esercitati arbitrariamente. Essenziale in tal senso è il rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale.*

Abstract: *Soft law has been growing rapidly in different spheres of Union action, including external migration management. Soft migration deals backed by the EU or, more frequently, directly concluded at the EU level have multiplied in recent years. This raises several constitutional issues, which have formed the object of a rich academic debate. This article contributes to the debate by developing two related considerations. First, it argues that the justification behind the use of soft deals in the field of readmission has so far been the sheer side-stepping of constitutional guarantees, which has become, in this field, an end in itself. Secondly, it asserts that, even if certain constitutional constraints can arguably be side-lined through the use of soft deals, others must necessarily remain operative to guarantee that public powers are not used arbitrarily. The principle of institutional balance has a crucial role to play in this respect.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

ACCORDI DI *SOFT LAW* IN MATERIA DI RIMPATRI: CARTA BIANCA PER LE ISTITUZIONI UE*

di Caterina Molinari**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli accordi di soft law nel settore della riammissione. – 3. Giustificazione del ricorso alla soft law nel settore dei rimpatri. – 3.1. Motivazioni addotte a favore del ricorso alla soft law in altri settori. – 3.2. Assenza di capacità esplicativa di tali motivazioni nel settore della riammissione. – 3.3. Stato di diritto e aggiramento strategico dei vincoli costituzionali. – 4. Conciliazione tra accordi di soft law e il principio-base di ordine costituzionale della governance responsabile. – 4.1. I confini inevitabili degli accordi di soft law. – 4.2. Un principio idoneo: equilibrio istituzionale e accordi di soft law. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

La *soft law* sta prendendo piede rapidamente in diversi settori di azione dell'Unione nell'ambito del più ampio fenomeno denominato *new governance*[1]. Benché non sia semplice fornire una definizione precisa di tale istituto, con l'espressione *soft law* ci si riferisce per lo più a strumenti non vincolanti dotati comunque di un certo grado di forza normativa[2]. Tale

* Questo testo contiene una versione tradotta e rielaborata di un saggio apparso per la prima volta in inglese, col titolo *EU readmission deals and constitutional allocation of powers: parallel paths that need to cross*, nel volume *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum. Global Europe: Legal and Policy Issues of the EU's External Action* pubblicato da T.M.C. Asser Press nel 2022. La ricerca utile ai fini della sua stesura è stata condotta grazie al supporto finanziario della Research Foundation - Flanders (FWO).

** Caterina Molinari è a*ffiliated member* del KU Leuven Institute for European Law (Tiensestraat 41, 3000 Lovanio, Belgio (caterina.molinari@kuleuven.be, +3216372865) e *policy officer* presso la Commissione europea. Disclaimer: l'elaborato riflette unicamente le opinioni personali dell'autrice ed è pubblicato sotto la sua sola responsabilità.

1. In particolare, l'espressione *soft law* pone l'accento su una delle varie caratteristiche del metodo di *new governance*, in particolare il carattere non vincolante delle norme che essa produce. Cfr. J. Scott e D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 8.2002, pp. 2 e 6; G. de Búrca e J. Scott, *Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, pp. 2-4.

2. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford e Portland, Hart, 2004, pp. 109-111; D.M. Trubek, P. Cottrell e M. Nance, *'Soft Law', 'Hard Law' and EU Integration*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 65; G. Weeks, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford e Portland, Hart, 2016, pp. 1-2; S. Garben, *Competence Creep Revisited*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 57.2019, p. 207.

forza normativa può poi variare in funzione dei meccanismi coercitivi e persuasivi disponibili in relazione ad ogni specifico strumento. Da ciò si può quindi desumere che il carattere più o meno vincolante degli strumenti normativi non sia caratterizzato da una natura binaria, ma piuttosto si declini in una gamma più ampia[3], spaziando da meccanismi dotati di un limitato potere coercitivo e sanzionatorio sino a meccanismi del tutto vincolanti. In seno all'UE la *soft law* si è concretizzata, a mero titolo esemplificativo, in linee guida emesse in base al metodo di coordinamento aperto nel settore dell'occupazione e della politica sociale[4]; in «documenti orientativi, note [e] comunicazioni interpretative della Commissione»[5] nel settore ambientale e in indirizzi di massima per le politiche economiche in quello fiscale[6]. Nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione intesa in senso ampio, dagli scambi commerciali alla gestione della migrazione, la *soft law* ha preso la forma di *memoranda* d'intesa (MI)[7],

3. M. Brus, *Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement*, in *Legal Validity and Soft Law*, a cura di P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, A.R. Mackor, Cham, Springer, 2018, pp. 263-264 parla di un *continuum* tra *hard law* e *soft law*. Cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Bobek del 12 dicembre 2017 sul caso *Belgio c. Commissione*, C-16/16 P, EU:C:2017:959, pt. 4 e 82.

4. Cfr. C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas*, in *European Law Journal*, n. 8.2002; D. Friedrich, *Policy process, governance and democracy in the EU: the case of the Open Method of Coordination on social inclusion in Germany*, in *Policy & Politics*, n. 34 2006; D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, pp. 76-82; C. Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006; M. Büchs, *New governance in European social policy: the open method of coordination*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007.

5. M. Eliantonio, *Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts: Too Much or Too Little of It?*, in *Yearbook of European Law*, 2018, p. 497.

6. D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, p. 82 ss.; S. Deroose, D. Hodson, J. Kuhlmann, *The Broad Economic Policy Guidelines: Before and after the Re-launch of the Lisbon Strategy*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 46.2008.

7. Cfr. *memorandum* d'intesa su un contributo finanziario svizzero ai nuovi Stati membri https://www.eda.admin.ch/dam/europa/en/documents/abkommen/MoU-erweiterungsbeitrag-2007_en.pdf accesso in data 12 maggio 2021; *memorandum* d'intesa tra l'Unione europea e l'Ucraina in materia di macro-assistenza finanziaria all'Ucraina per 1 miliardo di euro del 14 settembre 2018 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/mou_protocol_version_eu.pdf accesso in data 12 maggio 2021; *memorandum* d'intesa tra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea del 23 maggio 2007, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680597b32 accesso in data 12 maggio 2021.

partenariati[8], dichiarazioni[9] e altri strumenti di cooperazione non vincolanti[10]. Ci si riferirà collettivamente a tali strumenti con l'espressione «accordi di *soft law*».

Gli interrogativi che si pongono a fronte del ricorso alla *soft law* da parte delle istituzioni dell'UE sono numerosi, dato che l'aumento dei casi di ricorso alla *soft law* e agli strumenti di *new governance* mina alla base i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in particolare la sua natura autosufficiente e gerarchica[11], la completezza del suo sistema di rimedi giurisdizionali[12] e, di conseguenza, la sua autonomia[13]. In altri termini, la natura "sperimentale"[14] della *soft law* implica il rischio di una progressiva perdita di

8. Es. *addendum* del 2011 del segretariato generale del Consiglio alla nota punto 'I/A', dichiarazione congiunta su un partenariato di mobilità tra l'Unione europea e l'Armenia, doc. 14963/11; *addendum* del 2008 del segretariato generale del Consiglio alla nota punto 'I/A', dichiarazione congiunta su un partenariato di mobilità tra l'Unione europea e la Repubblica di Moldavia, doc. 9460/08.

9. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16. Tale dichiarazione è stata qualificata come accordo degli Stati membri – piuttosto che dell'UE – dal Tribunale dell'Unione europea (ordinanza del 28 febbraio 2017 in *N.F. c. Consiglio europeo*, T-192/16, EU:T:2017:128). Tuttavia, la suddetta qualificazione è stata ampiamente – e correttamente, ad avviso di chi scrive – contestata dalla dottrina maggioritaria (es. E. Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, European Papers, n. 2.2017; S. Carrera, L. Den Hertogh e M. Stefan, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, CEPS Policy Insight 2017/15; M. Gatti e A. Ott, *The EU-Turkey Statement: legal nature and compatibility with EU institutional law*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019).

10. Es. azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en; allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare; allegato del 2017 alla nota punto 15762/17 alle procedure di ammissione per il rimpatrio di cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

11. N. Walker, *EU Constitutionalism and New Governance*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 20; C. Eckes, *The autonomy of the EU legal order*, *Europe and the World: A law review*, p. 2.

12. Il concetto di sistema completo di rimedi giurisdizionali è stato ripetuto plurime volte dalla Corte, *inter alia* in Corte giust., sentenza del 25.6.2020, *CSUE c. KF*, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, pt. 60; Corte giust., sentenza del 5.11.2019, *Banca centrale europea c. Trasta Komercbanka*, C-663/17 P, ECLI:EU:C:2019:923, pt. 54; Corte giust., sentenza del 28.3.2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, pt. 66-67; Corte giust., sentenza del 3.10.2013, *Inuit c. Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pt. 92; Corte giust., sentenza del 3.9.2008, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, pt. 81; Corte giust., sentenza del 23.4.1986, *Les Verts*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, pt. 23.

13. In merito al rapporto tra completezza, gerarchia, sistema giudiziario e autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE cfr. ad esempio B. Kunoy e A. Dawes, *Plate Tectonics in Luxembourg: the ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases*, in *Common Market Law Review*, n. 46.2009; C. Eckes, *op. cit*. I. Govaere, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU Legal Order: A Balloon Dynamic*, in *The Interface Between EU and International Law: Contemporary Reflections*, a cura di I. Govaere e S. Garben, Oxford e Portland, Hart, 2019; I. Govaere, *Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, a cura di C. Hillion e P. Koutrakos, Oxford e Portland, Hart 2010.

14. In merito all'utilizzo dell'espressione «sperimentalismo democratico» come sinonimo di *new governance* cfr. M.C. Dorf e C.F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Columbia Law review, n. 98.1998.

efficacia di quei meccanismi e principi propri dell'ordinamento giuridico dell'Unione concepiti affinché il potere non venga esercitato arbitrariamente. Questa circostanza allontana ulteriormente la realtà della produzione normativa dell'Unione dall'idea di una UE fondata sullo stato di diritto[15].

Dal momento che mette in discussione le fondamenta dei valori dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la *soft law* merita di essere analizzata dal punto di vista del diritto costituzionale dell'UE. Ciò è tanto più vero quando la *soft law* è utilizzata in settori, come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), caratterizzati da un lato da uno stretto legame con la sovranità nazionale[16] e dall'altro dalla "natura costituzionale"[17] del loro oggetto, essenzialmente correlato ai diritti fondamentali[18].

La correlazione diretta tra i diritti fondamentali e gli aspetti esterni dello SLSG emerge chiaramente se si pensa ad episodi degli ultimi anni, come quello in cui la guardia costiera libica ha sparato a tre migranti sudanesi[19] o quello relativo all'incendio divampato nell'*hotspot* di Moria in Grecia, che ha lasciato migliaia di migranti all'addiaccio e abbandonati a se stessi[20].

15. S. Carrera, J.S. Vara e T. Strik, *The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crises*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019; C. Molinari, *The EU and its Perilous Journey through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns*, in *European Law Review*, n. 44.2019; L. Marin, *Policing the EU's External Borders: A Challenge for the Rule of Law and Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice? An Analysis of Frontex Joint Operations at the Southern Maritime Border*, in *Journal of Contemporary European Research*, 7.2011.

16. J. Monar, *Justice and Home Affairs in the EU Constitutional Treaty. What Added Value for the 'Area of Freedom, Security and Justice'?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1.2005, p. 226.

17. Tradizionalmente, nell'ambito del costituzionalismo europeo, rappresentato innanzitutto dalle Costituzioni nazionali degli Stati membri dell'UE, i diritti fondamentali sono concepiti quali elementi essenziali dei testi costituzionali (P. *Craig, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union*, *European Law Journal*, n. 7.2001, p. 141; K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 16). A partire dalla riforma di Lisbona dei Trattati (Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GUUE C 306, 17.12.2007, p 1-271), la Carta dei diritti fondamentali dell'UE fa ufficialmente parte del diritto primario dell'Unione e l'impegno a rispettare i diritti fondamentali è inserito nell'elenco dei valori fondamentali dell'UE di cui all'art. 2 TUE.

18. La gestione della migrazione, in particolare, incide su numerosi diritti fondamentali, tra cui il diritto assoluto a non essere sottoposti a torture e a trattamenti inumani o degradanti (integrato dal principio di non respingimento (*non-refoulement*)), il diritto di richiedere protezione internazionale, il diritto alla libertà, il diritto alla vita privata, nonché alla tutela giudiziaria effettiva di tutti questi diritti.

19. Il 27 luglio tre migranti sudanesi avevano tentato di fuggire al momento dello sbarco sulla costa della Libia, dopo essere stati respinti mentre cercavano di raggiungere l'Europa. La guardia costiera libica aprì il fuoco contro di loro, uccidendoli (Alexander Morgan, l'UE condanna l'uccisione in Libia di tre migranti diretti in Europa, 29.7.2020. https://www.euronews.com/2020/07/29/un-deplores-deadly-shooting-of-three-europe-bound-migrants-in-libya accesso in data 12 maggio 2021).

20. AP, migranti sfollati a Lesbo protestano in seguito all'incendio divampato nel campo profughi di Moria, 14.9.2020. https://www.euronews.com/2020/09/12/displaced-migrants-on-lesbos-island-protest-in-wake-of-fire-at-moira-camp accesso in data 12 maggio 2021.

Nel *background* giuridico di entrambi gli episodi rientrano degli accordi di *soft law*. Infatti alla guardia costiera libica sono assicurati finanziamenti e formazione con il sostegno sia dell'Italia che dell'UE[21], in base al MI tra Italia e Libia[22], recentemente rinnovato[23]. Per quanto concerne il campo profughi di Moria, la sua popolazione è aumentata sensibilmente in seguito alla dichiarazione UE-Turchia[24], trasformandosi *de facto* in un Centro di detenzione per i migranti che attendono di essere rimpatriati in Turchia[25].

Tutto ciò proietta una luce inquietante sull'incremento del ricorso agli accordi di *soft law* nello SLSG, sia che tali accordi siano "semplicemente" sostenuti dall'UE, sia che, più frequentemente, siano conclusi direttamente a livello dell'UE, come nel caso della azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro (*EU- Afghanistan Joint Way Forward* – JWF)[26] (2016), della successiva Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan (Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU)[27] (2021), delle procedure operative standard UE-Bangladesh (*EU-Bangladesh Standard Operating Procedures* – SOP)[28] (2017) e delle procedure di ammissione UE-Etiopia (*EU-Ethiopia Admission Procedures* – AP)[29] (2018). Tali accordi fanno sorgere interrogativi di non poco conto. Molto dibattute in dottrina sono, ad esempio, le questioni relative alla tutela giurisdizionale

21. Comunicato stampa della Commissione Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa adotta un programma di 46 milioni di euro a sostegno della gestione integrata della migrazione e delle frontiere in Libia, 28.7.2017. file:///C:/Users/u0116137/Zotero/storage/CHL2UA2C/IP_17_2187.html accesso in data 12 maggio 2021.

22. *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. http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf accesso in data 12 maggio 2021. Per una versione in lingua inglese cfr. *memorandum of understanding on cooperation in the fields of development, the fight against illegal immigration, human trafficking and fuel smuggling and on reinforcing the security of borders between the State of Libya and the Italian Republic*. https://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf accesso in data 12 maggio 2021.

23. Euronews, Libia-Italia: scattato il rinnovo del *memorandum* sui migranti, 2.2.2020. https://it.euronews.com/2020/02/02/libia-italia-scattato-il-rinnovo-del-memorandum-sui-migranti accesso in data 12 maggio 2021.

24. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16.

25. In merito alla correlazione tra la dichiarazione UE-Turchia e la trasformazione degli *hotspot* greci in Centri di detenzione cfr. Maria Margarita Mentzelopoulou e Katrien Luyten, *Hotspots at EU external borders State of play*, *briefing* del Servizio Ricerca del Parlamento europeo (*European Parliamentary Research Service* – EPRS) del 2018. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623563/EPRS_BRI(2018)623563_EN.pdf accesso in data 12 maggio 2021.

26. Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en.

27. Dichiarazione Congiunta UE-Afghanistan sulla cooperazione in materia di migrazione, 26 aprile 2021.

28. Allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare.

29. Allegato alla nota punto 15762/17 procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

effettiva dei diritti dei migranti coinvolti[30] e alla responsabilità giudiziaria delle istituzioni, degli organi e delle Agenzie dell'UE che hanno un ruolo nella conclusione degli accordi di *soft law*[31].

Per ragioni di economia, il presente contributo si sofferma solo su uno dei numerosi interrogativi di ordine costituzionale di particolare rilevanza: la *giustificazione* che si cela dietro il ricorso agli accordi di *soft law* nel settore della riammissione. Dopo una breve introduzione agli accordi di *soft law* in materia di rimpatri (sezione 2) il presente saggio svilupperà due considerazioni in materia.

In primo luogo, il presente contributo ipotizza che la giustificazione a supporto del ricorso ad accordi di *soft law* nel settore dei rimpatri sia stata sinora unicamente l'elusione delle garanzie costituzionali, diventata ormai un fine in sé per il ricorso alla *soft law* in questo ambito. In un ordinamento giuridico fondato sullo stato di diritto questo specifico utilizzo degli accordi di *soft law* è criticabile *tout court* (sezione 3).

In secondo luogo, il presente contributo sostiene che, sebbene alcuni vincoli costituzionali possano effettivamente venir meno ricorrendo ad accordi di *soft law*, altri devono necessariamente restare operanti per garantire che i poteri pubblici non siano esercitati arbitrariamente. Tra questi, il presente articolo esamina il principio dell'equilibrio istituzionale, la cui rigorosa applicazione agli accordi di *soft law* impedirebbe che questi ultimi vengano utilizzati come strumento per escludere alcuni attori istituzionali in favore di altri (sezione 4).

2. Gli accordi di *soft law* nel settore della riammissione

L'uso della *soft law* in materia di questioni migratorie non è un fenomeno nuovo. Già nel 2007, pochi anni dopo aver acquisito la competenza di concludere accordi internazionali in materia di rimpatri (i cosiddetti accordi di riammissione), l'UE identificava i partenariati per la mobilità come lo strumento principale tramite il quale inquadrare la cooperazione estera su questioni migratorie[32]. Tali partenariati sono precisamente strumenti di *soft law* e

30. Tra gli altri, C. Molinari, *EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2019/2, p. 8; V. Moreno-Lax *The Migration Partnership Framework and the EU-Turkey Deal: Lessons for the Global Compact on Migration Process?*, in: *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, RWI Working Paper 2017/1.

31. Tra gli altri, J. Santos Vara, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019, pp. 33-35.

32. Comunicazione della Commissione COM(2007) 248 definitivo del 16.5.2007 in materia di migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i Paesi terzi.

tracciano linee guida in merito alla cooperazione tra UE e Paese terzo firmatario in materia non solo di rimpatri, ma anche di controllo delle frontiere, immigrazione regolare ed integrazione. Questi strumenti di *soft law* sono intesi come un primo passo verso la conclusione di due Trattati internazionali veri e propri da negoziare, di volta in volta ed in parallelo, col Paese terzo: un accordo di riammissione, in genere nell'interesse dell'Unione, ed un accordo di facilitazione del rilascio dei visti, in genere nell'interesse del Paese terzo[33]. Quest'uso della *soft law* come tappa propedeutica alla negoziazione di strumenti vincolanti di diritto internazionale non desta particolari preoccupazioni, poiché i diritti e gli obblighi assunti dalle parti in questione, formalizzati proprio al momento della conclusione di tali strumenti secondo le procedure prescritte dal quadro costituzionale (nel caso di specie, dall'art. 218 TFUE), rimangono soggetti al livello di scrutinio democratico e giurisdizionale prescritto da tale quadro. Lo stesso non può dirsi degli accordi informali di riammissione che si sono moltiplicati negli ultimi anni a seguito della crisi migratoria del 2015 sul modello della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016[34]. Quest'ultima è stata concepita come risposta emergenziale all'aumento del flusso migratorio osservato a partire dal 2014-2015 e contiene impegni riguardanti non solo i rimpatri (come evidenziato dalla ben nota frase di apertura: «Tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016 saranno rimpatriati in Turchia»), ma anche il controllo delle frontiere ed i reinsediamenti. Pur non trattandosi di un accordo vincolante, tale dichiarazione ha avuto conseguenze notevoli sia sulla gestione dei migranti arrivati in Grecia a seguito della sua conclusione sia sul rafforzamento delle frontiere tra Grecia e Turchia, anche grazie al notevole impegno economico assunto dall'Unione e dai suoi Stati membri in favore del partner turco con la creazione dello Strumento per i rifugiati in Turchia[35], che ha comportato un esborso da 6 miliardi di euro a sostegno degli sforzi sostenuti dalla Turchia per limitare il flusso di immigrati irregolari verso la Grecia. La dichiarazione in sé non altera i diritti riconosciuti agli immigrati irregolari ed, in particolare, ai richiedenti asilo. Le parti si impegnano a rimpatriare verso la Turchia coloro che non hanno diritto di restare sul suolo europeo, a seguito di una determinazione fatta seguendo le procedure dettate dalla legislazione interna. Tuttavia, è innegabile che l'enfasi posta sui rimpatri abbia avuto conseguenze notevoli sulla gestione degli arrivi in Grecia, con la trasformazione del campo di Moria in un *hotspot* chiuso e sovraffollato che ha comportato un notevole deterioramento delle condizioni di vita dei richiedenti asilo e degli immigrati

33. COM (2011) 743 definitivo del 18.11.2011, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*.

34. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16.

35. Si veda la scheda informativa pubblicata dalla Commissione (Factsheet: The EU Facility for Refugees in Turkey https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/frit_factsheet.pdf/).

irregolari ivi bloccati e con l'emergere di notevoli ostacoli pratici nel garantire loro il sostegno e l'assistenza necessarie al fine di esercitare i propri diritti[36]. Ciò nonostante, grazie alla sua – reale o percepita – efficacia nella riduzione della pressione migratoria sulla Grecia, la dichiarazione UE-Turchia è diventata velocemente, nella narrativa istituzionale dell'UE, un modello di cooperazione riuscita in materia migratoria. Nel contesto della comunicazione programmatica emessa dalla Commissione nel 2016 in merito al nuovo quadro di cooperazione in materia migratoria in risposta alla crisi, la dichiarazione UE-Turchia viene esplicitamente indicata come un modello da seguire[37] ed il ricorso alla *soft law* in sostituzione, piuttosto che in preparazione, dei Trattati internazionali di riammissione viene esplicitamente avallato[38]. Questa manovra estrapola la dichiarazione dal quadro emergenziale nel quale era nata e la normalizza, trasformandola in un nuovo standard. Dal 2016 in poi, con l'eccezione dell'accordo di riammissione concluso con la Bielorussia nel 2020[39] sulla base di un mandato risalente al 2011 e quasi immediatamente sospeso[40], l'Unione non ha concluso alcun nuovo Trattato vincolante di riammissione. Si sono invece moltiplicati gli accordi *di soft law* in materia. Esempi in tal senso sono l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro (*EU- Afghanistan Joint Way Forward* – JWF)[41] (2016), recentemente sostituita dall'analoga Dichiarazione congiunta (Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU)[42] (2021), le procedure operative standard UE-Bangladesh (*EU-Bangladesh Standard Operating Procedures* – SOP)[43] (2017), e le procedure di ammissione UE-Etiopia (*EU-Ethiopia Admission Procedures* – AP)[44] (2018). La Commissione afferma di aver concluso accordi di questo tipo anche con Guinea, Gambia e Costa d'Avorio, anche se il relativo testo non è stato pubblicato, nemmeno in forma di comunicato stampa.

36. E. Córdova Morales, *The Black Holes of Lesbos: Life and Death at Moria Camp: Border Violence, Asylum, and Racisms at the Edge of Postcolonial Europe*, in *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 7.2021.

37. Comunicazione della Commissione COM(2016) 385 definitivo del 7.6.2016 sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione.

38. *Ibid.*

39. Accordo, tra l'Unione europea e la Repubblica di Bielorussia relativo alla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 181, 9 giugno 2020.

40. Consiglio, Bielorussia: il Consiglio sospende le disposizioni sulla facilitazione del rilascio dei visti per i funzionari del regime bielorusso, comunicato stampa del 9.11.2021, https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/11/09/belarus-council-suspends-visa-facilitation-provisions-for-officials-of-the-belarus-regime/.

41. Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en.

42. Dichiarazione Congiunta UE-Afghanistan sulla cooperazione in materia di migrazione, 26 aprile 2021.

43. Allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare.

44. Allegato alla nota punto 15762/17 procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

Gli accordi di *soft law* appena menzionati hanno un contenuto in tutto analogo a quello dei Trattati di riammissione conclusi dall'Unione negli anni precedenti la crisi migratoria: essi (i) stabiliscono l'impegno del Paese terzo a riammettere i propri cittadini[45] – e, nel caso della dichiarazione UE-Turchia, i cittadini di Paesi terzi[46] – ; (ii) indicano quali documenti saranno accettati come mezzi di prova ai fini di stabilire la cittadinanza e quali come validi documenti di viaggio[47]; e (iii) determinano quanti rimpatriati o voli di rimpatrio possano essere ammessi dal Paese terzo nell'arco di un determinato lasso di tempo[48]. Il rispetto di tutte queste norme di dettaglio è garantito dalla creazione di gruppi di lavoro congiunti per monitorarne l'attuazione[49]. Inoltre, il testo di tali accordi di *soft law* spesso contiene disposizioni in merito alla data di inizio della cooperazione in materia di riammissione ed alle condizioni per eventuali sue modifiche o sospensioni[50].

Date queste premesse, non sembra esservi alcuna differenza di sostanza tra accordi di *soft law* in materia di riammissione e Trattati internazionali aventi lo stesso oggetto. Soprattutto nel quadro delle relazioni esterne, dove il rispetto degli obblighi è determinato da questioni di reputazione e rapporti di forza più che dalla possibilità concreta di una sanzione in sede giudiziaria, è difficile pensare che simili accordi di *soft law*, che pure si considerano esplicitamente come non vincolanti, abbiano realmente una forza normativa inferiore a quella dei Trattati in materia di rimpatri. In questo contesto, è naturale chiedersi quale sia la giustificazione alla base del ricorso alla *soft law* in questo settore e se tale giustificazione sia in qualche modo legittima, sulla base del quadro costituzionale di riferimento, dal momento che molte delle garanzie da esso approntate a proposito della conclusione di strumenti di diritto vincolanti vengono meno rispetto agli accordi di *soft law*, come discusso in seguito. Le prossime sezioni si occupano di proporre degli elementi di risposta a tale quesito.

45. AP UE-Etiopia sezione 1.2; JWF UE-Afghanistan.

46. Dichiarazione UE-Turchia e piano d'azione pt. 1.

47. JWF UE-Afghanistan, parte II; SOP UE-Bangladesh pt. 1-4; AP UE-Etiopia sezioni 2-4.

48. JWF UE-Afghanistan, parte III; SOP UE-Bangladesh pt. 5.

49. JWF UE-Afghanistan, parte IV; SOP UE-Bangladesh punto 6; dichiarazione UE-Turchia dal secondo all'ultimo paragrafo; AP UE-Etiopia sezione 5(2).

50. JWF UE-Afghanistan, parti IV, VIII e IX; SOP UE-Bangladesh pt. 6; Dichiarazione UE-Turchia e piano d'azione pt. 1 e 6; AP UE-Etiopia sezione 6.

3. Giustificazione del ricorso alla *soft law* nel settore dei rimpatri

3.1. Motivazioni addotte a favore del ricorso alla soft law in altri settori

Il rapporto tra *soft law* e garanzie costituzionali ha attirato in misura sempre maggiore l'attenzione della dottrina, dato che l'utilizzo della *soft law* è diventato un fenomeno dilagante nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

I sostenitori del ricorso alla *soft law* ne esaltano diverse qualità[51] che la rendono uno strumento particolarmente idoneo per la gestione della *governance* interna. La *soft law*, quando è prodotta da meccanismi modellati sulla base del metodo di coordinamento aperto (*Open Method of Coordination* – OMC)[52], ha il vantaggio di essere *partecipativa e non gerarchica*, dato che è il frutto del coordinamento transnazionale tra reti di soggetti posti sullo stesso livello che si impegnano a raggiungere determinati obiettivi e controllano l'uno il comportamento dell'altro. Tale impostazione rende probabilmente alcuni tipi di strumenti di *soft law* più *trasparenti*, dato che il processo decisionale non solo è visibile, ma è anche aperto agli *input* di tutte le parti interessate[53]. Inoltre, la *soft law* è in grado di *adattarsi alle peculiarità dei contesti nazionali*, basandosi su vari tipi di impegni da parte dei diversi Stati membri o su linee guida generiche piuttosto che su norme dettagliate. Infine, la *soft law* è uno *strumento flessibile su cui è più semplice trovare un accordo*. Per natura, non prevede l'espletamento di lunghe procedure (come ad esempio la procedura di ratifica a cui sono tipicamente sottoposti gli accordi internazionali vincolanti). Inoltre, la *soft law* è connotata da un costo reputazionale contenuto (proprio a fronte della sua natura non vincolante) e non assoggetta i suoi autori ai classici meccanismi di responsabilità[54].

La capacità della *soft law* di generare sinergie tra gli esperti e la società civile e di orientare l'azione, consentendo al contempo di operare opportune differenziazioni, è considerata il suo principale punto di forza in ambiti quali la politica sociale e la tutela dell'ambiente. Sicuramente, per raggiungere determinati obiettivi, come il coordinamento delle politiche nazionali o il sostegno degli Stati membri dell'UE nell'applicazione di

51. Cfr ad esempio l'elenco dei potenziali vantaggi della *soft law* in M. Eliantonio e O. Stefan, *Soft Law Before the European Courts: Discovering a 'common pattern'?*, in *Yearbook of European Law*, 2018, pp. 457-458; D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, pp. 73-74.

52. A tale riguardo cfr. ad esempio L. Tholoniat, *The Career of the Open Method of Coordination: Lessons from a 'Soft' EU Instrument*, *West European Politics*, 33.2010; E. Szyszczak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, European Law Journal, 12.2006.

53. G. de Búrca e J. Scott, *Introduction: New Governance*, *op. cit.*, p. 3. Ma cfr. altresì l'opposto punto di vista – che dà conto della diversità di approccio dei decisori in materia di *soft law* nei diversi contesti – che lamenta la carenza di trasparenza degli strumenti di *new governance* e della *soft law* in particolare (M. Eliantonio, *op. cit.*, p. 497, che cita L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, *European Law Journal*, 19.2013, p. 65).

54. Dal punto di vista democratico (L. Senden, Soft Post-Legislative Rulemaking, *op. cit.*, p. 71) e giudiziario (M. Eliantonio e O. Stefan, *op. cit.*, pp 459-460).

normative tecniche, la *soft law* vanta un potenziale di cui la *hard law* è sprovvista. In particolare, la *soft law* è in grado di raggiungere settori impervi per la normativa vincolante, anche per ragioni legate alla limitatezza delle competenze attribuite all'Unione in certe materie, nonché di integrare la legislazione quadro che necessita di un'attuazione incrementale e di *input* costanti da parte di esperti[55]. Conseguendo tali obiettivi, la *soft law* perfeziona il quadro normativo creato dalle norme vincolanti tradizionali senza prevalere su di esse.

Queste riflessioni non sembrano però in grado di giustificare il ricorso ad accordi di *soft law* nell'ambito esterno dello SLSG e, in particolare, nel settore della riammissione.

3.2. Assenza di capacità esplicativa di tali motivazioni nel settore della riammissione

In primo luogo, il ricorso ad accordi di *soft law* nel settore della riammissione non rende i negoziati né più trasparenti, né più partecipativi. Al contrario, la negoziazione di accordi di *soft law* esclude attori che invece avrebbero voce in capitolo, come ad esempio il Parlamento europeo (il Parlamento), ed è condotta in modo opaco. A questo punto è importante sottolineare che l'art. 218 TFUE prevede una procedura specifica da seguire per la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali formali, che garantisce da un lato una serie di importanti prerogative a favore del Parlamento[56] e dall'altro lato un certo livello di trasparenza[57]. Per contro, all'interno dei Trattati non è prevista alcuna procedura per l'adozione di accordi di *soft law* e questa assenza ha sino ad ora fatto sì che tali accordi venissero conclusi da(gli Stati membri in seno al) Consiglio europeo[58] o dalla Commissione[59]. Il Parlamento non è stato coinvolto nei negoziati e non è stato tenuto informato durante lo svolgimento degli stessi[60]. Inoltre, spesso non è consentito neppure l'accesso *ex post* ai

55. Operando in tal modo, la *soft law* può integrare la *hard law*, dando vita a quadri ibridi, come quello descritto da de Búrca in relazione alla direttiva sull'uguaglianza razziale (G. de Búrca, EU Race Discrimination Law: A Hybrid Model?, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006).

56. In base all'art. 218(6) (v) TFUE, letto unitamente all'art. 79(2) TFUE, gli accordi nel settore della politica comune in materia di immigrazione, compresa la riammissione, necessitano del consenso del Parlamento europeo. Inoltre, l'art. 218(10) TFUE prevede che il Parlamento sia «immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura».

57. La trasparenza *ex ante* è limitata, ma assicurata, dall'attività di "supervisione" svolta dal Parlamento in qualità di istituzione rappresentativa dei cittadini dell'UE. La trasparenza *ex post* è garantita dalla possibilità di accedere al testo definitivo della decisione di concludere un accordo internazionale e dell'accordo internazionale stesso, dato che tali testi sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'UE, in base a quanto previsto dall'art. 297 TFUE.

58. È il caso della dichiarazione UE-Turchia (sulla paternità della quale cfr. nota 9).

59. È il caso delle SOP UE-Bangladesh e delle AP UE-Etiopia.

60. Cfr. ad esempio il paragrafo introduttivo delle interrogazioni parlamentari con richiesta di risposta scritta E-000957-18, formulata dal membro del Parlamento europeo Judith Sargentini alla Commissione in data 15 febbraio 2018 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-000957_EN.html accesso in data 12 maggio 2021), in cui si legge che «in data 29 gennaio 2018, il Consiglio ha approvato le procedure per rimpatriare i cittadini etiopi nel proprio

documenti dei negoziati o, talvolta, al testo definitivo degli accordi di *soft law*. Ad esempio, nella sentenza *Access Info Europe*[61], il Tribunale dell'Unione europea ha confermato il diniego da parte della Commissione di consentire l'accesso alla documentazione preparatoria relativa alla dichiarazione UE-Turchia, invocando una delle eccezioni alla regola generale relativa all'accesso ai documenti di cui all'art. 4(1) del regolamento trasparenza[62].

In virtù della medesima eccezione e, in particolare, dell'esistenza di un interesse pubblico alla non divulgazione con riguardo alle relazioni internazionali dell'Unione[63], all'autrice del presente contributo è stato negato l'accesso al testo definitivo di altri accordi informali non pubblicati, come ad esempio le buone pratiche UE-Guinea per l'efficiente funzionamento delle procedure di rimpatrio[64].

Paese di origine. *Né il Consiglio, né la Commissione hanno pubblicato il testo e quindi il Parlamento europeo si è visto costretto a basare la propria valutazione su una versione non ufficiale*. Da quella versione si evince chiaramente che tali procedure di rimpatrio si applicano sia al rimpatrio volontario in Etiopia che a quello forzato, nonché alla riammissione in tale Paese» (corsivo aggiunto) e E-002443/2020, formulata dai membri del Parlamento europeo Bettina Vollath e Birgit Sippel alla Commissione in data 22 aprile 2020, in cui si legge che «l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie è stata negoziata nel 2016 *senza la partecipazione ufficiale del Parlamento* e formalmente non ha efficacia giuridica» (corsivo aggiunto). Cfr. altresì il punto 73 della risoluzione non legislativa del Parlamento europeo del 13 marzo 2019 (15093/2016 – C8-0107/2018 – 2015/0302M(NLE) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0170_EN.html accesso in data 12 maggio 2021, in base al quale il Parlamento «deplora la mancanza di supervisione parlamentare e controllo democratico rispetto alla conclusione dell'azione congiunta per il futuro») e il punto 19 della risoluzione del Parlamento europeo del 14.12.2017 relativa alla situazione in Afghanistan (2017/2932(RSP)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-8-2017-0678_EN.html accesso in data 12 maggio 2021), in cui si legge che il Parlamento «prende atto della conclusione dell'accordo informale di riammissione tra l'UE e l'Afghanistan previsto dall'azione congiunta per il futuro; *deplora la mancanza di vigilanza parlamentare e di controllo democratico sulla conclusione di tale accordo*; invita i governi della regione ad astenersi dal rimpatriare gli afghani; segnala che ciò costituisce una violazione diretta del diritto internazionale umanitario e che il crescente numero di rifugiati che subiscono tale trattamento non fa che rafforzare i gruppi terroristici e creare maggiore instabilità nella regione; sottolinea che i rimpatri in Afghanistan mettono a grave rischio la vita dei rimpatriati, in particolare delle persone sole che non dispongono di una rete familiare o di amici in Afghanistan e che hanno poche possibilità di sopravvivenza; sottolinea che l'assistenza e la cooperazione dell'UE devono essere mirate a conseguire lo sviluppo e la crescita nei Paesi terzi e a ridurre e, infine, eliminare la povertà, e non a incentivare i Paesi terzi a cooperare alla riammissione dei migranti irregolari, dissuadere con la coercizione le persone dal mettersi in viaggio o arrestare i flussi verso l'Europa» (corsivo aggiunto).

61. Sentenze del 7 febbraio 2018, *Access Info Europe c. Commissione*, T-851/16 e T-852/16, EU:T:2018:69 e EU:T:2018:71.

62. Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, GUUE L 145, 31.5.2001, pp. 43-48.

63. *Access Info Europe c. Commissione*, causa T-851/2016, cit., pt. 41-42 e 43; *Access Info Europe c. Commissione*, causa T-852/2016, cit., pt. 41-42 e 45. Per un commento cfr. C. Molinari, *The General Court's Judgments in the Cases Access Info Europe v. Commission (T-851/16 and T-852/16): A Transparency Paradox?*, in *European Papers*, 3.2018).

64. Il segretariato generale del Consiglio ha sottolineato che il documento richiesto «costituisce una delle modalità pratiche relative al rimpatrio e alla riammissione tra l'UE e i Paesi terzi. Le prese di posizione contenute in quei documenti sono volte ad attuare gli impegni assunti da entrambe le parti per sviluppare una cooperazione nel settore del rimpatrio e della riammissione, definendo congiuntamente le procedure, le *best practice* e le disposizioni operative dettagliate per l'efficiente funzionamento del processo di riammissione. Con riferimento alle summenzionate questioni sensibili, la loro divulgazione rivelerebbe ad altri *partner* negoziali l'approccio strategico all'attuazione del mandato dell'UE, in tal modo

In secondo luogo, per quanto attiene all'azione esterna, la *soft law* non è più adattabile alla diversa natura dei contesti nazionali di quanto non lo siano i Trattati internazionali vincolanti, dato che questi ultimi sono negoziati con singoli Paesi terzi e, quindi, diversificati in base agli interessi ed ai rapporti che l'Unione intrattiene con ciascuno di essi. In effetti, il ricorso a strumenti quali i partenariati per la mobilità[65], che prevedono la partecipazione a fianco dell'Unione solo di alcuni Stati membri e non di tutti, ha consentito l'introduzione di una geometria variabile[66], allineando la partecipazione e gli incentivi al legame bilaterale tra i vari Stati membri e il relativo Paese terzo[67]. Inoltre, nell'ambito del diritto vincolante, gli accordi misti già consentono la partecipazione di alcuni Stati membri e non altri ad un Trattato internazionale negoziato dall'UE[68], risolvendo al contempo il problema di doversi rapportare esplicitamente con il confine tra competenze nazionali e sovranazionali durante i negoziati con i Paesi terzi, dal momento che i rispettivi ambiti di azione sono stabiliti dall'Unione internamente[69].

---

indebolendo la posizione negoziale di quest'ultima, complicando gli ulteriori sviluppi dei meccanismi di riammissione attualmente in corso e compromettendo altresì la conclusione di ulteriori accordi dello stesso tipo. Altri *partner* negoziali, qualora avessero accesso ai suddetti documenti, potrebbero utilizzare gli accordi già raggiunti come leva per i negoziati. La garanzia di riservatezza è fondamentale per il successo di questa complessa operazione, finalizzata a preservare sia gli interessi che i valori dell'UE. La divulgazione [del documento] metterebbe quindi a repentaglio la tutela dell'interesse pubblico con riguardo alle relazioni internazionali. Di conseguenza, il segretariato generale deve negare l'accesso a tale documento.».

65. Strumenti informali di cooperazione tra UE, determinati Stati membri e un Paese terzo volti a regolare tutti i settori di cooperazione con tale Paese terzo in materia di migrazione, dalla riammissione alla migrazione legale. Sono stati presentati come strumento nella comunicazione della Commissione COM(2007) 248 final del 16.5.2007 in materia di migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i Paesi terzi.

66. In merito al concetto di geometria variabile e all'aumento dell'importanza di tale "struttura" per l'ordinamento giuridico dell'UE cfr. De Witte, *Variable geometry and differentiation as structural features of the EU legal order*, in *Between Flexibility and Disintegration The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Rochester, Edward Elgar, 2017.

67. In merito al funzionamento dei partenariati per la mobilità cfr. C. Alberola e S. Langley, *Independent Evaluation of the Mobility Partnerships between the European Union and Cape Verde, Georgia and Moldova*, Maastricht Graduate School of Governance, International Centre for Migration Policy Development, 2018; L. Den Hertog, *Funding the EU-Morocco 'Mobility Partnership': Of Implementation and Competences*, in *European Journal of Migration and Law*, 18.2016; S. Brocza e K. Paulhart, *EU mobility partnerships: a smart instrument for the externalization of migration control*, in *European Journal of Futures Research*, 3.2015.

68. Gli accordi misti consistono in accordi internazionali conclusi sia dall'Unione che dai suoi Stati membri (tutti o solo alcuni di essi). Sono necessari quando l'accordo riguarda sia materie che rientrano nell'ambito di competenza dell'Unione, sia materie che rientrano nell'ambito di competenza esclusiva degli Stati membri, mentre sono facoltativi (come riaffermato recentemente da Corte giust. nella sentenza del 5.12.2017, *Germania c. Consiglio (COTIF)*, C-600/14 EU:C:2017:935, pt. 68) quando riguardano settori oggetto di competenza concorrente. In quest'ultima ipotesi, l'Unione può agire da sola, ma tale azione risulta spesso difficile o impossibile dato che gli Stati membri non intendono farsi da parte (come nel caso oggetto della controversia presentata alla Corte in Corte giust., parere 2/15 del 16.5.2017 (*Accordo di libero scambio con la Repubblica di Singapore*), EU:C:2017:376, pt. 243-44); di conseguenza, nella pratica, l'*impasse* si risolve con il ricorso ad un accordo misto. Gli accordi misti sono oggetto di numerosi approfondimenti in dottrina. *Inter alia*, C. Hillion P. e Koutrakos, *op. cit.*; Cremona, *External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law*, EUI Working Paper 2006/22.

69. G. De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, 2008, p. 235.

In terzo luogo, gli accordi di *soft law* non consentono di raggiungere obiettivi che non possono essere negoziati nell'ambito di accordi di riammissione vincolanti. In realtà, come osservato in precedenza, accordi informali quali la dichiarazione UE-Turchia, l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro, le procedure operative standard UE-Bangladesh e le procedure di ammissione UE-Etiopia hanno un contenuto del tutto analogo a quello degli accordi di riammissione vincolanti.

In conclusione, gli unici elementi che differenziano gli accordi di *soft law* dagli accordi formali consistono nella loro flessibilità (spesso a scapito dell'Unione, come dimostrano le minacce turche di non attenersi più alla dichiarazione UE-Turchia)[70] e nei costi di negoziazione più contenuti (dovuti anche alla carenza di trasparenza che connota i negoziati).

Sulla base di quanto esposto *supra*, si potrebbe sostenere che la *soft law* non rivesta un ruolo complementare nel settore della riammissione se messa a confronto con la *hard law*, ma offra più che altro, come principale vantaggio, la possibilità di eludere in ottica strategica[71] i vincoli di carattere procedurale e sostanziale propri dell'ordinamento giuridico dell'UE, che opererebbero nei confronti dei Trattati internazionali vincolanti.

3.3. Stato di diritto e aggiramento strategico dei vincoli costituzionali

In un ordinamento giuridico che pretende di configurarsi come autonomo e fondato su una serie di valori tra cui il rispetto dello stato di diritto, il ricorso a forme alternative di *governance* con lo scopo precipuo di eludere la legge, piuttosto che di migliorarla o integrarla, risulta problematico e potrebbe indurre a concludere che tale utilizzo della *soft law* sia incostituzionale *tout court*.

L'esistenza di un'UE intesa come ordinamento giuridico distinto sia dal diritto nazionale che da quello internazionale si basa sulla rivendicazione di autonomia formulata ormai da tempo immemore dalla Corte di giustizia UE (Corte o Corte giust.)[72]. A sua volta, l'idea dell'Unione come ordinamento giuridico autonomo riposa in particolare sul presupposto del suo rispetto dello stato di diritto ossia del rispetto dei meccanismi di attribuzione delle

70. Reuters, Il presidente della Turchia Erdogan minaccia di inviare i rifugiati siriani in Europa, 10 ottobre 2019. https://www.reuters.com/article/us-syria-security-turkey-europe/turkeys-erdogan-threatens-to-send-syrian-refugees-to-europe-idUSKBN1WP1ED accesso in data 12 maggio 2021.

71. C. Molinari, *The EU and its Perilous Journey*, *op. cit.*, p. 826; S. Carrera *et al.*, *It wasn't me!*, *op. cit.*, p. 2; V. Moreno-Lax, *op. cit.*, p. 32.

72. Cfr. Corte giust., parere 1/91 del 14.12.1991 (accordo SEE), EU:C:1991:490, pt. 35; Corte giust., parere 1/00 del 18.4.2002 (accordo SACE), EU:C:2002:231, pt. 11-12; Corte giust., sentenza del 30.5.2006, *Commissione c. Irlanda*, C-459/03, EU:C:2006:345, pt. 123; Corte giust., sentenza del 3.9.2008, *Kadi c. Consiglio*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, pt. 282; Corte giust., parere 2/13 del 18.12.2014 (Accesso alla CEDU), EU:C:2014:2454, pt. 168-200; Corte giust., parere 1/17 del 30.4.2019 (CETA), EU:C:2019:341, pt. 106-111.

competenze previsti nei Trattati e dei valori fondamentali di cui all'art. 2 TUE[73]. In assenza del presupposto fondamentale dello stato di diritto, la rivendicazione di autonomia dell'Unione non solo sarebbe difficile da comprendere, ma sarebbe altresì pericolosa, dato che i principi del primato e dell'applicabilità diretta sarebbero in grado di minare alla base lo stato di diritto anche negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri[74].

La Commissione ha fornito una definizione propria all'UE di stato di diritto nel 2014, quando ha affermato che lo stato di diritto come valore dell'Unione ricomprende al proprio interno una serie di principi, tra cui i «principi di legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge.»[75].

Gli accordi di *soft law* conclusi in assenza di un controllo democratico, in modo opaco, senza rispettare le relative procedure previste dalla legge e nel tentativo di eludere il controllo giurisdizionale sembrano porsi in palese contrasto con tale definizione di stato di diritto. E ciò è tanto più vero quando i suddetti accordi di *soft law* incidono in modo

73. In base a quanto affermato dalla Corte al pt. 110 del suo parere 1/17, la «autonomia [dell'Unione] consiste [...] nella circostanza che l'Unione è dotata di un quadro costituzionale che le è proprio. Rientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell'articolo 2 TUE, ai sensi del quale l'Unione "si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani", i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta, nonché le disposizioni dei Trattati UE e FUE, che contengono, segnatamente, le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione e del sistema giurisdizionale di quest'ultima, nonché le norme fondamentali nei settori specifici». Al pt. 316 della sentenza *Kadi I* della Corte giust., quest'ultima sottolinea nuovamente la correlazione tra stato di diritto e autonomia: «il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità *di diritto*, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico *autonomo*, che non può essere compromessa da un accordo internazionale». Analogamente, i pt. 168-170 del parere 2/13 affermano che la «costruzione giuridica [dell'Unione] poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica *e giustifica* l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori [...]. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta [...]. [L]'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale *esige* che l'interpretazione di tali diritti fondamentali *venga garantita* nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione». Il ragionamento della Corte in merito all'autonomia fa emergere una caratteristica basilare dell'ordinamento giuridico dell'Unione: quest'ultimo è stato creato tramite la legge (i Trattati) e non può permettersi alcuna rivendicazione di sovranità (o di autonomia) preesistente, sia essa precedente o ulteriore rispetto all'attribuzione di cui ai Trattati. Di conseguenza, l'UE può esistere solo come ordinamento fondato sullo stato di diritto, come previsto dai Trattati con il loro sistema di bilanciamento dei poteri e le loro garanzie per la separazione delle competenze.

74. Questo aspetto è stato acutamente evidenziato da D. Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?*, *Yearbook of European Law*, 34.2015, p. 94), il quale afferma altresì nel medesimo contributo che l'Unione *non è e non è mai stata* una comunità fondata sullo stato di diritto, affermazione su cui l'autrice del presente contributo non si trova d'accordo.

75. Commissione, *Comunicazione COM(2014) 158 final «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto»*, 11 marzo 2014, p. 4.

significativo – benché indiretto – su una serie di diritti fondamentali dei soggetti coinvolti senza predisporre alcuna garanzia in merito ad un'effettiva tutela di questi diritti da parte del giudice[76].

Tuttavia, quanto esposto *supra* non implica che la *soft law* sia sempre incostituzionale e incompatibile con lo stato di diritto, semplicemente perché non è prevista dai Trattati. Le modalità con cui i valori fondamentali di un sistema di governo sono tutelati al meglio possono ben evolvere nel tempo[77]. Di conseguenza, gli strumenti di *new governance*, tra cui la *soft law*, possono essere concepiti in modo da non minare alla base l'essenza stessa dello stato di diritto, evitando in particolare che i poteri pubblici siano esercitati in maniera arbitraria[78].

A tal fine, la *soft law* non deve celare una mera strategia volta ad aggirare il quadro costituzionale dell'Unione, ma deve piuttosto tentare di perseguire obiettivi di flessibilità, celerità ed efficacia, rispettando al contempo i vincoli imposti per lo meno da alcuni parametri costituzionali. Riflettere su quali questi possano essere risponde all'invito formulato da Neil Walker di integrare *soft law* e *hard law* all'interno di un paradigma coerente di *governance*, tramite quello che egli definisce «costituzionalismo riflessivo»[79], in una perenne ricerca di soluzioni in grado di perseguire l'obiettivo fondamentale di un auto-governo *responsabile*[80], all'interno di un panorama mutevole sia dal punto di vista fattuale che giuridico[81].

4. Conciliazione tra accordi di *soft law* e il principio-base di ordine costituzionale della *governance* responsabile

4.1. I confini inevitabili degli accordi di soft law

Se rivendicare autonomia significa accettare la responsabilità derivante dall'auto-governo, allora le norme costituzionali da cui non si può prescindere anche qualora si faccia

76. Come sottolineato dalla Commissione stessa, i principi riconducibili al concetto di stato di diritto «non sono meri requisiti procedurali e formali, bensì il mezzo per garantire il rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo.» (*Ibid*.).

77. G. de Búrca e J. Scott, *Epilogue: Accountability Without Sovereignty*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 396.

78. T. Konstantinides, *The Rule of Law in the European Union : The Internal Dimension*, Oxford, Hart, 2017, p. 12.

79. N. Walker, *op. cit.*, 2006, pp. 35-36.

80. Indicato da Walker come aspirazione ultima del costituzionalismo europeo, inestricabilmente correlato alla rivendicazione dell'Unione di essere un ordinamento giuridico autonomo (*ivi*, p. 34) L'idea essenzialmente corrisponde all'essenziale rivendicazione di responsabilità individuata, ad esempio, da de Búrca e Scott come il cuore dell'ideale dello stato di diritto (Búrca e Scott 2006b, p. 400).

81. Walker osserva a riguardo che «un modello binario [volto a contrapporre una *new governance* ad una *old governance*] potrebbe spingerci a favorire religiosamente uno solo dei due modelli in una serie di contrapposizioni intrecciate tra nuovo e vecchio, progressismo e conservatorismo, mettendo da parte il merito, in termini di resilienza, di alcuni dei vecchi valori dello "stato di diritto"» (*ivi*, p. 22).

ricorso a strumenti di *new governance* sono proprio le norme volte a garantire che le istituzioni si assumano la responsabilità delle proprie azioni. Si tratta delle norme che separano e attribuiscono competenze e funzioni in modo tale da introdurre un sistema di bilanciamento dei poteri nel sistema di *governance* dell'Unione, conseguendo l'obiettivo fondamentale dello stato di diritto, vale a dire evitare l'esercizio arbitrario e non controllato dei poteri pubblici. L'individuazione di tutti i principi atti ad espletare tale funzione e l'analisi delle loro implicazioni per gli accordi di *soft law* è un'operazione che esula dall'ambito del presente contributo. Tuttavia, si ritiene che, tra tali principi, l'equilibrio istituzionale sia particolarmente idoneo per imbrigliare gli accordi di *soft law* all'interno di confini accettabili dal punto di vista costituzionale, così da offrire un certo margine di flessibilità senza incorrere nel rischio di un'elusione strategica delle norme di legge. Segue un breve approfondimento per spiegare il motivo di tale affermazione.

4.2. Un principio idoneo: equilibrio istituzionale e accordi di soft law

Il principio dell'equilibrio istituzionale è tradotto[82] dall'art. 13(2) TUE, in base al quale «[c]iascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste». Nessun elemento all'interno del testo dei Trattati impedisce di applicare il principio dell'equilibrio istituzionale agli accordi di *soft law*. Al contrario, il principio si applica ogni qual volta un'istituzione dell'UE "agisca", anche per il tramite di accordi di *soft law*[83].

La Corte ha interpretato tale principio come garanzia per le prerogative di ciascuna istituzione, in particolare nell'ambito delle reciproche relazioni[84].

Il principio dell'equilibrio istituzionale definisce le rispettive funzioni degli attori istituzionali dell'UE, tracciando confini flessibili tra questi ultimi e predisponendo un

82. La Corte stessa utilizza il termine «traduce» in questo caso (es. Corte giust., sentenza del 16.7.2015, *Commissione c. Consiglio*, C-425/13, EU:C:2015:483, pt. 69), dato che il principio dell'equilibrio istituzionale non è interamente codificato all'interno di tale articolo, come sottolineato da S. Platon, *The Principle of Institutional Balance: Rise, Eclipse and Revival of a General Principle of EU Constitutional Law*, in *Research Handbook on General Principles of EU Law*, a cura di K. Ziegler, P. Neuvonen, V. Moreno-Lax, Rochester, Edward Elgar, 2022.

83. Come confermato da Corte giust., sentenza del 28.7.2016, *Consiglio c. Commissione* (memorandum *d'intesa con la Svizzera*), C-660/13, EU:C:2016:616.

84. Nella propria sentenza del 22.5.1990, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa 70/88, EU:C:1990:217, pt. 21-22, la Corte giust. ha precisato che le «prerogative [del Parlamento] costituiscono uno degli elementi dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati. Questi hanno infatti instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni della Comunità secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidatile. Il rispetto dell'equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola.». Cfr. altresì Corte giust., sentenza del 14.4.2015 *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, EU:C:2015:217, pt 64; Corte giust., sentenza del 6.5.2008, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-133/06, EU:C:2008:257, pt. 57.

sistema di reciproco bilanciamento dei poteri. Non è un caso che la struttura istituzionale dell'UE, caratterizzata dall'equilibrio istituzionale[85], sia definita come una *caratteristica essenziale del diritto dell'Unione*, strettamente correlata all'autonomia del suo ordinamento giuridico nella giurisprudenza della Corte[86]. L'attribuzione alle varie istituzioni di una serie predefinita di ruoli e di compiti rappresenta una condizione per un auto-governo responsabile, nonché una delle modalità con cui le competenze sono suddivise all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in modo da evitarne un esercizio arbitrario e non controllato.

L'equilibrio istituzionale riguarda sia la produzione della *hard law* che della *soft law* ed è applicabile nei confronti di entrambe. Ad avviso di chi scrive, tale principio dispiega la propria forza normativa in tutta la sua portata in particolare quando nei Trattati dell'UE non sia prevista alcuna procedura decisionale per l'adozione di determinati atti[87], come nel caso degli accordi di *soft law*. In realtà, le norme dei Trattati che definiscono procedure decisionali in modo dettagliato cristallizzano e, quindi, tutelano una variegata pluralità di prerogative istituzionali. Ad esempio, descrivendo la procedura per concludere un accordo internazionale vincolante, l'articolo 218 TFUE specifica già la modalità con cui le varie istituzioni sono chiamate ad interagire. Di conseguenza, con riferimento agli accordi formali negoziati in base alla procedura prevista nel suddetto articolo, il principio dell'equilibrio istituzionale svolge tutt'al più una funzione interpretativa complementare[88]. Per contro, in assenza di una procedura codificata, l'equilibrio istituzionale diventa fondamentale per impedire alle istituzioni di agire arbitrariamente, ricordando che ad ognuna di esse è

85. *Inter alia*, Corte giust., sentenza del 6.9.2017, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, EU:C:2017:631, pt. 145.

86. Cfr. P.-J. Loewenthal, *Article 13 TFEU: Commentary*, in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 129; e Corte giust., parere 2/13, *cit*. pt. 158 e 165. Curiosamente, la Corte afferma che «le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni» devono essere rispettate anche quando le istituzioni agiscono al di fuori del quadro dell'Unione, in qualità di istituzioni «prese in prestito» (Corte giust., sentenza del 27.11.2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, pt. 158).

87. In generale le procedure decisionali sono stabilite in base ai relativi fondamenti giuridici, che consentono essenzialmente di affermare se al Consiglio e al Parlamento debba essere attribuito il medesimo peso nel processo decisionale in un determinato settore di competenza. Si noti che il peso delle due istituzioni delineato con riferimento al processo legiferativo interno è essenzialmente riprodotto nel settore delle relazioni esterne dall'art. 218 TFUE, che istituisce una simmetria tra procedura legislativa ordinaria a livello interno e necessario consenso del Parlamento per la conclusione di un accordo internazionale a livello esterno (Corte giust., sentenza del 4.9.2018, *Commissione c. Consiglio*, C-244/17, EU:C:2018:662, pt. 22; Corte giust., parere 1/15 del 26.7.2017 (Codice di prenotazione), EU:C:2017:592, pt. 146; Corte giust., sentenza del 24.6.2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 56).

88. S. Prechal, *Institutional Balance: A Fragile Principle with Uncertain Contents*, in *The European Union after Amsterdam*, a cura di T. Heukels, N. Blokker and M. Brus, 1998, pp. 277-278. Come sottolineato da B. Bertrand, *Le principe de l'équilibre institutionnel: la double inconstance*, in *Europe: actualité du droit de l'Union européenne*, 2016, p. 4, in questi casi la funzione normativa dell'equilibrio istituzionale è già svolta dal principio di legalità.

attribuita una serie di prerogative nell'ambito dell'architettura generale dell'UE, nonché in ciascun settore di competenza della stessa, compreso quello della riammissione[89].

Le prerogative in capo a ciascuna istituzione nel settore della riammissione possono essere dedotte da una lettura combinata delle disposizioni generali relative alle istituzioni (articoli 13-19 TUE) e della base giuridica relativa al settore della riammissione (articolo 79(3) TFUE). Benché non direttamente applicabile, l'articolo 218 TFUE va tenuto in conto, nella misura in cui fornisce indicazioni utili in merito al ruolo che le varie istituzioni sono tenute a svolgere nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE dopo Lisbona.

La lettura combinata delle suddette disposizioni induce a concludere che la Commissione è chiamata a rappresentare l'Unione esternamente e a condurre negoziati sulla base delle decisioni politiche adottate dal Consiglio. Al Parlamento spetta un'importante funzione di controllo politico nel settore. Esso deve quindi essere tenuto informato in merito ai principali sviluppi dei negoziati, nonché essere consultato dal Consiglio prima che quest'ultimo assuma una decisione definitiva[90]. Inoltre, il ruolo decisionale del Consiglio deve integrarsi nell'attività di orientamento del Consiglio europeo, ma non deve essere sostituito dalla stessa. Infine, la ripartizione delle competenze tra le istituzioni deve essere oggetto di una rigorosa attività di sorveglianza da parte della Corte, a sua volta soggetta al principio di equilibrio istituzionale[91] e, al contempo, incaricata di garantirne il rispetto.

In base al principio dell'equilibrio istituzionale, i singoli attori sono tenuti a rispettare tale ripartizione dei ruoli, per quanto tramite intese procedurali flessibili, anche al momento della conclusione di accordi di *soft law* in materia di riammissione. Sino ad oggi non è stato così.

---

89. Per una prima riflessione sulla potenziale funzione dell'equilibrio istituzionale nel delimitare la *soft law* cfr. S. Prechal, *op. cit.*, pp. 289-294.

90. La competenza del Parlamento è stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte con riferimento alla conclusione di accordi internazionali formali (cfr. ad esempio, Corte giust., sentenza del 14.6.2016, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-263/14, EU:C:2016:435, pt. 70-76 e Corte giust., sentenza del 24.6.2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 85). La Corte ha evidenziato altresì l'esistenza di una simmetria tra il ruolo decisionale del Parlamento a livello interno e le sue competenze a partecipare al processo decisionale a livello esterno e ha osservato che gli autori del Trattato hanno optato per tale scelta nell'intento di tutelare l'equilibrio istituzionale (sentenza del 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio*, C-244/17, EU:C:2018:662, pt. 22 e 30; sentenza del 24 giugno 2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 56. Inoltre, la Corte ha sottolineato spesso che «la partecipazione effettiva del Parlamento al processo decisionale, conformemente alle procedure previste dal Trattato, rappresenta un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal trattato medesimo. Tale competenza costituisce l'espressione di un principio democratico fondamentale, secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa» (Corte giust., *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, pt. 160 e relativa giurisprudenza citata all'interno).

91. Come la Corte ha costantemente ricordato, il principio è volto a tutelare le prerogative di *ciascuna* istituzione e, al contempo, a delinearne i rispettivi limiti di azione (cfr. ad esempio la sentenza sul *memorandum* d'intesa con la Svizzera, Corte giust., C-660/13, cit., pt. 31-32). Cfr. altresì S. Prechal, *op. cit.*, p. 281, in particolare la giurisprudenza citata alla nota 40; J.-U. Franck, *Striking a Balance of Power between the Court of Justice and the EU Legislature: The Law on Competition Damages Actions as a Paradigm*, *European Law Review*, n. 43.2018.

L'esempio più eclatante di sovvertimento di tale equilibrio istituzionale è la dichiarazione UE-Turchia, negoziata (dagli Stati membri all'interno del) Consiglio europeo senza tenere in alcuna considerazione la ripartizione dei ruoli tra le istituzioni[92].

Tuttavia, l'elusione dell'attribuzione costituzionale delle competenze caratterizza anche gli altri accordi summenzionati. In realtà, l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro, le procedure operative standard UE-Bangladesh e le procedure di ammissione UE-Etiopia sono state tutte negoziate dalla Commissione sulla base delle direttive precedentemente fornite dal Consiglio[93]. In questo modo il Parlamento è stato escluso sia dalla loro negoziazione che dalla loro conclusione, in aperto contrasto con quanto disposto dalla giurisprudenza della Corte, in base alla quale «la prassi [di un'istituzione] non potrebbe in effetti sottrarre alle altre istituzioni una prerogativa loro attribuita dagli stessi Trattati»[94].

La qualificazione di tali accordi come non vincolanti ha – di per sé – implicato la possibilità di escludere un controllo diretto da parte della Corte in base all'articolo 263 TFUE, dato che quest'ultimo è limitato agli atti «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi». Naturalmente, il controllo diretto degli accordi di *soft law* dipende in parte dall'interpretazione dell'articolo 263 TFUE fornita dalla Corte. Il Consiglio e la Commissione possono tentare di eludere il controllo politico da parte del Parlamento e il controllo giudiziale da parte della Corte tramite il ricorso ad accordi di *soft law*, ma è in ultima analisi la Corte a decidere se la forza normativa dei suddetti accordi sia sufficiente per consentire di operare un controllo di legittimità. Inoltre, resta sempre possibile operare un controllo indiretto per il tramite del procedimento pregiudiziale.

Sino ad ora la Corte non ha chiarito del tutto quali siano i criteri volti a stabilire se un'eventuale misura di *soft law* possa essere o meno sottoposta a controllo giurisdizionale[95].

---

92. In merito alla paternità della dichiarazione cfr. nota 9. La procedura di negoziazione della dichiarazione è stata caratterizzata dal ruolo predominante del presidente del Consiglio europeo, dal mancato coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio e dal ruolo limitato della Commissione. Si noti che la Commissione aveva peraltro rivestito un ruolo essenziale nella conclusione del piano d'azione (Commissione (2015) MEMO/15/5860, piano d'azione comune UE-Turchia) sulla base del quale è stata elaborata la dichiarazione e che il suo presidente era peraltro presente al momento della conclusione della dichiarazione.

93. Come emerge dagli scambi istituzionali relativi ai progetti di testo dei suddetti accordi (cfr. segretariato generale del Consiglio, «Nota punto al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 12191/1 6, 22 settembre 2016, progetto di adozione di un'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie»; Commissione, «Decisione C(2017) 6137 relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare»; segretariato generale del Consiglio, «Nota punto al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 15762/17, 18 dicembre 2017, procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea»).

94. Sentenza del 10 luglio 1986, *Wybot*, causa 149/85, EU:C:1986:310, pt. 23; cfr. P.-J. Loewenthal, *op. cit.*, p. 130 e la relativa giurisprudenza citata all'interno (nota 11).

95. Ad esempio cfr. C. Molinari, *EU Institutions in Denial*, *op. cit.*, p. 8 in merito alla manifesta contraddizione tra il criterio del controllo giurisdizionale degli strumenti di *soft law* nelle sentenze del Tribunale dell'Unione europea *Stanze di compensazione* (Corte giust., sentenza del 4.3.2015, *Regno Unito c. Banca centrale europea*, T-496/11,

Parte della dottrina ha chiesto apertamente alla Corte di indicare più chiaramente quale sia l'ambito della propria giurisdizione nei confronti della *soft law* ogni qual volta quest'ultima sia volta a produrre effetti dal punto di vista giuridico[96]. Tali esigenze sono state avvertite anche dalla Corte stessa, come dimostra il suggerimento dell'avvocato generale Bobek di adottare un'interpretazione estensiva del requisito di cui all'art. 263 TFUE, alla luce della «proliferazione dei vari strumenti di *soft law*»[97].

Benché ancora lontana dalla chiarezza auspicata dagli osservatori, la Corte ha già sottoposto a controllo alcuni accordi di *soft law* e ha ribadito la centralità del principio dell'equilibrio istituzionale sanzionando l'ingerenza della Commissione nella funzione decisionale propria del Consiglio[98]. Si auspica che, qualora alla Corte si presenti l'occasione di ribadire la rilevanza delle prerogative del Parlamento nella negoziazione degli accordi di *soft law*, non se la lasci sfuggire.

Se si considera sino a che punto la Corte si è spinta in passato per tutelare le prerogative del Parlamento alla luce del principio dell'equilibrio istituzionale, talvolta in aperto contrasto con i Trattati[99], non si può non concludere che sarebbe possibile una presa di posizione in merito all'esclusione del Parlamento tramite gli accordi di *soft law*. Ad avviso di chi scrive, l'interpretazione dei Trattati operata dalla Corte sembra spingersi oltre e suggerire, in particolare, che tutelare il ruolo del Parlamento sarebbe non solo possibile, ma addirittura necessario, anche quando lo stesso Parlamento sembri volersi spogliare volontariamente del proprio diritto di contestare la propria esclusione[100]. Naturalmente, la mancata iniziativa parlamentare in tal senso limita in pratica le possibilità che la Corte sia chiamata a pronunciarsi in merito, data la limitata natura dei ricorsi disponibili, in particolare, alle parti private[101].

EU:T:2015:133, pt. 40-48) ed *E-control* (Corte giust., sentenza del 19.10.2016, *E-Control c. ACER*, T-671/15, EU:T:2016:626, pt. 83).

96. M. Eliantonio e O. Stefan, *op. cit.*, p. 15.

97. Conclusioni dell'avvocato generale Bobek in C-16/16 P, *cit.*, pt. 4. Cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Bobek del 15.4.2021 sul caso *Fédération bancaire française (FBF)*, C-911/19, EU:C:2021:294, pt. 107 e 144.

98. Sentenza sul *memorandum* d'intesa con la Svizzera.

99. *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa 70/88, cit., pt. 25-26: è compito della Corte «garantire la piena applicazione delle disposizioni dei Trattati sull'equilibrio istituzionale, e far sì che al pari delle altre istituzioni il Parlamento non possa subire lesioni delle sue prerogative senza disporre di un ricorso giurisdizionale, tra quelli previsti dai Trattati, esperibile in modo certo ed efficace. *Il fatto che nei Trattati non vi sia una disposizione che attribuisca al Parlamento il diritto di agire con ricorso per annullamento può costituire una lacuna procedurale, ma è un elemento che non può prevalere sull'interesse fondamentale alla conservazione ed al rispetto dell'equilibrio istituzionale* voluto dai Trattati istitutivi delle Comunità europee.» (corsivo aggiunto).

100. Dato che l'attribuzione delle competenze alle istituzioni prevista dai Trattati non può essere modificata dalle istituzioni stesse (cfr. ad esempio Corte giust., sentenza del 28.4.2015, *Commissione c. Consiglio*, C-28/12, EU:C:2015:282, 42 e la relativa giurisprudenza citata all'interno).

101. La lettura restrittiva data dalla Corte in merito alla ricevibilità dei ricorsi in annullamento presentati da privati sulla base dell'art. 263 TFEU è stata rilevata già da tempo. Le voci critiche al riguardo non mancano e trovano propria formulazione più nota nelle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs sul caso *UPA*, C-50/00 P, EU:C:2002:197.

5. Conclusione

La prima parte del presente contributo ha individuato la giustificazione a supporto degli accordi di *soft law* nell'ordinamento giuridico dell'Unione, giungendo alla conclusione secondo cui, sino ad ora, tali accordi sono stati adottati con lo scopo precipuo di aggirare i vincoli costituzionali. In un ordinamento giuridico autonomo basato sullo stato di diritto tale obiettivo è chiaramente incostituzionale, soprattutto quando implica l'utilizzo di strumenti in grado di incidere sui diritti fondamentali.

Il presente saggio ha ipotizzato che gli accordi di *soft law* possano essere conclusi in modo compatibile con la struttura costituzionale dell'Unione. In particolare, tali accordi potrebbero perseguire legittimamente gli obiettivi di flessibilità e celerità senza rinnegare gli imperativi fondamentali imposti dal principio dello stato di diritto: responsabilità nell'esercizio della *governance* pubblica e assenza di arbitrarietà nell'esercizio dei poteri pubblici.

Per rispettare i suddetti imperativi, gli accordi di *soft law* dovrebbero essere adottati in ossequio ai principi dell'ordinamento giuridico dell'UE che garantiscono l'attribuzione di responsabilità senza vincolare necessariamente le istituzioni al rispetto di rigide procedure. Tra tali principi, l'equilibrio istituzionale è particolarmente idoneo al compito di garantire un inquadramento sufficientemente duttile, poiché offre un certo grado di flessibilità e, al contempo, è in grado di indirizzare le azioni e le interazioni istituzionali.

La seconda parte del presente articolo ha esaminato più nel dettaglio il potenziale insito nel principio dell'equilibrio istituzionale in relazione agli accordi di *soft law*, sottolineando che quelli conclusi sino ad ora dall'Unione nel settore della riammissione non hanno rispettato il suddetto principio, avendo escluso sistematicamente il Parlamento ed avendo tentato di eludere lo scrutinio della Corte. Quest'ultima è stata individuata come l'istituzione incaricata di garantire il rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale. A tale riguardo, il contributo ha ipotizzato, in particolare, che la tutela giudiziaria delle prerogative del Parlamento sarebbe possibile e auspicabile[102].

In conclusione, il presente saggio ha evidenziato l'esigenza di un approccio agli accordi di *soft law* nel settore della riammissione basato sul rispetto di una serie di principi necessari per tutelare il fondamentale istituto dello stato di diritto, con particolare riferimento alla responsabilità correlata all'esercizio dei poteri pubblici. Si sostiene che quest'ultima non

102. La Corte stessa ha sottolineato l'importanza di tutelare il ruolo del Parlamento all'interno della struttura istituzionale dell'Unione, dato che «la partecipazione effettiva del Parlamento al processo decisionale [...] costituisce l'espressione di un principio democratico fondamentale, secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa» (*Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, cit., pt. 160 e relativa giurisprudenza citata all'interno).

debba essere accantonata con leggerezza in nome della flessibilità, della celerità o dell'efficacia.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

LA DETENZIONE DEGLI STRANIERI TRA "RESTRIZIONE" E "PRIVAZIONE" DI LIBERTÀ: LA CEDU ALLA RICERCA DI *GODOT*

di Lorenzo Bernardini

Abstract: *L'applicazione amministrativa di misure detentive nei confronti degli stranieri è una tecnica legale largamente adoperata dagli Stati europei per gestire i fenomeni migratori, esercitando così il proprio potere sovrano di controllo del territorio. Tali misure comprimono pesantemente il diritto alla libertà ex art. 5 CEDU di cui tutti sono beneficiari. Le numerose garanzie CEDU previste a vantaggio del prigioniero (ad es. il diritto di habeas corpus) vengono attivate solamente quando la persona coinvolta è privata – e non semplicemente ristretta – della propria libertà personale. Così, a partire da Engel e altri e Guzzardi, la Corte di Strasburgo ha tentato di elaborare un sistema di criteri per operare questa complessa distinzione, proponendo di considerare una serie di fattori da adattare in casu. Tale approccio è stato tuttavia rivisto dalla medesima Corte in anni più recenti, quando una diversa griglia valutativa è stata proposta, con riferimento specifico ai soli migranti in detenzione amministrativa. Invero, la direzione così intrapresa negli ultimi tempi dalla Corte EDU nei confronti dei soli stranieri detenuti rischia di porsi in aperto contrasto con la natura universale del diritto alla libertà. Così, il recupero dei criteri Guzzardi anche ai casi di detenzione amministrativa dei migranti potrebbe evitare un accertamento differenziato dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU nei loro confronti.*

Abstract: *Administrative detention measures vis-à-vis TCNs are legal tools widely applied by EU Member States to manage migration phenomena by exercising their sovereign power to control their territory. Indeed, these measures heavily compress the right to personal liberty enshrined in Article 5 ECHR of which everyone is entitled. The various ECHR guarantees provided for the detainee (e.g., the right to have lawfulness of detention speedily examined by a court) are triggered only when the latter is deprived – and not simply restricted – of his/her personal freedom. Thus, starting with Engel and Others and Guzzardi, the ECtHR has attempted to develop a system of criteria to distinguish those two circumstances, proposing to consider several factors to be adapted in casu. Yet, this approach has been partly overruled by the ECtHR in more recent years, when a different evaluation grid was built up with specific reference to migrants only. Indeed, the direction taken in recent times by the Strasbourg Court vis-à-vis TCNs placed in immigration detention risks being in open contrast with the universal nature of the right to liberty as enshrined in Article 5 ECHR. Conversely, a revival of the criteria established in Guzzardi also to cases of administrative detention of migrants could avoid a nuanced assessment over the applicability of Article 5 ECHR to them.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA DETENZIONE DEGLI STRANIERI TRA "RESTRIZIONE" E "PRIVAZIONE" DI LIBERTÀ: LA CEDU ALLA RICERCA DI *GODOT*

di Lorenzo Bernardini*

SOMMARIO: 1. Le coordinate storico-normative del problema, tra *crimmigration* e "amministrativizzazione" della libertà personale. – 2. L'articolo 5 CEDU e sua applicabilità generale: da *Guzzardi* ad *Austin e altri*. – 3. La giurisprudenza *ad hoc* in materia di stranieri detenuti. – 3.1. Le zone di transito aeroportuali. – 3.2. Le stazioni di polizia. – 4. La svolta inaspettata: una (inconferente?) lista di criteri. – 5. Inadeguatezze dell'approccio CEDU e sguardi al futuro: un ritorno a *Guzzardi*

«L'uomo è nato libero e dappertutto è in catene.»
J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, 1762

1. Le coordinate storico-normative del problema, tra *crimmigration* e "amministrativizzazione" della libertà personale

Si deve ad Alessandro Spena – nel solco già tracciato *illo tempore* da Sigmund Freud ed Hannah Arendt – il recupero e l'attualizzazione della definizione dello «straniero-massa» come *das Unheimliche*, entità inquietante e perturbante che, secondo alcuni, porrebbe inevitabilmente a rischio sia l'equilibrio sociopolitico delle società occidentali che il «benessere delle fasce più deboli della popolazione»[1]. Fastidiosamente considerato come elemento avulso dal quieto vivere del mondo libero e civilizzato, il «migrante» si trasforma, a seconda delle occasioni, in «nemico» da combattere strenuamente[2], in «estraneo» da respingere senza indugio[3], in «diverso» da evitare a tutti i costi[4]. La distorsione simbolico-rappresentativa del fenomeno migratorio – alla cui composizione ha contribuito *de facto* la retorica nazional-populista culturalmente egemonica (per dirla *à la* Gramsci) in Europa

* Dottorando di ricerca in *Global Studies* presso l'Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo».

1. A. Spena, *Il «gelo metallico dello stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2.2019, p. 450, e bibliografia citata.

2. V., a questo proposito, A. Caputo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *St. Quest. Crim.*, n. 1.2007, pp. 45-64.

3. *Inter alia*, adopera l'espressione «estraneo ineliminabile», L. Tarantini, *L'Altro prossimo venturo. La relazione terapeutica con il migrante*, Milano, FrancoAngeli, 2014, p. 47.

4. V., ad esempio, A. Ciniero, *L'altro, lo straniero, il nemico. Politiche e governance delle migrazioni tra razzismo e discriminazione. Il caso dell'Italia nel panorama europeo*, in *Giornate di studio sul razzismo 2019-2020*, a cura di F. Ciracì-S. Cristante-A. Pisanò, Lecce, Università del Salento, 2021, p. 59 ss.

soprattutto nell'ultimo decennio[5] – può ben essere compendiata, parafrasando Foucault, nel binomio «*Proteggere e punire!*»[6], che costituisce kantianamente l'«imperativo categorico» cui gli Stati europei si sono passivamente conformati. Ad una minaccia proveniente dall'esterno, infatti, notoriamente si reagisce rafforzando le proprie difese interne, le quali, in questo caso, non coincidono meramente con la fortificazione materiale dei confini terrestri e marittimi dei Paesi membri dell'UE, ma anche con lo sviluppo di un «altro diritto»[7], vale a dire un *corpus* giuridico *ad hoc* dedicato ai «non-cittadini» *lato sensu* considerati (i.e. quelli extra-UE).

Seguendo l'ideologica equazione straniero = nemico, le norme di nuovo conio hanno *in primis* sfruttato la leva penale – quale nocciolo duro del potere statuale – per gestire e governare il fenomeno migratorio, prevedendo *inter alia* nuove fattispecie di reato precipuamente dedicate ai migranti (c.d. *crimmigration*), seguendo la logica, teorizzata da Jakobs diversi anni fa, del c.d. «diritto penale del nemico» [*Feindstrafrecht*][8]. Nel senso inteso dal giurista tedesco, lo straniero costituisce *de visu* il nemico ideale: sradicato dalla propria terra d'origine, sprovvisto di precisa identità, culturalmente identificabile come "altro" e facilmente passibile di attribuzione di qualsivoglia etichetta – prima fra tutte quella di criminale –: il diritto penale può quindi subire una mutazione genetica, che ne muta gli scopi tradizionali, e può dunque spingersi sino a sanzionare, con il carcere, la condotta del soggetto alieno in quanto tale (si pensi, *ex multis*, all'introduzione del reato di immigrazione clandestina avvenuto in quasi tutti gli Stati membri dell'UE)[9]. La *ratio* di prevenzione generale sottesa a tale scelta legislativa è evidente: un ben preciso «messaggio [viene] mandato ai membri della società»[10].

Con le parole di Vico, una «eterogenesi dei fini» era tuttavia dietro l'angolo: è vero che la leva penale viene talvolta – e per motivi spesso ideologici – azionata contro categorie ben precise (come i migranti) per scopi meta-giuridici (in questo caso, scoraggiare l'arrivo di

5. V., sul punto, F. Yılmaz, *Right-wing hegemony and immigration: How the populist far-right achieved hegemony through the immigration debate in Europe*, in *Current Sociology*, n. 60(3).2012, pp. 368-381.

6. Il riferimento è a M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it di Alcesti Tarchetti, Collana Paperbacks, n. 77, Milano, Einaudi, 1976.

7. È ripresa l'espressione di A. Travi, *Le nuove leggi sui migranti e l'"altro" diritto*, in *Dir. pubbl.*, n. 3.2019, pp. 675-691.

8. La teoria venne presentata, per la prima volta, nell'articolo di G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97.1985, pp. 751-785. V., più di recente, G. Jakobs-M. Cancio Melià, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 19-56.

9. D'altronde, è lo stesso Jakobs a notare che «la difesa dalla minaccia di pericoli sarebbe di per sé compito della polizia», chiedendosi poi «perché allora è il diritto penale a intraprendere questo compito nonostante il pericolo di una sua trasformazione in istituzione poliziesca?» (G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, relazione dattiloscritta del convegno *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli* [Trento 10-11 marzo 2006], p. 123).

10. Questa la sempre attuale espressione di J. Andenaes, *The general preventive effects of punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 114(7).1966, p. 949, trad. propria.

nuovi nemici o, alternativamente, incoraggiare quelli già presenti sul territorio ad andarsene)[11], ma il processo penale che consegue all'incriminazione per tali reati conserva, generalmente intatte, un insieme di irrinunciabili – ed antiche – garanzie di ordine sostanziale e procedurale, che potrebbero inceppare la macchina organizzativa così come immaginata dall'autorità, ritardando ad es. la condanna o l'irrogazione di misure cautelari[12].

Tale circostanza, unitamente alle forti resistenze anche di ordine sovranazionale[13], ha portato alla nascita di un secondo gruppo di inedite misure – formalmente afferenti al diritto amministrativo – le quali, col tempo, si sono progressivamente imposte nella prassi degli ordinamenti giuridici degli Stati membri[14]: si tratta di istituti scevri di quella solida impalcatura garantista che connota il diritto penale e, probabilmente per questo, sono stati (e sono tuttora) preferiti *de facto* dalla stragrande maggioranza dei Paesi coinvolti nel fenomeno migratorio.

Tra questi, la detenzione amministrativa degli stranieri irregolari ha giocato da sempre un ruolo preponderante: essa è strumento politico «di controllo dei confini»[15] e delle «migrazioni»[16], ed implica una privazione di libertà – *de facto* analoga a quella disposta nel contesto di un procedimento penale[17] – disposta per implementare le procedure di respingimento o di espulsione dello straniero irregolare. Misura teleologicamente orientata, quindi, utilizzata per mera «opportunità amministrativa»[18]: a fronte del medesimo grado di coercizione, vengono previste blande garanzie che sarebbero impensabili in un contesto

11. A. Leerkes-M. Kox, *Pressured into a preference to leave? A study on the "specific" deterrent effects and perceived legitimacy of immigration detention*, in *Law & Society Review*, n. 51(4).2017, p. 895.

12. Si pensi, ad es., al diritto di nominare un difensore (o, in mancanza, all'assegnazione automatica di un difensore d'ufficio), al diritto di essere informato sul procedimento in corso, al diritto al silenzio (ed a non rendere dichiarazioni *contra se*), al diritto alla traduzione degli atti o, infine, al diritto ad impugnare i provvedimenti limitativi della libertà personale innanzi all'Autorità Giudiziaria entro scansioni temporali ben precise.

13. L'applicazione del diritto penale nei confronti del migrante è stata più volte considerata come ostacolo all'effettiva espulsione dello stesso (che verrebbe detenuto *invece di* essere immediatamente respinto/allontanato dal territorio) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE: v., a questo proposito, N. Vavoula, *The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, a cura di V. Mitsilegas-M. Bergström-T. Konstadinides, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 299 ss.

14. Per un'analisi del panorama italiano v. M. Benvenuti, voce *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera-A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 398-437.

15. M. Pichou, *Reception or Detention Centres? The detention of migrants and the EU 'Hotspot' Approach in the light of the European Convention on Human Rights*, in *KritV*, n. 2.2016, p. 118.

16. S.J. Silverman, *Under the Umbrella of Administrative Law: Immigration Detention and the Challenging of Producing Just Immigration Law*, in *APA Newsletter on Hispanic/Latino Issues in Philosophy*, n. 17(2).2018, p. 9.

17. Concorda, in questo senso, D. Wilsher, *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge, CUP, 2012, p. 153, che definisce la detenzione amministrativa come un «*punishment without a definite crime*». V. anche A. Leerkes-M. Kox, *op. cit.*, p. 896.

18. L. Masera, *«Terra bruciata» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale del diritto*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 81.

penalistico[19], ciò che concretizza una vera e propria «amministrativizzazione» della libertà personale[20]. Forse proprio questo è il suo "lato oscuro": celarne la natura ontologicamente penalistica edulcorandola semanticamente[21] e, per l'effetto, enfatizzare «oltremisura la discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza, relegando ai margini l'autorità giudiziaria»[22]. Il risultato ottenuto è stato particolarmente vantaggioso per gli Stati, che hanno potuto contare sull'assenso esplicito del diritto internazionale[23], di quello eurounitario e dell'ordinamento CEDU, all'utilizzo di tale forma di «*quasi-punitive system of immcarceration*»[24], che implica una serie di (scarne) protezioni a vantaggio del migrante trattenuto[25].

2. L'articolo 5 CEDU e sua applicabilità generale: da *Guzzardi* ad *Austin e altri*

Focalizzando la nostra attenzione sull'ordinamento di Strasburgo, è stato giustamente rilevato che è una «statuizione inequivocabile»[26] ad aprire il disposto dell'art. 5 CEDU: il diritto alla libertà e alla sicurezza deve essere garantito a «*everyone*», senza distinzione di cittadinanza. Eppure, la connotazione universalistica che, a prima vista, parrebbe informare la norma *de qua* viene immediatamente messa in secondo piano da una «articolata indicazione»[27] delle eccezioni che – in circostanze ben precise – possono legittimare un pregiudizio per la libertà o la sicurezza della persona interessata. Il paradigma di prevenzione adottato nei confronti degli stranieri raggiunge il suo apice con la «infelice disposizione»[28] scolpita nella lettera *f* dell'art. 5 CEDU, che consente *expressis verbis* la

19. Sia permesso il rinvio, in tema di *habeas corpus*, a L. Bernardini, *Il «pronto riesame giudiziario» del trattenimento degli stranieri irregolari: un habeas corpus "debole" all'interno dello spazio giuridico dell'UE?*, in *Cass. pen.*, n. 5.2021, pp. 1861-1871.

20. L'efficacissima osservazione è di M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il* caso Khlaifia, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 70.

21. Si noti che nell'ordinamento italiano si parla di «trattenimento», in quello francese di «*rétention*» e in quello tedesco «*Inhaftnahme*». Diversamente, nel diritto inglese si è preferito adoperare la dicitura «*detention*», identica alla terminologia penalistica già tradizionalmente utilizzata.

22. Così A. Pugiotto, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, n. 3.2014, p. 587.

23. International Commission of Jurists (ICJ), *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Ginevra, 2012, p. 157. V. anche G. Colavecchio, *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Dem. e Sic.*, www.democraziaesicurezza.it/Rivista, n. 4.2015, *passim*.

24. La condivisibile espressione, mutuata dal contesto americano, è di A. Kalhan, *Rethinking Immigration Detention*, in *Colum. L. Rev. Sidebar*, n. 110(42).2010, p. 43.

25. Per una breve disamina sul punto v. L. Mancano, *The European Union and Deprivation of Liberty: A Legislative and Judicial Analysis from the Perspective of the Individual*, Londra, Bloomsbury, 2019, p. 145 ss.

26. I. Bryan-P. Langford, *The Unlawful Detention of Unauthorised Aliens Under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic J. Int'l Law*, n. 80(2).2011, p. 197 ss.

27. A. Celotto, *Art. 6. Diritto alla libertà e sicurezza*, in *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, il Mulino, 2001, p. 73.

28. G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013, p. 89.

detenzione «senza reato»[29] di una «*person*» (ma *de facto* si tratta solo dei non-cittadini) sia per prevenirne l'entrata non autorizzata, sia per espellerla dal territorio. A mitigare la portata perentoria di tale prescrizione è giunta in soccorso la giurisprudenza della Corte europea, che ha delineato a più riprese una serie di limiti in capo agli Stati membri quando decidono di privare un migrante della sua libertà: sebbene la detenzione non debba – inspiegabilmente[30] – essere necessaria *in concreto*, le autorità procedenti devono agire seguendo il principio di legalità, imponendo misure detentive che non siano arbitrarie e solamente nei due casi previsti dall'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU[31], pena la loro inevitabile «*unlawfulness*». A tali garanzie si ricollegano *naturaliter* quelle stabilite dai paragrafi seguenti dell'articolo 5 CEDU, autentici presìdi di legalità che compongono un cordone sanitario intorno al migrante in detenzione (e.g. il diritto all'*habeas corpus*)[32], evitando così che lo Stato possa ingerirsi indebitamente nell'esercizio del diritto di libertà e sicurezza garantito all'individuo.

Il "peccato originale" di tal disciplina, tuttavia, non risiede solamente – come parte della dottrina ha correttamente riportato – nella intrinseca debolezza dell'architettura garantista eretta in favore dello straniero[33], quanto piuttosto sul presupposto logico-fattuale che attiva tale protezione, vale a dire la sussistenza effettiva di una privazione di libertà e non di una mera restrizione[34]. L'intima ambiguità della misura *de qua* – a metà strada tra il diritto penale e quello amministrativo – si riflette *de visu* nel fatto che il confinamento del migrante avviene, di regola, in luoghi ibridi (come «Centri di accoglienza o (...) zone di transito aeroportuali»[35], stazioni di polizia, ma anche «*hotspots*, tenso-strutture, autobus para-ministeriali»[36]) che non sempre consentono, con chiarezza, di identificare se si ricada nella

29. G. Campesi-G. Fabini, *La detenzione della "pericolosità migrante"*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, n. 2.2017, p. 516.

30. Il diritto internazionale, per es., ritiene fondamentale che la detenzione degli stranieri sia necessaria *in concreto* (v. UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, p. 21, disponibile all'url: https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html).

31. Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito* [GC], 29.1.2008, ric. 13229/03, §§ 67-74.

32. Sia permesso il richiamo a L. Bernardini, *Il «pronto riesame giudiziario»*, cit., p. 1869 ss.

33. V., *inter alia*, le riflessioni di D. Loprieno, *"Trattenere e punire". La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 67 ss., e G. Cornelisse, *Immigration detention and Human Rights*, Leida, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 282 ss.

34. Le ipotesi di «restrizione» della libertà sono regolate dall'art. 2, Prot. 4 CEDU. Le pertinenti garanzie, tuttavia, vengono garantite espressamente solo a chi sia «*lawfully within the territory of a State*», escludendo così dall'applicazione *ratione personae* i migranti irregolari. Essi, qualora fossero «ristretti» (e non «privati») della loro libertà, sarebbero quindi posti in un preoccupante limbo giuridico.

35. Y. Ktistakis, *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, CoE Publishing, 2013, p. 33.

36. M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Quest. giust.*, n. 2.2018, p. 170.

prima o nella seconda ipotesi[37]. Rilevantissime, però, sono le conseguenze che discendono da tale *distinguishing*, perché solamente in caso di privazione di libertà le garanzie dell'art. 5 CEDU possono essere legittimamente invocate dal detenuto.

Così, partendo da una *vexata quaestio* – privazione o non privazione? – di chiaro sapore amletico, la Corte di Strasburgo ha progressivamente codificato una serie di princìpi generali, da applicarsi *case-by-case*, per tracciare il confine definitorio tra i due concetti. Compito tutt'altro che semplice, come si vedrà, e tuttavia ineludibile, poiché implicante quel vaglio di ammissibilità sulle doglianze del ricorrente, che i giudici europei devono svolgere *motu proprio*. Detenere lo straniero, infatti, è attività caratterizzata da innegabili «elementi di ambiguità»[38] che vanno sciolti, in sede giudiziaria, non solo per proteggere l'individuo interessato ma anche per condannare, se del caso, gli Stati convenuti, i quali hanno tradizionalmente adottato un «approccio minimalista»[39] innanzi la Corte: essi restano il più delle volte convinti che le proprie attività – *de facto* detentive – di gestione dell'immigrazione (e spesso celate sotto denominazioni edulcorate, come accoglienza, permanenza o confinamento) debbano essere considerate mere restrizioni di libertà. Così, esse non consentirebbero *de plano* l'attivazione dell'impalcatura protettiva plasmata dall'art. 5 CEDU in favore dello straniero detenuto.

Sulla «natura giuridica»[40] della detenzione, la Corte di Strasburgo ha tentato, come si è detto, di enucleare – seguendo un approccio pragmatico – gli indici per decretare quando un individuo è stato effettivamente privato della propria libertà. La prima vicenda che ha interessato i giudici europei, seguendo l'approccio già tratteggiato in *Engel e altri*[41], risale al lontano 1980: il celebre caso *Guzzardi*[42] – il cui nocciolo duro concerneva essenzialmente la qualificazione delle misure (amministrative) di prevenzione applicate ad un condannato in via definitiva per crimini mafiosi[43] – ha permesso alla Corte di pronunciarsi sulla questione con un approccio inedito, a tratti sibillino. Partendo dal presupposto che «la natura e la sostanza di entrambi i diritti è qualitativamente la medesima»[44], il Collegio europeo – con

37. Lo notano, *inter alia*, M. Flynn, *Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 31(3).2012, p. 44 ss., e G. Cornelisse, *op. cit.*, p. 280 ss.

38. G. Cornelisse, *op. cit.*, p. 280.

39. M. Flynn, *op. cit.*, p. 44.

40. ICJ, *op. cit.*, p. 158.

41. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, ricc. 5100/71 *et al.*, spec. § 59. I criteri enucleati in quella sede, da tenersi in considerazione per l'espletamento di una *actio finium regundorum* tra i due concetti, erano segnatamente «*nature, duration, effects and manner of execution*».

42. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, 6.11.1980, ric. 7367/76.

43. In particolare, al ricorrente – terminata la sua pena – venne imposta una residenza coattiva [*compulsory residence*] presso l'isola dell'Asinara, in un'area di 2,5 km^2 (su un totale di 50 km^2) con l'applicazione di un coprifuoco notturno, l'obbligo di rendere edotta l'autorità competente due volte al giorno dei propri spostamenti e la pesante limitazione dei contatti con il mondo esterno, per almeno 16 mesi (*ivi*, § 12).

44. M. Pichou, *op. cit.*, p. 126.

una decisione adottata con risicata maggioranza – ha precisato che l'unica differenza accertabile tra restrizione e privazione di libertà è di grado o intensità[45]. In altre parole, ciò che fa la differenza è la *concrete situation*, vale a dire l'insieme di tutti i fattori che caratterizzano nei fatti, e complessivamente, la misura controversa: il grado di coercizione raggiunto in quella specifica circostanza determinerà se l'individuo ha patito o meno una privazione della propria libertà, analizzando in particolare «*type, duration, effects and manner of implementation*»[46]. D'altronde, sottolinea la Corte, non è possibile stabilire *a priori* se una determinata situazione di fatto sia o meno equiparabile alla detenzione, in quanto «*deprivation of liberty may (...) take numerous other forms*» rispetto a quelle tradizionali[47]. La linea di demarcazione, per tal motivo, non può essere tracciata con precisione: i giudici europei riconoscono che – in certi *borderline cases* – il vaglio operato potrebbe essere ricondotto a una *matter of pure opinion*. Affermazione che, ad onor del vero, ha sollevato dure critiche da parte dei giudici dissenzienti[48].

Le dense nebbie aleggianti sulla distinzione normativa tra privazione e restrizione di libertà non sono state diradate neppure in seguito con il caso *Raimondo* (1994), in cui l'irrogazione di una misura di prevenzione (la c.d. «sorveglianza speciale di polizia») – concernente l'applicazione congiunta di un coprifuoco notturno (durante il quale il ricorrente avrebbe dovuto restare presso il proprio domicilio), un obbligo di firma presso l'Autorità di Pubblica Sicurezza in certe giornate e un obbligo di informare la polizia ogniqualvolta il ricorrente avesse lasciato il proprio domicilio – venne ritenuta una mera restrizione della libertà di movimento[49].

Con *Austin e altri*[50] (2012) – decisione adottata dal Collegio di Strasburgo nella più solenne composizione – l'approccio della Corte in materia subisce inaspettatamente una visibile deviazione, che stravolge il quadro assiologico elaborato nel tempo. Il caso in esame concerneva la qualificazione *ex* art. 5 CEDU di un cordone di polizia, applicato nei confronti dei ricorrenti per circa 7 ore, che aveva impedito agli stessi di allontanarsi dal luogo ove erano stati temporaneamente confinati. Se da un lato, infatti, i quattro criteri *Guzzardi* vengono recuperati *in toto*, dall'altro la *Grande Chambre* ne aggiunge un quinto, vale a dire

45. Corte EDU, *Guzzardi*, cit., § 93.

46. *Ivi*, § 92: essi vengono comunemente denominati i criteri *Guzzardi*.

47. *Ivi*, § 95.

48. Nella sua *dissenting opinion* il giudice Fitzmaurice, con particolare asprezza, ha rimarcato che se è vero che ogni *privazione* di libertà deve intrinsecamente implicare una *restrizione* di essa, non si può affermare però il contrario, rendendo «*otiose*» l'art. 2 Prot. 4 CEDU (v. *Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice*, § 6[c]). Peraltro, andava rilevato, ha sottolineato il giudice Zekia, che nei casi-limite come quello di *Guzzardi* lo Stato convenuto – in presenza di un ragionevole dubbio sulla correttezza della propria condotta – non avrebbe dovuto essere ritenuto responsabile per la violazione delle pertinenti norme convenzionali (v. *Dissenting Opinion of Judge Zekia*).

49. Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22.2.1994, ric. 12954/87, § 39.

50. Corte EDU, *Austin e altri c. Regno Unito*, 15.3.2012, ric. 39692/09 *et al.*

«*the context in which action is taken*»[51], e quindi la *ratio* per la quale la misura controversa è stata disposta. Enfatizzando che l'azione della polizia si era resa necessaria per il mantenimento dell'ordine pubblico, in assenza di alternative meno afflittive, il Collegio europeo conclude che i ricorrenti posti all'interno del cordone erano stati meramente ristretti della loro libertà[52]. Appare evidente, *rebus sic stantibus*, che il grado di coercizione subìto da un individuo non dovrebbe ragionevolmente essere *de facto* influenzato dalle motivazioni – dichiarate o presunte – poste alla base della misura controversa: basti pensare, banalmente, che una persona posta in detenzione penale, e quindi all'interno di un istituto penitenziario, è privata della libertà per via delle caratteristiche della sua situazione concreta (e la *ratio* della misura non assume alcuna rilevanza in tal senso). Solo «guardando la privazione [di libertà] attraverso gli occhi dello Stato» [53] potremmo addivenire alla conclusione (abnorme) che persino le origini dogmatiche dell'istituto controverso possano avere rilevanza nell'accertamento della sussistenza di una detenzione. Orbene, è possibile dedicare – si chiedono correttamente i giudici dissenzienti – un trattamento differente alle privazioni di libertà adottate per motivi di ordine pubblico (e per ciò stesso passibili di essere ritenute più agevolmente mere *restrictions*) e quelle prive di tale *animus*?[54] La risposta fornita dalla Corte nella giurisprudenza successiva pare escludere la rilevanza della *ratio* della misura controversa per decretare la sussistenza o meno di una privazione di libertà ai danni di un individuo[55].

3. La giurisprudenza *ad hoc* in materia di stranieri detenuti

La «ardua riconduzione»[56] all'una o all'altra categoria di pregiudizio per il diritto alla libertà è stata oggetto di una serie di cruciali sentenze che hanno tentato – con alcuni innesti discutibili – di calare i criteri di distinzione testé riportati all'interno del peculiare contesto migratorio. Disagevole, come si vedrà, adottare la metodologia generale per applicarla nel *particulare*: privazione di libertà e detenzione amministrativa stanno tra loro in un rapporto di genere a specie e i luoghi ove quest'ultima viene tradizionalmente implementata – recuperando un concetto elaborato dall'antropologo Marc Augé – possono essere considerati a tutti gli effetti dei «non luoghi» [*non-lieux*], zone del territorio nazionale ove i migranti,

51. *Ivi*, § 59.

52. *Ivi*, § 68, ove la Corte – a mo' di *excusatio non petita* – specifica però che la decisione era stata adottata basandosi sulle «*specific and exceptional facts of this case*».

53. D. Mead, *The Right To Protest Contained By Strasbourg: An Analysis of Austin v. UK & The Constitutional Pluralist Issues it Throws Up*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 17.4.2012.

54. Questa è la sintesi dell'aspra *Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Spielmann e Garlicki*, *passim*.

55. V., *inter alia*, Corte EDU, *Rozhkov v. Russia (no. 2)*, 31.1.2017, ric. 38898/04, § 74.

56. D. Loprieno, *op. cit.*, p. 68.

coatti abitatori che vi dimorano, sono meramente destinati a transitarvi, senza appartenervi mai compiutamente[57].

Tralasciando i tradizionali luoghi di confinamento degli stranieri (i c.d. Centri di accoglienza), si analizzeranno nel dettaglio gli approdi giurisprudenziali raggiunti dal Collegio di Strasburgo in merito alla detenzione implementata nelle c.d. zone di transito aeroportuali (§ 3.1.) e all'interno delle stazioni di polizia (§ 3.2.), luoghi non propriamente deputati al trattenimento di persone e, per tal motivo, forieri di specifiche criticità.

3.1. Le zone di transito aeroportuali

Le *transit zones* aeroportuali nascono, per definizione, allo scopo di «facilitare il passaggio di merci e persone sul territorio di uno Stato senza che queste siano considerate, in una certa misura, formalmente entrate sul territorio» [58]. Sono dunque aree di un determinato Paese dove vige una *fictio* di extraterritorialità[59]. Si comprende meglio, da questa angolatura, in che senso tali aree siano caratterizzate da un'ambiguità di fondo, quasi fossero zone franche, ove alle autorità nazionali viene permesso – come spesso accade – di adottare (arbitrariamente) misure *de facto* privative della libertà personale delle persone *ivi* presenti[60].

Esse rappresentano il terreno elettivo ideale per comprendere le difficoltà argomentative sostenute dalla Corte per rispondere al dubbio amletico sull'applicabilità dell'art. 5 CEDU. Non è un caso, quindi, che la prima decisione sul punto – la celebre *Amuur c. Francia* (1996)[61] – riguardi proprio la permanenza di quattro fratelli somali presso i locali adiacenti ad un aeroporto. Destreggiandosi tra il diritto inalienabile degli Stati nel governare i flussi migratori e riconoscendo le difficoltà insite nell'accoglienza dei richiedenti asilo, i giudici di Strasburgo elaborano un principio fondamentale, recuperato a più riprese dalla giurisprudenza successiva: il trattenimento [*holding*] dei migranti nelle zone internazionali degli aeroporti implica, di regola, una inevitabile restrizione – e non

57. Il concetto di «*non-lieux*» è stato enunciato, per la prima volta, in M. Augé, *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, 1992, tr. it. a cura di D. Rolland-C. Milani, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Milano, Elèuthera, 2009.

58. Così A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce della prassi*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 53.

59. V., a questo proposito, S. Aidoudi-A. Ammirati-A. Massimi, *Ombre in frontiera. Politiche informali di detenzione e selezione dei cittadini stranieri*, in *ASGI-Progetto InLimine*, marzo 2020, p. 24, disponibile al seguente url: https://bit.ly/3rFO8aQ, ove viene sottolineata la *ratio* di tale prassi, vale a dire la semplificazione delle «procedure di allontanamento dei cittadini stranieri».

60. V., per tutti, le considerazioni di A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, in *ASGI-Progetto InLimine*, gennaio 2021, p. 33 ss., disponibile al seguente url: https://bit.ly/3DsBeiW.

61. Corte EDU, *Amuur c. Francia* [GC], 25.6.1996, ric. 19776/92.

privazione – di libertà[62], a patto però che il confinamento *de quo* non si prolunghi eccessivamente [*excessively*] e sia accompagnato da adeguate garanzie [*suitable safeguards*], tra cui viene menzionata espressamente la possibilità di un celere riesame giudiziario dei presupposti per la permanenza nella zona di transito[63]. Il fattore temporale acquisisce, quindi, un ruolo preponderante nell'approccio adottato dalla Corte, sebbene rimanga fumosa la sua conformazione *in concreto*[64]. Ciò che sinceramente sconcerta, però, è l'assunto per cui l'iniziale trattenimento disposto nei confronti dello straniero può essere *de plano* qualificato come restrizione di libertà – sulla base di motivazioni di *realpolitik* – rinunciando la Corte ad operare un vaglio materiale sulle caratteristiche della misura (ad es. il grado di coercizione applicato, o le caratteristiche del luogo designato), come se la zona di transito possa costituire, almeno per un breve periodo di tempo, un luogo (*rectius*: un non-luogo) posto al di fuori delle garanzie convenzionali previste dall'art. 5 CEDU. Una siffatta «interpretazione minimale»[65] del concetto di privazione di libertà finisce tuttavia per svilire i diritti dell'individuo a scapito delle prerogative nazionali: chi può dire che la permanenza nelle zone internazionali degli aeroporti sia inevitabile *a priori* (senza vagliare eventuali alternative disponibili) e che, per tal motivo, essa implichi *ex se* – per un breve periodo e con adeguate garanzie (peraltro difficili da immaginare in contesti temporali particolarmente corti) – una mera restrizione di libertà?

Sebbene risoltosi infine a favore dei migranti[66], il caso *Amuur* ha costituito il pilastro giurisprudenziale che ha reso inattaccabile la prassi degli Stati di continuare a trattenere gli stranieri nelle zone di transito, anche in «assenza di un limite temporale ben preciso»[67], allo scopo di «far fronte alle necessità pratiche di identificare lo straniero che fa ingresso nel Paese, o per l'instaurazione della domanda d'ammissione sul territorio a titolo di asilo»[68]. Misure *de facto* detentive, suggerisce la Corte, possono essere tollerate se applicate agli

62. *Ivi*, §§ 42-43.

63. *Ivi*, § 43. A tal proposito, la Corte enfatizza che si tratta di persone che non hanno commesso illeciti penali, ma hanno lasciato i loro Paesi d'origine, spesso in pericolo di vita. V. le considerazioni di J. Kokott, *Amuur v. France*, in *Am. J. Int'l. L.*, n. 91(1).1997, p. 151 s.

64. D. Loprieno, *op. cit.*, p. 221. V. Corte EDU, *Amuur*, cit., § 42 dove la Corte enfatizza la rilevanza del contesto temporale: «*Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty (...) into a deprivation of liberty*» (enfasi aggiunta).

65. M. Flynn, *op. cit.*, p. 44.

66. Argomentando *a contrario*, la Corte aveva rilevato che i ricorrenti erano stati trattenuti per 20 giorni all'interno della zona di transito, non avevano ricevuto assistenza legale o sociale da parte delle autorità pubbliche, erano stati sottoposti a costante sorveglianza delle autorità di polizia e non avevano avuto la possibilità di ottenere un riesame giudiziario sulle restrizioni imposte. Essi, dunque, erano stati evidentemente privati della loro libertà *ex* art. 5 CEDU.

67. G. Campesi, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 92. D'altronde, «dalla giurisprudenza della Corte EDU non è (...) dato evincere una linea di demarcazione temporale tassativa», come ha notato correttamente R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 53, richiamando altresì il *dictum* successivo di Corte EDU, *Khlaifia*, cit., §§ 64-73.

68. ICJ, *op. cit.*, p. 159.

stranieri con durata breve e puntuale e con la garanzia di ottenere una *judicial review* sulle restrizioni imposte. All'interno del percorso argomentativo seguito dai giudici in *Amuur*, tuttavia, va rilevata un'inaspettata (e positiva) considerazione: i giudici europei, infatti, dimostrano di respingere in radice la teoria della c.d. prigione a tre pareti [*prison with three walls*] – dottrina propugnata tradizionalmente dalle autorità nazionali[69] – secondo cui la circostanza che gli stranieri abbiano sempre la possibilità di uscire dalla zona di transito (per tornare da dove sono venuti) possa escludere che il loro soggiorno non possa mai essere qualificato come detenzione[70]. L'apertura in uscita, in altre parole, non può avere alcuna incidenza fattuale sulla qualificazione del pregiudizio al diritto alla libertà subìto dall'individuo, in particolare «se non vi è un altro Paese che accetta di accogliere la persona trattenuta»[71] e se egli sé sottoposto ad una sorveglianza capillare da parte delle forze di polizia.

Non è un mistero che *Amuur* – decisione «non (...) priva di ambiguità»[72] – sia una delle sentenze più richiamate dai Governi convenuti innanzi la Corte di Strasburgo per giustificare la propria condotta, nei casi concernenti i trattenimenti di migranti nelle zone aeroportuali. La giurisprudenza successiva, applicando i princìpi suddetti, ha tenuto in debito conto sia il fattore temporale che il grado di coercizione subìto dai migranti per qualificare la permanenza dei ricorrenti in una *transit zone* come privazione di libertà. Tale *modus operandi* è stato adottato in *Shamsa*[73] (2003) e *Riad e Idiab*[74] (2008), ove i giudici europei hanno rigettato il (vano) tentativo degli Stati chiamati di recuperare la teoria della c.d. prigione a tre pareti. In quelle due occasioni, la Corte ha nondimeno rilevato che, rispettivamente, il trattenimento per 14 e 15 giorni dei ricorrenti nella relativa zona aeroportuale costituiva una detenzione *ex* art. 5 CEDU, avendo riguardo della impossibilità pratica di lasciare tale luogo e della sorveglianza permanente cui gli stranieri erano assoggettati da parte delle autorità di frontiera.

Stupisce, peraltro, che in una decisione analoga, il Collegio di Strasburgo abbia ritenuto inammissibili *ratione materiae* le doglianze dei ricorrenti *ex* art. 5 CEDU, rilevando che – in assenza di un apprezzabile grado di coercizione – la loro permanenza nella *transit zone* in stato di totale abbandono non potesse per ciò stesso implicare una privazione di libertà, enfatizzando *inter alia* che i documenti di viaggio erano stati da loro precedentemente

69. V. D. Wilsher, *op. cit.*, p. 112 e, più recentemente, D. Loprieno, *op. cit.*, p. 69 (spec. nt. 229, cfr. giurisprudenza *ivi* citata).

70. V. spec. Corte EDU, *Amuur*, cit., § 48.

71. Sottolinea questo aspetto F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 45.

72. Così G. Colavecchio, *op. cit.*, p. 188.

73. Corte EDU, *Shamsa c. Polonia*, 2711.2003, ric. 45355/99 *et al.*, §§ 44-47.

74. Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, 24.1.2008, ric. 29787/03 *et al.*, § 100.

distrutti per impedire il rimpatrio[75]. Si può davvero affermare, verrebbe da chiedersi, che persone lasciate a loro stesse, in stato di estremo bisogno, impossibilitate *de facto* ad uscire dalla zona di transito aeroportuale ove sono state collocate (per ostacoli logistici, economici e linguistici) non siano effettivamente private della loro libertà? Possono, gli stranieri, essere coartati ad agire *contra se*, a collaborare con le autorità che vogliono espellerli, ed essere sanzionati con l'inammissibilità della loro doglianza se distruggono i documenti di viaggio (che, comunque, è onere delle autorità nazionali procurarsi)?[76]

Che il grado di coercizione applicato allo straniero possa giocare un ruolo fondamentale – talvolta anche più del fattore temporale – nel sindacato in ordine all'applicabilità dell'art. 5 CEDU è dimostrato ulteriormente dal caso *Nolan e K.* (2009), ove il confinamento di un migrante per nove ore, in una stanza chiusa a chiave, presso la *transit zone* di un aeroporto moscovita, in assenza di un provvedimento formale adottato dalle autorità, e nell'impossibilità di lasciare tale stanza autonomamente, è stato ritenuto equivalente ad una detenzione[77]. La dottrina *Amuur* sembrerebbe, dunque, essere stata parzialmente corretta: anche brevi collocamenti in zone aeroportuali – in precedenza ritenuti *de plano* irrilevanti *ex* art. 5 CEDU – devono essere comunque caratterizzati da gradi di coercizione non eccessivi, pena la trasformazione di mere restrizioni di libertà in vere e proprie privazioni. Dissonante rispetto ad *Amuur*, ma in linea con la giurisprudenza pregressa[78], il caso *Nolan e K.* ha avuto il pregio di confermare che l'applicabilità dell'art. 5 CEDU può essere riconosciuta anche in casi di brevissimo confinamento nelle zone aeroportuali. Altra qualità di quest'ultima decisione è anche la statuizione dell'irrilevanza *in parte qua* dell'emissione o meno di un provvedimento formale di detenzione, sia essa amministrativa o penale[79]: in altre parole, il vaglio della Corte in merito alla sussistenza di una privazione di libertà va inderogabilmente riferito alla situazione concreta, non alla qualificazione formale della misura applicata.

75. Corte EDU, *Mahdid e Haddar c. Austria* (dec.), 8.12.2005, ric. 74762/01. In particolare, non vi era stata sorveglianza da parte della polizia ed era stata contestualmente garantita ai ricorrenti la possibilità di contatti con terzi. V., sul punto, R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 243 ss.

76. *A latere*, va detto che è opinabile l'approccio per cui il comportamento degli stranieri sia passibile di inquinare il giudizio sulla sussistenza o meno di una privazione di libertà attuata nei loro confronti. V. a questo proposito Corte EDU, *Stanev c. Bulgaria* [GC], 17.1.2012, ric. 36760/06, § 117, con cui il giudice di Strasburgo ha statuito limpidamente che la detenzione implica la sussistenza di due elementi: uno oggettivo (vale a dire «*a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*») ed uno soggettivo (ossia che «*he has not validly consented to the confinement in question*»). A ben vedere, la condotta del detenuto non viene per nulla presa in considerazione.

77. Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, 12.2.2009, ric. 2512/04.

78. V., tra gli altri, Corte EDU, *Järvinen c. Finlandia* (dec.), 15.1.1998, ric. 30408/96, § 2.

79. Lo nota R. Palladino, *op. cit.*, p. 222.

L'approccio ondivago del Collegio di Strasburgo – che oscilla tra la tutela degli interessi nazionali a controllare il proprio territorio (con l'indispensabile ricorso alla detenzione) e la protezione degli individui da detenzioni arbitrarie – impone *rebus sic stantibus* di concordare con chi ha definito le *transit zones* come «zone grigie del diritto»[80]. Luoghi di transito, certo, ma anche di dimora coattiva, di confinamento e, quasi sempre, di detenzione[81]. Porzioni di territorio nazionale ove, spesso tramite procedure de-formalizzate[82], i migranti vengono sovente privati *de facto* della loro libertà mentre le autorità competenti, richiamando le infelici statuizioni di *Amuur*, hanno da sempre avuto buon gioco nell'affermare che è loro diritto inalienabile trattenere gli stranieri (almeno per poco tempo...) nelle *transit zones* e che tale loro attività è conforme al dettato convenzionale. D'altronde, i criteri presi in considerazioni della giurisprudenza di Strasburgo non sono stati compiutamente messi a fuoco ed essi stentano tuttora ad essere ancillari al raggiungimento di una definizione tassativa del concetto di privazione di libertà[83]. È tuttavia in questi luoghi che viene celata simbolicamente la *vexata quaestio* a cui ancora la Corte non è riuscita a dare risposta certa: per un migrante confinato in una zona di transito, che cos'è la libertà?

3.2. Le stazioni di polizia

Tradizionalmente intese come luoghi-simbolo del potere statuale, le stazioni di polizia – ove i migranti vengono parimenti trattenuti con *ratio* similare (e quindi a scopo di rimpatrio o durante lo svolgimento delle pratiche di asilo) – pongono, per analogia, le stesse problematiche in tema di applicabilità dell'art. 5 CEDU. Vi sono, tuttavia, alcune specifiche considerazioni da sviluppare preliminarmente *in parte qua*.

A prima vista, l'implementazione di misure detentive nei confronti dei migranti (persone, lo si ricorda, non accusate formalmente di aver compiuto un illecito penale) all'interno dei commissariati[84] – molto spesso nella stessa zona ove sono presenti persone in custodia cautelare o condannate in via definitiva – rivela limpidamente la quintessenza

80. L'espressione è di A. Ammirati-A. Massimi, *Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *Quest. giust.*, www.questionegiustizia.it, 9.12.2019.

81. Si tenga a mente che le stesse considerazioni potrebbero essere estese anche ai c.d. punti di crisi (o *hotspot*), luoghi ibridi dove l'utilizzo della forza – e connesso trattenimento – nei confronti dello straniero non è normato adeguatamente, al punto che la detenzione loro applicata, da considerarsi arbitraria, renderebbe tali zone delle vere e proprie galere amministrative, ove i migranti sarebbero detenuti *de facto*. V. *amplius*, con riferimento all'Italia, M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, p. 20 ss.

82. M. Veglio, *op. cit.*, p. 170.

83. V., a questo proposito, S. Wilson Stark, *Deprivations of liberty: beyond the paradigm*, in *Public Law*, aprile 2019, p. 380 ss.

84. V. M Akkerman, *Outsourcing oppression. How Europe externalises migrant detention beyond its shores*, Amsterdam, TNI and Stop Wapenhandel, 2021, p. 9, ove viene rilevato che questa prassi è comune a numerosi Stati UE.

della detenzione amministrativa quale misura ibrida, adottata con pratiche amministrative ma con una *ratio* (malcelata) di matrice penalistica[85], caratterizzata da evidenti accezioni retributive, secondo l'adagio «*Neutralizing the enemy*!»[86]. In tal modo, la differenza tra le "due detenzioni" è talmente sfumata da risultare complessa da discernere nel caso concreto.

Eppure, anche da questa prospettiva, l'approccio della Corte sembra essere meno impreciso rispetto al *modus operandi* adoperato per qualificare il confinamento dei migranti nelle zone aeroportuali ai sensi dell'art. 5 CEDU. *Nulla quaestio*, quando la detenzione si protrae per un periodo di tempo molto lungo (come ad es. 3 mesi, nel caso *Tabesh*)[87], ma *quid iuris* nel caso di una permanenza ben più breve?

Riecheggiando *Amuur*, il Collegio di Strasburgo – nel caso *Foka*[88] (2008) – ha ricordato che il trattenimento in una stazione di polizia per poche ore e per il tempo necessario allo svolgimento delle pertinenti pratiche amministrative non costituisce *ex se* una privazione di libertà[89]. Nondimeno, in una decisione analoga, la Corte aveva espressamente stabilito che «*the interference complained of in the present case amounted to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention as the applicant was brought to a police station against his will and was held there in a cell. The relatively short duration of the interference does not affect the position*», ritenendo che anche una sola ora di confinamento in cella, avvenuta contro la volontà di un individuo, potesse integrare una detenzione[90]. Questo confronto dialettico è stato ricondotto sui giusti binari con il caso *Rantsev* (2010), ove il trattenimento di una migrante per una sola ora – in assenza di verbali che attestassero che fosse stata interrogata o che fosse stata altrimenti informata delle ragioni della propria presenza al commissariato – è stato ritenuto concretizzare una ipotesi di detenzione ai sensi dell'art. 5 CEDU, a dispetto della sua brevissima durata[91]. L'approccio maggioritario, pertanto, sembrerebbe quello che assicura una certa preminenza al fattore coercitivo rispetto al fattore temporale all'interno di tali strutture.

85. Nota M. Flynn, *op. cit.*, p. 55 ss., che le «*police stations*» fanno parte della più ampia categoria – unitamente ad istituti penitenziari e carceri minorili – dei luoghi «*that confines criminal suspects or convicts*». Peraltro, continua l'A., per molti Paesi la scelta di trattenere gli stranieri all'interno delle stazioni di polizia è una scelta conveniente da un punto di vista economico, non dovendo in questo modo predisporre un sistema *ad hoc* di strutture detentive per migranti.

86. L'espressione è di G. Campesi, *Genealogies of Immigration Detention: Migration Control and the Shifting Boundaries Between the 'Penal' and the 'Preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, n. 29(4).2020, p. 533.

87. Corte EDU, *Tabesh c. Grecia*, 26.11.2009, ric. 8256/07, §§ 54-56.

88. Corte EDU, *Foka c. Turchia*, 24.6.2008, ric. 28940/95.

89. L'approccio è invero risalente nella giurisprudenza di Strasburgo, come dimostra il richiamo a Comm. EDU, *Guenat c. Svizzera* (dec.), 10.4.1995, ric. 24722/94.

90. Corte EDU, *Novotka c. Slovacchia* (dec.), 4.11.2003, ric. 47244/99, § 2.

91. Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7.1.2010, ric. 25965/04, §§ 314-315. Peraltro, il Collegio rilevava che la ricorrente non era stata immediatamente rilasciata, a seguito dell'accertamento della regolarità del suo soggiorno a Cipro.

Va rilevato, inoltre, che – a differenza di quanto detto per le *transit zones* ove tale problema non è stato ancora sollevato innanzi la Corte – la *ratio* asseritamente protettiva della detenzione all'interno delle stazioni di polizia (come quella che avviene in Grecia nei confronti dei minori, in francese: *garde protectrice*) non potrà in alcun modo escludere l'applicabilità delle garanzie dell'art. 5 CEDU[92]. Protetto o meno, il grado di coercizione applicato nei confronti della persona resta il medesimo, e l'accertamento sulla sussistenza di una privazione di libertà andrà svolto, come di consueto, sulla situazione concreta: è sufficiente che l'individuo non sia libero di andarsene a causa della stretta sorveglianza delle forze di polizia per essere qualificato come detenuto all'interno del commissariato[93]. Sul punto, si è registrato progressivamente un ampiamento del *focus* della Corte, che ha tenuto in considerazione – per l'applicabilità dell'art. 5 CEDU – anche la sussistenza di una possibilità concreta di relazionarsi con i c.d. *qualified actors*[94], quali un avvocato o il personale di organizzazioni internazionali (come l'UNCHR)[95].

Seguendo una prospettiva squisitamente pragmatica, la sopramenzionata sentenza *Foka* torna in rilievo, in maniera dirompente, per un ulteriore e peculiare profilo. In essa si riconosce *expressis verbis* che il grado di coercizione rilevante per decretate l'esistenza di una detenzione applicata nei confronti del migrante interessato non debba essere solo quello subìto da quest'ultimo *durante* l'esecuzione della misura controversa, ma anche quello patito *prima*: la costrizione a salire su un'autovettura per dirigersi alla stazione di polizia

92. Corte EDU, *Sh.D. e altri c. Grecia e altri 6 Stati Contraenti*, 13.6.2019, ric. 14165/16, § 69.

93. Corte EDU, *H.A. e altri c. Grecia*, 28.2.2019, ric. 19951/16, § 198. In merito alla detenzione amministrativa dei minori nelle stazioni di polizia, la Corte aveva rilevato, condivisibilmente, che «*seul leur placement dans les postes de gardes-frontières et de police, et non dans le centre de Diavata, qui était une structure ouverte, s'analyse en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention*» (ibid.). Pertanto, il grado di (talvolta estrema) vulnerabilità dei soggetti coinvolti – siano essi minori accompagnati dalle loro famiglie o non accompagnati – non rileverebbe *prima facie* in merito alla stretta *applicabilità* agli stessi delle guarentigie scolpite nell'art. 5 CEDU, accordate alle persone private della loro libertà personale. In alcuni casi, la qualifica di detenuti rivestita dai ricorrenti minorenni è stata ritenuta sussistente *de plano* tra le parti, senza ulteriori richiami alla vulnerabilità degli stessi (v. *inter alia* Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12.10.2006, ric. 13178/03, §§ 92-105, e Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, 5.4.2011, ric. 8687/08, §§ 100-101), mentre, in altre circostanze, il governo convenuto ha tentato – invano – di convincere la Corte ad escludere la natura detentiva delle misure applicate ai minori (Corte EDU, *Mohamad c. Grecia*, 11.12.2014, ric. 70586/11, § 78, ove il governo greco argomentava che i bambini erano stati meramente posti in *rétention*). Nel caso *Sh.D e altri* (nota 92), la Corte ha concluso che il trattenimento dei ricorrenti – minorenni non accompagnati – presso alcune stazioni di polizia costituiva una privazione di libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU, sulla base di criteri sostanziali e temporali (ma senza valutare, a questo proposito, la vulnerabilità degli stessi). Per analogia, si può argomentare che – ai fini della applicabilità dell'art. 5 CEDU alla detenzione amministrativa implementata nei confronti di minorenni – il grado di vulnerabilità dei soggetti coinvolti risulta irrilevante *in parte qua*, anche in relazione al confinamento all'interno delle zone di transito aeroportuali o al confine di un Paese membro. Esso, al contrario, diverrà centrale nel ragionamento *successivo* che la Corte europea dovrà operare in merito alla eventuale violazione della disposizione in esame da parte delle autorità del Governo convenuto (v., ad es., Corte EDU, *Popov c. Francia*, 19.1.2012, ricc. 39472/07 e 39474/07, §§ 91 e spec. 102).

94. Corte EDU, *Engel e altri*, cit., § 59.

95. Corte EDU, *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, 22.9.2009, ric. 30471/08, § 127.

costituisce un *element of coercion* che attiva istantaneamente le guarentigie dell'art. 5 CEDU in favore di quella persona, che si trova, da quel momento, in stato di detenzione[96]. Tale approccio risulta *ictu oculi* ben più garantista di quello riferito alle zone di transito aeroportuali, in quanto protegge lo straniero a partire da un momento anteriore a quello dell'irrogazione effettiva della misura detentiva.

4. La svolta inaspettata: una (inconferente?) lista di criteri

Si deduce, dalla breve panoramica giurisprudenziale, che sia l'associazione tra la durata della misura controversa e il grado di coartazione subìto a rappresentare il nocciolo duro della valutazione della Corte in merito all'applicabilità o meno dell'art. 5 CEDU nel contesto della detenzione amministrativa degli stranieri[97]. A fronte di un giudicato a tratti contraddittorio – e comunque basato in larga parte sulle circostanze del caso concreto – il Collegio di Strasburgo, con la sentenza *Z.A. e altri*[98] (2019) emessa dalla *Grande Chambre*, si è deciso ad elaborare una esaustiva lista di fattori da considerare, al fine di inquadrare normativamente la permanenza dei migranti nelle zone di transito aeroportuali e nei Centri di accoglienza[99]. Si tratta di un punto di non ritorno nella giurisprudenza in materia di detenzione amministrativa: per la prima volta, la valutazione del trattenimento imposto agli stranieri viene incardinato entro confini ben precisi che la Corte ha dimostrato di seguire alla lettera anche in sentenze successive, come *Ilias e Ahmed*[100] (2019) e *R.R. e altri*[101] (2021).

L'improvvisa ed inaspettata transizione dal precedente vaglio distintivo tra restrizione e privazione di libertà – forse esageratamente concreto e dunque difficilmente generalizzabile – all'implementazione della nuova griglia di valutazione non è stato tuttavia indolore, a partire dalla scelta estremamente discutibile dei criteri enunciati «che si distaccano in parte da quelli ormai consolidati, applicandoli peraltro in modo poco convincente»[102]. Tra di essi, infatti, vengono ricomprese *inter alia* l'analisi della situazione individuale degli stranieri e delle loro scelte, la valutazione della *ratio* delle norme applicate,

96. Corte EDU, *Foka*, cit., § 78.

97. V. le analoghe considerazioni di N. Mole-C. Harby, *Immigration, Asylum and Detention*, in *Refworld*, www.refworld.org, 2013, p. 5, in merito ad un ordine di residenza coattiva.

98. Corte EDU, *Z.A. e altri c. Russia* [GC], 21.11.2019, ricc. 61411/15 *et al.*

99. Invero, in assenza di elementi che facciano ritenere il contrario, tali criteri sembrerebbero pienamente estensibili anche al vaglio da operare sul trattenimento all'interno delle caserme di polizia.

100. Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* [GC], 21.11.2019, ric. 47287/15. Si tratta di uno dei giudizi «più rilevanti tra quelli esaminati negli ultimi anni in materia di migrazione e asilo», secondo C. Pitea, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione dei migranti al confine*, in questa *Rivista*, n. 3.2020, p. 193.

101. Corte EDU, *R.R. e altri c. Ungheria*, 2.3.2021, ric. 36037/17.

102. C. Pitea, *op. cit.*, p. 201.

nel caso concreto, al migrante trattenuto nonché la durata della misura controversa (ma sempre alla luce delle motivazioni che hanno portato le autorità a confinare l'individuo)[103]. Nondimeno, la cornice logico-argomentativa entro la quale tale elencazione si inserisce presenta un'ulteriore sorpresa: l'opera di discernimento tra restrizione e privazione di libertà, secondo la Corte, deve avvenire seguendo un approccio «*practical and realistic*, *having regard to the present-day conditions and challenges*»[104], e tenendo conto – questa la nuova addizione[105] giurisprudenziale – che le autorità nazionali hanno il sacrosanto diritto di controllare i loro confini e adottare le relative misure per contrastare i migranti che violano le restrizioni all'immigrazioni poste dagli Stati membri. Nessuno di questi elementi, come presto si dirà, appartiene effettivamente – per dirla con le parole di Bourdieu – al *champ juridique* dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

A ben vedere, ed *in primis*, la motivazione per cui una misura è disposta (ad es. ordine pubblico, sanità pubblica, ma anche finalità protettive) non può logicamente avere incidenza in tale analisi: un trattenimento particolarmente rigido e prolungato, e tale da costituire una detenzione, deve risultare ascritto alla previsione dell'art. 5 CEDU in ragione delle sue caratteristiche concrete, non certo per la *ratio* ad esso sottesa[106]. Si tratta di una *contaminatio* già in sé preoccupante (sulla scia di quanto già rilevato per *Austin e altri*[107]), che diventa *a fortiori* pericolosa quando essa inquina il giudizio sulla durata del confinamento subìto dall'individuo, valutazione nel quale tale dato risulta *prima facie* inconferente.

Altro profilo problematico risiede nella rilevanza *in parte qua* della valutazione delle scelte individuali dei ricorrenti, che porrebbe le basi per un malcelato ritorno della teoria della c.d. prigione a tre pareti[108]. Sulla stessa lunghezza d'onda, d'altronde, si era posta la sentenza *Amuur* che aveva sì rigettato tale dottrina, ma aveva lasciato spiragli notevoli ad un suo eventuale recupero sotto mentite spoglie[109], come poi puntualmente avvenuto.

103. Corte EDU, *Z.A. e altri*, cit., § 138.

104. *Ivi*, § 135.

105. V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in* Ilias and Ahmed v Hungary*: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 23.12.2019.

106. V., ad es., Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia* [GC], 15.12.2016, ric. 16483/12, § 71, dove si trattava di una misura presa per scopi asseritamente protettivi nei confronti dei migranti coinvolti, che venne comunque ritenuta passibile di costituire una privazione di libertà nel senso inteso dalla CEDU. Sul punto v., *inter alia*, M. Savino, *op. cit.*, pp. 52 e 70 e, in particolare, E. Valentini, *Detenzione amministrativa degli stranieri e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 106, laddove l'Autrice sottolinea che «la circostanza che (...) ci si trovi dinanzi ad un caso di detenzione è indubbia».

107. V. *retro* § 2.

108. V. *retro* § 3.1.

109. Aveva già notato D. Wilsher, *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, n. 53(4).2004, pp. 904-905, che la Corte, in *Amuur*, non aveva accettato la teoria della prigione a tre pareti solamente considerando che i tre ricorrenti non

L'*esprit de finesse* della Corte di Strasburgo, sul punto, ha segnato uno dei punti più controversi della storia del consesso europeo: adottando un approccio scandalosamente formale, infatti, la Corte ha sostenuto l'idea – suggerita dal Governo convenuto – che i migranti che si trovino una zona di transito e che materialmente possano, a piedi, ritornare al Paese dal quale provengono non possano dirsi detenuti nel senso inteso dall'art. 5 CEDU[110]. La letale riesumazione della dottrina della c.d. prigione a tre pareti si manifesta qui nella sua massima espressione, inquinando pesantemente il vaglio che la Corte dovrebbe operare e provocando la reazione inflessibile dei giudici dissenzienti[111]. Un «ragionamento artificioso»[112], così è stato generosamente descritto, con cui Strasburgo ha *de facto* statuito che a quei migranti – sottoposti ad un regime che lo stesso Collegio aveva ritenuto simile a «*certain types of light-regime detention facilities*»[113] – erano applicate misure detentive, nella zona di transito, perché effettivamente erano loro a volerlo!

Così, appare evidente che la «lettura restrittiva»[114] operata in *Ilias e Ahmed* con riferimento specifico alle frontiere terrestri tradisca, per altro verso, la volontà – da parte della Corte di Strasburgo – di «applicare un *approccio speciale* all'interpretazione della nozione di restrizione della libertà personale dei migranti nelle procedure di frontiera»[115]. In questo scenario «sinistro»[116] (e sinceramente sconfortante), quantomeno con riferimento all'universale diritto alla libertà, va enfatizzato tuttavia che l'adozione di un modello diverso – e diversificante – per valutare la sussistenza di una privazione di libertà a carico di non cittadini non è l'*unico* approccio proposto in sede sovranazionale. Non può, invero, sottacersi che la Corte di Giustizia dell'UE, pronunciandosi su una vicenda analoga, ha riconosciuto *a contrario* che le condizioni entro cui gli stranieri si trovarono nelle zone di confine tra Ungheria e Serbia costituivano certamente una privazione di libertà, rilevante ai sensi dell'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE[117]. Così, in maniera diametralmente

---

avessero altro Paese ove andare per chiedere asilo (e che quindi non erano effettivamente liberi di andarsene). Sembrerebbe, sosteneva l'A. argomentando *a contrario*, che lo straniero che possa invece ritornare facilmente al proprio Paese o in un altro Stato non sia effettivamente detenuto ai sensi dell'art. 5 CEDU, ma subirebbe, al più, una mera restrizione della libertà.

110. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., §§ 246-249. A nulla rileva che tale scelta possa costringere gli stranieri a vedere rigettata *ex officio* la domanda di asilo presentata presso lo Stato di arrivo, né che il ritorno presso lo Stato di provenienza potesse esporre i migranti all'arresto ed a pesanti sanzioni penali. Di recente, tali considerazioni sono state malauguratamente confermate da Corte EDU, *R.R. e altri*, cit., §§ 75 e 81.

111. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., *Partly Dissenting Opinion of Judge Bianku, joined by Judge Vučinić*.

112. Così G.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte EDU si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020, p. 6.

113. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., §§ 231-232.

114. A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione*, *op. cit.*, p. 87.

115. C. Pitea, *op. cit.*, p. 203.

116. *Ivi*, p. 204.

117. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 14.5.2020, cause riunite C-924/19 e C-925/19 PPU, *F.M.S. et al. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti*

opposta, il *focus* operato dal giudice comunitario per dirimere la questione ha svelato *de visu* l'inconsistenza logica delle considerazioni *particulari* della Corte di Strasburgo. È stata, per questa via, neutralizzata in partenza – quantomeno nell'ordinamento UE – qualsiasi torsione argomentativa che possa differenziare i criteri per valutare il grado effettivo di restrizione o privazione di libertà che subisce un *individuo*, senza distinzione di cittadinanza. Seguendo questa prospettiva universalistica, la Corte dell'UE – nell'affermare che i ricorrenti erano *de facto* detenuti nella zona di transito al confine terrestre – ha individuato due fattori essenziali (che sembrano invero echeggiare i criteri *Guzzardi* sopra enunciati) per addivenire alla sua conclusione. In primo luogo, essa ha ricordato che gli stranieri non avrebbero avuto possibilità concreta di uscire dal luogo di trattenimento in quanto un loro eventuale re-ingresso «in Serbia sarebbe considerato illegale da tale Paese terzo e che, di conseguenza, essi si esporrebbero ivi a sanzioni»[118]. In secondo luogo, la decisione del migrante di andarsene comunque dalla zona di transito terrestre avrebbe comportato la chiusura della procedura – da lui già eventualmente avviata – di richiesta di protezione internazionale[119].

Nonostante le indicazioni giunte dalla Corte UE – che ha rifiutato di netto qualsiasi *adaequatio* al *dictum* di *Ilias e Ahmed* ed ha, contestualmente, «supera[to] la Corte EDU nel proprio terreno di gioco, la protezione dei diritti fondamentali»[120] – il giudice di Strasburgo si è tuttavia dimostrato indolente a rivedere le proprie posizioni, tant'è che, proprio di recente, la griglia di valutazione *ad hoc* – delineata per regolare i rapporti tra gli stranieri e la loro libertà – è stata confermata *in toto* in *R.R. e altri* (2021)[121], ciò che dimostra chiaramente come l'approccio non sufficientemente garantista, nonché *practical and realistic*[122], inaugurato con *Ilias e Ahmed* e *Z.A. e altri* si stia lentamente consolidando in seno al consesso del Consiglio d'Europa.

Főigazgatóság, ECLI:EU:C:2020:367, sul quale, per un'analisi più approfondita del *dictum* della Corte di Lussemburgo, mi permetto di rinviare a L. Bernardini, *«Libertà va cercando...». Una detenzione "atipica", uno "scontro" tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in *Leg. Pen.*, 2020.

118. *Ivi*, par. 229. Questa affermazione sembra poter essere ricondotta all'analisi degli *effects* della misura contestata (i.e. il terzo dei criteri *Guzzardi*).

119. *Ivi*, par. 230.

120. L. Marin, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020, p. 7.

121. V. *retro* nota 101. Per un breve commento sia permesso il rinvio a L. Bernardini, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in *ADiM Blog*, aprile 2021, *passim*.

122. Corte EDU, *Z.A. e altri*, cit., § 135. Sull'utilizzo di questa endiadi, che si sostituisce a quella di *pratical and effective* già adoperata *illo tempore* dalla Corte, v. nello specifico C. Pitea, *op. cit.*, p. 204.

5. Inadeguatezze dell'approccio CEDU e sguardi al futuro: un ritorno a *Guzzardi*?

Sembrerebbe che, al termine di questo ampio – ed *in fieri* – percorso giurisprudenziale, sul tema dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU in capo agli stranieri si sia sviluppata, hegelianamente, una relativistica «filastrocca di opinioni»[123], che, partendo dagli scarni criteri *Guzzardi* si è via via contaminata sino a giungere ad epiloghi contraddittori ed incompatibili con la natura di *first rank*[124] del diritto alla libertà universalmente garantito dalla Convenzione. Quasi come, a capovolgere la trama della celebre *pièce* di Samuel Beckett[125], se la Corte stesse andando alla spasmodica *recherche* – sentenza dopo sentenza – del metodo ultimo per discernere le circostanze dalle quali desumere lo *status* di detenuto di uno straniero: il paradigma della ricerca di *Godot*, nel senso di traguardo inarrivabile, si concretizza nell'azione propulsiva del Collegio di Strasburgo che, animato evidentemente da una (condivisibile) volontà definitoria, ha circoscritto *motu proprio* i fattori rilevanti per l'analisi dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

Eppure, come si è detto, nessuna positiva rivoluzione copernicana è scaturita dalla giurisprudenza dei giudici europei. Troppo discutibili, e contrastanti con risalenti sentenze, risultano i criteri scelti per operare l'*actio finium regundorum* che qui ci occupa. Forse, sarebbe bastato alla Corte di Strasburgo ricordarsi di quanto scriveva Fichte: «non troveremo mai nella storia del mondo se non ciò che vi abbiamo messo»[126]. Scrutando più attentamente i paletti già fissati *illo tempore* in sede pretoria, infatti, la validità dei criteri *Guzzardi in parte qua* avrebbe dovuto emergere limpidamente. Tutte le circostanze esterne al *distinguishing* da operare tra restrizione e privazione di libertà verrebbero correttamente escluse dal vaglio dei giudici di Strasburgo, che della misura controversa dovrebbero verificare solo «*type, duration, effects and manner of implementation*».

Certo, questi parametri potrebbero non costituire, a livello normativo, un punto fermo, aprioristico ed indiscutibile, per analizzare l'ammissibilità delle doglianze presentate dagli stranieri che contestino le misure asseritamente detentive loro imposte – data la loro ontologica imprecisione e la loro necessaria applicabilità mediante un approccio *case-by-case* – ma tali fattori offrono se non altro un'angolazione neutrale al problema, e, cosa più importante, priva di qualsiasi (inconferente) considerazione in merito al contesto dei fatti di causa: la *ratio* che sorregge l'emissione del provvedimento di detenzione, le scelte individuali dei ricorrenti e la pressione migratoria sui confini verrebbero conseguentemente espunti

123. L'efficace espressione è ripresa da G.W. Hegel, *Lezioni sulla storia della filosofia*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 562.

124. Corte EDU, *McKay c. Regno Unito* [GC], 3.10.2006, ric. 543/03, § 30.

125. Il riferimento è a S. Beckett, *Aspettando Godot*, Torino, Einaudi, 1970.

126. J.G. Fichte, *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, a cura di R. Lauth e H. Jacob, parte I, vol. 1, Stoccarda, Frommann-Holzboog, 1964, p. 203, trad. propria.

dalla lista di elementi rilevanti per comprendere, con cognizione di causa, se un migrante abbia *de facto* subìto un pregiudizio rilevante ai sensi dell'art. 5 CEDU. Un ritorno a *Guzzardi*, dunque, per rigettare fermamente l'idea che, per gli stranieri, «le esigenze di sicurezza e di protezione dei confini dalle intrusioni indesiderate tendono a prevalere sulle libertà dei singoli»[127].

Riprendendo una celebre massima di Valéry, ci si può candidamente auspicare che «il futuro non [sia] più quello di una volta»[128] e che la Corte, interpretando la Convenzione come un *living instrument* per fronteggiare le sfide della contemporaneità[129], voglia adoperarsi per codificare nuovamente le coordinate normative della privazione di libertà dei migranti, rilevanti all'interno dell'ordinamento giuridico convenzionale, seguendo auspicabilmente il *modus operandi* – neutro e migliorabile – iniziato in *Guzzardi*. Durante quella che, per i migranti in detenzione, può certamente delinearsi come un'«epoca delle passioni tristi»[130] – prima fra tutte la comprensibile angoscia di essere confinati entro luoghi di limbo giuridico ove anche i diritti fondamentali spesso possono essere sospesi – l'azione protettrice del Collegio di Strasburgo dovrà spingersi per tutelare *quam maxime* il diritto alla libertà degli stranieri sottoposti alla propria giurisdizione. Abdicare a tale ruolo, invero, farebbe sì che, all'interno dello spazio giuridico europeo, vi possano essere ancora individui di serie B sottoposti a quella che, a tutti gli effetti, non può che costituire una esecrabile ed «ambigua reclusione»[131].

127. G. Campesi, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 107.

128. P. Valéry, *Sguardi sul mondo attuale*, Milano, Adelphi, 1994, p. 187.

129. Questo l'auspicio di M. Pichou, *op. cit.*, p. 131.

130. Riprendo l'espressione da M. Benasayag-G. Schmit, *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, 2003, tr. it. a cura di E. Missana, *L'epoca delle passioni tristi*, Milano, Feltrinelli, 2004.

131. Così C. Gubbini, *Nuove forme dell'istituzione totale. Per «alieni»*, in *Il Manifesto*, 30.11.2002.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

LA PROTEZIONE UMANITARIA TRA PASSATO E FUTURO

di Giacomo Travaglino

Abstract: *Lo scritto ripercorre diacronicamente le tappe, normative e giurisprudenziali, della protezione umanitaria, originariamente disciplinata dal d.lgs. 286/1998 e poi modificata nel 2018 e nel 2020, proponendo un'ipotesi di ricostruzione sistematica della nuova normativa, interpretata alla luce dei principi costituzionali secondo il metodo della cd. Drittwirkung, per poi concludersi con una breve disamina della sentenza n. 13/2022 della Corte costituzionale sull'obbligo di certificazione, per il difensore del richiedente asilo, della data di rilascio della procura speciale ad litem nel giudizio di Cassazione.*

Abstract: *The writing goes over again in a diachronic way the legislative and jurisprudential steps of humanitarian protection, originally disciplined by d.lgs. 286/1998 and then modified in 2018 and 2020, suggesting an hypothesis of a systematic reconstruction of the new legislation, interpreted following the constitutional principles according to the method of the so-called Drittwirkung. It comes to an end with a short examination of the judgment n. 13/2022 of constitutional Court about certification obligation of release date of special power of attorney ad litem in the judgment of the Supreme Court, for the defender of the asylum seeker.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA PROTEZIONE UMANITARIA TRA PASSATO E FUTURO

di Giacomo Travaglino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il passato (la protezione umanitaria nel d.lgs. 286 del 1998). – 3. I cd. «decreti sicurezza». – 4. Il presente (la protezione speciale nel d.l. 130 del 2000). – 5. Questioni processuali: la sentenza n. 13 del 2022 della Corte costituzionale. – 6. Conclusioni.

Esiste un altro essere con cui io guardo il mondo ...
... Esiste un'altra voce con cui io dico cose
non sospettate dal mio gran silenzio
(P. Salinas, *La voz a te debita*)

1. Introduzione

Dopo l'entrata in vigore, il 22 ottobre 2020, del decreto legge n. 130 (Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare) sorge legittimo l'interrogativo sul senso e sull'utilità di un'indagine volta a ripercorrere diacronicamente la storia di quella che il decreto stesso definisce «protezione complementare», poiché la novella normativa sembra destinata a disciplinare tout court l'area di applicazione della "nuova" protezione umanitaria.

Le pagine che seguono si propongono di dimostrare l'utilità e il senso di tale indagine, al fine di rinvenire – memori di vicende complesse (normative e giurisprudenziali) che hanno percorso sentieri di un passato remoto e prossimo – indicazioni e principi che possano, da un canto, fungere da criteri interpretativi della novella, dall'altro, risultare funzionali ad una ricostruzione "di sistema" dell'istituto della protezione umanitaria, interrogandosi sulla possibile "sopravvivenza", in parte qua, di un'eredità passata, ma (forse) non trascorsa.

Il preambolo della novella del 2020 – richiamata, ai sensi dell'art. 77 Cost., la straordinaria necessità ed urgenza di «garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia» – manifesta il proposito «di modificare alcune norme in materia di riconoscimento della protezione internazionale e della protezione complementare e di riarticolare il sistema di prima assistenza e di accoglienza dei richiedenti ed i titolari di protezione internazionale, per i beneficiari di protezione complementare e per minori stranieri non accompagnati».

* Presidente presso la III sezione civile della Corte di cassazione.

Si legge nella Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione che il nuovo intervento legislativo risponde alla esigenza (definita, con salutare locuzione, «non più procrastinabile») di chiarire alcuni profili dei cd. «Decreti sicurezza» – (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modifiche nella legge 1° dicembre 2018, n. 132 e d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modifiche nella legge 8 agosto 2019, n. 77 cd. «decreto sicurezza-bis») – «tramite una loro rimodulazione che tenga conto dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia e di porre rimedio ad alcuni aspetti funzionali che avevano generato difficoltà applicative» (principi, in realtà, mai scomparsi, nonostante il maldestro tentativo del legislatore del 2008[1]).

2. Il passato (la protezione umanitaria nel d.lgs. 286 del 1998)

Nel diritto dell'Unione europea, il diritto d'asilo troverà compiuta attuazione attraverso due sole forme di protezione internazionale, lo status di rifugiato[2] e la protezione sussidiaria, il cui riconoscimento venne condizionato all'esistenza di precise condizioni, tassativamente individuate dalla Direttiva 2011/95/UE (Direttiva cd. Qualifiche).

L'Italia, insieme con altri Paesi continentali, ritenne di dover integrare la disciplina europea con l'introduzione di una ulteriore forma di protezione, cd. «complementare»[3],

1. Sul quale *amplius*, *infra*, § 3.

2. Come è noto, il riconoscimento dello *status* di rifugiato, a livello universale, rinviene la sua fonte primaria nella *Convenzione relativa allo status dei rifugiati* firmata a Ginevra il 28 luglio del 1951 dalla Conferenza dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 22 aprile 1954, il cui art. 33 introduce il fondamentale principio del *non refoulement* (sul quale, tra gli altri, S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, 27, pp. 661-675; E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of* non-refoulement*: Opinion*, in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, UNHCR, 2003, p. 113; UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, Ginevra, 26 gennaio 2007) per ciascun individuo che corra il rischio di essere respinto verso un Paese nel quale abbia il timore di subire torture o altri trattamenti inumani o degradanti, persecuzioni o rilevanti violazioni dei diritti umani. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge n. 722 del 1954, anche se ne ha dato concreta attuazione soltanto con l'art. 1 della l. n. 39 del 1990 e con il successivo regolamento attuativo (d.p.r. n. 136 del 1990). L'accordo internazionale è stato poi oggetto di successive integrazioni, la più significativa delle quali è costituita dal *Protocollo relativo allo status di rifugiato*, adottato a New York il 31 gennaio 1967, che ha eliminato la limitazione temporale contenuta nella prima versione della Convenzione.

Sul principio di effettività della tutela dei richiedenti asilo, *amplius*, P. Iameceli (a cura di) *Effettività delle tutele e diritto europeo – un percorso di ricerca per la formazione giudiziaria*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, ove si segnalano, in particolare, i saggi di M. Flamini (*Accesso alla giustizia e protezione internazionale*, p. 109 ss.), di M. Moraru (*L'influenza delle Corti europee e nazionali sul diritto di essere ascoltati*, p. 181 ss.) e di F. Cafaggi (*Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, p. 51 ss.).

3. Sull'argomento, tra gli altri, P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, Cedam, 2011, p. 55 e ss.; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italia*no, in *questa Rivista*, n. 1.2018, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it.

dando attuazione alla facoltà, riconosciuta in sede sovranazionale, di introdurre, accanto alle due forme di protezione internazionale "maggiori", una ulteriore disciplina, fondata su quei «motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura» previsti dall'art. 6 par. 4 della Direttiva 2008/115/CE, anche alla luce degli insegnamenti della Corte di Giustizia, che aveva chiarito come gli Stati membri potessero legittimamente disciplinare altre forme di protezione umanitaria e caritatevole diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dalla normativa europea, a condizione di non modificare i presupposti sostanziali e applicativi della disciplina dell'Unione [4] – l'art. 3 della Direttiva Qualifiche consentiva, difatti, l'introduzione o il mantenimento in vigore di disposizioni più favorevoli in ordine ai presupposti sostanziali della protezione internazionale.

La Corte di Giustizia, più volte interpellata in ordine al significato e ai contenuti da attribuire al concetto di humanitarian grounds[5], affermerà ripetutamente come il sintagma «motivi umanitari» fosse indicativo di un concetto ampio e autonomo del diritto dell'Unione, che non poteva essere circoscritto ai casi di assistenza medica o di assistenza sanitaria, con la conseguenza che gli Stati membri e gli Stati firmatari della Convenzione europea dei diritti dell'uomo mantenevano la facoltà di riconoscere discrezionalmente altre forme di protezione sulla base di motivi diversi rispetto a quelli considerati ai fini del riconoscimento delle forme di protezione internazionale maggiori.

La scelta del nostro Paese di integrare le disposizioni sovranazionali nasce – anche alla luce del dettato costituzionale – dalla irrinunciabile esigenza di tutelare situazioni non riconducibili ai rigorosi vincoli europei, ma pur tuttavia meritevoli di considerazione: in particolare, le esigenze di protezione individuate come fondamento di forme complementari di protezione troveranno una diacronica dimensione di senso e di significato alla luce del concetto di «vulnerabilità»[6].

La protezione riconosciuta per seri motivi di carattere umanitario[7] dall'art. 5 comma 6 del d.lgs. 286/1998[8], «attraverso un cammino lungo vent'anni», assume «una centralità tanto concettuale quanto applicativa, e verrà ritenuta da una consolidata giurisprudenza una

4. Corte di Giustizia, sentenza *B. e D. v. Germania*, in Cause riunite C-57/09 e C-101/09, 9 novembre 2010.

5. In particolare, nelle cause C-638/16 del 7 marzo 2017 e C-646/16 del 26 luglio 2017.

6. Sul quale, *amplius*, *infra*, §§ 2 e 4.

7. Per un'analisi del quadro normativo esistente prima dell'entrata in vigore del TUI, B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 940 e ss.

8. Per la dottrina maggioritaria che ha sostenuto la natura precettiva della norma costituzionale di cui all'art. 10 si veda, tra gli altri, C. Esposito, *Asilo (diritto di) – Diritto costituzionale,* in *Enc. del Dir.,* Milano, Giuffrè, 1958, p. 222 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, p. 1156; F. Pierandrei, *Sui rapporti tra ordinamento statale e il diritto internazionale*, in *Giur. it.*, 1949 II, p. 281; B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano,* Milano, Giuffrè, 1988, p. 111 ss.; P. Bonetti, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, II ed., Rimini, Maggioli, 1994, p. 377 ss.

delle forme di attuazione del diritto costituzionale di asilo»[9], in guisa di clausola di chiusura dell'intero sistema di protezione, che consente (o meglio impone) all'interprete di derogare alla rigida disciplina dettata in materia di ingresso e permanenza sul territorio, consentendo il rilascio di un permesso di soggiorno funzionale alla tutela dei diritti fondamentali della persona e all'adempimento degli obblighi gravanti sullo Stato[10], che trovava inestirpabili radici nella stessa Carta Fondamentale (artt. 2, 3[11] e 10[12] Cost.), oltre che in ulteriori disposizioni internazionali volte a garantire diritti e libertà fondamentali universali della persona, escludendo la legittimità di un qualsivoglia "bilanciamento" del diritto al soggiorno con altri interessi, pur meritevoli di tutela, in contrasto con eventuali esigenze di sicurezza dello Stato e di controllo dei flussi migratori.

9. Così, Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista* 1.2019, p. 1 ss.

10. La teoria dei diritti fondamentali rappresenta «parte integrante del nocciolo duro del costituzionalismo occidentale contemporaneo» (A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 5), ed è destinata «a sovvertire radicalmente la storia della morale, che da sempre aveva sancito codici di doveri e non di diritti» (F. Rosa, *Dovere. Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona all'epoca della globalizzazione*, Torino, UTET, 2007, p. 508). Tra tutte le Costituzioni degli Stati europei, quella italiana è l'unica nella quale «l'affermazione del principio di solidarietà e la sua correlazione con l'adempimento dei doveri risulta con tanta chiarezza» (B. Pezzini-C. Sacchetto, *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 93; G. Barone, *Diritti, doveri, solidarietà con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 2004, 6, p. 1249). Che quella dei doveri sia, a tutt'oggi, «un terreno pressoché vergine» è l'opinione di L. Violini (*I doveri inderogabili di solidarietà*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di Balduzzi, Calvino, Grosso, Luther, Torino, Giappichelli, 2007, p. 518). Osserva come l'art. 3 della Costituzione contribuisca a definire il principio solidaristico in termini di integrazione di *ogni* persona, M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 4/1994, 1/1995, p. 56, che rammenta ancora come lo stesso Giudice delle leggi (Corte cost. n. 75 del 1992, in *Giur. cost.* 1992, p. 415) ricomprenderà la solidarietà «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere riconosciuto e garantito come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente».

Per un approfondimento della fenomenologia dei flussi migratori e della condizione giuridica dello straniero, S. D'Acunto-A. De Siano-V. Nuzzo, *In cammino tra aspettative e diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

11. Osserva ancora, in proposito, A. Apostoli, *op. cit.*, p. 123, che «il tema dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili non può essere relegato – trattandosi di principi universali – esclusivamente nella prospettiva nazionale del diritto interno, presentando di converso una dimensione ultranazionale dalla quale non è possibile prescindere», traendo spunto dalla *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* adottata dalle Nazioni unite il 10 dicembre 1948, il cui art. 1 afferma che tutti gli uomini nascono liberi e uguali in dignità e diritti, mentre il successivo art. 29 stabilisce che ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Di qui la proposta (*Id.*, p. 128) «di una sostanziale proiezione del principio di solidarietà e dei doveri non soltanto al di là dei confini geografici di riferimento in una prospettiva ultranazionale, ma anche oltre il legame di appartenenza con l'ordinamento oltrepassando il vincolo di natura temporale, con riguardo, cioè, ai diritti delle generazioni future».

Per un approfondito *excursus* sull'applicazione giurisprudenziale del concetto di dignità nelle sentenze della Corte EDU, della Corte di Giustizia, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, P. Gianniti-C.Sartea, *Diritti umani e sistemi di protezione sovranazionali*, Roma, Aracne, 2019, p. 261 ss.; P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, XXXVI, 2014, 2, p. 315 ss.

12. Troppe volte si dimentica che l'art. 35, comma 4 della Costituzione «riconosce la libertà di emigrazione» (diritto riconosciuto come inviolabile dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo): pur non facendosi espresso riferimento allo speculare diritto di immigrazione, non sembra azzardato affermare che tale libertà postuli, specularmente, come suo corollario, la libertà di immigrazione da un altro Paese – perdendo, di converso, la libertà di emigrazione qualsiasi reale contenuto sostanziale.

Terza forma di attuazione del diritto di asilo costituzionale, la protezione complementare riconosciuta per seri motivi di carattere umanitario [13] si caratterizza come istituto irrinunciabile e incancellabile nel nostro ordinamento, posto a tutela di un vero e proprio diritto soggettivo perfetto, annoverato nel catalogo dei diritti umani fondamentali: le norme in materia di ingresso, di soggiorno, di espulsione dello straniero vengono così sciolte dai lacci degli automatismi procedurali, volta che – come insegna(va) la stessa Corte costituzionale – la discrezionalità legislativa in ordine alle condizioni di ingresso e di soggiorno non è assoluta, ma deve rispecchiare un ragionevole e "proporzionato" bilanciamento di tutti i diritti e degli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione è suscettibile di incidere su diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino[14].

Si è osservato in dottrina che, se si volesse individuare un preciso riferimento temporale per l'apparizione, sul piano legislativo, del tema della protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri in quanto dotate di un esplicito fondamento costituzionale o internazionale, occorrerebbe tornare con la memoria a poco più di venticinque anni fa – in particolare, alla legge n. 388/1993 di autorizzazione alla ratifica del protocollo di adesione all'accordo di Schengen del 1985 e di altri connessi Trattati internazionali[15].

13. Va osservato, in proposito, come il legislatore adotti l'aggettivo *serio* – e non *grave* – per qualificare il motivo di carattere umanitario che consente il riconoscimento del permesso di soggiorno. La *serietà*, nel lessico normativo domestico, è predicato di minore intensità rispetto alla *gravità*, se si pensa che i due aggettivi vengono adottati dal legislatore, in tema di interruzione volontaria della gravidanza, riconducendo alla sola *serietà* del pericolo per la salute fisica o psichica della donna i motivi dell'aborto entro i novanta giorni, elencati disgiuntivamente (il suo stato di salute, le condizioni economiche sociali o familiari, le circostanze del concepimento, la previsione di anomalie o malformazioni del concepito: art. 4 l. 194/1978), ed imponendo, per converso, la *gravità* del pericolo per la sua salute fisica o psichica (ricollegati ai soli processi patologici del feto) soltanto in caso di interruzione di gravidanza dopo i primi novanta giorni (art. 6 lett. *b*) della legge 194).

14. Un riferimento ad «interventi straordinari di carattere umanitario» si ritrova già nei dd.ll. nn. 301 e 350 del 1992, per gli sfollati delle Repubbliche sorte nei territori della ex Jugoslavia (in argomento, *funditus*, P. Bonetti, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto*, 2011, p. 2, ove si legge che «la Corte costituzionale ha affermato che il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. non deve essere considerato in modo isolato, ma deve essere interpretato sia in connessione con l'art. 2 Cost. – che, prevedendo il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, non distingue tra cittadini e stranieri, ma garantisce i diritti fondamentali anche riguardo allo straniero (Corte cost. 18 luglio 1986, n. 199), sia in connessione con l'art. 10, co. 2, Cost., che rinvia a consuetudini e ad atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata»).

15. Ricorda, opportunamente, M. Benvenuti, *op. cit.*, p. 2, come, nel corso della vivace discussione sviluppatasi in seno alla Commissione affari esteri e comunitari della Camera dei deputati, alcuni parlamentari chiesero di aggiungere un inciso con funzione limitativa, destinato ad uno sviluppo applicativo allora imprevedibile: «*salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario, o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*». Come rammenta ancora l'autore, l'emendamento, nonostante l'inspiegabile parere contrario del Governo, fu approvato, divenendo così parte integrante del diritto dell'immigrazione italiano nei decenni successivi, poiché proprio quel riferimento alla protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri (siano esse considerate *uti sic*, siano esse costituzionalmente o internazionalmente fondate, ma comunque suscettibili di precludere il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno), venne testualmente riproposto dall'art. 5, co. 6 della legge 40/1998 (c.d. legge Turco-Napolitano) per trovare il suo definitivo approdo nell'art. 5, co. 6, del Testo unico immigrazione.

Questo assetto non sarà modificato né dall'introduzione della protezione sussidiaria (d.lgs. n. 251/2007, cd. Decreto Qualifiche), né dalla complessiva rivisitazione del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale (d.lgs. n. 25/2008, cd. Decreto Procedure, il cui art. 32, comma 3 attribuirà alle Commissioni territoriali, in presenza di gravi motivi di carattere umanitario, l'obbligo di trasmettere gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi del già citato articolo 5, comma 6, TUI). Soltanto nel 2017 troverà testuale cittadinanza normativa il sintagma «protezione umanitaria» per qualificare un istituto cui si era fatto un ventennale riferimento.

Sembra opportuno ricordare sin d'ora come, nel 2015, venne diramata una fondamentale circolare dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo nell'ambito della sua funzione di «indirizzo e coordinamento», rivolta alle Commissioni territoriali [16], contenente, tra l'altro, cinque ipotesi («pur non ritenute necessariamente esaustive», si legge testualmente nel provvedimento) che consentivano, alternativamente e non congiuntamente, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, nei casi:

a) «di esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio del richiedente», a mente dell'art. 3 CEDU, per come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[17];

b) di rilevazione di «gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine»;

c) di una «temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del Paese o della zona di origine», nei casi in cui non possa essere riconosciuta la protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), del Decreto Qualifiche;

d) della presenza di «gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza»[18];

e) della «situazione familiare del richiedente asilo, da valutarsi ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della CEDU, con la precisazione che «i legami personali e familiari devono essere particolarmente significativi in base alla loro durata nel tempo e alla loro stabilità».[19]

16. Circolare n. 3716/2015, su *goo.gl/KxdRHt*, pp. 1-2.

17. Tra le numerose pronunce sull'art. 3 CEDU va ricordata, per la sua rilevanza sul diritto dell'immigrazione italiano, quella della Corte EDU del 28.2.2008 (*Saadi contro Italia*).

18. In argomento, *amplius*, A. Brambilla-V. Marengoni, *Migrazioni forzate: quale risposta alle nuove esigenze di protezione*, in *Il diritto di asilo tra accoglienza e esclusione*, Edizioni dell'Asino, 2015, p. 209 e ss.; in particolare, sulla situazione ambientale in cui vivono i cittadini del Bangladesh, A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in questa *Rivista*, 2.2017.

19. Sull'argomento, quanto alla valutazione della situazione dei diritti umani nel Paese di rimpatrio, si tornerà più approfonditamente nel testo del paragrafo, con particolare riferimento alla condizione dei minori.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, una sia pur breve ricognizione delle pronunce meno recenti induce a ritenere che, almeno in parte, sia stata progressivamente valorizzata (pur se non da tutto quel formante giurisprudenziale[20]) la portata applicativa dell'art. 5, co. 6 TUI, attraverso il sempre più frequente inquadramento della protezione umanitaria nel più ampio orizzonte della protezione internazionale, entrambe collocate nella dimensione dei diritti costituzionali attraverso un lucido itinerario di pensiero che porterà la Corte di cassazione a considerare entrambi gli istituti come il precipitato di una chimica complessa ma omogenea, e a discorrere «di una identità di natura giuridica del diritto alla protezione

20. Nel 2019, prima che la materia della protezione internazionale fosse trasferita dalla I alla III sezione della Corte di cassazione, vennero individuati, da uno studio eseguito presso la stessa III sezione, otto contrasti interni alla prima sezione:

1) se l'inattendibilità del richiedente asilo esonerasse il giudice dall'obbligo di cooperazione anche con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c) del d.lgs. 251/2007: nel senso dell'esonero *tout court* – benché in aperto contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, (sentenze *Diakitè* ed *Elgafaji*) – Cass. 21142, 15794, 20580, 4892 del 2019 e 33096 del 2018; in senso opposto, Cass. 14283/2019 e 25534/2016;

2) se il pericolo derivante da violenza indiscriminata *ex* art. 14, lett. c) del d.lgs. 251/2007 dovesse essere individualizzato: in senso affermativo – ma ancora in spregio della giurisprudenza europea poc'anzi citata – Cass. 15794/2019 e 13858/2018; in senso contrario, Cass. 16275/2018, 16202/2015, 6503/2014. La questione sarà poi affrontata *funditus* da Cass. sez. III, n. 8819 del 2020, con la quale, alla luce degli insegnamenti della Corte di Giustizia, è stato affermato il principio secondo il quale il giudice deve sempre procedere all'acquisizione d'ufficio, alla luce di COI attendibili e aggiornate, di notizie relative al Paese di respingimento, onde accertare l'esistenza di conflitti armati interni o internazionale, a prescindere dalla valutazione di credibilità del richiedente asilo;

3) se anche le gravi minacce ricevute da privati legittimino il riconoscimento della protezione: in senso affermativo, a condizione lo Stato di appartenenza del richiedente asilo non voglia o non possa offrire protezione, Cass. 3758/2018, 23604/2017, 15192/2015; in senso opposto, anche se nello Stato di provenienza manchi o sia inadeguata la tutela giurisdizionale, Cass. 9043/2019;

4) se l'avvenuta integrazione in Italia consenta il riconoscimento della protezione umanitaria: per la soluzione negativa, Cass. 22257/2019, per quella affermativa, Cass. 4455/2018, poi confermata dalle Sezioni Unite della Corte con l'ordinanza 24413/2021, a seguito di rimessione del contrasto alle stesse Sezioni Unite con l'ordinanza interlocutoria 11748/2019;

5) se il dovere di cooperazione istruttoria *ex officio* del giudice si estenda anche oltre l'onere di allegazione del ricorrente (nel senso che l'obbligo di cooperazione non venga meno anche a fronte di allegazioni e narrazioni carenti, Cass. 16411/2019; in senso opposto, Cass. 24392, 23033, 15794, 13403 del 2019; 27336 del 2018; 14157 del 2016; 19197 del 2015);

6) se il giudizio sulla credibilità del richiedente asilo sia sindacabile in sede di legittimità: in senso affermativo, Cass. 27336 e 26969 del 2018, 26921 del 2017; in senso opposto – nonostante la valutazione di attendibilità sia procedimentalizzata dall'art. 3 d.lgs. 251/2007, onde la relativa violazione sarebbe ovviamente denunciabile *ex* art. 360 n. 3 c.p.c. – Cass. 24993 e 21142 del 2019;

7) entro quali limiti, se ammesso, può estendersi il controllo in Cassazione del giudizio di credibilità del richiedente asilo: se un primo orientamento vincola la valutazione agli indicatori di cui al citato art. 3 d.lgs. 251/2007 (Cass.16925/2018, 26921/2017), un secondo filone di pensiero (Cass. 21142/2019) esige un controllo (assai più stringente) di cd. "credibilità razionale" del dichiarante (sul quale, *amplius*, *infra*, § 4);

8) se le COI acquisite d'ufficio dal giudice debbano essere richiamate nell'ordinanza che decide la causa in modo specifico, tanto con riferimento all'organo di provenienza quanto allo specifico contenuto rilevante *in parte qua* (in questo senso, Cass. 16202 e 16203 del 2012, che esclusero la legittimità dei richiami al sito web www.viaggiare sicuri.it; nel senso della attendibilità del detto sito – nonostante le relative indicazioni siano evidentemente rivolte ai soli turisti che intendono visitare il Paese oggetto dell'informativa – Cass. 23197 del 2019).

umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto di asilo costituzionale[21], in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali»[22].

La protezione umanitaria viene così ricondotta dapprima al disposto dell'art. 2 Cost., poi, significativamente, all'art. 10, comma 3[23], del quale l'art. 5, co. 6 TUI verrà considerato in termini «di disposizione attuativa»[24], con la conseguente (benché già a quel tempo discutibile) impredicabilità di qualsiasi ulteriore spazio applicativo/interpretativo delle norme costituzionali al di là delle tre forme disciplinate dalla legge[25].

---

21. Il diritto di asilo all'interno del quadro dell'Unione europea troverà una sua progressiva attuazione a far data dalla riunione del Consiglio Europeo di Tampere, nel 1999, durante la quale venne predisposto un programma per lo sviluppo di una politica europea fondata sulla creazione di un regime comune. Alle due forme di protezione di cui poteva godere lo straniero – lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria – si aggiunse così un terzo strumento di tutela, rappresentato da una tipologia di protezione definita «temporanea», coincidente con misure straordinarie di accoglienza, predisposte a fronte di eventi eccezionali che comportassero rilevanti esigenze umanitarie in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolari gravità.

22. Cass., SU, ord. n. 19393/2009. L'omogeneità e l'unicità del *genus*, rispetto alle tre distinte *species* dell'asilo, sarà poi confermata, sul piano processuale, dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (per tutte Cass. 5059/2017) a mente della quale la trattazione delle domande di protezione umanitaria, se proposte insieme con quelle di protezione maggiore, va introdotta dinanzi alle sezioni specializzate del Tribunale in composizione collegiale, e non dinanzi al giudice monocratico.

23. Sul quale, *amplius*, E. Rossi, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi sul tema*, in *Diritto oltre frontiera – migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, Pisa University Press, 2020, p. 149 ss.

24. «Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e dell'art. 5, co. 6 del TUI, sì ché non si scorge alcun margine di residuale e diretta applicazione della norma costituzionale» così, tra le altre, Cass. n. 10686/2012.

Si giungerà così, dopo qualche anno, a quello che, non senza una punta di bonaria ironia, viene definito (M. Benvenuti, *op. cit.*, p. 6) come «il traguardo – *soi disant* – più evoluto di questo tracciato interpretativo», rappresentato dalla sentenza n. 4455 del 2018 della I sezione della Corte di cassazione (In argomento, E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in questa *Rivista*, n. 3.2018, p. 1 ss.; G. Conti, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in *Federalismi.it - Focus Human Rights*, 2018, II, p. 9 ss.; 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*, 14 marzo 2018, p. 1 ss.; R. Simone, *Nota a Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455*, in *Foro it.*, 2018, I, p. 1662 ss.; A. Villecco, *La Cassazione sui permessi di soggiorno per "seri motivi" umanitari*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 541 ss.), sul cui contenuto, *amplius*, *infra*, nel testo.

25. Definisce (del tutto condivisibilmente) tale soluzione come «una configurazione concettualmente e operativamente malferma del diritto di asilo costituzionale» M. Benvenuti, *La forma dell'acqua*, in *Questione giustizia*, 2018, II, p. 18 ss., ritenendola «espressa per progressive ma mai risolutive approssimazioni dalla giurisprudenza». L'affermazione, da condividere e da sviluppare in relazione all'attuale disciplina della protezione cd «speciale» – che, per i suoi caratteri, a differenza della ormai abrogata protezione umanitaria, non può più, ad avviso di chi scrive, ritenersi destinata ad esaurire i contenuti e la portata applicativa del diritto di asilo costituzionale, attesane lo specifico contenuto precettivo – verrà ripresa *infra*, nel testo, *sub* par. 4.

Ciò che assume rilevanza decisiva, ai fini della successiva determinazione degli effetti dei cd. Decreti Sicurezza sulla protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri, secondo l'autore poc'anzi citato (il cui pensiero, peraltro, è antecedente all'entrata in vigore del decreto 130/2020), «è la risoluta coerenza tra le premesse e le conseguenze di quanto statuito reiteratamente a livello nomofilattico, e cioè la stentorea consequenzialità di una *ratio decidendi* volta ad ancorare al piano costituzionale e internazionale le esigenze summenzionate. Se, infatti, tanto lo *status* di rifugiato, quanto la protezione sussidiaria, quanto ancora la protezione umanitaria costituiscono tutti e ciascuno delle forme di *esplicazione*,

Questo il quadro normativo previgente, questi gli orientamenti (non sempre consonanti) della giurisprudenza di legittimità, in seno alla quale le questioni più delicate e più controverse, affrontate in particolar modo negli anni 2020-2021 (quando la materia della protezione internazionale venne trasferita dalla prima alla terza sezione della Corte di cassazione) possono ricondursi a cinque grandi tematiche:

1) L'obbligo di audizione dinanzi all'autorità giudiziaria;

2) I criteri di valutazione della credibilità del richiedente asilo;

3) Il concetto di vulnerabilità[26];

4) I criteri di comparazione tra l'integrazione sociale e lavorativa e la situazione del Paese di respingimento sotto il profilo della tutela dei diritti umani;

5) La portata e i limiti del dovere di cooperazione istruttoria officiosa del giudice di merito oltre (e a prescindere) dall'onere di allegazione e dagli accertamenti compiuti ex officio in relazione all'esistenza di un conflitto armato interno o internazionale ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria[27].

---

oltre che dell'art. 2 Cost., anche dell'art. 10, comma 3, Cost., ne deriva necessariamente che i tre istituti debbano fare tra loro sistema nel fornire una tutela compiuta e complessiva in presenza di tali esigenze e, dunque, immancabilmente che almeno uno dei tre debba configurarsi quale «forma di tutela a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia».

Queste considerazioni verranno poste a base dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, disposta dalla III sezione civile della Cassazione con provvedimento 17970/2021, con riguardo alla paventata incostituzionalità dell'art. 35-*bis*, comma 13 del d.lgs. 25/2007 come inserito dalla legge 46/2017 – su cui *amplius*, *infra* § 5.

Come si legge nella (parte più condivisibile della) motivazione della sentenza 4455/2019, l'inclusione della protezione umanitaria tra le misure attuative del diritto costituzionale d'asilo fornisce uno strumento interpretativo delle norme di diritto positivo interno di primario rilievo, e ne sottolinea il carattere aperto e flessibile, oltre che la idoneità a costituire uno strumento proiettato nel futuro, capace di adeguarsi al ritmo crescente e alla varietà delle ragioni umanitarie che caratterizzano le ultime fasi del fenomeno della migrazione.

Sotto questo specifico versante, come specificherà poi in seguito la stessa redattrice della sentenza (M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, II, p. 100) «tali ragioni sono intrinsecamente non cristallizzabili perché direttamente influenzate dai mutamenti sociopolitici ed economico-finanziari che governano i flussi migratori, oltre che dalla spinta diffusa di categorie di persone che non intendono più sentirsi vittime di limitazioni discriminatorie nell'esercizio di diritti umani quali quello alla propria identità personale o di genere».

Osserva ancora, in proposito, M. Benvenuti (*Il dito e la luna*, cit., p. 7) come si tratti di conclusioni «che, nel momento in cui si saldano al principio del ragionamento proposto – ossia al prospettato fondamento costituzionale o internazionale delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri – producono esiti insuperati anche nel momento in cui il corrispondente strumento, e cioè la protezione umanitaria e il connesso permesso di soggiorno per motivi umanitari, viene a mancare» – in conseguenza, va precisato *ratione temporis*, dei decreti Sicurezza: l'affermazione, di ineludibile importanza, verrà ripresa *infra*, nel testo, con riferimento, come si è già anticipato alla "nuova" protezione speciale disciplinata dal d.l. 130/2020.

26. Vocabolo che, secondo la lingua corrente, non soltanto italiana (*vulnerability* in l'inglese, *Verwunbarkeit* in tedesco, *vulnérabilité* in francese) sta a significare «predisposizione ad essere attaccato, offeso» ed ancora «debolezza, fragilità».

27. P. Comoglio, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in *Questione Giustizia* 3/2020, p. 9 e ss.; F. Del Rosso, *Il dovere di cooperazione istruttoria officiosa e le "Country of origin information" nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria*, *ivi*, 4/2020.

La loro breve disamina consentirà, a conclusione di questo lavoro, una più ampia riflessione sulla eventuale "sopravvivenza di principi" all'indomani della novella del 2020.

1) L'obbligo di audizione dinanzi al giudice del richiedente asilo[28]

Come meglio si dirà del paragrafo che segue, nel giudizio di protezione internazionale le dichiarazioni del richiedente in ordine alla sua "storia" costituiscono il mezzo di prova principale sul quale il giudice deve basare la decisione, onde la sua valutazione in ordine alla credibilità della narrazione potrebbe radicalmente differire da quella dell'autorità amministrativa, chiamata in prima istanza all'audizione il ricorrente.

All'attuale mancanza di un sistema di videoregistrazione consegue, inoltre, che la nuova valutazione del giudice dovrebbe fondarsi sulle sole dichiarazioni verbalizzate, siano o non siano state puntualmente riportate[29].

Al riguardo, va premesso come l'audizione abbia lo scopo fondamentale di verificare la coerenza del racconto, la sua plausibilità, la sua completezza ed esaustività[30], al fine di consentire l'accertamento dei fatti dichiarati in quanto non provati diversamente, volta che, nella prassi, molte delle incoerenze, contraddizioni, imprecisioni, incompletezze della narrazione possono essere colmate e chiarite proprio all'esito dell'audizione del richiedente dinanzi al giudice[31].

---

28. Dall'analisi delle fonti di diritto sovranazionale emerge che né la CEDU né la Carta di Nizza, per come interpretate dalle Corti sovranazionali, considerano il diritto all'udienza un diritto assoluto, e lo stesso art. 6 CEDU, secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, non risulta applicabile in via diretta alla materia della protezione internazionale (Corte EDU *Grande Chambre, 5 ottobre 2000, Maaouia c. Francia*; nella giurisprudenza successiva, Corte EDU 28 febbraio 2002, *Mehemi c. Francia*; 18 aprile 2002 *Aronica c. Germania*; 17 aprile 2003, *Yilmaz c. Germania;* 4 gennaio 2005, *Naumov c. Albania*). Anche secondo la Corte di Giustizia l'art. 47 della Carta non attribuisce un diritto all'udienza "assoluto", per cui, dell'udienza stessa, è consentito fare a meno allorché «*non sia necessaria a causa di circostanze eccezionali del caso, per esempio quando non si pongano questioni di fatto o di diritto che non possano essere adeguatamente risolte sulla base dei documenti allegati e delle osservazioni scritte dalle parti*» (CGUE 4 giugno 2015, causa C-682/13 P, *Andechser Molkerei Scheitz*).

29. Sebbene il legislatore utilizzi il termine «impugnazione», è pacifico che non di una impugnazione si tratti, ma di un esame *ex novo* della domanda, il cui oggetto non è il provvedimento negativo della Commissione, ma il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata: del resto, l'organo amministrativo che ha reso la decisione è parte del giudizio, il che sarebbe contraddittorio con la natura impugnatoria del procedimento dinanzi al Tribunale. La natura di giudizio sul rapporto, e non sull'atto, risulta poi dirimente per risolvere in senso positivo le questioni relative al mutamento delle circostanze allegate dal richiedente nel passaggio tra una fase e l'altra.

30. G. Federico, *Comparizione delle parti e audizione del ricorrente*; L. Sangiovanni, *Comparizione delle parti e audizione del ricorrente nel giudizio di merito*; G. Savio, *È configurabile un obbligo processuale sanzionabile di procedere all'audizione personale del richiedente, oltre a quello relativo alla comparizione delle parti?* (tutti in *Questione giustizia, Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, I, 2020).

31. Con la sentenza 26 luglio 2017, in causa C-348/2016, *Sacko Moussa c. Italia*, punti 44 ss., la Corte di Giustizia, chiamata ad esaminare la normativa italiana prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 13/2017, dopo aver evidenziato lo stretto legame tra l'obbligo in capo al giudice di procedere ad un esame *ex nunc* e il diritto all'ascolto, ha affermato che «*tale giudice può decidere di non procedere all'audizione del richiedente nell'ambito del ricorso dinanzi ad esso pendente solo nel caso in cui ritenga di poter effettuare un esame siffatto in base ai soli elementi contenuti nel fascicolo, ivi compreso, se del caso, il verbale o la trascrizione del colloquio personale con il richiedente in occasione del procedimento di primo grado. In circostanze del genere, infatti, la possibilità di omettere lo svolgimento di un'udienza risponde all'interesse sia*

I principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di legittimità – a mente dei quali la fissazione (obbligatoria) dell'udienza per la comparizione delle parti (art. 35, comma 10 e 11 d.lgs. 35/2008) ha valore strettamente tecnico-processuale e non si riferisce necessariamente alla presenza personale delle parti né all'obbligo di audizione del ricorrente (per tutte, Cass. 17717/2018 e successive conformi) – hanno trovato un temperamento, necessario e condivisibile (anche se rimasto sostanzialmente isolato), nella precisazione secondo cui «l'audizione personale in sede giudiziale diviene – proprio alla luce della peculiare articolazione del rito previsto per l'esame delle domande di protezione internazionale – la modalità più semplice per supplire all'indisponibilità della videoregistrazione del colloquio svoltosi in sede amministrativa, assicurando al richiedente l'effettiva esplicazione del diritto di difesa in un contraddittorio pieno, e ponendo il giudice di merito in condizione di poter decidere avendo completa contezza degli elementi di valutazione» (Cass. 9228/2020)[32], e nella ulteriore, altrettanto opportuna specificazione a

degli Stati membri sia dei richiedenti, menzionato al considerando 18 della direttiva citata, che sia presa una decisione quanto prima possibile in merito alle domande di protezione internazionale, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo. Laddove, invece, il giudice adito con il ricorso consideri che sia necessaria un'audizione del richiedente onde poter procedere al prescritto esame completo ed ex nunc, siffatta audizione, disposta da detto giudice, costituisce una formalità cui esso non può rinunciare per i motivi di celerità menzionati al considerando 20 della direttiva 2013/32«, per poi concludere che, «*nel caso di una domanda manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, l'obbligo imposto al giudice del rinvio di procedere all'esame completo ed ex nunc di cui all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva risulta, in linea di principio, adempiuto quando detto giudice prende in considerazione le memorie prodotte dinanzi al giudice investito del ricorso nonché gli elementi oggettivi versati al fascicolo amministrativo risultante dalla procedura di primo grado, ivi compresi, all'occorrenza, il verbale o la registrazione del colloquio personale effettuato nel contesto di tale procedura*», con l'ulteriore precisazione per cui «*sebbene l'articolo 46 della direttiva 2013/32 non obblighi il giudice adito con un ricorso avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale ad ascoltare il richiedente in tutti i casi, cionondimeno esso non autorizza il legislatore nazionale a impedire a tale giudice di ordinare lo svolgimento di un'audizione qualora detto giudice, considerando insufficienti le informazioni raccolte in occasione del colloquio personale condotto durante la procedura di primo grado, ritenga necessario organizzare siffatta audizione ai fini dell'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva*». Tali principi sono stati poi riaffermati – sia pur con importanti precisazioni – da CGUE 25 luglio 2018, *Alheto*, in causa C-585/16, punti 114 e 115; CGUE 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, CGUE 19 marzo 2020, in causa C-406/18; CGUE 6 luglio 2020, in causa C-517/17, *Milkiyos Addis*.

32. La pronuncia si esprime, sostanzialmente, nel senso dell'obbligatorietà dell'audizione nel caso in cui manchi la videoregistrazione (e, quindi, nell'attuale sistema, sempre) evidenziando la valenza centrale del racconto del richiedente asilo, che assume (come si legge nell'ampia motivazione dell'ordinanza) «*un'importanza centrale proprio il contatto tra richiedente e giudice, poiché la credibilità della storia dipende anche dal modo con cui la narrazione viene riferita, dall'atteggiamento dello straniero, dalle sue esitazioni, dal coinvolgimento che egli mostra durante il colloquio. Per questo, nel d.lgs. n. 25 del 2008, gli artt. 14 e 35-bis prevedono che l'audizione del richiedente dinanzi la Commissione territoriale sia videoregistrata e che la videoregistrazione, insieme al verbale riassuntivo delle dichiarazioni rese dallo straniero sia messa immediatamente a disposizione del giudice: per consentire a quest'ultimo di apprezzare in modo completo le dichiarazioni predette e di percepire tutti i dettagli della narrazione che possono rivelarsi utili ai fini del giudizio, necessariamente discrezionale, circa la credibilità o meno della storia personale. E per questo dell'art. 35-bis, comma 10, prevede che il giudice possa comunque fissare l'udienza di comparizione quando, visionata la videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi la Commissione territoriale, ritenga comunque necessaria l'audizione diretta dello straniero, o quando ritenga indispensabile chiedere chiarimenti alle parti, ovvero quando consideri necessario disporre consulenza tecnica o assumere mezzi istruttori (lett. a), b) e c) del comma da ultimo richiamato)*».

mente della quale «il giudice, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale, ha l'obbligo di fissare l'udienza di comparizione, ma non anche quello di disporre l'audizione del richiedente, a meno che: a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda (sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti); b) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente; c) il richiedente faccia istanza di audizione nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile» (Cass. 22049/2020; 21584/2020; 25439/2020)[33].

2) La valutazione di credibilità del richiedente asilo

Nel giudizio di protezione internazionale, e segnatamente in quello volto al riconoscimento della protezione umanitaria,[34] il compito del giudice consiste, sotto il profilo della prova, nell'analisi della "storia" narrata del ricorrente – analisi che finisce per tradursi, spesso in via esclusiva, nella valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni[35] collocandosi nella dimensione processuale del giudizio di fatto.

Esula dai limiti di questo scritto una compiuta disamina dei requisiti e dei presupposti del giudizio di fatto[36]. Basti in questa sede osservare, in linea generale, come l'indagine vada

33. Tali principi comportano che, nell'illustrazione del motivo di ricorso, in sede di giudizio di Cassazione, la difesa del richiedente asilo avrà il preciso onere di evidenziare le circostanze di fatto che, nel caso di specie, avrebbero reso necessaria l'audizione del ricorrente dinanzi al Tribunale.

34. Per una approfondita e convincente analisi della questione della credibilità del richiedente asilo, specie sotto il profilo della cd. credibilità parziale, L. Minniti, *La valutazione di credibilità come strumento di valutazione della prova dichiarativa. Ragioni e conseguenze*, in *Questione Giustizia*, 3/2020, p. 25 ss.

35. L'art. 3 del d.lgs. 251/2017 dispone che: «*Qualora taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale non siano suffragati da prove, essi sono considerati veritieri se l'autorità competente a decidere sulla domanda ritiene che: a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile*».

36. Per chi desiderasse approfondire una delle tematiche più complesse e affascinanti dell'intero diritto processuale, cfr. M. Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv dir. civ.* 1971, I, p. 40 ss.; Id., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim dir. proc civ.* 1995, p. 789; Id, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, p. 382 ss.; Id., *Certezza e probabilità nelle presunzioni,* in *Foro it.* 1974, V, p. 83 ss., oltre al volume, dal titolo fortemente evocativo, *La semplice verità*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Osserva, di recente, I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 1 ss., come il giudizio di credibilità del richiedente asilo «riapra ancora una volta la questione del significato dell'attribuzione di poteri istruttori incisivi al giudice civile sul tema della prova, cui si collega quello, sfuggente anche nel diritto processuale civile generale, dell'allegazione dei fatti». In argomento, *amplius*, G. Carmellino, F. De Ritis, F. Barbieri, *Criticità di alcune regole processuali nei procedimenti di protezione internazionale*, in *Judicium*, 2019, 51. Sull'utilità di uno studio del tema nell'ottica del processualista, V. Gaeta, *A che serve studiare la protezione internazionale?*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 391 ss.

rivolta al metodo di valutazione degli elementi di prova disponibili (i fatti "indizianti" della prova per presunzioni) e sulla scelta tra un generico modello olistico ovvero un rigoroso metodo analitico.

La soluzione da privilegiare non può che risultare la seconda, atteso che il modello olistico si presterebbe facilmente a sovrapporre alla realtà dei fatti la loro (sola) narrazione, con il rischio che una perfetta coerenza narrativa, pur in ipotesi assolutamente falsa, possa fuorviare il giudice e condurlo ad una decisione ingiusta[37], mentre il metodo analitico-atomistico si fonda sulla premessa che la base della decisione sia rappresentata dai fatti e soltanto da essi.

La valutazione dei fatti secondo il modello analitico segue, peraltro, un percorso logico distinto in due fasi – che ne consente una parziale combinazione con quello olistico – fondate, dapprima, su di un rigoroso esame di ciascun singolo fatto "indiziante" che emerge dal racconto del richiedente asilo (onde eliminare quelli privi di rilevanza rappresentativa e conservare quelli che, valutati singolarmente, offrano un contenuto positivo, quantomeno parziale, sotto il profilo dell'efficacia del ragionamento probatorio), e successivamente, su di una valutazione congiunta, complessiva e globale, di tutti quei fatti – alla luce dei principi di coerenza logica, compatibilità inferenziale, congruenza espositiva, concordanza prevalente – onde accertare se la loro combinazione, frutto di sintesi logica e non di grossolana "somma aritmetica", possa condurre all'approdo della prova presuntiva del factum probandum, che potrebbe non considerarsi raggiunta attraverso una valutazione atomistica di ciascun indizio (quae singula non possunt, collecta iuvant)[38].

37. Il tema della narrazione è strettamente legato all'*ars retorica* come modello di persuasione, indifferente alla verità o falsità di un enunciato, capace di persuadere anche del falso (A. Todorov, *Teoria del simbolo*, Milano, Garzanti, 1991, p. 75 ss.; S. Freud, *Massenpsycologie und Ich-Analyse*, 1921, in *OSF*, Torino, Boringhieri, vol. 9). Sul piano storico, merita di essere ricordata la legislazione processuale prussiana della fine del XVIII secolo, nella quale il principio della ricerca giudiziale della verità (*Offizialprinzip*) troverà un'applicazione così integrale da svuotare di contenuto sostanziale il ruolo dell'avvocato e da obbligare il giudice ad impiegare ogni mezzo per la ricerca della verità, attribuendo particolare rilievo all'interrogatorio libero delle parti (*Fragesrecht*), sulle quali incombeva il dovere di collaborare alla ricerca della verità (in argomento, *amplius*, A. Giuliani, *Prova*, in *Enc del Dir.*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 564 ss..). Osserva come, per ogni fatto, possano esistere molte descrizioni vere S. Haack, *Manifesto of a passionate moderate. Unfashionable Essays*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 157. Sulla universalità dell'attività (non limitata alla sola scienza) di chiunque sia chiamato a stabilire razionalmente la verità di un'asserzione, Id., *Evidence and inquiry. Towards recostruction in epistemology*, Oxford, Wiley-Blackwell, 1995, p. 73 ss.

38. Il principio risulta affermato dalla Corte di legittimità in alcune recenti pronunce della III sezione, affermandosi, in particolare, che integra gli estremi dell'errore di diritto, come tale censurabile in sede di legittimità, tanto una motivazione meramente fittizia (come quella predicativa, *sic et simpliciter*, di una pretesa «scarsa verosimiglianza delle allegazioni, contraddittorie e intrinsecamente illogiche» – la *Scheinbegruendung* della dottrina tedesca), quanto una valutazione del contenuto narrativo che si sostanzi nella sua acritica scomposizione e nel suo sistematico frazionamento, volto alla ricerca delle singole, eventuali contraddizioni, pur talvolta esistenti, insite nella narrazione stessa, volta che il procedimento di protezione internazionale è caratterizzato, per sua natura, da una sostanziale mancanza di contraddittorio (stante la sistematica assenza dell'organo ministeriale), con conseguente impredicabilità della diversa funzione – caratteristica del processo civile ordinario – di analitico e perspicuo bilanciamento tra posizioni e tesi contrapposte *inter*

Accertata preliminarmente la valenza dimostrativa di ciascun "fatto indiziario" che emerge dal racconto del ricorrente secondo il modello analitico, si procederà poi all'esame metodologico dell'intera trama narrativa in modo complessivo e unitario, di tal che la possibile ambiguità dimostrativa di ciascun factum probans possa nondimeno risolversi nell'approdo al necessario significato dimostrativo che consente di ritenere complessivamente raggiunta la prova logico-baconiana del factum probandum. Il procedimento mentale da percorrere, per il giudice, è dunque quello della analisi di ciascun elemento di fatto e della sua collocazione e ri-composizione all'interno di un mosaico del quale ciascun indizio (id.e., la parte dell'intera vicenda narrata) costituisce la singola tessera.

Tali principi risultano espressamente affermati con l'ordinanza 8819/2020 della Corte di legittimità, nella quale – in aperto dissenso con quella giurisprudenza della stessa Cassazione che risolveva sbrigativamente il problema della valutazione di credibilità in sede di legittimità con un altrettanto sbrigativo giudizio di non liquet, ritenendo (del tutto erroneamente) quel giudizio "impermeabile" alla valutazione del fatto[39] – si legge invece che «la valutazione dell'interprete andrebbe rivolta, mutatis mutandis, oltre che alle regole

pares. Il compito del giudice chiamato alla tutela di diritti fondamentali della persona appare pertanto funzionale alla complessiva raccolta e valutazione, accurata e qualitativa, delle informazioni offerte dal migrante, rispetto alle quali dissonanze e incongruenze, di per se non decisive ai fini del giudizio finale, andranno opportunamente valutate in una dimensione di senso e di significato complessivamente inteso, secondo un criterio di unitarietà argomentativa e non di sistematica scomposizione, logica e sintattica, della narrazione, come confermato dal disposto dell'art. 3, comma 5, lett. *e*) del d.lgs n.251/2007, a mente del quale, nella valutazione di credibilità, si deve verificare anche se il richiedente «è, *in generale*, attendibile». Se, considerato isolatamente, ogni frammento dichiarativo può non essere ritenuto sufficiente a pervenire ad un giudizio complessivo di credibilità (così fondando un superficiale e parcellare giudizio di non credibilità), è l'insieme intrinseco delle connessioni logico-espositive delle dichiarazioni a formare oggetto di valutazione, che deve risultare complessiva, e non frantumata e/o relativizzata rispetto ad ogni singolo episodio, esaminato *ex se* in modo del tutto avulso dalla complessa trama narrativa oggetto di esame e di giudizio.

39. Si è già detto (*supra*, *sub* nota 20) del contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di legittimità sulla valutazione di credibilità e sui limiti del giudizio di Cassazione *in subiecta materia*: se un primo orientamento vincola la valutazione agli indicatori di cui al citato art. 3 d.lgs. 251/2007 (Cass. 16925/2018, 26921/2017), un secondo filone di pensiero (Cass. 21142/2019) esige un controllo (assai più stringente) di sedicente «credibilità razionale» del dichiarante, ritenendo, testualmente, «*non razionalmente credibile che tutti i richiedenti asilo provenienti da determinate aree geografiche dichiarino in defettibilmente di essere omosessuali o di aver ingravidato la figlia del capo villaggio o di essere stati costretti a partecipare a sacrifici umani*»: al di qualsivoglia commento su tali affermazioni già sul piano logico, il principio viene affermato in spregio a quanto costantemente insegna (ma sovente si ignora) la miglior dottrina processualcivilistica (per tutti, M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 174, ove è spiegato con chiarezza al colto e all'inclita come la probabilità statistica che prende in considerazione una certa classe di fenomeni – la cd. *prior probability* – non dica nulla intorno al caso singolo, poiché la frequenza statistica «ci dice soltanto quante volte un fatto si verifica nel lungo periodo entro un insieme dato». La sentenza appena citata, discorrendo del tutto inopinatamente di *credibilità razionale*, mostra altresì di ignorare come il più compiuto, quanto fallimentare tentativo di misurazione numerica della probabilità logica si deve a R. Carnap (*Logical foundations of probabiliy*, Chicago, Univ. of Chicago Press., 1950) e alla teoria probabilistica dei cd. «controfattuali» formulata da J. Pearl (*Causality: models, reasoning and inferences*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000). Non senza considerare ancora che il «principio di diritto» cosi formulato si pone in aperto contrasto con il divieto dell'uso della scienza privata (ammesso che sia lecito discorrere, rispetto a tali affermazioni, di "scienza"....) da parte del giudice, su cui *amplius*, *infra*, *sub* nt. 47.

proprie del processo civile, alla stessa ragion d'essere ed alla filosofia che permeano il processo penale, teso all'accertamento della verità, per quanto possibile, anche ad opera dell'organo d'accusa, in ossequio ad un elementare principio di civiltà giuridica: e tanto è a dirsi quantomeno in relazione a vicende in cui le dichiarazione della parte lesa appaiono l'unica possibile fonte di prova (si pensi ai reati di violenza sessuale dibattuti in seno al processo penale ordinario, cui non appare impredicabile un'ideale equiparazione della condizione del richiedente asilo, a sua volta parte lesa di violenze in vario modo inflittegli dalla sua stessa storia e dalle sue stesse condizioni originarie di vita). Nel processo civile "ordinario"[40] si dibatte della stessa funzione probatoria dell'interrogatorio libero delle parti[41] – in guisa di chiarificazione dei fatti di causa e (sia pure una dimensione di minor condivisione), di strumento di conoscenza dei fatti. Secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, le dichiarazioni rese dalla parte nell'interrogatorio libero di cui all'art. 117 c.p.c., pur non essendo un mezzo di prova, possono essere fonte anche unica del convincimento del giudice di merito[42]: l'utilizzazione del sapere della parte nella formazione del convincimento del giudice che ascolta è il momento centrale dell'istruttoria [43] nel procedimento giurisdizionale di protezione internazionale, che deve ritenersi – oltre che del tutto autonoma rispetto alla precedente procedura amministrativa, della quale non costituisce in alcun modo prosecuzione impugnatoria – costantemente volto ad accertare, secondo criteri legislativamente predeterminati, la sussistenza o meno del diritto al riconoscimento di una delle tre forme di asilo, onde il compito del giudice chiamato alla tutela di diritti fondamentali della persona appare funzionale – anche al di là ed a prescindere da quanto accaduto dinanzi alla Commissione territoriale – alla complessiva raccolta, accurata e qualitativa, delle predette informazioni, nel corso della quale dissonanze e incongruenze, di per se non decisive ai fini del giudizio finale, andranno opportunamente valutate in una dimensione di senso e di significato complessivamente inteso secondo un criterio di unitarietà argomentativa e non

40. Si è soliti affermare che, sotto il profilo della prova, il giudizio di protezione internazionale si caratterizza per una necessità di rilettura delle categorie processuali più tradizionali, innanzitutto perché ammette, tra le fonti di prova, quella che tradizionalmente è considerata la migliore, ma al tempo stesso la meno fidata, ossia la scienza delle parti (I. Pagni, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 6).

41. Sulle funzioni dell'interrogatorio libero, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile,* Napoli, Jovene, 2014, pp. 91-92; A. Reali, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, Cacucci, 2009.

42. Sulla rilevanza processuale e probatoria degli argomenti di prova, *amplius*, M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 256 ss.

43. Sotto il profilo della prova, i principi di cui all'art. 2967 c.c. operano secondo un meccanismo che, diversamente da altre tipologie di processo civile (compresi quelli cd. «a modello istruttorio acquisitivo», caratterizzato dall'iniziativa istruttoria del giudice), annette alla testimonianza della parte un'efficacia probatoria diversa da quella tradizionalmente riservata alle dichiarazioni rese in seno all'interrogatorio libero, e non si limita ad ampliare le ipotesi in cui sono previsti poteri ufficiosi di assunzione dei mezzi di prova.

di sistematico frazionamento, logico e sintattico, della narrazione, come confermato dal disposto dell'art. 3, comma 5, lett. e) del d.lgs. n.251/2007, a mente del quale, nella valutazione di credibilità, si deve verificare anche se il richiedente «è, in generale, attendibile».

La motivazione dell'ordinanza si conclude con l'ulteriore considerazione per la quale, nella valutazione della complessiva credibilità del racconto del richiedente asilo, ove, rispetto ad alcuni dettagli, residuino all'organo giudicante dubbi in parte qua, può trovare legittima applicazione il principio del beneficio del dubbio[44].

3) Il concetto di vulnerabilità

Come osserva, di recente, un'autorevole dottrina[45], da alcuni anni la nozione di vulnerabilità è entrata nel dibattito filosofico, giuridico, di teoria politica, di etica pubblica come espressione universale della finitezza e della fragilità degli esseri umani e al tempo stesso come concretizzazione esistenziale dei singoli, influenzata da svariati elementi di contesto: «è proprio il suo configurarsi come dato esperienziale legato alle dinamiche dell'interazione che permette di spiegare il passaggio dall'universale al particolare»[46].

La prassi amministrativa e giurisprudenziale ha ripetutamente sottolineato la rilevanza della ricorrenza di profili di vulnerabilità e fragilità nell'individuo ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, riconducibili alla situazione soggettiva della persona (età, salute, stato di gravidanza, motivi di carattere familiare, sradicamento dal Paese d'origine, situazione di integrazione socio-lavorativa del soggetto in Italia), o ancora ricollegabili ad una connotazione oggettiva del Paese d'origine (basso livello di tutela dei diritti umani, generale livello di insicurezza, problematiche ambientali). Rilevano altresì le violenze subite nel Paese di transito e di temporanea permanenza del richiedente asilo potenzialmente

44. In senso opposto, Cass. n. 16028 del 2019, in aperto contrasto con quanto più volte affermato (ma evidentemente ignorato) dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di onere della prova: «*stante la particolare situazione in cui si trovano i richiedenti asilo, sarà frequentemente necessario concedere loro il beneficio del dubbio quando si vada a considerare la credibilità delle loro dichiarazioni e dei documenti presentati a supporto*» (CEDU, *R.C. v. Svezia*, 2010, paragrafo 50; CEDU, *N. v. Svezia*, 2010, paragrafo 53; CEDU, *A.A. v. Svizzera*, 2014, paragrafo 59).

45. B. Pastore, in O. Giolo-B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità – Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018, p. 7.

46. «Diviene così saliente» aggiunge l'autore citato alla nota che precede (p. 8) «prendere in considerazione le modalità attraverso le quali l'idea di vulnerabilità opera nel ragionamento giuridico. L'attenzione si concentra sugli aspetti pragmatico-funzionali di un concetto elastico, il cui significato non può essere delineato con precisione, ma che può svolgere una funzione euristica in relazione al ragionamento giustificativo che si fonda sulle caratteristiche individuali dei soggetti coinvolti nella controversia, approntando le misure che, con riferimento al caso concreto, possono salvaguardare il soggetto vulnerabile attraverso una protezione adeguata, misurandosi con una categoria multiforme di condizioni di discriminazione, umiliazione, spregio nelle quali i soggetti si trovano. Rispetto ad esse, l'accertamento del fatto si pone come problema cruciale della decisione: se la rilevanza giuridica è il criterio essenziale, ma non risolutivo, interviene anche la rilevanza logica, grazie alla quale alcuni fatti possono essere utilizzati come premesse da cui trarre inferenze in merito all'accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti».

idonee, quali eventi in grado di ingenerare un forte grado di traumaticità, ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona[47].

La vulnerabilità verrà definita, in giurisprudenza, su di un piano generale[48], come quella mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa.

Con l'ordinanza n. 32237 del 2021, la III sezione della Corte di legittimità, cassando con rinvio un (assai discutibile) decreto del Tribunale di Milano per omessa indagine, nel caso di specie, in ordine gli aspetti di vulnerabilità soggettiva del richiedente asilo (sulla premessa che tali aspetti ben possono, in ipotesi, prescindere dal giudizio sulla sua credibilità, non essendo ad esso inscindibilmente legati da un nesso di consequenzialità necessaria) alla luce della sua condizione attuale così come essa si presentava agli occhi del giudice al momento della decisione, specificherà ancora come «il concetto di vulnerabilità soggettiva – sostantivo il cui significato letterale, alla luce della sua stessa etimologia, è rappresentato dalla possibilità di essere ferito, dalla attitudine ad essere offeso, attaccato e sopraffatto, tanto sul piano fisico quanto su quello emotivo – non si sostanzia in una condizione (e in una conseguente valutazione) necessariamente totalizzante o "complessiva" dell'essere umano (dal Canto dei Nibelunghi apprendiamo della "vulnerabilità" di Sigfrido, circoscritta ad un unico punto del corpo, al di sotto delle scapole[49], così come in un unico punto del corpo era vulnerabile l'Achille dell'Iliade; dalla storia romana apprendiamo che, in talune battaglie, dei tre manipoli dell'intera coorte, soltanto quello posto sul lato sinistro era "vulnerabile"), ma in uno status (attuale) dell'animo che tale attitudine comporti,

47. Cass. 15 maggio 2019, n. 13096. In argomento, *amplius*, O. Giolo-B. Pastore, *Vulnerabilità*, cit., in particolare p. 153 (ove un'affascinante analisi della vulnerabilità alla luce della sua etimologia e della sua storia, letteraria e filosofica nell'antica Grecia, tra Sofocle e Platone, la cui conoscenza non guasterebbe a quella giurisprudenza che si ostina a ritenersi *perita peritorum* in materie nelle quali, per converso, brilla per ignoranza), oltre ai i saggi di E. Diciotti (*La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*), R. Chenal (*La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*), L. Corso (*Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*), M.G. Bernardini (*Vulnerabilità e disabilità a Strasburgo*), C. Nicolini Coen (*Condizioni di possibilità e valore della discrezionalità nell'ambito giudiziario*), F. Scamardella (*Recensione a Grompi: V come Vulnerabilità, Cittadella, Assisi, 2017*), tutti raccolti in *Ars interpretandi – Rivista di ermeneutica giuridica,* VII, 2018, n. 2: *Vulnerabilità e interpretazione giudiziale. Adde*, su di un piano generale, P. Rescigno, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.* 1998, I, 787 ss.; D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *EdD, Annali*, VII, Milano, Giuffrè, p. 962, che osserva come, ad ogni suo tentativo di ricostruzione, l'argomento mostri subito un evidente difficoltà su più versanti, anche a tacere del rischio di cadute nella retorica della debolezza. Nella raggelante esemplificazione che si legge in P. Cendon, *I diritti delle persone deboli*, in *Persona e danno*, III, Milano, Giuffrè, 2004, p. 2110, la vulnerabilità viene riferita a «donne, epilettici, omosessuali, anziani, alcolisti, vittime di calamità naturali, barboni, fuggitivi del terzo mondo».

48. Cass. 4455/2018, sulla quale *amplius*, *infra*, nel testo.

49. Che verrà scioccamente segnato dalla moglie Krimild ricamando una croce sul mantello di Sigfried in esatta corrispondenza di quel punto, consentendo così al perfido Hagen di trafiggerlo alle spalle...

valutata, se del caso, in tutti i suoi possibili aspetti». Dalla motivazione dell'ordinanza emerge ancora come il giudice di legittimità abbia attribuito al vocabolo (in realtà estremamente indeterminato e precisabile sulla sola base di giudizi di valore) un significato valutativo alla luce delle circostanze del caso concreto in una prospettiva legata al ragionamento per principi e in una dimensione di centralità dei diritti fondamentali (che richiedono un mutamento dell'assetto emotivo con cui i giudici si pongono di fronte alla questione da decidere), senza trasformarsi in categoria operante secondo un criterio "del tutto o niente", ma come nozione relazionale che presenta diverse gradazioni, influenzate da una pluralità di fattori che impongono un esame individualizzato, e non per stereotipi, della situazione del soggetto ricorrente al fine di definirne il livello di protezione necessaria[50].

50. Di comparazione attenuata, in relazione a condizioni di eccezionale vulnerabilità, discorrerà ancora Cass. 1104/2020, nel rimettere al Tribunale di Milano, cassandone il provvedimento di rigetto della domanda, la necessaria valutazione comparativa (totalmente e inspiegabilmente assente nella motivazione del decreto impugnato) tra la attuale condizione della richiedente asilo e quella cui ella verserebbe in caso di suo rimpatrio in Nigeria con particolare riferimento a quei profili di particolare vulnerabilità resi evidenti dalla sua personale vicenda – in quanto destinataria di ripetuti episodi di violenza sessuale sia in Nigeria che in Libia – sulla premessa in fatto della pur ritenuta veridicità, *in parte qua*, del racconto della richiedente asilo e del suo forzato avvio all'attività di prostituzione. Sarebbe stato preciso compito del giudice di merito – osserva ancora il Giudice di legittimità – procedere ad una accurata ed approfondita valutazione della situazione di vulnerabilità della richiedente asilo, senza che rilevasse, in proposito, il luogo in cui tali violenze erano state consumate – contrariamente a quanto si legge nel decreto impugnato in ordine alla (illegittimamente) asserita «non rilevanza delle violenze subite in Libia in quanto quest'ultimo non era il Paese del possibile rimpatrio» (affermazione del tutto incomprensibile, volta che, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 25/2008, il giudice è invece tenuto ad esaminare la domanda anche alla luce delle informazioni sul Paese di transito). Il giudizio comparativo tra la condizione personale della richiedente asilo e le conseguenze di un suo eventuale rimpatrio – scrive ancora la Cassazione – non avrebbe in alcun modo potuto prescindere dall'analisi e dal significato del sintagma «condizione di vulnerabilità», la cui analisi non poteva che dirsi caratterizzata dalla morfologica esigenza di procedere a valutazioni soggettive ed individuali, condotte caso per caso (onde impedire che il giudice di merito si risolva a declinare valutazioni di tipo "seriale", improntate ai più disparati quanto opinabili criteri altrettanto seriali, a mo' di precipitato di una chimica incompatibile con valori tutelati dalla Carta costituzionale e dal diritto dell'Unione), alla luce del principio secondo il quale, *in subiecta materia*, oggetto del giudizio è pur sempre la persona, i suoi diritti fondamentali, la sua dignità di essere umano. La pronuncia conclude poi il suo *iter* argomentativo affermando i principi per cui: 1) quanto più risulti accertata in giudizio una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità, tanto più è consentito al giudice di valutare con minor rigore il *secundum comparationis*, costituito dalla situazione oggettiva del Paese di rimpatrio, onde la conseguente attenuazione dei criteri rappresentati «dalla privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale»; 2) poteva legittimamente ricondursi alle massime di comune esperienza (che, giusta l'insegnamento di cui a Cass., SU, 26792/2008, costituiscono un mezzo di prova di pari dignità rappresentativa rispetto alla prova storica o documentale), la premessa maggiore del ragionamento probatorio che conduceva alla conclusione, sulla base dei fatti accertati in giudizio, per il quale la condizione emotiva, ancor prima che fisica, di una giovane donna ripetutamente sottoposta a violenze sessuali ed avviato al meretricio, indipendentemente dal luogo in cui tale drammatica vicenda si fosse consumata, integrava gli estremi di una vulnerabilità vissuta nella più elevata e dolorosa di tutte le sue possibili forme (se non, addirittura, oltre quel limite). Era dunque compito imprescindibile del giudice di merito – conclude il Giudice di legittimità – una volta accertata la credibilità del narrato e del vissuto della richiedente asilo, «interrogarsi – oltre che sul profilo topico-comparativo delle possibili situazioni di vita futura –sulla residua capacità di una donna assoggettata a tali esperienze di essere sottoposta, e di poter ancora accettare, sopportare e subire una qualsiasi ulteriore forma di violenza – benché di tipo e di intensità sicuramente diversa – quale, indubitabilmente, quella che la costringesse, ancora una volta violentandone la volontà, ad abbandonare il Paese di accoglienza (per il cui approdo era stato pagato il prezzo più alto che possa mai pagare una donna, ad eccezione della perdita di un figlio) ed essere obbligata a far ritorno a quello di origine in

4) Il giudizio di comparazione

Con la ormai celebre sentenza n. 4455 del 23.2.2018, la prima sezione della Corte di cassazione affermerà che la condizione di «vulnerabilità» può «avere ad oggetto anche la mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa», oltre a poter essere «la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nel d.lgs. n. 286 del 1998, art. 36» o ancora «essere conseguente ad una situazione politico-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del Paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)»[51].

una particolare situazione di vulnerabilità (nella specie, addirittura eccezionale e forse irreparabile, come insegna la comune scienza psicologica)».

In tema di violenza di genere, di recente, cfr. Cass. 16172/2021.

51. I principi saranno sostanzialmente confermati dalle Sezioni Unite (con la sentenza 29419/2019), che avrebbero definitivamente chiarito, quanto ai presupposti necessari per ottenere la protezione umanitaria sotto il profilo del giudizio comparativo di cui alla sentenza 4455/2018:

1) Che non si può trascurare la necessità di collegare la norma che la prevede ai diritti fondamentali che l'alimentano.

2) Che gli interessi protetti non possono restare ingabbiati in regole rigide e parametri severi, che ne limitino le possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali, sicché l'apertura e la residualità della tutela non consentono tipizzazioni (*ex multis*, Cass. 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13096).

3) Che le relative basi normative non sono, allora, «affatto fragili» (come opinato, ancora una volta infondatamente, nell'ordinanza di rimessione), ma «a compasso largo»: l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria ***a clausola generale di sistema***, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione.

4) Che andava pertanto condiviso l'orientamento di questa Corte (inaugurato da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, e seguito, tra le altre, da Cass. 19 aprile 2019, n. 11110 e da Cass. n. 12082/19, cit., nonché dalla prevalente giurisprudenza di merito) che assegna rilievo centrale alla valutazione comparativa, *ex* art. 8 CEDU, tra il grado d'integrazione effettiva nel nostro Paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale.

Di recente, i presupposti del giudizio di comparazione sono stati riaffermati da Cass. 12418/20221, ove si legge che «il giudice del merito è tenuto ad operare la comparazione in ragione, del proprio dovere di collaborazione istruttoria officiosa, al fine di accertare se con il rimpatrio possa determinarsi, all'attualità, non il mero peggioramento della condizione di vita goduta dallo straniero nel nostro Paese, ma, tenuto conto della sua condizione soggettiva ed oggettiva (età, salute, radici relazionali e parentali, condizione personale, appartenenza ad un gruppo sociale, ecc.), una compressione dei diritti umani correlati al suo profilo, che lo priverebbe della concreta possibilità di condurre un'esistenza coerente con il rispetto della dignità personale; tale giudizio comparativo deve riguardare (ove allegata) anche la condizione economico-sociale del Paese di origine, dovendosi verificare se ivi si sia determinata una situazione dettata da ragioni d'instabilità politica od altro, di assoluta ed inemendabile povertà per alcuni strati della popolazione e di conseguente impossibilità di poter provvedere almeno al proprio sostentamento, dovendosi ritenere configurabile la violazione dei diritti umani, al di sotto del loro nucleo essenziale, anche in questa ipotesi» (in senso conforme, Cass. n. 16119 e Cass. n. 18443 del 2020).

«Queste ultime tipologie di vulnerabilità» precisa ancora la Corte «richiedono l'accertamento rigoroso delle condizioni di partenza di privazione dei diritti umani nel Paese d'origine perché la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano lai dignità».

Ne è derivata l'affermazione del principio di comparazione necessaria, «caso per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia, comparata alla situazione personale che egli ha vissuto prima della partenza e cui egli si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio». I seri motivi di carattere umanitario, pertanto, potevano «positivamente riscontrarsi nel caso in cui, all'esito di tale giudizio comparativo, risultasse un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa».

Sulla condivisibilità (e sulle speculari perplessità) derivanti dai principi affermati in sentenza (che appaiono, in controluce, come una sorta di compromesso tra le interpretazioni più "restrittive" – o, per meglio dire, più miopi e superficiali – di parte della giurisprudenza di legittimità in subiecta materia) e l'esigenza di dar un più ampio respiro e maggiori contenuti applicativi all'istituto della protezione umanitaria, specie con riferimento al tema dell'integrazione lavorativa, meglio si dirà nel paragrafo che segue.

5) I doveri di cooperazione istruttoria

La questione del contenuto, dell'ambito di applicazione e dei limiti del dovere di cooperazione del giudice in materia di protezione umanitaria costituisce uno dei temi più delicati e controversi, in dottrina come in giurisprudenza[52], tanto di merito quanto di

52. M. Flamini, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale,* in *Questione Giustizia*, 2/2020 p. 9 ss.; Id., *Il dovere di cooperazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, *ivi*, 3/2020, p. 50 ss.

Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 15 maggio 2019, n. 13097; 22 marzo 2017, n. 7385; 28 settembre 2015, n. 19197), «il ricorso al Tribunale costituisce atto introduttivo di un giudizio civile, retto dal principio dispositivo: principio che, se nella materia della protezione internazionale viene derogato dalle speciali regole di cui al cit. d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3 e all'art. 8, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, che prevedono particolari poteri-doveri istruttori (anche) del giudice, non trova però alcuna deroga quanto alla necessità che la domanda su cui il giudice deve pronunciarsi corrisponda a quella individuabile in base alle allegazioni dell'attore», cosicché «i fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale devono necessariamente essere indicati dal richiedente, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli in giudizio d'ufficio, secondo la regola generale». Osserva, del tutto condivisibilmente, I. Pagni, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 5, che, se l'affermazione appare corretta in astratto, il riferimento a possibili deroghe al «principio dispositivo» tanto per i poteri istruttori del giudice quanto per l'allegazione dei fatti, pur se ricorrente, è poi equivoco: "com'è noto" (ma come, all'evidenza, non lo è al citato filone giurisprudenziale) «un conto è ciò che ha riguardo alla disposizione del diritto sostanziale e alla sua tutela, altro conto è il principio dispositivo – ma sarebbe meglio parlare di principio della disponibilità delle prove – che è principio di mera tecnica processuale che niente ha a che fare col principio della domanda e col correlato principio del divieto di utilizzazione del sapere privato, che è quel che fa divieto al giudice di allegare d'ufficio al giudizio fatti non notori che non emergano dagli atti del giudizio. L'art. 3 D.Lgs. 251/2007 e l'art. 8 D.Lgs. 25/2008 costituiscono il cardine del sistema di attenuazione del principio dispositivo che caratterizza l'accertamento giudiziale delle domande di

legittimità – in seno alla quale si è generato uno dei più insanabili contrasti tra un orientamento restrittivo (che pretende, per l'attivazione dei poteri d'indagine officiosa del giudice, la cd. «individualizzazione del rischio») e un filone interpretativo che, richiamandosi direttamente alla norma costituzionale di cui all'art. 10 comma 3, ritiene invece dovuta in ogni caso un'indagine ex officio[53] funzionale all'accertamento della condizione e della tutela dei diritti umani fondamentali nel Paese di rimpatrio del richiedente asilo[54].

protezione internazionale: un sistema in cui ai poteri istruttori del giudice si affianca la possibilità di utilizzare la parte come fonte di prova».

La distinzione tra la cd. *Dispositionsmaxime* – che fa riferimento «all'essere padroni dell'oggetto della contesa», e la *Verhandlungsmaxime* – che riguarda invece «la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo», si deve a T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, Giuffrè, 1951, II, p. 726. Nel riprendere la distinzione, M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 310 ss., sottolineerà i punti di dissenso rispetto alla commistione, nella seconda, tra la deduzione probatoria e l'allegazione dei fatti giuridici, appartenente quest'ultima al momento della disposizione (della tutela) del diritto, e la prima soltanto, invece, alla pura e semplice tecnica processuale.

53. In questo senso, tra le altre, Cass. 8819/2020, ove si legge che il mancato riconoscimento della protezione umanitaria, conseguente alla mancata attivazione del dovere di cooperazione istruttoria da parte dell'organo giurisdizionale è frutto dell'errato sillogismo a mente del quale alla mancanza di credibilità del racconto conseguirebbe, *ipso facto*, il rigetto di tutte le richieste di protezione internazionale. Per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi del d.lgs. 251/2007, deve essere effettivamente dimostrato che il richiedente asilo abbia subito, o rischi concretamente di subire, atti persecutori come definiti dall'art. 7, così che quello *status* presuppone – al pari dello *status* riconosciuto, ai fini *della protezione sussidiaria*, dalle lettere a) e b) dell'art. 14 del citato d.lgs. – l'accertamento di una violazione individualizzata – e cioè riferibile direttamente e personalmente al richiedente asilo, in relazione alla situazione del Paese di provenienza, da compiersi in base al racconto ed alla valutazione di credibilità operata dal giudice di merito (una valutazione negativa esclude, pertanto, *ipso facto*, la possibilità del riconoscimento delle predette forme di protezione maggiore): diversa, invece, è la prospettiva del giudice in tema *di protezione sussidiaria di cui alla lettera c)* del citato art. 14 e ***di protezione umanitaria***, per il riconoscimento della quale è necessaria e sufficiente (anche al di là ed a prescindere dal giudizio di credibilità del racconto) la valutazione comparativa tra il livello di integrazione raggiunto in Italia e la situazione del Paese di origine, qualora risulti ivi accertata la violazione del nucleo incomprimibile dei diritti della persona che ne vulnerino la dignità – accertamento da compiersi (anche) alla luce del dettato costituzionale di cui all'art. 10 comma 3, ove si discorre di impedimento allo straniero dell'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Pertanto, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, deve ritenersi necessaria e sufficiente la valutazione dell'esistenza degli indicati presupposti, che non sono, pertanto, condizionati dalla valutazione (negativa) di credibilità del ricorrente. Ciò comporta *l'obbligo* per il giudice del merito di cooperare nell'accertamento della situazione reale del Paese di provenienza, mediante l'esercizio di poteri/doveri officiosi d'indagine, ed eventualmente di acquisizione documentale attivando i necessari canali diplomatici ed amministrativi tramite rogatorie (Cass. n. 28435/2017; Cass. 18535/2017; Cass. 25534/2016), in modo che ciascuna domanda venga esaminata alla luce di informazioni aggiornate sul Paese di origine del richiedente; e al fine di ritenere adempiuto tale obbligo officioso, l'organo giurisdizionale è altresì tenuto ad indicare specificatamente le fonti in base alle quali abbia svolto l'accertamento richiesto (Cass. n. 11312 del 2019).

54. Il dovere di cooperazione officioso trova fondamento ***nella Direttiva CE 13.12.2011 n. 95*** – in cui l'art. 4, rubricato come «*Esame dei fatti e delle circostanze*», prevede al primo comma che lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda – e ***nell'art. 8 del d.lgs. n.25/08*** – ove si dispone che la decisione su ogni singola domanda deve essere assunta in modo individuale, obiettivo ed imparziale e sulla base di un congruo esame effettuato ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251: in particolare, il terzo comma prevede, riferendosi alla fase amministrativa di esame della domanda, che ciascuna domanda sia 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, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR, dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa. Specularmente, ***il comma***

L'attualità delle questioni in ordine alla portata degli obblighi di cooperazione da parte del giudice, anche dopo la riforma della protezione umanitaria, risalta con ancora maggior nitore alla luce della recente decisione della Corte costituzionale, che ha rigettato la questione di costituzionalità della norma di cui all'art. l'art. 35-bis comma 13 d.lgs. 25/2008, inserito dalla legge 46/2017, sollevata dalla III sezione civile della Corte di legittimità con ordinanza 17970/2021[55].

Difatti, il consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale le tre forme di protezione (status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione umanitaria) coprirebbero interamente l'area dell'asilo costituzionale, e l'altrettanto consolidato principio secondo il quale dette forme costituiscono altrettante species del medesimo genus, conducono alla conclusione per cui, anche in tema di protezione umanitaria, l'obbligo di cooperazione del giudice prescinderebbe dal giudizio di credibilità, qualora risulti accertata, nel Paese di rimpatrio, la violazione del nucleo incomprimibile dei diritti della persona che ne vulnerino la dignità. L'obbligatorietà di tale indagine prende le mosse, e non può prescindere, dal dettato costituzionale di cui all'art. 10 comma 3, ove si discorre, significativamente, di impedimento allo straniero dell'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (norma che, come è noto, fu oggetto di un intenso dibattito in Assemblea costituente, ed il cui contenuto immediatamente precettivo, nonostante il contrario avviso di una retriva e risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, fu immediatamente rilevato dalla dottrina maggioritaria e definitivamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza delle Sezioni Unite del 26 maggio 1997, n. 4674)[56]: di qui, il riconoscimento della natura di diritto costituzionalmente garantito della situazione giuridica dei richiedenti asilo e quindi di «concreta e materiale esigibilità in via giurisdizionale» del relativo diritto soggettivo – un diritto perfetto in quanto il suo

9 dell'art. 35-bis d.lgs.25/2008, con riferimento alla fase giurisdizionale, prevede che, per la decisione, il giudice si avvalga anche delle informazioni sulla situazione socio-politico-economica del Paese di provenienza previste dall'articolo 8, comma 3 elaborate dalla Commissione nazionale e rese disponibili all'autorità giudiziaria. A rafforzare tale previsione soccorre, infine, per il giudizio di protezione internazionale, l'art. 27, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 secondo il quale il giudice acquisisce anche d'ufficio le informazioni relative al Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente.

In argomento, di recente, sia pur con diversità di accenti, Cass. 31802, 41778 e 41786 del 2021.

55. Corte costituzionale n. 13 del 2022, su cui *amplius*, *infra*, § 5.

56. In argomento, *amplius*, E. Rossi, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi sul tema,* cit.; P. Bonetti, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, cit., p. 377 ss.; E. Rigo, *Le parole dell'ospitalità nel lessico culturale dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2019, p. 409 ss.; G. Ferrari, *L'asilo nel diritto internazionale*, in https://www.unhcr.it, 2005, p. 9; M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, p. 216; A. Pugiotto, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in A.I.C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 355 ss.

fondamento necessario e sufficiente, nonché la sua causa di giustificazione, risiedono entrambi nella Costituzione[57].

Anche a voler prescindere dal dettato costituzionale, non sembra seriamente contestabile che l'obbligo di cooperazione officiosa sancito in tema di protezioni maggiori, con specifico riferimento alla protezione sussidiaria di cui all'art. 14 lett. c) del d.lgs. 251/2007 – che prescinde del tutto dalla valutazione di credibilità del richiedente asilo, giusta l'insegnamento della Corte di Giustizia – possa analogicamente estendersi alla protezione umanitaria, sub specie del previo accertamento della situazione e delle condizioni di diritti umani fondamentali nel Paese di respingimento.

La questione si pone, allora, in una dimensione di analisi *ex post* (e cioè all'esito di tale accertamento officioso), con riferimento alla quantità e qualità delle violazioni di tali diritti, e poi solo allora, in relazione alla fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudicante, della eventuale valutazione della narrazione del richiedente asilo sotto il profilo della credibilità.

3. I cd. «decreti sicurezza»[58]

57. Per quanto l'esemplificazione "per paradosso" costituisca, di regola, un modello di analisi delle fattispecie normative astratte sicuramente riduttiva e, per quanto suggestiva, altrettanto poco idonea ad individuare i criteri del ragionamento probatorio fondato su basi inferenziali, non può non considerarsi come, a seguire la tesi della cd. «individualizzazione del rischio» (goffo travestimento verbale che cela maldestramente la ritenuta decisività del giudizio di credibilità anche ai fini della protezione umanitaria), andrebbe oggi rigettata la domanda presentata da una donna afgana facente parte di una compagine sportiva (circostanza ritenuta verosimile dal giudice) che, nelle dichiarazioni rese alla Commissione territoriale e poi (eventualmente) all'autorità giudiziaria, narri di essere in realtà una rettiliana sbarcata sulla Terra da una navicella spaziale per poi reincarnarsi in un corpo umano (ahilei) femminile, atterrando nel luogo sbagliato e nel tempo sbagliato ....

58. L'allora ministro degli interni, che ha legato orgogliosamente il proprio nome ai decreti sicurezza – e che ebbe ad esordire, «spalancando le labbra ad un ingorgo di parole» (F. De Andre', *Verranno a chiederti del nostro amore*) in un comizio elettorale tenutosi a Vicenza il 3 giugno 2018 dopo essere stato appena nominato anche vicepresidente del Consiglio, con la indimenticabile frase «per gli immigrati clandestini la pacchia è finita, preparatevi a fare le valige» – era portatore di una "cultura" politica, figlia del paradigma narrativo dell'invasione e dell'emergenza, dalle non giovani radici. Già nel 2002 la legge cd. Bossi-Fini (n. 189 del 2002), che aveva sostituita la previgente Turco-Napolitano, subordinava l'ingresso dello straniero alla preesistenza di un contratto di lavoro con un'impresa italiana, mentre il progetto politico della tutela "dell'incolumità pubblica" sarebbe stato portato a compimento con la legge 94/2009 (normativa che faceva parte del cd. Secondo pacchetto sicurezza, preceduto dalla legge 125/2008).

La novella del 2009, dopo aver imposto una "tassa etnica" fino a 130 euro per il rinnovo del permesso di soggiorno dell'immigrato "regolare", aveva introdotto l'aggravante della condizione di clandestino e il conseguente aumento di pena, in caso di commissione di qualunque reato, fini ad un terzo di quella edittale. L'art. 1, comma 16 introdusse il reato di immigrazione clandestina – così criminalizzando lo *status* di migrante, e non un comportamento o un fatto specifico, secondo un modello di *Taetertyp* caro a certa dottrina tedesca (Mezger, *Tatstrafe und Taeterstrafe*, in *Zeit ges. StrW*, vol. LX, 1936) e alla cd. Scuola positiva (G. Guarneri, *Il delinquente tipo*, Milano, Bocca, 1942) – integrando poi l'art. 116 del codice civile con l'obbligo per lo straniero che volesse contrarre matrimonio in Italia di dimostrare la regolarità del soggiorno in Italia (norma poi cancellata dalla Corte costituzionale con la sentenza 245/2011). Si previde ancora la pena della reclusione da sei mesi a tre anni per chiunque desse alloggio ad uno straniero privo di titolo di soggiorno (art. 1,

Nel programma elettorale dell'allora ministro degli interni, che avrebbe anticipato a gran voce (e non solo)[59] la soppressione dell'istituto della protezione umanitaria sulla base della premessa (del tutto falsa) che la stessa costituisse una «anomalia solo italiana»[60], le

comma 14), si trasformarono i Centri di permanenza temporanea e di assistenza in «Centri di identificazione e di espulsione», nei quali l'immigrato era sottoposto ad un vero e proprio trattamento detentivo, esteso fino a sei mesi (art. 1, comma 22 lett. m), si riconobbe ai sindaci la facoltà di avvalersi della collaborazione di cittadini non armati (le ronde cittadine) al fine di segnalare alle forze di Polizia eventi in grado di arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale (art. 3, comma 40) – né va dimenticato che, nell'originario disegno di legge approvato in Senato, era prevista persino l'abrogazione dell'art. 35, comma 5 del d.lgs. 286/1998, che vietava alcun tipo di segnalazione all'autorità in caso di accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno.

Scrive, in proposito, U. Eco (*Migrazioni e intolleranza*, La nave di Teseo, 2019, rist. Gedi 2020, p. 24) che «un razzismo non scientifico, come quello della Lega italiana, non ha le stesse radici culturali del razzismo pseudo-scientifico (in realtà non ha alcuna radice culturale): eppure è razzismo».

Non lontano da questa ideologia Friederich Nietzsche nel predicare l'esistenza «di una frattura incolmabile, all'interno dell'umanità, tra i forti e i deboli», proclamando, di conseguenza, «la necessità di ricondurre questi ultimi ad una condizione di soggezione e asservimento rispetto ai primi», essendo i deboli «capaci di soffocare la volontà di potenza dei forti tarpando loro le ali mediante la creazione di un abilissimo marchingegno che li corrode dall'interno – e cioè la coscienza – mentre la cultura, la morale, la stessa società democratica» costituirebbero «le forme di riscatto, patologico e corruttore, dei deboli, dei malriusciti, dei soggetti deformi e tarati» (F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitscrift,* trad. it. F. Masini, *Sulla genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, Adelphi, 2015, pp. 45 e 87).

59. Emblematica la circolare n. 8819/2018 del ministro dell'interno (ricordata, nel suo prezioso lavoro esegetico, da M. Benvenuti, *Il dito e la luna*, cit., p. 7 ss.), ove si legge che «tale atto muove da considerazioni di ordine quantitativo circa gli esiti delle decisioni sulle domande di protezione internazionale», proponendo «un'analisi prospettica della complessiva attività di valutazione delle domande di asilo». Viene così subito presa di mira la protezione umanitaria – osserva ancora l'autore – «sorprendentemente qualificata – trattandosi, per giurisprudenza ormai pacifica dal 2009, di un diritto soggettivo – come il beneficio (*sic!* perché non definirla elargizione o prebenda?) maggiormente concesso dal Sistema nazionale», e si insiste particolarmente sul fatto che il «numero [dei relativi beneficiari], nel tempo, si sarebbe sempre più ampliato, anche per effetto di una copiosa giurisprudenza che aveva orientato l'attività valutativa delle Commissioni in una varia gamma di situazioni collegate, a titolo esemplificativo, allo stato di salute, alla maternità, alla minore età, al tragico vissuto personale, alle traversìe affrontate nel viaggio verso l'Italia, alla permanenza prolungata in Libia, per arrivare anche ad essere uno strumento premiale dell'integrazione». Nell'evocare sconsolatamente, ancora una volta, il «gran numero di persone» le quali, «ora, permangono sul territorio con difficoltà di inserimento... e con consequenziali problematiche sociali che, nel quotidiano, involgono anche motivi di sicurezza», l'ineffabile circolare (ricorda ancora l'autore poc'anzi citato) intendeva «richiamare l'attenzione dei Collegi per il riconoscimento del diritto d'asilo sulla necessaria rigorosità dell'esame delle circostanze di vulnerabilità degne di tutela che, ovviamente, non possono essere riconducibili a mere e generiche condizioni di difficoltà». Nel citare adesivamente la sentenza 4455/2018 della Corte di cassazione, «la quale» conclude l'autore «parrebbe dunque fare eccezione, secondo la lettura ministeriale che ne viene fornita, alla copiosa giurisprudenza parimenti evocata» con la circolare si dichiara «di confidare nella massima attenzione delle Commissioni e sezioni territoriali per l'esercizio, improntato al più assoluto rigore e scrupolosità, di una funzione che si presenta essenziale nel più ampio contesto di gestione del fenomeno migratorio».

60. Come si legge nel prezioso lavoro contenuto nel *Casebook* 2021, redatto nel contesto del progetto europeo di formazione giudiziaria *Fundamental Rights in Courts and Regulation* (FRICoRe), reperibile, attualmente, al link https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/casebook_protezione_internazionale_fricore.pdf, sembra innegabile che si pongano nella medesima prospettiva: l'ordinamento inglese, con il permesso di soggiorno che viene riconosciuto – accanto allo *status* di rifugiato e alla cd. *humanitarian protection* – in tutti i casi in cui non possono trovare applicazione le altre due forme di protezione, ma vi sia comunque necessità di predisporre tutela, per effetto del riconoscimento di diritti fondamentali; l'ordinamento finlandese, dove una speculare forma di protezione umanitaria può essere riconosciuta al fine di «adempiere agli obblighi internazionali»; l'ordinamento svizzero, che concede una ammissione provvisoria nel territorio quando l'espulsione potrebbe confliggere con i suoi obblighi ai sensi del diritto internazionale. Inoltre, l'Austria ha predisposto una forma di protezione complementare, riconosciuta nelle ipotesi di mancato riconoscimento o revoca di una delle due forme di protezione internazionale e nei casi in cui l'allontanamento dello straniero

parole più frequentemente usate (e con esse l'ideologia e la ratio ispiratrice sottese alla riforma) furono quelle di «sicurezza» e di «confini» (con relativa «difesa»)[61].

possa integrare una forma di violazione dell'art. 8 della CEDU o del principio di *non refoulement*, mentre, in Germania, è stato introdotto il c.d. divieto all'espulsione con disposizioni di ordine amministrativo, in base alle quali un soggetto non può essere respinto verso il Paese di provenienza in ragione della sussistenza di determinate condizioni individuali o legate alla situazione oggettiva del Paese d'origine.

I medesimi strumenti in tema di diritti umani impongono poi particolari obblighi di legge in materia *di trattamento dei bambini* (nessun ordinamento europeo ne consente il sequestro per alcuni giorni a bordo di una nave, impedendo loro di sbarcare a terra: in argomento, S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in www.questionegiustizia.it, 29 luglio 2019). Secondo l'ordinamento inglese, i minori che non si qualificano per lo *status* di rifugiato o per la protezione sussidiaria dovrebbero essere ammessi al permesso complementare se non ci sono adeguati accordi di riammissione nel Paese di rimpatrio; la Svezia, a sua volta, ha previsto una forma di tutela complementare, il cui riconoscimento vede applicarsi una soglia di maggior favore in presenza di soggetti minori non accompagnati.

Quanto, poi, ai requisiti per il riconoscimento della protezione complementare legati a motivi discrezionali, essi possono essere ricondotti a clausole generali, a motivi di ordine pratico, all'integrazione sociale ed ancora ad altre cause. Un esempio di utilizzo di clausola generale si rinviene con riferimento ai permessi di soggiorno complementari previsti dal legislatore austriaco, che vengono rilasciati, testualmente, *per ragioni umanitarie* (la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca ha offerto un importante contributo rispetto alla delineazione di quella che oggi rappresenta la casistica più rappresentativa di suddetti *motivi umanitari*: nello specifico, sono stati ritenuti fattori particolarmente rilevanti la natura e la durata della permanenza in Austria prima della proposizione della domanda di asilo; l'esistenza sul territorio di rapporti familiari o comunque della costruzione di un tessuto relazionale; i motivi legati alla sussistenza di una vita privata che necessitino tutela; l'inesistenza di particolari legami con il Paese di provenienza; l'assenza di condanne di natura penale e, in generale, l'assenza di precedenti penali per tentativi di attentato contro l'ordine e la sicurezza pubblici; il livello di integrazione raggiunto dal soggetto sul territorio, con particolare riguardo nella conoscenza della lingua parlata sul territorio). Nella medesima ottica, Paesi come Svezia, Svizzera e Belgio hanno introdotto disposizioni specifiche relativamente alla progressiva "integrazione" o "adattamento" dello straniero sul territorio, che sono considerati elementi rilevanti al fine di concedere specifiche misure di protezione, sempre di carattere complementare e ispirate a motivi umanitari: in particolare, la Svezia ha previsto la possibilità di concedere un permesso di soggiorno in presenza di peculiari circostanze, rinvenibili in capo allo straniero, che rendano palese la necessità della predisposizione in suo favore di una forma di tutela, tra cui il livello di adattamento raggiunto dal soggetto nel Paese di accoglienza; la Svizzera ha previsto che le autorità dei Cantoni, in accordo con l'Ufficio federale per l'immigrazione, possano concedere un permesso di soggiorno al soggetto che abbia le seguenti caratteristiche: a) abbia vissuto in Svizzera per almeno cinque anni prima della proposizione della domanda; b) le autorità svizzere abbiano sempre avuto conoscenza della sua presenza sul territorio; c) abbia raggiunto un certo grado di integrazione sul territorio – con l'obbiettivo di regolarizzare la posizione di chi si trovi in Svizzera da un considerevole numero di anni e, dunque, abbia raggiunto un certo livello di integrazione socio-lavorativa nel Paese; il Belgio ha introdotto un permesso di soggiorno per i richiedenti asilo in presenza di «eccezionali circostanze», senza indicare tassativamente i motivi per cui sia necessario la suddetta misura, anche se la prassi amministrativa ha permesso di delinearne la casistica più frequente (si tratta, in particolare, delle situazioni in cui vi siano ragioni ostative al respingimento secondo il principio di *non refoulement*, o sia coinvolto un soggetto apolide, che non possa risiedere in altro Stato quando la procedura di asilo si sia protratta per lungo tempo, o, infine, dei casi in cui il soggetto abbia ricevuto un diniego alla propria domanda, ma, nel periodo trascorso tra la sua proposizione e la fine delle procedure, abbia avuto l'occasione di costruire forti legami con il Paese ospitante).

"*Anomalia soltanto italiana*" .....

61. In argomento, C. Pinelli, *Questioni di frontiere. Cittadini, stranieri, persone – Scritti scelti* 1985-2011, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 78.

Esula dai limiti di questo scritto una sia pur superficiale disamina, non limitata agli aspetti strettamente giuridici e politici, del significato "profondo" di tali significanti lessicali. Ci si limiterà, pertanto, ad osservare come un illustre autore, che professionalmente si occupa di psicopatologie (M. Recalcati, *Le nuove melanconie*, Milano, Raffaello Cortina editore, I ed. 2019, cap. IV, *La pulsione securitaria*), rammenti come (p. 43) «le nuove tendenze autoritarie, sovraniste e populiste che attraversano il mondo di oggi ci impongano di ripensare il paradigma fondamentale della psicopatologia

Il «lunghissimo e labirintico»[62] art. 1 del decreto cancellerà in un sol colpo ogni riferimento ai «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» previsti dall'art. 5, co. 6 TUI e dall'art. 13, co. 1 del d.p.r. n. 394/1999, con conseguente abrogazione tanto della protezione umanitaria, quanto del relativo permesso di soggiorno – sostituito con "speciali" permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario – e con consapevole omissione di ogni riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali (manifestazione di palese analfabetismo costituzionale, come evidenziato dall'irrituale missiva di accompagnamento al testo normativo inviata da un allarmato Presidente della Repubblica, a mò di utile caveat, all'allora presidente del Consiglio dei ministri[63]).

In realtà, l'auspicata tipizzazione e predeterminazione delle fattispecie degli speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario era destinata, già prima dell'abrogazione della normativa del 2018, a mancare clamorosamente il bersaglio, come di qui a breve si dirà[64]. Il nuovo tessuto normativo era difatti votato ab imo a risolversi

---

contemporanea, poiché il mentale (come insegnava Freud in *Psicologia delle masse e analisi dell'Io*) non è mai separabile dal sociale ... così che la tendenza primaria di quella pulsione non è verso l'apertura, ma verso la chiusura». Ed ancora, secondo l'autore, «se si concepisce il confine come una membrana porosa che difende la vita ma consente anche lo scambio della vita con l'Altro, la pulsione securitaria è *una patologia* del confine: la protezione appare, all'origine, più fondamentale della ricezione, l'odio per l'esistenza perturbatrice dello straniero assai più antico dell'amore» (p. 71), volta che «l'emblema politico e sociale del muro, del filo spinato, del porto chiuso si presta bene ad illustrare simbolicamente la spinta compulsiva alla chiusura, alla solidificazione dei confini, alla loro trasfigurazione psicopatologica in muri propria della clinica securitaria (p. XI)». Per concludere, «nella clinica securitaria v'è l'affermazione di una nuova melanconia che corrompe la trascendenza vitale dell'apertura all'esistenza: la figura del confine, del muro, non può non evocare la dimensione paranoica della proiezione e della segregazione, del rigetto all'esterno di ciò che il soggetto (la città, il gruppo sociale, la nazione) non è in grado di tollerare».

Aggiunge in proposito U. Eco (*Migrazioni e intolleranza*, cit., p. 25) che «l'intolleranza per il diverso e per l'ignoto è naturale presso il bambino tanto quanto quello di impossessarsi di tutto quel che desidera ... la caccia alle streghe non è un prodotto degli Evi bui, ma dell'età moderna, poiché il *Malleus Maleficarum* viene scritto poco prima della scoperta dell'America, ed è contemporaneo all'umanesimo fiorentino, mentre l'antisemitismo pseudoscientifico che sorge nel XIX secolo e diventa antropologia totalitaria e pratica industriale del genocidio nel secolo scorso non avrebbe potuto nascere se non ci fosse stata, da secoli, sin dai tempi del Padri della Chiesa, una polemica antigiudaica». Non senza aggiungere, ancora (p. 27), come «l'intolleranza selvaggia si fondi su un cortocircuito categoriale che si offre poi in prestito ad ogni futura dottrina razzista: se gli albanesi entrati in Italia negli anni scorsi sono diventati ladri e prostitute, tutti gli albanesi sono ladri e prostitute» (vien da sorridere, nel leggere queste parole, al ricordo dei felici tempi del liceo, quando si discuteva, con l'insegnante di filosofia, del cd. "falso sillogismo" aristotelico).

62. Così icasticamente definito da M. Benvenuti, *Il dito e la luna*, cit., p. 10.

63. Il 4 ottobre 2018, infatti, il Presidente della Repubblica ritenne necessario comunicare pubblicamente come restassero «fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato», pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discendente dagli impegni internazionali assunti dall'Italia – così "salvando" il decreto Salvini da possibili questioni di costituzionalità, come correttamente osservato da Benvenuti nella *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica*.

64. Nel *Parere reso ai sensi dell'art. 10 L. 24.3.1958, n. 195, sul decreto legge 113 del 4 ottobre 2018* (in *goo.gl/T47G6G*, p. 6), difatti, il Consiglio Superiore della magistratura evidenzierà come «la tipizzazione legislativa delle ipotesi di protezione realizzata con il decreto-legge in esame, in astratto pienamente legittima, e, per alcuni versi anche

– piuttosto che in una (rozza) tipizzazione di tutti i possibili casi concreti – in una banale esemplificazione di fattispecie (e di vicende umane) destinate ad una ineludibile atipicità interpretativa [65] destinata a trarre costantemente linfa dai principi costituzionali e sovranazionali di cui si nutre il diritto di asilo, al di là e a prescindere da qualsivoglia recinto legislativo entro il quale si pretendava "ingenuamente" di rinchiuderlo[66].

Una attenta ricognizione dei sette casi di permessi speciali della normativa in esame[67] potrebbe condurre, in realtà, per una singolare e beffarda eterogenesi dei fini[68], a conclusioni destinate ad operare ancora nel presente, volta che una lettura integrata (e salvo sovrapposizioni) con le ipotesi di cui alla riforma del 2020 (pur nella consapevolezza della ormai avvenuta abrogazione delle prime), di cui si dirà nel paragrafo successivo, potrebbe consentire di immaginare e di edificare un sistema a struttura complessa di protezione umanitaria, che, in un'ottica di ampliamento della tutela dei migranti, immaginata sul modello (si parva licet dicere magna) dell'illecito extracontrattuale civilistico (ove la norma di fattispecie, l'art. 2043, è morfologicamente atipica[69], e le norme successive disciplinano singole fattispecie concrete senza per questo esaurire il campo di applicazione della prima),

auspicabile in un'ottica di certezza del diritto, è però certamente non esaustiva, essendo ipotizzabili mutevoli e varie situazioni di vulnerabilità, potenzialmente idonee a fondare la richiesta di protezione dello straniero per motivi umanitari».

65. In tema di fattispecie cd. *a schema aperto* o *variabile*, A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 196.

66. In argomento, N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 11, che discorre, del tutto condivisibilmente, di «non prevedibilità di tutte le situazioni nelle quali la persona straniera ha diritto al soggiorno a fronte della verifica in concreto di presupposti che afferiscono ad obblighi imprescindibili». Quanto ai reali intendimenti politici sottesi alla riforma del 2018, emblematica risulta la ineffabile comunicazione, avvenuta per posta elettronica inviata il 16 luglio 2018, della presidentessa della Commissione nazionale per il diritto di asilo, inviata ai presidenti delle Commissioni territoriali, con la quale si lamentava che la percentuale della protezione umanitaria fosse ancora rimasta ferma al 28%, nonostante una precisa direttiva del ministro, con la auspicata conseguenza che, dalla settimana successiva, «*il trend* avrebbe dovuto subire la necessaria, improrogabile e doverosa modifica». La altrettanto necessaria, improrogabile e doverosa dichiarazione di dimissioni della sullodata Presidentessa, chiesta a gran voce dall'ASGI, non ebbe, naturalmente, alcun esito *ratione temporis*.

67. Le sette ipotesi erano, in particolare, quelle dei permessi speciali:

1) Per motivi di protezione sociale (art. 18 TUI).

2) Per le vittime di violenza domestica (art. 18-*bis* TUI).

3) Per le vittime di un particolare sfruttamento lavorativo (art. 1 comma 1 lett. b) d.lgs. 109/2012).

4) Per le cure mediche in caso di condizioni di salute di particolari gravità (art. 19 comma 2 lett. d-*bis* TUI).

5) Per calamità contingente ed eccezionale (20-*bis* TUI).

6) Per atti di particolare valore civile (art. 42-*bis* TUI).

7) Per rischio di persecuzioni per motivi di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche (art. 32 Decreto procedure).

68. Di possibile eterogenesi dei fini discorre ironicamente C. Favilli, in un saggio dal significativo titolo *Il Re è morto, lunga vita al Re!* (in *Riv. dir. intern.* 2019, 1, p. 3 ss.).

69. Sul carattere sostanzialmente atipico della protezione umanitaria, Cass. n. 15466 del 2014, n. 26566 del 2013, n. 23604 del 2017, n. 14005 del 2018, ove si afferma che «*tale protezione copre tutta una serie di situazioni, da individuare caso per caso, in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela tipica (status di rifugiato o protezione sussidiaria), tuttavia non possa disporsi l'espulsione e debba perciò provvedersi all'accoglienza del richiedente che si trovi in una condizione di "vulnerabilità"*».

si modelli, specularmente, sulla norma di fattispecie costituita dall'art. 10 comma 3 della Costituzione (il diritto di asilo riconosciuto al migrante al quale sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche nel proprio Paese), a carattere atipico, coniugata con ipotesi tipiche (ma non esaustive) di fattispecie concrete singolarmente e individualmente applicabili, previste ex lege.

Non sembra ulteriormente predicabile, difatti, il (già discutibile, in passato) principio giurisprudenziale, pur del tutto consolidato, affermativo dell'integrale "assorbimento" del dettato costituzionale nelle tre forme di protezione internazionale disciplinate dalla legge, avendo, in particolare, quella umanitaria perso il suo originario carattere di "clausola aperta", che pur ne aveva consentito un'applicazione flessibile ed evolutiva, nonostante i perduranti contrasti generatisi in seno alla giurisprudenza di legittimità, sui quali i limiti del presente scritto non consentono ulteriori approfondimenti[70].

4. Il presente (la protezione speciale nel d.l. 130 del 2000)[71]

Il decreto legge 21 ottobre 2020 n. 130, recante «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare», convertito con modifiche nella legge 18 dicembre 2020, n. 173, nel confermare la scelta della tipizzazione rispetto alla fattispecie della protezione umanitaria "a catalogo aperto" di cui all'art. 5 comma 6 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, ne ha modificato il testo ripristinando (ove mai se ne fosse sentito il

70. «Proprio la sua natura atipica rende idonea questa forma di tutela, insieme agli istituti tipici di derivazione comunitaria del rifugio e della protezione sussidiaria, a dare piena attuazione al diritto d'asilo, così come sancito dall'art. 10 Cost.» (così, Cass. 23604/2017; Cass. 26566/2013). Osserva, in proposito, del tutto condivisibilmente, M. Benvenuti, *Il dito e la luna*, cit., p. 14, come, per altro verso, non possa di per se ritenersi «né inappropriato né inopportuno l'esercizio di specificazione e di esemplificazione» – che non risolva però in tipizzazione e predeterminazione di fattispecie – che concretino le esigenze di carattere umanitario degli stranieri, rispetto a disposizioni, quali quella dell'art. 5 comma 6 TUI, pericolosamente *sub iudice*, ossia sottoposte, come osserva C. Favilli (*La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale*, cit., p. 6 nt. 40) «a sempre possibili orientamenti talvolta acrobatici, talvolta eccessivamente restrittivi».

Sulla necessità di porre a fondamento del ragionamento probatorio del giudice un criterio di probabilità relativa fondata su basi razionali che rifuggano dal modello "narrativo" dei fatti di causa (il cui rischio è costituito dalla possibilità che una perfetta narrazione sia assolutamente falsa), M. Taruffo, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.

71. Per una approfondita analisi della novella del 2020, N. Zorzella, *La nuova protezione speciale tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in questa *Rivista*, 2.2021, p. 131 ss., con le cui preziose riflessioni in larga misura si concorda, con la sommessa eccezione per quella che propone (p. 154) «di abbandonare quella qualificazione di vulnerabilità attribuita dalla giurisprudenza a tutte quelle situazioni...in cui la relativa qualificazione appare ambigua, perché rischia di inferiorizzare la persona, collocandola in una categoria giuridicamente subalterna perché caratterizzata da debolezza», concordandosi, invece, sul principio per cui «si tratta di soggetti portatori di diritti fondamentali cui riconoscere la pari dignità prevista per tutti gli esseri umani dall'art. 2 della Costituzione»: tale principio, non incompatibile con il concetto di vulnerabilità, accresce, e non diminuisce, la dignità di un essere umano vulnerabile, rendendone più intenso il bisogno di tutela e il diritto a riceverla.

bisogno dopo il silenzio serbato, in parte qua, dai decreti sicurezza ...) il fin troppo ovvio principio «del rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali da parte dell'Italia».

La novella ha così modificato l'art. 19 del d.lgs. 286 del 1998:

a) estendendo espressamente l'ambito di applicazione del divieto di espulsione ai casi in cui il cittadino straniero rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti;

b) prevedendo il divieto di espulsione dello straniero – e conseguentemente il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale – anche nell'ipotesi in cui l'allontanamento dal territorio nazionale possa comportare la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare della persona, salvo ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica, con espressa indicazione degli indici da considerare a tal fine – e cioé: a) la natura e l'effettività dei vincoli familiari; b) l'effettivo inserimento sociale in Italia; c) la durata del soggiorno nel territorio nazionale; d) l'esistenza di legami familiari, culturali e sociali con il Paese d'origine[72];

c) ampliando i presupposti che vietano l'espulsione dello straniero per ragioni di salute nell'ipotesi in cui ricorrano «gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie» – estendendo sul punto le competenze attribuite alle Commissioni territoriali, alle quali è stata altresì riservata, nell'ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, la cognizione in ordine alla sussistenza dei presupposti del divieto di espulsione di cui all'art. 19 commi 1 e 1.1 d.lgs. 286 del 1998, ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per «protezione speciale»;

d) riformulando le previsioni in materia di permesso di soggiorno per calamità introdotto con l'art. 20-bis d.lgs. 286 del 1998, del quale viene prevista la rinnovabilità ove

72. Nelle prime letture della giurisprudenza di merito, ***il Tribunale di Firenze*** (decreto 27.10.2021) ha interpretato la norma ritenendo che essa abbia introdotto una sorta di "comparazione" fra la situazione dello straniero in Italia e quella che ritroverebbe nel Paese di origine in ipotesi di rimpatrio, svincolata dalla configurabilità di un rischio di compromissione dei diritti fondamentali della persona nel medesimo paese di origine. A medesime conclusioni giunge ***il Tribunale di Roma*** (decreto 5.3.2021) che, verificata la sussistenza di una vita privata e familiare o, ancora, ritenuto che il rimpatrio violerebbe gli obblighi costituzionali ed internazionali, ritiene irrilevante il rischio di compromissione dei diritti fondamentali della persona nel Paese d'origine.

Ai fini del riconoscimento dell'esistenza di una vita privata ***il Tribunale di Milano*** (decreto 29.11.2021) ha valutato positivamente elementi quali la conoscenza della lingua, il tempo trascorso in Italia, la condotta tenuta dal ricorrente (con particolare riferimento alla commissione o meno di reati), la disponibilità di un'abitazione, il conseguimento della patente di guida, lo svolgimento di un'attività lavorativa (rispetto alla quale è stato esaminato non solo il reddito conseguito, ma anche la durata del contratto di lavoro, la stabilità delle mansioni svolte). Particolare rilievo viene assegnato allo svolgimento di un'attività lavorativa, della quale vengano indicati con precisione gli estremi dei contratti di lavoro, i periodi di tempo in cui la detta attività è stata svolta, l'importo delle retribuzioni e la presenza di dichiarazioni dei redditi.

Per valutare l'esistenza della vita familiare, ***il Tribunale di Brescia*** (decreto 31.3.2021) ha ritenuto che non occorra valutare soltanto una situazione di effettiva convivenza, potendosi ritenere meritevole anche una situazione di protezione, a fronte di «assidui» legami affettivi, con i figli, mantenuti anche in una situazione di non convivenza tra genitori e figli.

Con riferimento alla presenza di familiari nel Paese d'origine, lo stesso Tribunale ha ancora affermato che la decisione di «frammentazione» del nucleo familiare costituisce una «determinazione di indirizzo familiare insindacabile», dalla quale non può conseguire il rigetto della domanda di protezione in ragione della sola presenza di familiari nel Paese d'origine.

permangano le condizioni di «grave» (e non più «contingente ed eccezionale») calamità, tali da non consentire il rientro e la permanenza dello straniero in condizioni di sicurezza.

Come si legge nella Relazione illustrativa, «l'intervento normativo risponde all'esigenza di dar seguito alle osservazioni formulate dal Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto legge n. 113/2018» e di promulgazione della legge 8 agosto 2019, n. 77, di conversione del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica». Tali modificazioni, chiaramente connesse alla modifica all'epoca apportata all'articolo 5 comma 6 TUI, si preoccupavano (inutilmente) di precisare come dovessero restar «fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e in particolare quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia».

Ma la questione di maggior rilievo, sul piano interpretativo, è rappresentata dalla qualificazione della "nuova" protezione speciale e dalla sua relazione – di assorbimento tout court ovvero di autonomia "relativa" – rispetto alla precedente disciplina della protezione umanitaria del 1998[73].

Alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali[74], sembra necessario soffermarsi sulla portata applicativa del comma 1.1. dell'art. 19, che vieta il respingimento di una

73. Sulla natura di clausola aperta e atipica della protezione umanitaria, si veda la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 381 del 1999: «*non sembra dubbio che i motivi di carattere umanitario debbano essere identificati facendo riferimento alle fattispecie previste dalle Convenzioni universali che impongono al nostro Paese di adottare misure di protezione e garanzia dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia nella Costituzione, non solo per il valore di diritti inviolabili in forza dell'art. 2, ma anche perché al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano completandosi reciprocamente nell'interpretazione*». Per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 31.3.2016 e 16.9.2015: «*l'art. 5 co. 6 d. lgs. n. 286/1998, non individuando, neppure in via esemplificativa, i seri motivi che potrebbero fondare il riconoscimento della protezione umanitaria, è suscettibile di ampia interpretazione e consente di ricondurvi situazioni soggettive, come i bisogni di protezione a causa di particolari condizioni di vulnerabilità dei soggetti richiedenti, ma anche oggettive, ossia relative al Paese di provenienza, come una grave instabilità politica, episodi di violenza o insufficiente rispetto dei diritti umani, carestie, disastri naturali o ambientali e situazioni analoghe*».

La mancata tipizzazione di un elenco preciso dei «seri motivi umanitari» lasciava, pertanto, fondatamente presumere la volontà del legislatore di creare un ulteriore "catalogo aperto", suscettibile di evoluzione nel tempo, che permettesse applicazioni da non ricondurre a strumenti internazionali relativi ai diritti umani (già riconducibili agli obblighi costituzionali e internazionali evocati dall'art. 5, co. 6 TU 286/98) ma che costituissero una differente "categoria" con natura residuale rispetto agli altri due presupposti previsti dalla norma, i quali, proprio perché hanno precisi riferimenti giuridici (anche se come si è visto non pre-definibili), soffrono di una minore discrezionalità. «Si tratta, quindi, di una clausola di ulteriore salvaguardia che intende rendere la norma estremamente elastica per rispondere a qualsivoglia esigenza concreta l'individuo possa richiedere, dando una risposta a situazioni ritenute meritevoli di considerazione per motivi che, più correttamente, vanno riferiti all'obbligo di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.» (così, C.L. Cecchini, L. Leo, L. Gennari, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 286/98 - Scheda pratica*, ASGI, 6/2018).

74. ***Il Tribunale di Napoli***, con il decreto del 13.12.2021, ha ritenuto predicabile una sorta di "continuità normativa" tra la protezione umanitaria e la nuova protezione speciale, con particolare riguardo alla fattispecie prevista dal primo periodo dell'art. 19, comma 1.1. – divieto di respingimento o di espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano

persona «qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, specificando poi che, nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza in tale Stato di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani».

La norma – va detto – non si limita ad un riferimento al rischio di tortura, nonché, a seguito della novella del 2020, di trattamenti inumani o degradanti, ma prevede espressamente[75] la necessità di valutare l'esistenza nel Paese di provenienza «di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani»: ma tale estensione non costituisce (come già in passato) un criterio di valutazione autonomo e indipendente dalle altre condizioni poste, in via concorrente, per il riconoscimento della protezione speciale.

È pur vero che il Tribunale di Genova ha espressamente affermato che dovrà ritenersi a rischio di trattamenti degradanti in caso di rimpatrio – a prescindere dall'astratta

fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti –, ed alla previsione di cui al secondo periodo dell'art. 19, comma 1.1. (divieto di respingimento o di espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare).

Il Tribunale di Genova (decreto 20.11.2020) ben più condivisibilmente riterrà che le due forme di protezione complementare non abbiano lo stesso perimetro applicativo, atteso che il nuovo art. 19 comma 1.1 si concentrerebbe espressamente sulla tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 CEDU, mentre lascerebbe sfornite di tutela «innumerevoli situazioni nelle quali il previgente art. 5 comma 6 d.lgs. 286/98 impone il riconoscimento della protezione umanitaria».

Il Tribunale di Milano (decreto 29.11.2021) dal suo canto, affermerà (paradossalmente) che la nuova protezione speciale avrebbe un'area di applicazione addirittura più ampia rispetto alla precedente protezione umanitaria, richiamando le argomentazioni svolte (assai superficialmente, ad essere generosi) dalla Corte di legittimità con la pronuncia n. 3705/2021, ove si legge che «*la nuova protezione speciale si presenta, prima facie, caratterizzata da un compasso di ampiezza almeno corrispondente a quello della protezione umanitaria previgente all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018 nell'interpretazione che di detta forma di protezione è fornita dal consolidato orientamento di questa Corte*»). Si legge, in particolare, nel citato decreto, dell'acquisto «di una notevole potenza espansiva» (non è dato comprendere quale), «trasformando la norma da mero obbligo negativo (astensione da espulsione, respingimento ed estradizione) in obbligo positivo di riconoscimento del diritto al soggiorno mediante rilascio del permesso per protezione speciale: il contenuto della norma in esame, ampliando (?) le possibilità di tutela dei diritti dei richiedenti protezione rispetto al previgente testo dell'art. 5 del TUI, assicura e garantisce una forma di protezione idonea ad abbracciare tutte le ipotesi di lesione rilevante dei diritti inviolabili della persona umana» (l'affermazione si pone in patente contraddizione con il testuale dettato normativo, che circoscrive ad ipotesi predeterminate il riconoscimento della protezione speciale rispetto alla ben più ampia e indeterminata disciplina della normativa del 1998, oltre a risultare quantomeno "imprecisa" nella qualificazione come «inviolabili» – e non «fondamentali» – i diritti tutelati, in evidente sintonia con il medesimo errore in cui ebbero ad incorrere le sezioni unite della Cassazione nel 2008 occupandosi, assai infelicemente, del danno non patrimoniale).

Il Tribunale di Roma (decreti 3.6. e 20.4. del 2021) discorrerà a sua volta di ampliamento del perimetro delle forme di protezione gradata, al pari ***del Tribunale di Trieste*** (decreto 13.10.2021) che a sua volta opina (senza darne alcuna spiegazione) che la nuova norma ampli le possibilità di tutela dei diritti dei richiedenti protezione rispetto al previgente testo dell'art. 5 del d.lgs. 286 del 1998.

75. La previsione riproduce testualmente il contenuto dell'art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, introdotto dalla legge che, nel luglio del 2017, ha disciplinato nel nostro Paese il delitto di tortura, in base al quale «*Non 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. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*».

configurabilità dei presupposti per la protezione sussidiaria – colui che provenga da un Paese in cui si verificano violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani[76] poiché, in presenza di un tale rischio, al ricorrente dovrà essere riconosciuta quella che i giudici genovesi qualificano come «protezione speciale assoluta», da contrapporre alla c.d. «protezione speciale relativa» prevista dal terzo e quarto periodo del medesimo art. 19. Ma, nonostante l'apprezzabile sforzo interpretativo, di tale principio non sembra predicabile la legittimità, stante la inscindibile correlazione della specifica previsione relativa alla violazione dei diritti umani con gli altri presupposti stabiliti, in forma non disgiuntiva ma concorrente, dalla norma in esame[77].

Una possibile soluzione, rivolta al futuro, potrebbe allora trarre linfa e fondamento in un nuovo modello "di sistema" dell'intera materia dell'asilo, da realizzarsi:

1) decostruendo, in premessa, il principio di onnicomprensività delle tre forme di protezione previste ex lege, senza più considerarle assorbenti, tout court, dell'intera materia, e senza più ritenere preclusi ulteriori spazi interpretativi dalle norme ordinarie in tema di status di rifugiato, di protezione sussidiaria e di nuova protezione speciale alla luce del rinvio "aperto" consentito dalla norma generale di fattispecie costituita dall'art. 10 Cost.;

2) ricostruendo un modello di protezione bipolare, fondato:

- quanto al piano legislativo, su un modello integrato, di "tipicità atipica" (ed escludendo le possibili sovrapposizioni) tra le nuove previsioni del decreto 130/2020 e le sette ipotesi disciplinate dal decreto 113/2018, da applicarsi da parte del giudice di merito, che rispettivamente potrà:

a) ricondurre alla specifica fattispecie astratta individualizzata, introdotta dalla legge ordinaria oggi vigente (trattamenti inumani o degradanti; violazione della vita privata e familiare; ragioni di salute; calamità naturali), la singola fattispecie concreta sottoposta al suo esame, senza alcun margine di discrezionalità "in negativo", secondo il consueto schema processualcivilistico fatto-norma-effetto;

b) ricondurre la fattispecie concreta alle fattispecie astratte individualizzate originariamente previste dai decreti sicurezza del 2018, la cui abrogazione non consente il percorso applicativo sub 1), ma ne permette una valutazione comparativa virtuale, che sarà, si, riferita a fattispecie non più disciplinate normativamente, ma ne consentirà l'applicazione

76. ***Tribunale di Genova***, decreto 13.10.2021: nella specie, tale forma di protezione è stata riconosciuta ai ricorrenti provenienti dalla Costa d'Avorio e dalla Guinea.

77. Da un'ulteriore disamina dei primi provvedimenti della giurisdizione di merito emerge ancora come tale forma di protezione sia riconosciuta, nella maggior parte dei casi, a fronte di condizioni di integrazione sociale e lavorativa. Tale condizione, sebbene non espressamente prevista dal più volte citato art. 19, costituisce solo uno degli indici in forza dei quali ravvisare l'esistenza della vita privata (che, come già ricordato, rappresenta soltanto uno dei presupposti per il riconoscimento della nuova forma di protezione complementare).

in via interpretativa/ricognitiva, secondo lo schema fatto-fattispecie virtuale-effetto, attraverso il medium costituito dalle norme costituzionali di riferimento[78];

- quanto al piano costituzionale, sulla tutela accordata al richiedente asilo ove risulti oggettivamente l'impedimento, nel Paese di provenienza, – al di là e a prescindere dalle fattispecie normative individualizzate, codificate o "virtuali" – all'esercizio delle libertà democratiche, locuzione da interpretarsi anche nel senso di impedimento all'esercizio – e di violazioni gravi e sistematiche – del nucleo essenziale dei diritti umani fondamentali, senza che, in tal caso, rilevi il giudizio di credibilità del ricorrente, e previa indagine che costituisce, per il giudice di merito, un obbligo procedurale officioso al pari di quello volto all'accertamento delle situazioni di conflitto interno o internazionale idonee al riconoscimento della protezione sussidiaria di cui all'art. 14 lett. c) d.lgs. 251/2007;

- quanto al piano sovranazionale, la tutela verrà comunque accordata al richiedente asilo cui sia impedito l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dalle norme europee[79].

---

78. Esemplificando, i motivi di violenza domestica introdotti dal decreto del 2018 con l'art. 18-*bis* TUI potranno essere considerati rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione speciale, attraverso il *medium* costituito dagli artt. 2, 29 e 30 Cost., sotto il profilo dell'impedimento all'esercizio del diritto fondamentale ad un sereno e libero sviluppo della vita familiare; quelli relativi allo sfruttamento lavorativo andranno valutati alla luce del diritto fondamentale al lavoro, costituzionalmente tutelato (artt. 35 ss. Cost.); quelli di particolare protezione sociale saranno oggetto di valutazione da parte del giudice di merito in relazione agli specifici diritti violati nel caso concreto e costituzionalmente tutelati.

Il procedimento ermeneutico così applicato, alla luce del principio della cd. *Drittwirkung*, non è dissimile da quello introdotto dalla Corte costituzionale a far data dalla sentenza 184 del 1986 (e poi riaffermato dalla pronuncia 233/2003), in tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di valori/interessi costituzionalmente tutelati, svincolato dai limiti imposti dall'art. 2059 c.c.

79. Senza pretesa di esaustività, possono annoverarsi, tra i diritti fondamentali da cui può ritenersi scaturire un obbligo di tutela per lo Stato:

Il diritto alla vita (art. 27, ult. co. Cost.; art. 1 CEDU; art. 6 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici;40 Corte cost. n. 54/1979; n. 35/1997).

Il diritto alla non discriminazione (art. 3 Cost.; art. 26 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto all'identità personale (Corte cost. n. 332/2000).

Il diritto al nome (Corte cost. n. 13/1994).

Il diritto alla salute (art. 32 Cost., Corte cost. n. 319/1999 e n. 252/2001).

Il diritto all'identità ed alla libertà sessuale (Corte cost. n. 161/1985 e n. 561/1987).

Il diritto all'identità di coscienza (Corte cost. n. 467/1991 e n. 334/1996).

Il diritto alla libertà di contrarre matrimonio (Corte cost. n. 27/1969, n. 345/2011, n. 245/2011; art. 23 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto all'abitazione (Corte cost. n. 404/1988).

Il diritto alla libertà e alla sicurezza personali (Corte cost. n. 215/1973, n. 105/2001, n. 222/2004, art. 13 Cost., art. 5 CEDU; art. 10 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU; art. 7 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto a non essere ridotto in schiavitù (art. 4 CEDU; art. 8 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto a non subire torture (Convenzione di New York del 10.12.1984 contro la tortura, ratificata con legge n. 498/1988).

Il diritto all'unità familiare e alla vita privata (artt. 29, 30, 31 Cost.; art. 8 CEDU, art. 17 Patto internazionale diritti economici, sociali e culturali del 1966, art. 13 Convenzione OIL n. 143/1975 ratificata con legge n. 158/198: Corte cost. nn. 28/1995, 203/1997, 376/2000, 202/2013).

Gli approdi del passato in tema di valutazione di credibilità (e dei relativi limiti di rilevanza), di vulnerabilità, di obblighi di cooperazione officiosi del giudice, di comparazione conserveranno, così, una non ancora tramontata efficacia, contribuendo ad arricchire l'universo dell'accoglienza e dell'asilo, del quale la giurisdizione è e dovrà essere (sein und werden mußen sein) parte attiva e responsabile.

5. Questioni processuali:[80] la sentenza n. 13 del 2022 della Corte costituzionale[81]

Esula dai limiti di questo scritto una compiuta disamina di tutti gli aspetti procedurali della materia della protezione internazionale (oltre a quelli già esaminati dei paragrafi che precedono).

Qualche breve riflessione appare, peraltro, necessaria all'indomani della pronuncia con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità dell'art. 35-bis comma 13 del d.lgs. 25/2008 (sollevate dalla III sezione della Corte di cassazione con l'ordinanza 23 giugno 2021, n. 17970[82]) con una motivazione che può essere così sintetizzata:

Il diritto del minore alla protezione (art. 31 Cost.; Corte cost. 198/2003; Conv. di New York sui diritti del fanciullo del 1989;41 art. 24 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

Il diritto all'istruzione obbligatoria (art. 34 Cost.).

Il diritto di difesa, sia attiva che passiva (artt. 24, 25, 26 e 113 Cost.; Corte cost. nn. 120/1967, 109/1974, 492/1991, 198/2000, 227/2000, 257/2004, 254/2007, 276/2008; art. 14 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 13 CEDU).

Il diritto alla libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione (art. 15 Cost., Corte cost. n. 366/1991).

Il diritto alla libertà di pensiero (art. 21 Cost.; Corte cost. n. 168/1971; art. 18 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici).

I diritti previsti dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976 e ratificato in Italia con legge 881/1977).

80. Sugli aspetti processuali della protezione umanitaria, *amplius*, AA.VV., *Diritto processuale dell'immigrazione*, a cura di F. Del Rosso, A.D. De Santis, B. Poliseno, Torino, Giappichelli, 2019; I. Pagni, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 8.

81. «Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (Corte cost., sent. n. 356 del 1996).

82. Queste, in sintesi, le argomentazioni contenute nell'ordinanza di rimessione, sulla premessa che la previsione normativa della necessità della certificazione dell'autenticità della data di rilascio della procura da parte del difensore limitatamente ai soli procedimenti di protezione internazionale – che la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 15771/2021, aveva interpretato nel senso che la sua mancanza determinasse *la inammissibilità del ricorso* – ponesse una questione di costituzionalità, ai sensi:

- dell'art. 3 della Costituzione, inteso come principio di ragionevolezza quale corollario del principio di eguaglianza, costituendo la norma diritto vivente per effetto dell'interpretazione adottatane dalle Sezioni Unite della Cassazione;

- dell'art. 10, sotto il profilo della tutela dei richiedenti asilo, quanto all'asserita necessità che i predetti fossero presenti sul territorio nazionale al momento della presentazione del ricorso in Cassazione;

- dell'art. 24, per lesione del diritto inviolabile di difesa riconosciuto, indiscriminatamente, a cittadini e stranieri;

- dell'art. 111, poiché la norma, così interpretata, violava il principio del giusto processo;

- dell'art. 117 in relazione alla direttiva 2013/32/UE, con riferimento all'art. 46 (*Diritto ad un ricorso effettivo:* in particolare, § 11, in tema *di condizioni poste dagli Stati membri perché si possa presumere che il richiedente asilo abbia*

implicitamente ritirato o rinunciato al ricorso) e all'art. 28 (*presunzione di rinuncia*); all'art. 47 della Carta dei diritti UE, agli artt. 18 e 19, §2 della medesima Carta; agli art. 6, 7, 13 e 14 CEDU.

1) Sotto il profilo dell'effettiva sussistenza di un rapporto di connessione razionale e di proporzionalità tra il mezzo predisposto dal legislatore e il fine perseguito, non erano state considerate le gravissime conseguenze, sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, previste per la sua mancata applicazione (e cioè l'inammissibilità dei ricorsi senza un esame del merito), alla luce della storica pronuncia della Corte costituzionale n. 16 del 1964 (cui avevano fatto seguito le sentenze n. 231 del 1985; n. 368 del 1985; n. 14 del 1987; n. 446 del 1988; n. 826 del 1988; n. 487 del 1989; n. 330 del 1990; n.467 del 1991; nn. 57 e 220 del 1995; n. 264 del 1996; n. 160 del 1997; n. 34 del 1999; nn. 190 e 234 del 2001; n. 185 del 2003; n. 14 del 2004; n. 7 del 2005 e n. 401 del 2007), predicativa della illegittimità di una norma che rappresentasse una ingiustificabile compressione del diritto di agire o una imposizione di oneri o modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale, (di recente, ancora, Corte cost. n. 58 del 2020).

2) Sotto il profilo dell'interpretazione letterale della norma, la sanzione dell'inammissibilità era testualmente circoscritta al solo presupposto della posteriorità del conferimento della procura rispetto al provvedimento impugnato, ma non anche alla certificazione della data del rilascio: se la certificazione della data fosse stata a sua volta richiesta a pena di inammissibilità – non essendo tale, gravissima sanzione processuale ricavabile in via di interpretazione estensiva – si sarebbe resa necessaria una disposizione espressa in tal senso.

3) Sotto un profilo "funzionale", la *ratio legis* della disposizione censurata veniva individuata nella garanzia che ***il richiedente fosse ancora presente nel territorio dello Stato*** – «*ciò che costituirebbe, in generale, il presupposto per la validità della procura*» (così al f. 6, parte finale del punto 5. della sentenza delle sezioni unite): la conformità alla Costituzione di tale *ratio legis*, appariva, pertanto, posta in dubbio dal fatto che la norma, così interpretata, introduceva un trattamento differenziato tra cittadini italiani e cittadini stranieri richiedenti la protezione internazionale, e tra questi ultimi e gli altri stranieri, senza essere sorretta da adeguata giustificazione.

4) Sotto il profilo degli effetti, il fondamento interpretativo della norma era stato non condivisibilmente individuato dalle Sezioni Unite della Cassazione:

- nell'intento del legislatore di scongiurare una sottoscrizione preventiva ed un riempimento successivo della procura, rilasciata "in bianco" in epoca anteriore all'attualità dell'interesse a ricorrere (f. 45 della sentenza);

- nel risparmio dei costi, sociali ed economici («*inclusi quelli, comprensibilmente frequenti, di patrocinio a carico dello Stato*») connessi alla materia della protezione internazionale, accordata ad un richiedente il quale, nuovamente emigrato, non vi avesse interesse, «*rendendosi così necessaria la limitazione di un diritto fondamentale in vista della protezione di interessi pubblici essenziali*» (f. 46 della sentenza);

- nella funzione deflattiva *rispetto alla proposizione gratuita* dei ricorsi in Cassazione, «*considerato il peso rappresentato dal contenzioso in materia migratoria che si sarebbe prevedibilmente abbattuto sulla cassazione per effetto dell'eliminazione del secondo grado di giudizio di merito*»;

- nello scopo di arginare il malcostume, «talvolta tristemente accertato, di proporre impugnazioni sempre e comunque, magari palesemente infondate nell'aspettativa di lucrare la liquidazione della parcella conseguente all'ammissione al patrocinio gratuito» (f. 19 della sentenza);

- nella funzione ***di impedire l'accesso al giudizio di Cassazione*** al soggetto espulso, o *medio tempore* allontanatosi dall'Italia, non riproducendo la disposizione censurata, per il ricorso in Cassazione, la facoltà di rilascio di procura consolare prevista invece per il giudizio di merito;

- nello «scopo ultimo» – differenziandosi radicalmente il potere certificatorio "ordinario" conferito *ex lege* al difensore dal sistema di cui agli artt. 369 c.p.c. comma 2 n. 3 e 125 comma 3 c.p.c. da quello demandatogli in materia di protezione internazionale con l'imposizione di un atto ben distinto e ulteriore di fidefacenza della data, in alcun modo surrogabile *aliunde* dal mero contenuto complessivo della procura – apertamente «rivolto a contenere l'uso di pratiche anomale di rilascio della procura»;

- nel conseguente risultato «di contenere il numero di ricorsi in Cassazione per effetto dell'eliminazione del grado di appello, attribuendo al difensore un compito che contribuisce a garantire la legalità».

5) Sotto il profilo di garanzia che il richiedente asilo fosse ancora presente nel territorio dello Stato, «onde impedire l'accesso al giudizio di Cassazione al soggetto espulso o allontanatosi dall'Italia», la lettura della norma non appariva conforme ai principi costituzionali indicati in premessa, per plurime e concorrenti ragioni:

- ***su di un piano processuale***, il requisito aggiuntivo della certificazione della data allontanava radicalmente l'istituto dal paradigma ordinario ricavabile dall'art. 83 c.p.c. rendendolo, invece, omogeneo, sotto il profilo contenutistico, al potere

di autenticazione in senso proprio, e tale assimilazione si palesava: 1) sistematicamente incoerente, posto che il potere di autenticazione fidefacente presuppone, oltre alla terzietà del pubblico ufficiale rispetto alle parti dichiaranti (carente quanto all'avvocato, nel quale vengono a coincidere il ruolo di certificante e quello di destinatario dell'atto di designazione), l'osservanza di una serie di formalità volte a garantire la sicurezza dell'attestazione di cui la disciplina processuale del conferimento dello *ius postulandi* è evidentemente sfornita; 2) incompatibile con la circoscritta finalità del potere certificativo dell'avvocato, mantenuto nel codice di rito del 1940 al solo fine di ascrivere a quest'ultimo la responsabilità circa la coincidenza soggettiva tra il soggetto conferente il mandato e la parte rappresentata in giudizio, mentre la prescrizione dell'ulteriore onere di certificazione della data di rilascio della procura non appariva essenziale al soddisfacimento né di detta esigenza, né di quella, più specificamente afferente al ricorso per Cassazione, di dimostrazione della posteriorità della designazione del difensore rispetto alla pubblicazione del provvedimento impugnato;

- su di un piano morfologico, il comma 13 dell'art. 35-*bis* appariva il frutto del mancato coordinamento con la disposizione dettata in tema di sospensione degli effetti del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale: se l'originaria automaticità della sospensione si estendeva, in passato, all'intero giudizio fino al passaggio in giudicato del provvedimento all'esito del giudizio di Cassazione (consentendo la presunzione semplice della presenza del richiedente asilo nel territorio dello Stato di accoglienza), tale presunzione era venuta meno a seguito della radicale modifica del regime di sospensione automatica dell'efficacia del provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale da parte del Tribunale, poiché, ai sensi del comma 13 dell'art. 35-*bis*, «la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato viene meno se, con decreto anche non definitivo, il ricorso è rigettato». Il richiedente asilo avrebbe potuto, dunque, allontanarsi volontariamente, ovvero essere rimpatriato – in esecuzione di un decreto del Tribunale la cui efficacia non era più automaticamente sospesa – ben prima della scadenza del termine previsto per la proposizione dell'istanza di sospensione, con la conseguenza che, essendogli preclusa la facoltà di proporre ricorso per Cassazione tramite l'autorità consolare, secondo il procedimento previsto al comma 2, ed essendone conseguentemente imposta la presenza sul territorio, gli sarebbe stato definitivamente impedito l'accesso alla giustizia nelle forme dell'unico rimedio consentito, all'esito dell'abolizione dell'appello e del reclamo (l'allontanamento volontario del richiedente asilo costituiva, in particolare, la modalità privilegiata di esecuzione dell'allontanamento, come sancito dalla Direttiva Rimpatri e dalla normativa di attuazione contenuta nell'art. 13 del TU 286/1998). Una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto delle norme esaminate, diversamente da quanto opinato dalla decisione delle Sezioni Unite, non potrebbe invece escludere la possibilità di un rilascio della procura anche al di fuori del territorio nazionale, così cancellando *ipso facto* la presunta funzione della certificazione della data, e cioè quella di assicurare la presenza del richiedente asilo nel territorio dello Stato;

- su di un piano funzionale, ove pure la garanzia della presenza del richiedente asilo nel territorio dello Stato fosse da considerarsi presupposto indefettibile del procedimento in Cassazione «*onde evitare una (costosa) pronuncia inutiliter data*», la norma sospettata di incostituzionalità risultava del tutto inidonea ad assolvere a tale funzione. Una pronuncia *utiliter data* dalla Corte di cassazione, difatti, non sarebbe stata in alcun modo "garantita" dalla data in calce alla procura, certificata o meno, volta che, rilasciata la procura stessa – in ipotesi, nello stesso giorno della comunicazione del decreto di rigetto della domanda – nulla "garantiva" la successiva presenza del richiedente asilo sul territorio italiano, se il termine di proposizione del ricorso era fissato in 30 giorni, quello per il deposito in ulteriori 20 giorni, quello della decisione in 6 mesi dal deposito.

(In definitiva, il Collegio dubitava della conformità a Costituzione del (falso) sillogismo costruito dalle Sezioni Unite, secondo il quale: a) il difensore certifica la data del rilascio della procura; b) la certificazione della data assicura la posteriorità del ricorso rispetto al provvedimento impugnato; c) si assicura in tal modo la presenza del richiedente asilo sul territorio dello Stato per evitare la celebrazione di un processo inutile – dove le due premesse, maggiore e minore, non sembravano consentire la conclusione che se ne deduce).

6) Sotto il profilo della necessità di evitare prassi scorrette da parte del difensore, i timori espressi dalla sentenza delle Sezioni Unite (folio 19, ove si riportano e si fanno proprie le considerazioni svolte da una dottrina che discorreva di «*argine al malcostume, talvolta tristemente accertato, di proporre impugnazioni sempre e comunque, magari palesemente infondate o redatte con seriale superficialità nell'aspettativa di lucrare la liquidazione della parcella conseguente all'ammissione del ricorrente al patrocinio a spese dello Stato*»), apparivano del tutto infondati, volta che, in sede di impugnazione dinanzi al giudice di Cassazione, era chiesto il perdurante interesse (e non la perdurante presenza) del richiedente asilo al ricorso. Quanto, poi, al profilo della condotta e della deontologia professionale del difensore, era fin troppo note come, sul medesimo, gravassero precisi obblighi legali (art. 88 c.p.c.) e deontologici, volti a concorrere al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, di tal che gli eventuali casi di malcostume connessi al rilascio delle procure, ove specificamente accertati (e non oggetto di una generalizzata quanto indimostrata presunzione, che finiva per offendere

1) la ratio della disposizione, che non innova rispetto alla necessaria posteriorità della procura speciale alle liti per ricorrere in Cassazione, è quella, in un settore peculiare per

---

l'intera categoria forense), avrebbero potuto essere sanzionati con gli strumenti disciplinari propri dei Consigli dell'Ordine, giungendo fino alla sospensione dall'esercizio della professione. Per altro verso – ed in coerenza con la parte di motivazione in cui si predica la soluzione dell'autentica come finalizzata «alla eliminazione di tale malcostume» (e non a destinare alla scure dell'inammissibilità migliaia di ricorsi, al fine «di contenere il numero dei ricorsi per Cassazione», come invece si riconosce al f. 26 della sentenza) – si volesse ritenere realistica tale indimostrata illazione, ebbene il *Tatertyp* «dello scorretto difensore» che apponga una data falsa rispetto al giorno del concreto rilascio della procura non esiterebbe poi a certificarla, volta che l'eventuale procedimento di querela di falso (a tacere di quello per l'eventuale imputazione di falsità di foglio parzialmente firmato in bianco), astrattamente proponibile anche nel giudizio di legittimità (sia pur nei limiti indicati, tra le altre, da Cass. n. 12311 del 2007 e n. 21657 del 2006) risulterebbe del tutto irrealistico e del tutto impercorribile, sul piano probatorio, alla luce della sistematica assenza della controparte ministeriale nei giudizi di Cassazione.

7) Sotto il profilo dell'effettività della tutela, giusta il recente insegnamento dello stesso Giudice delle leggi (Corte cost. n. 186 del 2020, che richiama la storica pronuncia n. 120 del 1967), *il dato letterale del riferimento ai «cittadini» contenuto nell'art. 3 Cost., apparentemente ostativo all'applicazione del principio di uguaglianza a favore di tutti i consociati, risulta da tempo superato dall'interpretazione che reputa tale principio operante anche per gli stranieri tutte le volte in cui si tratti di tutelare diritti fondamentali*. Di qui, la conseguenza che non è consentito al legislatore introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati se non in presenza *di una causa normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria* (Corte cost. n. 432 del 2005). Nel disposto dell'art. 2, comma 5 del Testo unico immigrazione si riconosce poi allo straniero il diritto «*alla parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge*».

8) Sotto il profilo dell'equivalenza, mancava, nella valutazione compiuta dalle Sezioni Unite, qualsiasi giustificazione della specialità del diritto alla protezione internazionale rispetto ad altri diritti aventi il loro fondamento nel diritto nazionale, omettendosi del tutto qualsiasi giudizio di comparazione con procedimenti analoghi secondo i criteri indicati dalla Corte di Giustizia (oggetto, causa, elementi essenziali), quali i procedimenti interni aventi ad oggetto diritti relativi all'attribuzione di uno *status*, quali:

- *il procedimento di apolidia*, del tutto assimilabile, ai fini del giudizio di equivalenza e di comparazione, a quello previsto in tema di protezione internazionale quanto a soggetti, oggetto, causa, elementi essenziali, diritti fondamentali tutelati: giusta l'insegnamento dello stesso Giudice di legittimità *l'apolide è, sotto molteplici profili, assimilato allo straniero al quale sia riconosciuto lo status riconducibile alla protezione internazionale, con una sostanziale uniformità di discipline*, ai fini del riconoscimento di una condizione che garantisca il pieno rispetto dei diritti umani e fondamentali «*non dissimili da quelli del titolare di una misura di protezione internazionale*» «sul rilievo della necessità di assicurare *a entrambe le categorie cittadini stranieri* il diritto, alle condizioni previste dalla legge, di condurre un'esistenza libera e dignitosa, perché garantita dal riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana, in uno Stato che per elezione o molto più frequentemente alla stregua di criteri normativi cogenti, sia quello destinato all'accertamento delle condizioni di riconoscimento dello status in questione» (Cass. 4262/2015);

- *il procedimento in tema di protezione umanitaria* (in relazione al quale la richiesta omologia si faceva addirittura identità), nella cui disciplina processuale non era ricompresa, fino all'entrata in vigore dei decreti sicurezza del 2018 (che avevano introdotto, a più di un anno di distanza, l'art. 19-*ter* comma 6 nel d.lgs. 159/2011) la previsione dell'art. 35-*bis*, che limitava la sua portata applicativa alle sole protezioni cd. maggiori (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria).

(Le norme procedurali non prevedevano, *in subiectae materiae*, alcuna "specialità" della procedura di rilascio della procura *sub specie* della certificazione della data a pena di inammissibilità).

9) Sotto il profilo dell'uguaglianza, l'art. 35-*bis*, co. 13 del d.lgs. n. 25 del 2008 come introdotto nel 2017 introduceva, per una determinata categoria di stranieri, un regime processuale peggiorativo – perché comportante un esercizio del diritto di azione più gravoso, con riferimento alle modalità di conferimento della procura e alle conseguenze derivanti dalla loro inosservanza – non solo rispetto a quello riservato ai cittadini, o ancora a quello applicabile per gli altri stranieri che agiscano davanti al giudice italiano (ai quali, secondo la giurisprudenza di legittimità, è, invece, consentito il rilascio del mandato *ad litem* nella forma prevista dall'art. 83 c.p.c.), ma anche all'interno delle medesime categorie di soggetti – gli apolidi, i richiedenti la protezione umanitaria – senza che tale differenziazione *in pejus* risultasse sorretta da alcuna giustificazione logica o razionale.

l'esorbitante numero dei ricorsi, di solito **seriali** e caratterizzati dall'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, di rendere effettivo il rispetto della relativa prescrizione, presidiandola, con la certificazione dell'avvocato sulla "verità" della data in modo da evitare il rilascio di procure cosiddette in bianco;

2) la disposizione censurata non innova nella parte in cui prescrive che la procura alle liti debba essere conferita, a pena di inammissibilità, in data successiva alla comunicazione del decreto impugnato: essa non fa altro che esplicitare e ribadire una prescrizione processuale già estraibile dagli artt. 83 e 365 c.p.c. per la procura speciale in Cassazione;

3) è tale necessaria posteriorità della procura speciale ad implicare che il suo rilascio, secondo l'id quod plerumque accidit, avvenga nel territorio dello Stato dov'è l'avvocato che la riceve e che certifica l'autografia della sottoscrizione, pur se non è richiesto che certifichi anche la data del suo rilascio né dall'art. 365 né dall'art. 83 c.p.c. Il dato temporale (la posteriorità) finisce per condizionare e implicare, secondo un criterio di normalità, quello spaziale (la presenza del ricorrente lì dov'è l'avvocato che certifica l'autografia della sottoscrizione);

4) la regola, generale e di antica tradizione, non differenzia la posizione del ricorrente in quanto straniero: anche nel regime precedente la riforma del 2017 sussisteva l'onere di conformarsi a tale regola, sicché già prima la certificazione dell'autografia da parte dell'avvocato comportava la contestuale, necessaria presenza di chi rilasciava la procura, sicché non era di fatto possibile tale certificazione ove lo straniero fosse trasmigrato altrove o si fosse reso irreperibile;

5) la prescrizione ulteriore della certificazione della data di rilascio della procura è invece innovativa, ed ha funzione strumentale e rafforzativa della regola generale della posteriorità della stessa: è un onere posto a carico del difensore, non certo dello straniero il quale non può – e già non poteva prima della riforma del 2017 – che essere in presenza del difensore quando rilascia la procura, dovendo quest'ultimo, nello stesso contesto spaziale-temporale, certificare l'autografia della sottoscrizione;

6) si tratta di un onere, quello della certificazione della procura, strumentale al rispetto della generale regola processuale di necessaria posteriorità della procura speciale, che si iscrive come prescrizione questa si speciale, ma non irragionevole, nel più ampio obbligo di lealtà del difensore;

7) il rafforzamento della regola processuale generale mediante la previsione di un onere ulteriore e specifico per il difensore dello straniero richiedente la protezione internazionale non è distonico bensì coerente con essa, perché finalizzato a ridurne la possibilità di elusione, convergendo verso l'obbiettivo di dare maggior ordine all'accesso al giudizio di legittimità;

8) la criticità, pur correttamente evidenziata dall'ordinanza di rimessione, rappresentata dalla nuova disciplina sulla sospensione degli effetti del provvedimento impugnato – che

viene meno con il rigetto del ricorso in Tribunale – non è rilevante rispetto alla questione di costituzionalità sollevata, poiché non è conseguenza della regola introdotta dalla disposizione censurata, che non incide sulla prosecuzione della sospensione degli effetti del provvedimento di rigetto: è una regola "neutra" essendo altra la prescrizione che crea questa criticità;

9) la questione del mancato prolungamento dell'effetto sospensivo per il tempo necessario alla proposizione del ricorso per Cassazione e al rilascio della procura – che può essere posta in altro giudizio – è stata risolta dalla Corte di Giustizia (sentenza 26.9.2018 in causa C-180/2017) che ha affermato, limitatamente al versante europeo, che nessuna disposizione della Direttiva 2013/32/UE impone agli Stati membri di riconoscere un effetto sospensivo automatico;

10) la questione della impossibilità per lo straniero rimpatriato o espulso di rilasciare una procura che sia rispettosa della disposizione censurata, poiché non è previsto il rilascio della procura consolare per il giudizio di Cassazione, a differenza del giudizio innanzi al Tribunale è un ulteriore profilo di criticità non rilevante nel giudizio a quo. L'onere posto a carico del difensore dalla disposizione censurata non incide sulla possibilità che la procura speciale possa essere altresì consolare, ed è rimessa alla giurisprudenza la verifica della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto della tutela giurisdizionale in ogni stato e grado nel senso che la mancata ripetizione testuale della possibilità di una procura consolare potrebbe non significare necessariamente la sua esclusione quanto al ricorso per Cassazione;

11) la regola si innesta nella disciplina di un contenzioso che, nel complesso, è oggetto di regole processuali speciali, e la sua non manifesta irragionevolezza risulta anche dalla considerazione che, soppresso il grado di appello, il numero dei ricorsi per Cassazione è cresciuto esponenzialmente fino a rappresentare una parte molto ampia dei ricorsi civili: questo accesso così diffuso, al quale non è estraneo il maggior ricorso al patrocinio a spese dello Stato, rende non irragionevole il rafforzamento della regola della posteriorità della procura mediante l'onere a carico del difensore della certificazione della data del suo rilascio. Il rafforzamento indiretto dell'osservanza di una regola processuale non restringe gli spazi di tutela giurisdizionale, stante la finalità non irragionevole perseguita dalla norma;

12) nonostante la formulazione testuale della norma riferisca la sanzione dell'inammissibilità del ricorso soltanto all'inosservanza dell'onere di certificazione dell'autografia della sottoscrizione, e non anche a quella della data del rilascio della procura, non si rinviene un difetto di proporzionalità che, nella materia processuale, è connotata da ampia discrezionalità del legislatore e dovrebbe, pertanto, essere manifesto: vi è una simmetria nella sanzione dell'inammissibilità del ricorso in entrambe le ipotesi, poiché rientra nella discrezionalità del legislatore aver perseguito la finalità di rafforzare

l'osservanza della regola della posteriorità della procura speciale presidiandola più efficacemente con un onere posto a carico del difensore a pena di inammissibilità piuttosto che, in modo più blando con un mero dovere rientrante solo negli obblighi di deontologia professionale;

13) rispetto al canone dell'equivalenza – sulla premessa che questo, giusta l'insegnamento della Corte di Giustizia, non si riferisce a quella tra norme nazionali applicabili, ma alla violazione del diritto nazionale rispetto al diritto dell'Unione – spetta al giudice nazionale verificare le somiglianze tra ricorsi quanto ad oggetto, causa ed elementi essenziali. La disciplina del ricorso per Cassazione nella materia della protezione internazionale è unica, nel contesto della trasposizione della Direttiva 2013/32 UE, e semmai può porsi a raffronto con il procedimento volto al riconoscimento della protezione umanitaria, riconducibile alla garanzia costituzionale del diritto di asilo;

14) in tale procedimento, novellato dal d.l. 113 del 2018, vige un'analoga regola formale, contemplata dall'art. 19-*ter*, comma 6 del d.lgs. 150/2011.

Benché i limiti del presente scritto non consentano una approfondita disamina di tutti gli argomenti posti a base della pronuncia di non fondatezza della questione di costituzionalità della norma impugnata, non possono non essere svolte alcune brevi considerazioni che toccano i punti salienti della motivazione.

a) Desta perplessità la definizione di «ricorsi seriali» in un settore peculiare «per l'esorbitante numero dei ricorsi»[83]. Il Giudice delle leggi finisce così per sovrapporre, confondendoli, il dato numerico e l'aspetto contenutistico dell'atto di accesso alla giustizia. «Seriali» potrebbero definirsi anche i ricorsi in tema di responsabilità sanitaria (con i quali, "serialmente", si chiede il risarcimento di danni biologici, da perdita di rapporti parentali, da violenza sessuale, da violazione della privacy e così via), ciascuno dei quali, poi, contiene una storia, un narrato, un vissuto di sofferenza cui si chiede di porre rimedio (anche se nel modo più vile consentito al giudice, e cioè attraverso il denaro), così come ogni richiedente asilo ha una sua storia, narra dei fatti, è portatore di un vissuto di sofferenze talvolta indicibili, rivolgendosi ad uno Stato democratico (e di ispirazione cattolica, come confermato dai tanti rosari esibiti in pubblica piazza) per chiedere non altro che accoglienza in un Paese dove poter vivere e possibilmente lavorare nel rispetto della sua dignità.

b) L'indiscutibile esorbitanza del numero dei ricorsi in Cassazione risulta la inevitabile conseguenza di una precisa scelta legislativa (della cui legittimità costituzionale si è non infondatamente dubitato anche in dottrina, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione,

83. Punto 5 della sentenza. L'espressione «ricorsi seriali» fu testualmente utilizzata dall'allora primo Presidente della Cassazione, in occasione della presentazione del Convegno tenutosi nell'aula magna della S.C. il 18.2.2020 *Il procedimento di protezione umanitaria speciale*, suscitando le unanimi critiche di pressoché tutti i relatori, magistrati e docenti universitari.

alla luce delle stesse pronunce del Giudice delle leggi, sia pur rese in materia penale, in tema di necessario riesame del merito di una pronuncia di unico grado) che ha abolito l'appello nei giudizi di protezione internazionale. Non meno esorbitante risulta il numero dei ricorsi in materia tributaria pendenti dinanzi alla Corte di legittimità, per i quali il ricorrente, legittimamente riparato in un Paese terzo, può rilasciare la sua procura ad litem senza che al difensore sia richiesto alcunché di diverso o di altro dall'autenticazione della firma.

c) Stupisce, per altro verso, la contraddizione – che appare del tutto insanabile – tra le affermazioni cui al punto 8 della sentenza (supra, sub 3 e 4), a mente delle quali la certificazione della data della procura risulta «onere strumentale e rafforzativo» a carico del difensore che riceve la procura e non dello straniero, il quale «non può che essere in presenza del difensore», poiché, aggiunge elegantemente la Corte, «il dato temporale della posteriorità finisce per implicare secondo un criterio di normalità quello spaziale, e cioè la presenza del ricorrente lì dov'è l'avvocato che certifica l'autografia della sottoscrizione», e quanto viene affermato al successivo punto 10 della sentenza, volta che tale «implicazione spazio-temporale» secondo un asserito «criterio di normalità» collide fragorosamente – nella evidente consapevolezza dell'esistenza di un insanabile deficit di tutela giurisdizionale (perfettamente coerente, peraltro, con la ratio della norma, come testimoniato dagli stessi lavori preparatori) – con l'ipotesi del richiedente asilo che, dopo della comunicazione del decreto di rigetto, in conseguenza della cancellazione ex lege dell'effetto sospensivo automatico dell'esecutività del decreto di rigetto del Tribunale, si rechi (necessariamente) in un Paese terzo dove attendere l'esito dell'eventuale giudizio di Cassazione, il cui accesso gli sarebbe peraltro impedito dalla ritenuta impossibilità di rilascio della procura tramite autorità consolare. Il Giudice delle leggi non manca di rilevare, sia pur incidentalmente, un «profilo di criticità» nella mancata riproduzione, per il giudizio di Cassazione, della norma sulla procura consolare prevista per il ricorso in Tribunale, e tale criticità viene ritenuta rilevante a tal punto che la stessa Corte invita la giurisprudenza ad un'interpretazione costituzionalmente orientata (di una norma che, peraltro, non c'è, onde la ineludibile necessità di orientare costituzionalmente l'interpretazione della disposizione sulla procura consolare prevista per il giudizio di primo grado) attraverso la quale, superando l'inequivoco dato letterale, consentire il rilascio della procura secondo la stessa modalità prevista per il giudizio di primo grado – ma così smentendo quanto affermato (prima dalle Sezioni Unite, poi) dalla stessa Corte costituzionale sulla necessaria presenza del ricorrente dinanzi all'avvocato, nel territorio dello Stato.

d) Lascia ancora perplessi l'estensione alla omessa certificazione della data, per asserita analogia di ratio, della gravissima sanzione dell'inammissibilità prevista dalla legge per la sola autografia della sottoscrizione della procura, sanzione che la stessa Corte riconosce non essere stata ripetuta con riguardo alla certificazione della data, evocando, peraltro, a

fondamento di un interpretazione analogica peraltro in malam partem, una "simmetria della sanzione" per entrambi i casi, alla luce di una asserita discrezionalità del legislatore di perseguire la finalità di rafforzare la regola della posteriorità della procura speciale presidiandola più efficacemente, «non ritenendosi sufficiente il solo obbligo di deontologia professionale del difensore» (che però è un obbligo non soltanto deontologico, ma anche normativo, giusta disposto dell'art. 88 del codice di rito).

e) Desta ancora perplessità il giudizio di equivalenza condotto dalla Corte al punto 14.2. della sentenza – la questione era stata posta dall'ordinanza di rimessione come dirimente – rispetto al solo procedimento di protezione umanitaria, per il quale si evidenzia che, nel 2018, con il decreto 113, era stato introdotto l'art. 19-ter comma 6, inserito nel d.lgs. 150 del 2011. Ora, da un canto, tale inserimento non può certamente ritenersi retroagire all'anno 2011; dall'altro, la Corte non tiene conto dello iato temporale di oltre un anno tra la data dell'entrata in vigore della norma sospettata di incostituzionalità (il 2017) e quella (il 2018) dell'inserimento, attraverso il metodo della novellazione, di un articolo contenuto in un decreto legge poi abrogato e sostituito dalla normativa del 2020. Perplessità ancora maggiori solleva, sul piano del giudizio di equivalenza, il silenzio riservato agli ulteriori parametri normativi, pur specificamente indicati dall'ordinanza di rimessione, costituiti dal procedimento di apolidia (e, più in generale, da tutti i procedimenti in tema di status), omogeneo per oggetto causa ed elementi essenziali (secondo le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia con le sentenze richiamate dallo stesso Giudice delle leggi), per il quale nessun obbligo di certificazione della data di rilascio della procura era ed è tuttora previsto.

f) Quanto, infine, all'asserita «specialità necessaria» delle regole processuali dettate per i richiedenti asilo (supra, sub 11), questo scritto, completato il 27 gennaio dell'anno in corso (significativamente battezzato come «il giorno della memoria») non può non rappresentarsi il timore che norme "speciali" di infausta memoria possano lentamente ma pericolosamente tracimare, al cospetto di un (sempre possibile) mutamento della scena politica del Paese, nell'invaso di inaccettabili discriminazioni verso una categoria di persone che chiedono soltanto di non essere discriminati nella loro richiesta di asilo.

6. Conclusioni

Leggere il passato, il presente, il futuro attraverso la lente della dignità umana, della sua attualità, del suo significato, della sua invulnerabilità, regalerebbe ancora spiragli di speranza.

Così, sospesi nel tempo tra vicende di giovani donne che sfidano l'arroganza maschile salvando vite umane alla guida di una nave, e l'eco sorda e grigia delle parole di una

disattenta giurisdizione domestica, oscilliamo, giorno dopo giorno, nell'eterna contraddizione tra l'amore e la vergogna per la nostra specie[84].

84. «Il problema» scrive Umberto Eco (*Migrazioni e intolleranza*, cit., p. 18) «non è più decidere (come i politici fanno finta di credere) se si ammetteranno a Parigi studentesse con lo *chador*, o quante moschee si debbano erigere a Roma. Il problema è che in questo millennio l'Europa sarà un continente multirazziale o, se preferite, "colorato": se vi piace, sarà così, se non vi piace, sarà così lo stesso», per poi aggiungere (forse troppo ottimisticamente) che «i razzisti dovrebbero essere (in teoria) una razza in via di estinzione. È esistito un patrizio romano che non riusciva a sopportare che divenissero *cives romani* i galli, i sarmati o gli ebrei come San Paolo, o che potesse salire al soglio imperiale un africano, come infine è accaduto? *Di questo patrizio ci siamo dimenticati, è stato sconfitto dalla storia, la civiltà romana era una civiltà di meticci. I razzisti diranno che si è dissolta per questo, ma ci sono voluti cinquecento anni – uno spazio di tempo che consente anche a noi di fare progetti per il futuro*».

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E IMMIGRAZIONE: NOTE CRITICHE SUL "NOMADISMO GIURISDIZIONALE"

di Giuseppe Tropea

Abstract: *Il saggio è dedicato ai molteplici problemi che sussistono in tema di riparto di giurisdizione nell'ambito della tutela del migrante. Tali questioni, che riflettono problemi teorici più generali come quello dell'indegradabilità del diritto fondamentale o della distinzione tra atto discrezionale ed atto vincolato, condizionano la qualità e l'effettività della tutela del migrante, provocando ulteriore incertezza. Si ritiene che in tale contesto il giudice amministrativo debba recuperare un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisori e per l'ormai accettato principio di atipicità delle azioni dinnanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura l'effettività della situazione giuridica del migrante.*

Abstract: *The essay is addressed to the multiple problems that exist in terms of the division of jurisdiction in the area of migrant protection. These issues, that deal on a general level on theoretical problems such as the indegradability of the fundamental right or of the distinction between a discretionary act and a bound act, impact the quality and effectiveness of the migrant's protection, causing further uncertainty. We believe that in this context the administrative judge must play a fundamental role, not only for the complexity of his decision-making powers and for the principle of atypicality of the actions available prior to him, but mostly because of the peculiar capacity to investigate the intrinsic rationality of selective choices, which are those of a very demanding society but with limited economic resources and where the juridical situation of the migrant is assesed.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E IMMIGRAZIONE: NOTE CRITICHE SUL "NOMADISMO GIURISDIZIONALE"

di Giuseppe Tropea*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il groviglio del riparto. – 3. Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento. – 4. (Segue) Il coordinamento delle giurisdizioni come problema di effettività e concentrazione della tutela. – 5. Il tema della incomprimibilità del diritto fondamentale. Premessa generale. – 6. (Segue) Nell'ambito specifico della tutela del migrante. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Esistono dei settori nei quali oggi si evidenzia uno strano paradosso: a fronte dell'urgenza della tutela di quelli che vengono pressoché unanimamente riconosciuti come diritti fondamentali[1], vi è una persistente incertezza quanto al giudice competente, specie dopo la nota presa di posizione della Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 2007 sulla compatibilità tra diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, incertezza da cui derivano serie lacune in termini di effettività e concentrazione della tutela (art. 7, co. 7, c.p.a.).

L'immigrazione rientra certamente fra i detti settori, assieme ad altri ambiti delicatissimi, quale quello relativo ai disabili, specie nel campo dell'istruzione.

In questo come in quel caso i suddetti problemi processuali spesso derivano da molteplici questioni irrisolte già a livello sostanziale, come il carattere discrezionale o vincolato dell'atto, la nozione di condotta discriminatoria, la crisi (e la *critica*) dell'età dei diritti[2], che va ripensata[3], specie a fronte di un contesto giurisdizionale che – almeno dalla nota sentenza della Consulta n. 85 del 2013 sul caso Ilva – tende a rifuggire dall'idea di un diritto "tiranno" rispetto agli altri, come ha evidenziato in modo plastico la vicenda del Covid-19[4].

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

1. Sia pure con approcci parzialmente diversi al tema. Si vedano, ad es., da un lato A. Ruggeri, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, dall'altro G.U. Rescigno, *Migranti, stati, diritti umani*, entrambi in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Atti dei Convegni di Siracusa, 4 maggio 2017 - Torino, 27 ottobre 2017, Torino, Edizioni Università degli Studi di Torino, 2017.

2. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

3. A. Schiavello, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016.

4. Si ricordi che il contenzioso relativo al Covid-19 ha portato il giudice amministrativo ad affermare *praeter legem* l'appellabilità del decreto cautelare monocratico «nei soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del

Dal canto suo anche la filosofia contemporanea ha colto – a suo modo – tali aspetti, nella misura in cui ha genealogicamente evidenziato le insidie concettuali che si nascondono dietro la "sacertà" della persona[5], e il fitto reticolato di poteri pastorali e disciplinari prima, neoliberali poi, che fanno muovere il meccanismo governamentale del potere[6]. Come si è cercato di argomentare in altra sede[7], le frontiere costituiscono una variegata segmentazione, a livello sociale e spaziale, sul modello proposto da Deleuze e Guattari[8], che va oltre la mera segmentazione binaria (cittadino/straniero, migrante economico/migrante forzato, etc.), e coinvolge il migrante (in particolare: il richiedente asilo) in una segmentazione lineare fatta di processi e "strutture di accoglienza", secondo un potere che è anche biopolitico, nella misura in cui diviene prima disciplinare poi connotato da segmentarietà addirittura circolare, coinvolgendo operatori del terzo settore, Onlus, etc. La segmentazione della frontiera, in buona sostanza, si collega alla rinnovata attenzione verso la gestione amministrativa come cartina di tornasole euristicamente più appropriata a cogliere l'operare dell'istituzione non tanto sul piano della sovranità classica, quanto della regolazione e gestione di flussi umani, popolazioni[9]. L'aumento della popolazione per migrazione costituisce un evento critico, che pone prima di tutto un problema dinamico e complesso di organizzazione e di azione pubblica, ovverosia di gestione amministrativa[10].

Tar produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato» (cfr. ad es. Cons. St., sez. III, dec. 30 marzo 2020, n. 1553). Non è questa la sede per rilievi su tale giurisprudenza; sicuramente essa dà per ormai scontata la compatibilità tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa.

5. G. Agamben, *Homo sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita*, ora in Id., *Homo sacer (versione integrale, 1995-2005*), Macerata, Quodlibet, 2018, p. 11 ss. Per una revisione critica L. Garofalo, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene, 2009.

6. M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005; Id., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005.

7. G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in pubblicazione negli *Scritti in onore di M. Immordino.* Ovviamente non menziono in questa sede, perché sarebbe distonico rispetto agli scopi qui prefissati, la numerosa dottrina costituzionalista che continua meritoriamente a mettere al centro lo Stato costituzionale e i suoi progressivi successi anche in questo settore. Cfr. per tutti, da ultimo, A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in www.dirittifondamentali.it, n. 3/2021, p. 393 ss. Prevengo così l'obiezione – che invero mi è già stata rivolta – sul fatto che questa impostazione dimentichi il resto della dottrina oltre che il ruolo dei diritti fondamentali tutelati a livello del diritto costituzionale. È fin troppo ovvio che l'impostazione sostenuta nel testo, che pone al centro la persistenza dello Stato amministrativo anche in questo campo, non sia del tutto allineata all'impostazione *mainstream.*

8. G. Deleuze-F. Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, 1980, trad. it., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Napoli-Salerno, Orthotes, 2017. Ci si riferisce, in particolare, al cap. 9, intitolato *Micropolitica e segmentarietà*, anche se gli autori tornano più volte nel testo su tali concetti. Sul migrante come simbolo della deterritorializzzione, della fluidità del passaggio, dell'ibridazione di identità, aspetti che mettono in crisi – o addirittura «smascherano» – lo Stato, v. D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 20.

9. S. Zorzetto, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, VI, 12, 2016 (online).

10. F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 435 ss.

Sul versante più *mainstream* della filosofia analitica, appaiono convincenti i rilievi sulla inevitabile conflittualità fra diritti fondamentali, nonostante i tentativi di riduzione/eliminazione di tale conflitto[11]. È stato osservato, in questo senso, che «non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incomprimibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali»[12].

Ciò nonostante, la situazione continua a presentarsi frastagliata e complessa.

La crisi della teoria dell'indegradabilità, a far data dalla nota sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale[13], non è stata seguita dalla definitiva affermazione di una solida impostazione alternativa. Anche nel diritto dell'immigrazione ciò dà luogo a persistenti incertezze, e a un velato tentativo di resurrezione della preminenza del diritto fondamentale nell'individuazione del giudice o attraverso il recupero dell'antica tesi del riparto fondata sul carattere discrezionale o meno del provvedimento o attraverso la devoluzione a una sorta di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario fondata sulla tutela antidiscriminatoria, come si verifica nell'affine caso della tutela del disabile in ambito scolastico. Sennonché sia l'opposizione discrezionalità/vincolatezza del potere sia il richiamo alla tutela antidiscriminatoria, come puntelli della declinante teoria del diritto indegradabile, costituiscono persistente fonte di incertezza e potenziale *vulnus* al principio di concentrazione delle tutele, corollario dell'effettività (art. 7, co. 7, c.p.a.).

In questa sede, dopo alcuni rilievi critici intorno alla politica legislativa in tema di riparto di giurisdizione sulle controversie relative alla frastagliata e complessa materia migratoria (§ 2), si valuteranno una serie di questioni di carattere ermeneutico inerenti invece il modo in cui le norme in materia sono state applicate (§§ 3, 4), per poi considerare più nello specifico la delicata questione dell'indegradabilità del diritto fondamentale, sia nei suoi risvolti teorici generali (§ 5) sia nell'ambito della tutela del migrante, con una serie di riflessioni conclusive critiche sul fenomeno del nomadismo giurisdizionale (§ 6).

11. Cfr., ad es., G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, p. 287 ss.

12. G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 13.

13. Sulla quale cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020; M. Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 141 ss.

Come si vedrà, l'angolo visuale prescelto non è tanto quello, pur meritorio, dell'inquadramento di tali questioni secondo la chiave di lettura ormai classica dello Stato costituzionale, ma quello che teorizza una persistente – se non crescente – rilevanza anche in questo settore dello Stato amministrativo. Le ragioni di questa inedita prospettiva verranno illustrate nel corso dello scritto.

2. Il groviglio del riparto

Anche solo abbozzare un quadro generale risulta sconfortante[14]. Del resto, non è un caso che la prima pietra miliare in tema di riparto della giurisdizione in Italia risale alla nota decisione *Laurens* del 1891, quando a migrare eravamo noi italiani[15].

Al giudice amministrativo vengono devoluti i provvedimenti sfavorevoli all'ingresso o alla permanenza dello straniero, compreso diniego di regolarizzazione del permesso di soggiorno.

Al giudice ordinario, invece, i provvedimenti connessi ad esigenze umanitarie o a tutela delle relazioni familiari, o in caso di discriminazione[16]. Quanto a quest'ultimo aspetto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice ordinario è giudice esclusivo della discriminazione, questo prima ancora dell'indicazione normativa, perché il diritto a non essere discriminati è un diritto fondamentale, tutelabile solo dal giudice dei diritti[17]. Alla luce di quanto rilevato sulla non incompatibilità fra diritto fondamentale e giurisdizione esclusiva, appare chiaro come in realtà è proprio la devoluzione espressa del legislatore (art. 44 d.lgs. 268/1998) al giudice ordinario che in tal caso prevale. Tuttavia, ciò non evita profili di concorrenza della giurisdizione, ad esempio nei casi in cui sussista un provvedimento amministrativo discriminatorio, vicenda nella quale lo straniero potrà chiederne l'annullamento al giudice amministrativo, che tende però a dichiararsi sfornito della giurisdizione con riguardo alle censure relative al carattere discriminatorio della condotta dell'amministrazione.

I provvedimenti espulsivi, se del prefetto, sono attribuiti al giudice ordinario; se invece vengono adottati dal Ministro, per ragioni di ordine e sicurezza pubblica (art. 13 TUI),

14. Per questo motivo, per ragioni di spazio e di concisione, in questa sede non verranno affrontati *funditus* altri ambiti, come: *a)* la giurisdizione in materia di accoglienza del richiedente asilo, attribuita al giudice amministrativo; *b)* le varie giurisdizioni differenziate per competenza (tra sezione specializzata del Tribunale ordinario e giudice di pace) in materia di trattenimento e di espulsione; *c)* quelle del Tribunale per i minorenni che riguardano pure l'autorizzazione al soggiorno in deroga ai familiari adulti nei casi indicati nell'art. 31, comma 3 TUI. Per un approfondimento su questi punti si rinvia a G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera-A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 674 ss.

15. Lo ricorda R. Cavallo Perin, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 137.

16. L'azione prevista dall'art. 44 TUI è stata poi rivista e sostituita dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.

17. Cass. civ., SU, 30 marzo 2011, n. 7186 e Id., 15 febbraio 2011, n. 3670.

ovvero di prevenzione dal terrorismo (l. n. 155/2005), spettano al giudice amministrativo, e vengono devoluti alla competenza funzionale del Tar Lazio (art. 135 c.p.a.).

D'altra parte, sono attribuite ancora al giudice ordinario, in particolare alle sezioni specializzate del Tribunale ordinario aventi sede nel capoluogo in cui ha sede la Corte d'appello, le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 30/2007 (art. 3, co. 1, lett. *b*), d.l. n. 13/2017). Viceversa, quando si tratta di provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, come prevede l'art. 22, co. 1, d.lgs. n. 30/2017. Tale distinzione appare non sempre agevole, e comporta evidenti difficoltà applicative in sede di riparto.

Con riferimento ai giudizi di convalida delle misure di esecuzione dell'allontanamento la giurisdizione del giudice ordinario si può considerare *in re ipsa*, nella misura in cui essi si ritengano coperti dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, co. 3, Cost., anche se ciò non è stato inizialmente scontato ed è stato necessario l'intervento della Consulta[18]. Peraltro, qui il fondamento della giurisdizione ordinaria viene ravvisato nella natura di diritto soggettivo della libertà personale, senza che rilevi in contrario la discrezionalità insita nella possibilità di scegliere tra le diverse modalità esecutive[19].

Quanto ai respingimenti, di cui all'art. 10 TUI, in origine mancava una previsione normativa espressa sulla giurisdizione.

La questione è piuttosto interessante, perché mostra come, soprattutto in questi casi, i criteri elaborati dalla giurisprudenza si rivelino piuttosto opinabili e di incerta applicazione. Nel silenzio della legge, la materia era considerata originariamente attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, sia per il carattere autoritativo del provvedimento che per la ritenuta natura eccezionale dell'art. 13, co. 8, TUI[20], sennonché in seguito la Cassazione ha smentito tale interpretazione, muovendo dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva incisa dal respingimento in termini di diritto soggettivo[21].

Invero, dopo la sentenza monito della Corte costituzionale n. 275/2017, con la quale nonostante l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza si è preannunciata una

18. Si v. Corte cost., sent. n. 105/2001 e sent. n. 222/2004.

19. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 572.

20. Cons. St., sez. I, 4 febbraio 2011, n. 571.

21. Cass. civ., SU, ord. 10 giugno 2013, n. 14502. In dottrina v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 553; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 5/2018, p. 6.

dichiarazione di incostituzionalità in mancanza di innovazioni normative[22], il d.l. n. 113/2018 ha introdotto un nuovo co. 2-*bis* all'art. 10 TUI, disponendo di fatto la giurisdizione del giudice di pace per la convalida del respingimento disposto dal questore (applicandosi al caso di specie le procedure di convalida previste dall'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8).

Altra incertezza aleggia nell'ambito della concessione della cittadinanza. Qui la giurisprudenza[23], fondandosi sul criterio di riparto del *petitum* sostanziale, afferma che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (nella composizione delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale dei Tribunali, di cui all'art. 3, co. 2, d.l. 13/2017, come modificato dalla l. 46/2017) i casi relativi all'acquisto della cittadinanza *iure sanguinis* e per matrimonio (artt. 1 e 5 l. 91/1992), mentre rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo i casi in cui si manifesta il potere discrezionale dell'amministrazione, come ad esempio la concessione di cittadinanza per naturalizzazione.

Tutte queste vicende, e altre ancora che considereremo in seguito, mostrano come il tema del riparto di giurisdizione sulla tutela dei migranti sconti una serie di persistenti incertezze di ordine più generale, sulle quali mi soffermerò in breve qui di seguito. Non toccherò invece, se non quando strettamente necessario, altre delicate questioni processuali, come quelle relative alla competenza del giudice e al rito previsto[24].

3. Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento

La prima questione che si intende porre è quella del riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero. Essa rifluisce nell'ambito del più ampio tema della natura della situazione giuridica soggettiva di quest'ultimo, e fa da sfondo, come si dirà, al connesso problema del coordinamento tra le diverse forme di tutela.

22. Cfr. S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2019, p. 201 ss.

23. Cfr., ad es., Trib. Brescia, ord. 7 gennaio 2019; Tar Lazio, sez. III, 18 marzo 2019, n. 3556; Tar Toscana, sez. II, 9 gennaio 2019, n. 25.

24. Si pensi alla situazione del richiedente asilo, per il quale il d.l. n. 13/2017 ha introdotto talune novità per accelerare il contenzioso in caso di impugnazione delle decisioni della Commissione territoriale sul riconoscimento della protezione: l'adozione del rito camerale, la sostituzione dell'audizione del richiedente con la sua videoregistrazione presso la Commissione territoriale, l'eliminazione della impugnabilità della decisione, ricorribile solo in Cassazione per motivi di legittimità. Basti qui ribadire come si tratti di misure che nel complesso incidono fortemente sui diritti di difesa della persona. *Amplius* sul tema: G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. p. 683 ss.

Si ha a che fare con una pluralità di criteri diversi senza una base unitaria e convincente[25].

Taluni hanno proposto la discutibile distinzione fra migrante volontario (o economico) e migrante involontario. Essa non avrebbe carattere meramente descrittivo, ma inciderebbe sulla stessa posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a lui assicurata nel nostro ordinamento[26], in quanto è precipuamente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del TUI relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia, mentre al migrante involontario si applica la disciplina dettata dal d.lgs. n. 251/2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d.lgs. n. 25/2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d.lgs. n. 142/2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo[27].

Invero, anche ai fini del riparto di giurisdizione la distinzione tra migrante volontario (o economico) e migrante involontario appare opinabile. Innanzitutto, perché volontario è anche l'asilante, il familiare, lo studente. Inoltre, essa non trova adeguato fondamento giuridico, mentre resta rilevante la distinzione legata alle posizioni giuridiche soggettive incise: tra interessi legittimi e diritti soggettivi (libertà personale, diritto all'unità familiare, diritto di asilo, libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE, *status* di apolide, *status* di cittadino).

Al netto del dato normativo, nei casi di persistente incertezza o di mancata disciplina i criteri proposti dalla giurisprudenza sono, come detto, piuttosto eterogenei: il carattere discrezionale o vincolato del provvedimento lesivo, la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva dello straniero, la qualificazione dei diritti di quest'ultimo come "indegradabili".

Si tratta, tuttavia, di criteri che prestano il fianco a critiche.

Alla prima tesi, ad esempio, si è obiettato da un lato che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche su casi di attività amministrativa vincolata, dall'altro che la giurisdizione ordinaria si ha, talvolta, su provvedimenti pienamente discrezionali[28].

Neanche la seconda impostazione è del tutto appagante. In base ad essa, infatti, si dovrebbe ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative ad autorizzazioni (visto d'ingresso, permesso di soggiorno) ed alle espulsioni

25. Si tratta di una constatazione diffusa in letteratura. Cfr. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592; M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 89; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4.

26. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4.

27. Sul punto v. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2/2017, p. 393 ss.

28. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

ministeriali, in quanti attinenti interessi legittimi, mentre tutte le altre (ingresso e soggiorno per motivi di protezione internazionale o di unità familiare, espulsioni prefettizie, respingimenti, misure di esecuzione dell'allontanamento, comportamenti discriminatori) dovrebbero essere coerentemente devolute al giudice ordinario, in quanto attinenti diritti soggettivi. Senonché, in molti casi in cui si prospetta la sussistenza di diritti soggettivi (es. unità della famiglia, protezione umanitaria), la legge prevede poteri amministrativi idonei a ridurne o limitarne la portata, sì da poter far ritenere che in tali casi si abbiano piuttosto questioni sulla legittimità degli atti di esercizio del potere, conoscibili generalmente dal giudice amministrativo[29].

Né persuade fino in fondo che, con riguardo all'espulsione, la situazione giuridica soggettiva dello straniero possa cambiare a seconda dell'autorità procedente, spettando al giudice amministrativo l'espulsione ministeriale e al giudice ordinario quella prefettizia[30]. Peraltro la giurisdizione spetta oggi al giudice amministrativo, in particolare alla competenza funzionale del Tar Lazio ai sensi dell'art. 135, co. 1, lett. l) c.p.a., nel caso di allontanamento, per motivi di ordine pubblico e sicurezza, di cittadini comunitari o dei loro familiari, con ulteriore complicazione della materia[31]. Invece spetta al giudice ordinario, sezioni specializzate, la giurisdizione sulle controversie concernenti gli altri provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza pubblica.

Infine, posto che in molti casi di diritti "estinti" o "ridotti" dal potere la giurisdizione è stata affidata al giudice ordinario, anche qui in apparente contrasto alla teoria della *causa*

29. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 583.

30. M. Interlandi, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 92.

31. A questo proposito la giurisprudenza ha precisato, anche antecedentemente al c.p.a. del 2010, che «trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà» (Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88). Nel testo attuale l'art. 20 d.lgs. n. 30/2007 prevede che il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari, qualsiasi sia la loro cittadinanza, possa essere limitato con apposito provvedimento solo per motivi di: sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza, altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. L'art. 22 d.lgs. n. 30/2007 già aveva previsto che avverso il provvedimento di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato di cui all'art. 20, co. 1 e 2, e per motivi di ordine pubblico, potesse essere presentato ricorso al Tar Lazio, sede di Roma.

petendi o del *petitum* sostanziale, si è prospettata la tesi dei "diritti indegradabili", che però è molto controversa in dottrina[32] e non ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale[33].

Nessuno dei sopra indicati criteri, quindi, consente di spiegare in modo coerente e unitario le scelte del legislatore[34].

Si è di recente proposto di ricostruire il sistema rilevando che al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali questi, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l'ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungo soggiornante UE, ai sensi dell'art. 9 TUI, o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dal legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale[35].

Le controversie affidate al giudice ordinario si connoterebbero, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all'art. 43 TUI, i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari[36], la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l'incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti. In entrambi i casi, pur essendo diverso il punto di partenza e la prospettiva di lettura, il risultato, sul piano effettuale e, soprattutto, della tutela giurisdizionale, non sarebbe diverso, poiché si perverrebbe comunque all'esito di rimuovere

32. Cfr., sul tema, N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la "relativizzazione" dell'inviolabilità*, Pisa, Pisa University Press, 2013; più di recente, L. Galli, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, p. 978 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

33. Cfr. Corte cost., sent. n. 140/2007; sent. n. 35/2010. Con la sentenza Cass., SU, 28 dicembre 2007, n. 27187, in tema di provvedimenti emessi dal Commissario straordinario di governo per l'emergenza rifiuti in Campania, la Cassazione si è uniformata all'impostazione della Consulta.

34. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.

35. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 13.

36. Con d.l. n. 113/2018, come noto, la protezione umanitaria è stata sostituita da dettagliate ipotesi di «speciali permessi di soggiorno temporanei» che nelle intenzioni del legislatore sarebbero *tassative*. Corte cost. n. 194/2019 ha dichiarato inammissibile la questione relativa a tale previsione, ritenendo fra l'altro che il legislatore fosse intervenuto sull'istituto della protezione umanitaria, senza incidere sulla protezione dovuta in base agli obblighi europei e internazionali. Infine, il più recente d.l. n. 130 del 2020 (art. 1, co. 1, lett. a)) ha esplicitato nel Testo unico che in ogni caso la possibilità di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno incontra un limite nel «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», disponendo per alcune tipologie di permessi di soggiorno (tra cui quello per protezione speciale e per calamità) la convertibilità in permessi di lavoro (art. 1, co. 1, lett. b)).

l'effetto pregiudizievole dell'atto nei confronti del soggetto leso, rientrando nella discrezionalità del legislatore, come la Corte costituzionale ha più volte affermato, "dosare" le tecniche di tutela tra l'una e l'altra giurisdizione e nell'una o nell'altra giurisdizione[37].

Tale spiegazione del criterio di riparto non risolve i molteplici problemi in campo. Semmai conduce ad un'altra delicata operazione: verificare se il riparto di giurisdizione, seppure mancante di una ferma base teorica, sia quantomeno legittimo proprio dal punto di vista costituzionale[38].

In tal senso non è sufficiente il richiamo appena fatto alla giurisprudenza della Consulta sulla discrezionalità legislativa in merito ai criteri di riparto, entrando in gioco altre variabili, in quanto tale devoluzione va misurata alla stregua dell'effettività di tutela che viene in concreto assicurata dal giudice competente. Ed infatti, dall'analisi della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale in tema di *translatio iudicii*[39] è possibile trarre un filo conduttore comune: esse sono giunte alla medesima conclusione, seppure per strade diverse, traendo le loro argomentazioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo. Non è più tanto la scelta della pluralità dei giudici ad essere contrastata, quanto l'idea che questa implichi incomunicabilità e separazione, risolvendosi in un'inaccettabile diminuzione della tutela. I principi di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono una lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine[40].

Altrettanto espressamente la Corte costituzionale ha riconosciuto allo straniero, anche se irregolare o clandestino, il pieno esercizio del diritto di difesa con riferimento alla garanzia del contraddittorio, all'assistenza linguistica, al gratuito patrocinio, al reingresso in Italia per partecipare al processo penale, ai giudizi di convalida relativi ai provvedimenti espulsivi ed alle relative modalità di esecuzione[41]. Quanto, più in generale, alla tutela giurisdizionale, ha riconosciuto che «il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano

37. V. Corte cost., sent. n. 275/2001 e ord. n. 414/2001.

38. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.

39. Si tratta delle note sentenze Cass. civ., SU, 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., n. 77/2007, che hanno ricevuto numerosi commenti. V. ad es. R. Oriani, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1013; G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2007, p. 796.

40. Per tale rilievo, sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 887. Più di recente G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, cit., spec. p. 680 ss. In generale, per un tentativo di dimostrare tale relazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, e la persistente attualità di quest'ultimo, sia consentito il rinvio a G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1 ss.

41. G. Sorrenti, *Giusto processo (e diritto di difesa)*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., p. 205 ss.

legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale»[42].

Sotto questo aspetto si pongono due problemi fondamentali, tra loro peraltro strettamente connessi: *a*) la legittimità costituzionale della devoluzione al giudice ordinario di poteri costitutivi (sentenze di annullamento, revoca, modifica, etc.), che rischierebbero di determinare il superamento del c.d. limite esterno, *ab antiquo* preservato dall'art. 4 della l. n. 2248/1865 (abolitiva del contenzioso amministrativo: l.a.c.); *b*) la conformità a Costituzione di un sistema che, non garantendo adeguate forme di coordinamento fra le due giurisdizioni, arreca spesso un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale se e in quanto declinato nel senso della concentrazione delle tutele (arg. *ex* art. 7, co. 7, c.p.a.).

Il primo profilo non sarà affrontato *funditus* in questa sede: esso piuttosto riguarda gli ambiti di riconosciuta competenza del giudice ordinario, chiamando direttamente in causa la questione della c.d. "giurisdizione piena" di quest'ultimo[43]. Qui, se è vero che l'art. 113, co. 3, Cost., ha determinato il superamento della riserva di amministrazione contemplata dall'art. 4 l.a.c., prevedendo la possibilità per il legislatore di affidare al giudice ordinario il potere di annullare atti amministrativi, è altresì vero che in taluni casi, fra i quali proprio la disciplina della tutela del migrante, tale *espressa* devoluzione non sempre si è avuta[44], con quanto ne deriva in termini di problematico rispetto della riserva di legge in materia. Sicché per raggiungere l'obiettivo di una tutela piena ed effettiva appare inoltre opportuno che il superamento dei limiti della giurisdizione ordinaria nei confronti del potere amministrativo sia dotato di un esplicito fondamento legislativo, in ossequio alla riserva di legge contenuta all'art. 113, co. 3, Cost.[45].

Sul secondo profilo, relativo al coordinamento delle tutele, è il caso di dedicare un breve approfondimento.

42. Corte cost., sent. n. 198/2000, la cui centralità è sottolineata, fra gli altri, da A. Pugiotto, *«Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AIC, *Annuario 2009*, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 338.

43. Cfr. sul tema F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

44. Con le debite eccezioni. Si consideri l'ordinanza che accoglie il ricorso in opposizione contro il diniego del nulla-osta al ricongiungimento familiare, la quale può disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla-osta (art. 20, co. 3, d.lgs. n. 150/2011), e il decreto contro il provvedimento di diniego della protezione internazionale, nel quale il giudice riconosce al ricorrente lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria (art. 35-*bis*, co. 13, d.lgs. n. 25/2008).

45. Così, da ultimo, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 609, con richiamo a F. Figorilli, *Giurisdizione piena*, cit., p. 325.

4. (Segue) Il coordinamento delle giurisdizioni come problema di effettività e concentrazione della tutela

Si è parlato, sul punto, di sistema "a *matrioska*". Si pensi al seguente caso emblematico*:* il provvedimento finale del trattenimento presso i CIE (oggi, dopo il d.l. n. 17/2017, i Centri di permanenza per il rimpatrio, CPR) presuppone il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, che a sua volta presuppone il provvedimento di espulsione, che a sua volta presuppone un decreto amministrativo che ha negato, revocato o annullato il titolo legittimante il soggiorno dello straniero sul territorio italiano. Il cortocircuito nasce dalla prescelta ripartizione della competenza giurisdizionale: sul decreto alla base dell'edificio si pronuncia il giudice amministrativo, su tutti gli altri provvedimenti il giudice di pace[46]. Con il risultato che la legittimità delle modalità esecutive dell'allontanamento viene accertata molto prima della legittimità circa il diniego o la revoca del permesso di soggiorno (magari disapplicato *incidenter tantum* ad opera del giudice di pace), con inevitabili problemi di coordinamento tra le due giurisdizioni. Si hanno così due circuiti a due velocità, «proceduralmente indipendenti l'uno dall'altro, ma consecutivamente e consequenzialmente tutti incidenti sulla libertà dello straniero»[47].

Si è posto il problema se il giudice ordinario, adito con il ricorso avverso il decreto di espulsione dello straniero emesso dal prefetto, abbia o meno la possibilità di sindacare incidentalmente, e quindi di disapplicare, l'atto amministrativo presupposto. Ovvero se sia almeno possibile l'impiego dell'istituto della sospensione del giudizio civile, in attesa dell'esito di quello amministrativo, *ex* art. 295 c.p.c.[48].

Un restrittivo, e tuttora maggioritario, orientamento della Cassazione ritiene «non consentito al giudice dell'opposizione all'espulsione sindacare *incidenter tantum* la legittimità di un atto assunto a premessa della stessa espulsione»[49].

In genere la giurisprudenza fa leva sui seguenti passaggi argomentativi:

a) il giudizio relativo al permesso di soggiorno riguarda interessi legittimi, in quanto il provvedimento impugnato esprime esercizio di discrezionalità amministrativa; il giudizio avverso l'espulsione sottende invece diritti soggettivi, in quanto è in gioco non solo la libertà di circolazione ma anche la libertà personale;

b) l'espulsione rappresenta un'attività vincolata della pubblica amministrazione, esercitabile nei casi tassativamente previsti dalla legge;

c) i due giudizi riguarderebbero piani giuridici distinti e il giudicato amministrativo comporterebbe solo effetti materiali sull'espulsione ma non ne costituirebbe l'antecedente

46. Per un'analisi dei limitati poteri del giudice di pace in tali ambiti, cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 261 ss.

47. A. Pugiotto, *«Purché se ne vadano»*, cit., p. 376.

48. Sul tema v. più approfonditamente G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 888 ss.

49. Cass. civ., SU, 16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221.

logico-giuridico. L'atto di espulsione produce effetti che durano nel tempo, e su tali effetti soltanto avrà efficacia la decisione dei giudici amministrativi in ordine al permesso, consentendo all'espulso, in caso di esito positivo del suo ricorso, di domandare nuovamente il permesso stesso e chiedere la revoca dell'espulsione e comunque rientrare in Italia prima del termine finale di divieto posto dalla legge;

d) il giudice ordinario deve limitarsi ad attestare l'esistenza della revoca (o comunque del diniego o dell'annullamento del titolo di soggiorno), posto che questa, in via immediata, e quand'anche penda ricorso innanzi al giudice amministrativo sulla sua legittimità, ha fatto venir meno il diritto dello straniero a trattenersi in Italia. Il giudice ordinario non potrebbe quindi sindacare né disapplicare l'atto presupposto, sottoposto alla cognizione del Tar, ed ignorare i limiti del proprio sindacato, attestati sulla presenza di una condizione legittima ed efficace di inesistenza in capo allo straniero di alcun titolo di soggiorno;

e) da qui l'esclusione di qualsiasi rapporto di pregiudizialità del processo amministrativo[50] rispetto a quello pendente innanzi al giudice ordinario e avente ad oggetto la verifica della legittimità dell'espulsione; da qui, anche, la non configurabilità della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c.

Tale indirizzo giurisprudenziale ha fatto parlare di «giudice notaio», e di una giurisprudenza che trascura la portata della storica sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale, la quale ha invece affermato che il controllo giurisdizionale sull'espulsione e sul trattenimento deve essere «pieno, e non un riscontro meramente esteriore», in quanto afferisce a misure incidenti sulla libertà personale dello straniero[51].

Peraltro, sempre la Consulta[52] ritiene non incostituzionale la devoluzione al giudice ordinario dei provvedimenti espulsivi del prefetto in quanto ne riconosce la piena giurisdizione, sennonché in concreto non è stato spesso così nei rapporti fra disapplicazione del previo provvedimento questorile (es. diniego di rinnovo del permesso di soggiorno) e conseguente espulsione prefettizia.

Sulla spinta di tali indicazioni le Sezioni unite, investite di un ricorso con cui la prefettura lamentava che il giudice ordinario – chiamato a decidere della legittimità del decreto di espulsione, avendo conosciuto, attraverso il sindacato sull'archiviazione dell'istanza di regolarizzazione, del provvedimento con il quale si era concluso il procedimento di rilascio del permesso di soggiorno – avesse superato i limiti della propria giurisdizione invadendo la sfera riservata al giudice amministrativo, hanno così statuito:

50. Sul tema, da ultimo, G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018.

51. Sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 889.

52. Corte cost., ord. n. 414/2001.

«ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su un ricorso proposto avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione»[53]. Peraltro, un indirizzo minoritario consente invece al ricorrente di chiedere la sospensione del giudizio civile nelle more di quello amministrativo[54].

Sennonché tale orientamento non è condiviso dalla giurisprudenza più recente, che ribadisce la preclusione per il giudice di pace di valutare la legittimità del provvedimento del questore, che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno, ovvero abbia negato il rinnovo[55].

La dottrina maggioritaria contesta tale indirizzo restrittivo.

È importante che il giudice ordinario possa conoscere incidentalmente, ai fini della disapplicazione, la eventuale illegittimità dell'atto presupposto[56], tanto più se si esclude la pregiudizialità e dunque la possibilità di sospendere il giudizio civile nelle more di quello amministrativo[57]. L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia il ruolo centrale che nella disciplina della materia svolge il principio di effettività della tutela giurisdizionale. A ben guardare, l'orientamento della Cassazione non pare in linea neanche con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha riconosciuto la stretta connessione giuridica esistente tra l'accertamento dell'irregolarità del soggiorno e l'adozione di una decisione di rimpatrio[58].

Il problema è più ampio, e riguarda i limiti di un percorso argomentativo più generale della Cassazione, caratterizzato da un nuovo arretramento della giurisdizione civile ove entri in gioco un atto amministrativo[59]. Trattasi di un orientamento che contrasta sia coi casi di vertenze fra privati sia con casi di vertenze fra privato e amministrazione in cui si ammette con ampiezza la disapplicazione (es. sanzioni amministrative di cui alla l. 689/1981 e oggi al d.lgs. 150/2011). In questo modo, di fatto, il giudice ordinario finisce per superare la

53. Cass. civ., SU, 18 ottobre 2005, n. 20125.

54. Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7867.

55. Cass. civ., SU, 13 luglio 2015, n. 14610, sez. VI, 22 giugno 2016, n. 12976, sez. II, 10 settembre 2020, n. 18788.

56. Cfr. N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in questa *Rivista.*, n. 4.2006, p. 27 ss.; Id., *Il diritto di difesa dello straniero nel rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio ordinario. Commento alle recenti pronunce della Corte di cassazione*, *ivi*, 1.2001, p. 71 ss.; L. Gili, *Ancora sul diritto di difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, *ivi*, 2.2001, p. 28 ss.; P.L. Di Bari, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, *ivi*, 1.2002, p. 101 ss.

57. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 602.

58. D. Strazzari, *Access to Justice, e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Dir. cost.*, n. 3/2018, p. 170, con richiamo a CGUE, 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega*.

59. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 3 ss.

prospettiva che assegnava all'istituto della disapplicazione una rilevanza attinente i limiti interni della giurisdizione, e ricostruisce la figura "in negativo" rispetto all'ampiezza della giurisdizione amministrativa. Al contrario il vincolo che deriva al giudice ordinario dall'atto amministrativo dovrebbe essere subordinato all'osservanza del principio di legittimità amministrativa.

Anche per questi motivi, merita adesione l'orientamento che ammette la disapplicazione del giudice ordinario dell'atto presupposto. Questo sia per argomenti che riguardano nello specifico il potere di disapplicazione del giudice ordinario, sia per la già rilevata ragione che fa leva sulla compatibilità costituzionale di un sistema di doppia giurisdizione che garantisca l'effettività del diritto di difesa, in quanto le due giurisdizioni possano "comunicare" tra loro proprio attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione. Si tratta di un modello che, nella misura in cui persegue una riduzione delle interferenze fra giurisdizioni, perde seccamente in termini di completezza e generalità della giurisdizione civile sui diritti soggettivi.

Si ricorda che la Corte costituzionale, investita, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., di una questione di legittimità costituzionale nella parte in cui il TUI del 1998 non devolve ad un unico giudice (segnatamente, al giudice amministrativo), le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia, con ord. n. 414/2001 ha significativamente rilevato che, «dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione davanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo del permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita».

Peraltro, tali criticità solo in parte possono oggi essere aggiornate e riviste alla luce del caso *Shalabayeva*[60], in esito al quale nel 2014 si affida al giudice di pace anche il sindacato della manifesta illegittimità dell'atto presupposto del trattenimento dello straniero espulso o respinto, nel giudizio di convalida del trattenimento[61]. Ciò in quanto questa pronuncia non riguarda propriamente il caso che si sta considerando (atto presupposto di rifiuto, revoca o annullamento del permesso di soggiorno e successivo provvedimento di espulsione), ma la fattispecie relativa alla sindacabilità da parte del giudice della convalida del provvedimento presupposto (l'espulsione).

In via subordinata, almeno il limite relativo alla sospensione del processo andrebbe rivisitato.

60. Per un aggiornamento sulla vicenda, anche con riguardo ai suoi profili penalistici, v. L. Ricci, A. Vallini, *L'affaire Shalabayeva, ovvero l'espulsione come paravento ad una extraordinary rendition. Profili penali*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 248 ss.

61. Cfr. Cass. civ., sez. VI, 30 luglio 2014, n. 17407, ove si ha un'interessante apertura circa la possibilità per il giudice di pace di rilevare la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo.

Si è detto, infatti, che in questi casi è ragionevole ammettere che, quando sia stata proposta una impugnazione avanti al giudice amministrativo, il coordinamento dei giudizi richiede in linea di principio l'applicazione dell'istituto della sospensione del processo civile; soluzione questa rispettosa delle prerogative di entrambe le giurisdizioni e da escludere solo nei casi in cui ciò è espressamente previsto, come nel caso di rito del lavoro *ex* art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001, la cui *ratio* è quella di privilegiare la celerità nella definizione della causa civile[62]. L'istituto della sospensione del processo, così, viene rivitalizzato a garanzia di un giusto processo che esige – per quanto possibile – verità processuale [63], da assicurarsi nei casi in cui le "ragioni" del riparto non consentano la decisione in capo ad un unico organo giudicante[64].

5. Il tema della incomprimibilità del diritto fondamentale. Premessa generale

Declinato in generale, il tema del riparto in caso di diritti fondamentali è molto ampio e va quindi in questa sede necessariamente circoscritto. Ci si potrebbe chiedere, in tal senso, se si tratta di un problema di aggiornamento del criterio costituzionale di riparto. E se quindi vada convogliato in quel filone di riflessione che ne auspica il superamento, o in chiave di abolizione del giudice amministrativo o in chiave di ridefinizione del suo ambito di giurisdizione[65].

Sorge però il dubbio che il tema sia più ampio. Possiamo dire senza troppi giri di parole che la categoria nasce da una duplice preoccupazione, sia di tipo processuale che sostanziale. Quella di ordine sostanziale è così compendiabile: che il "contatto" con il potere comporti una *deminutio* dell'effettività della tutela, rendendo il diritto suscettibile di bilanciamento e quindi di compressione/sacrificio. Quella processuale, invece, suona così: che la transizione verso il g.a. determini un secco impoverimento delle tutele. La tradizionale risposta a questa preoccupazione ha portato in giurisprudenza alla tesi della indegradabilità dei diritti fondamentali. Indegradabilità che però presuppone di fatto l'implicita adesione alla teoria della degradazione, cioè del "contatto" con il potere come fenomeno di corruzione/impoverimento, non come percorso di attuazione/svolgimento della situazione soggettiva attiva.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 140/2007, pronunciata sulla giurisdizione esclusiva, ha smentito la tenuta teorica della categoria dei diritti fondamentali come "super

62. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 18.

63. Cfr., da ultimo, V. Berlingò, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

64. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 144.

65. Cfr. G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, cit., *passim*.

diritti" sottratti all'incontro/scontro con il potere. Ma le parole della Corte non hanno fatto tramontare le resistenze e il retaggio della indegradabilità ha continuato a serpeggiare.

Basti considerare due emblematici sintomi di ciò, presenti anche nel contenzioso in tema di immigrazione.

Da un lato quell'approccio ermeneutico volto a negare l'esistenza del potere a fronte di fattispecie vincolate. Si sposta qui il piano del discorso sulle caratteristiche del potere. Emblematico il caso delle scelte della scuola post PEI in materia di assistenza ai disabili[66]. In questo modo di fatto il diritto fondamentale all'istruzione viene comunque sottratto all'incontro con il potere e quindi alla giurisdizione del g.a., con una serie di conseguenze di non agevole giustificabilità.

Al g.o. resta riservato, infatti, il segmento meno delicato della fattispecie, quello post Piano educativo individualizzato, mentre il segmento ante PEI, quello delle scelte educative maggiormente connesso al diritto istruzione, resta al giudice amministrativo[67]. Sul piano teorico la tesi appare perplessa, nella misura in cui sottovaluta l'effetto costitutivo proprio anche dei poteri vincolati. Infine anche sul piano pratico, tale impostazione ci immette nel circuito delle difficoltà di capire quando davvero c'è vincolo che sterilizza ogni discrezionalità e rischia di far entrare l'interprete in un ginepraio contrassegnato da grande soggettivismo.

Dall'altra parte ci imbattiamo spesso in norme *ad hoc* che in certi ambiti consegnano al g.o. la tutela antidiscriminatoria, con la procedura prevista ai sensi del d.lgs. 150/2011. Quasi una sorta di giurisdizione esclusiva del g.o., in cui la materia devoluta sarebbe la discriminazione. Oltre all'appena cennato tema dell'assistenza ai disabili[68], abbiamo proprio quello qui trattato del contenzioso in materia di immigrazione. E anche qui la soluzione appare impegnativa, come vedremo meglio fra poco.

Sul piano pratico tale profilo implica frammentazione della tutela, *vulnus* ancora al principio di effettività, e incertezza, in quanto molto dipende da come viene formulata la domanda in giudizio dall'attore.

66. A far data dal 2014 le Sezioni unite della Cassazione superano radicalmente il proprio precedente indirizzo interpretativo, riconoscendo un vero e proprio diritto soggettivo dello studente portatore di handicap ad un supporto didattico adeguato. La nota pronuncia n. 25011 del 2014 afferma infatti che «il diritto all'istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l'inclusione della persona umana con disabilità».

67. Sulla base della impostazione della Cassazione indicata nella nota precedente, si ripartisce la medesima materia controversa tra le due giurisdizioni: se restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), vengono invece attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le liti insorte dopo che il piano è stato adottato e relative alla sua attuazione concreta. Una volta redatto il piano educativo individualizzato, cesserebbe il potere discrezionale dell'amministrazione e sorgerebbe in capo al minore disabile il diritto «già pienamente conformato» al servizio di sostegno così come configurato dal piano.

68. Ove si richiama il caso della discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, co. 3, della l. n. 67/2006.

Peraltro, come vedremo, molto spesso il ruolo del g.o. che si vorrebbe valorizzare è in realtà minimo e meramente accessorio, proprio in termini di tutela erogata. Ma anche sul piano teorico, siamo sicuri che la discriminazione possa funzionare come criterio per materia volto all'individuazione del giudice? Al contrario, esso pare più correttamente da inquadrare come mero risvolto empirico di un cattivo uso del potere organizzatorio/selettivo con riguardo a prestazioni che spesso toccano il servizio pubblico. Stiamo quindi considerando una controversia che rientri nell'ampio novero della nozione di servizio pubblico, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., e che può esserlo – ormai – anche ove siano in gioco diritti fondamentali. Solo una malintesa, e antica, riproposizione della teorica ormai superata della teoria dell'indegradabilità del diritto da parte del potere[69] fa restare ancorati molti interpreti all'idea che in questi casi non sia in alcun modo configurabile discrezionalità amministrativa quanto piuttosto una discriminazione illegittima perché non prevista dalla legge ma creata dall'amministrazione.

In buona sostanza tutti questi tentativi hanno dei limiti, sono fragili e anacronistici, e forse il vero banco di prova è rappresentato dal confronto con il dato di realtà. Confronto che impone di chiederci: l'incontro con il potere, è un pericolo o un'opportunità?

Non sembra un pericolo sul piano dello strumentario delle tutele erogate dal g.a., sempre più sofisticato e emancipato dall'egemonia della tutela demolitoria, come ha detto sempre Corte cost. n. 140/2007.

Inoltre, appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati.

Su almeno due fronti. Quello organizzativo: in uno Stato a prestazioni sociali, molto spesso c'è diritto effettivo se ci sono adeguate scelte organizzative e idonee procedure, frutto di esercizio del potere[70]. Emblematico il caso *Englaro*: dopo che la Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per

69. Sul fatto che la tesi dell'indegradabilità del diritto sia il risvolto logico giuridico di quella della degradazione, v. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020, p. 182.

70. Anche nel diritto dell'immigrazione l'effettività di tali diritti si misura nell'esercizio delle funzioni amministrative di programmazione, accoglienza e rimpatrio, sovente nell'ambito spesso negletto, ma delicatissimo, della regolazione dei confini. In tal senso M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 123. In generale, sulla rilevanza della questione organizzativa con riferimento ai diritti fondamentali v., da ultimo, i contributi presenti nel numero 1/2021 della Rivista *PA – Persona e Amministrazione*.

gestire la cessazione delle cure[71]. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di "scelte tragiche"[72]. Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile.

In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione.

6. (Segue) Nell'ambito specifico della tutela del migrante

Una serie di perplessità deriva pure dal modo in cui anche in questo settore è stata declinata la teoria dei diritti incomprimibili o indegradabili.

Qui bisogna distinguere i casi in cui vi siano forme di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario, locuzione qui usata in termine assolutamente atecnico e nella piena consapevolezza della disputa generale sul punto, e i casi in cui il legislatore taccia.

Come si è notato, una vicenda di silenzio legislativo ha riguardato la questione dei respingimenti differiti. Qui, dopo una prima linea giurisprudenziale volta a ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, si è imposta la tesi della Cassazione,

71. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, secondo la quale: «Sulla questione dianzi indicata sussiste, senza alcun dubbio, la giurisdizione *ratione materiae* di questo Tribunale ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998. Difatti, la valutazione della Amministrazione regionale, nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del Servizio pubblico sanitario regionale, avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretatesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato. Nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al contemperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge (cfr. Cass., SU, 28 dicembre 2007, n. 27187). Nessun principio e norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte cost., 27 aprile 2007 n. 140). Invero, gli argomenti della difesa regionale dedicati alla nullità dell'atto rimandano alla teoretica del carattere incomprimibile dei diritti fondamentali che, all'unisono, il diritto positivo ed il pensiero giuridico non ritengono più valido criterio discriminante gli ordini giurisdizionali ove il riparto sia fissato dal legislatore per materie, unicamente rilevando, in quest'ultimo caso, che la pubblica amministrazione si contrapponga all'individuo nella sua veste di autorità (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204). Il giudice amministrativo, in definitiva, detiene nella presente vicenda tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione dei diritti fondamentali asseritamene sofferta in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico».

72. Si allude al noto lavoro di G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2006, tornato in auge con la drammatica vicenda del Covid-19, su cui v. l'intervista di R.G. Conti a P. Bobbit, *Tragic choises, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 17 maggio 2020.

che ritiene sussistente la giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di diritto costituzionalmente garantito.

Emblematico caso di espressa previsione normativa è invece quello della tutela antidiscriminatoria, ai sensi dell'art. 44 TUI.

In caso di mancata previsione devolutiva della giurisdizione continuare a sostenere la giurisdizione del giudice ordinario appare anacronistico. Per effetto di questa regola di riparto la realtà italiana è unica ed isolata in Europa, dove spesso i provvedimenti in materia di respingimenti vengono sindacati, in tempi brevissimi[73] dai giudici amministrativi[74]. Come si è già rilevato, la sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione, anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma nel riconoscimento, ad opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo «ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa». Non vi è «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»[75]. Peraltro, lo stesso giudice del riparto talvolta riconosce la compatibilità della figura dei diritti costituzionalmente tutelati con la giurisdizione amministrativa. In una vicenda relativa a un diritto inviolabile quale la libertà religiosa, le Sezioni unite[76] affermano che la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, e successive modificazioni, venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità.

È anche per questa ragione che la Cassazione, nel caso del respingimento alla frontiera dello straniero, per rafforzare le proprie argomentazioni a sostegno della giurisdizione del giudice ordinario, abbina alla teoria dei diritti incomprimibili quella, altrettanto perplessa, relativa all'attività meramente vincolata dell'amministrazione. La controversia avverso il provvedimento di respingimento alla frontiera dello straniero che chieda la protezione di cui all'art. 10 Cost. ricade nella giurisdizione del giudice ordinario anche perché il relativo provvedimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, essendo rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte

73. G. Tulumello, *Il riparto di giurisdizione in tema di immigrazione*, in *Questione giustizia*, 23 luglio 2013.

74. Sull'esperienza francese, si veda l'indagine di B. Even, *Les mutations du contentieux administratif des étrangers*, in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, 2009.

75. Sent. n. 140/2007.

76. Ord. 10 luglio 2006, n. 15614.

dell'amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale[77]. Come si è detto sopra, peraltro, oggi questa giurisprudenza trova il crisma della positivizzazione alla luce del d.l. n. 113/2018, a sua volta intervenuto sul punto dopo la severa sentenza monito della Consulta n. 275/2017.

Una simile commistione di criteri è rinvenibile con riguardo allo *status* di rifugiato e al diritto di asilo: «il diritto alla protezione umanitaria ha, alla pari del diritto allo "*status*" di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica»[78].

Il tema meriterebbe una trattazione a parte.

In questa sede interessa maggiormente evidenziare i tratti di Stato amministrativo che emergono anche nella fase della tutela. Lo Stato amministrativo (in senso *organizzativo*) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso *funzionale*) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative[79].

Orbene un primo intreccio amministrazione/giudice lo troviamo sin dal momento della presentazione della domanda di asilo, che va inoltrata all'ufficio di polizia di frontiera o alla questura. Quel che spesso si verifica è che la questura rifiuta la verbalizzazione sulla base della dichiarata insussistenza dei requisiti. Tale prassi appare illegittima in quanto invade le competenze delle Commissioni territoriali e in questo senso ha portato spesso il giudice ordinario a ordinare in via cautelare la verbalizzazione, sulla base di un affermato diritto soggettivo dell'aspirante.

---

77. Fra le prime Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente Cass., SU, 17 giugno 2013, n. 15115; Cass., SU, 13 novembre 2019, n. 29459. Si reputa comunemente che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il TULPS del 1931 e il l'infra-diritto delle circolari amministrative (cui si accompagna la coppia concettuale discrezionalità/interesse legittimo), grazie all'art. 10 della Costituzione e alla Convenzione di Ginevra del 1951 ci sarebbe stato un ribaltamento di modello. Cfr., da ultimo, S. Tuccillo, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 124.

78. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 3064; id., 16 settembre, n. 2202; Tar Toscana, sez. II, 21 marzo 2019, n. 402; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 1 marzo 2019, n. 209; Tar Piemonte, sez. I, 16 agosto 2017, n. 1019; Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2412; cfr. anche Cass. SU 29 gennaio 2019, n. 2441; id., 19 dicembre 2018, n. 32774; id., 27 novembre 2018, n. 30658; Tar Brescia, n. 15/2021.

79. M. Nigro, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986., p. 479.

Si ritiene infatti che la posizione del richiedente asilo sia qualificabile come diritto soggettivo perfetto e che la pronuncia sul riconoscimento del diritto di asilo sia di stampo dichiarativo e non costitutivo, con le conseguenze del caso sulla giurisdizione del giudice ordinario[80]. Sicché si reputa che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il TULPS del 1931 e il l'infra-diritto delle circolari amministrative[81] (cui si accompagna la coppia concettuale discrezionalità/interesse legittimo), grazie all'art. 10 della Costituzione e alla Convenzione di Ginevra del 1951 ci sarebbe stato un ribaltamento di modello[82].

A me pare che tale impostazione *mainstream* vada in parte rettificata.

Senza disconoscere i meriti del giudice ordinario, e semmai criticando sul punto i recenti interventi legislativi che toccando il rito limitando fortemente le tutele dello straniero[83], preme qui insistere sulla necessità di superare la "retorica dei diritti umani" anche in questo settore[84]. Si deve infatti considerare il problema in una chiave più ampia, sia perché la presenza – anche sul piano delle fonti – di uno Stato amministrativo non viene affatto meno, sia perché alla prospettiva dei diritti e delle libertà fondamentali va affiancata quella legata a valori meta-individuali pur sempre sussistenti, come la coesione e la sicurezza delle collettività locali e nazionali.

Esistono poi ambiti che intercettano talune materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nei casi del welfare locale nel settore[85]: si pensi al tema dei finanziamenti pubblici in materia di accoglienza dei richiedenti asilo e alla loro eventuale revoca. Qui, evidentemente, entra in gioco un ulteriore fattore di complicazione, connesso al

80. Fra le prime fra le prime Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente la già citata Cass., SU, 13 novembre 2019, n. 29459.

81. Sul punto sia consentito il rinvio a G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

82. S. Tuccillo, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, cit., p. 124.

83. C'è da considerare, in estrema sintesi, che il d.l. n. 13/2017 ha introdotto talune novità per accelerare il contenzioso in caso di impugnazione delle decisioni della Commissione territoriale sul riconoscimento della protezione: l'adozione del rito camerale, la sostituzione dell'audizione del richiedente con la sua videoregistrazione presso la Commissione territoriale, l'eliminazione della impugnabilità della decisione, ricorribile solo in Cassazione per motivi di legittimità. Inutile qui ribadire come si tratti di misure che nel complesso incidono fortemente sui diritti di difesa della persona. Cfr. *amplius* G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. p. 683 ss.

84. M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, cit., p. 123; in generale v. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

85. Cfr. M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, n. 19/2014, p. 2 ss.; AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. le voci dedicate all'*Abitazione* (di E. Vivaldi), all'*Assistenza* (di E. Longo), all'*Istruzione* (di L. Ronchetti), al *Lavoro subordinato* (di L. Calafà), alla *Previdenza* (di W. Chiaromonte e M.D. Ferrara), alla *Salute* (di F. Biondi Dal Monte). Sull'effettività dei diritti sociali dei migranti e sul ruolo centrale delle amministrazioni sul punto v. anche M. Immordino, L. Giani, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 74 ss.

se far ricadere nel modello privatistico o meno gli accordi fra amministrazioni propedeutici al finanziamento stesso[86].

Peraltro, come detto, lo schema diritto soggettivo/giudice ordinario viene spesso rafforzato, in punto di decisione sulla giurisdizione, dall'equivoco criterio del richiamo all'attività vincolata e di mero accertamento di fatti svolta in questi casi dell'amministrazione.

Orbene, non solo la tesi dei diritti incomprimibili ma anche quella della discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione appare controvertibile. Vi sono una serie di riferimenti di diritto positivo (art. 21-*octies* legge 241/1990, art. 31, co. 3, c.p.a.) che attestano un collegamento tra giurisdizione amministrativa e provvedimenti vincolati. Per non parlare delle condivisibili tesi dottrinali che, nella ricostruzione del rapporto fra norma e amministrazione o della nozione di potere, attribuiscono ai provvedimenti vincolati valore costitutivo degli effetti ed espressione del potere amministrativo[87].

Impostazioni di questo genere finiscono per superare la stessa mancanza di una disposizione specifica nella quale possa essere fatta rientrare *ex* art. 133 c.p.a. una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e avanzano oggi una radicale critica alla vigente tassonomia di giurisdizioni del giudice amministrativo di cui all'art. 7 c.p.a.[88], magari prefigurando una giurisdizione amministrativa, anche di legittimità, *ratione materiae* in caso di rapporti di diritto pubblico[89] e magari parlando di interessi legittimi fondamentali o costituzionali[90].

Nel caso della tutela antidiscriminatoria, invece, abbiamo una situazione che può essere definita, riprendendo quanto osservato in relazione all'affine questione della tutela del disabile nella scuola, paradossale per un "eccesso" di tutela giurisdizionale[91].

Anche nel caso dei disabili, infatti, ove pure sussiste la legge n. 67/2006 che devolve le ipotesi di discriminazione diretta e indiretta al giudice ordinario, al richiamo alla teoria dei diritti indegradabili si accompagna spesso quella relativo all'atto vincolato, finendo ciò per ingenerare però ulteriori confusioni, anche perché non è chiaro se il giudice della giurisdizione si fondi sulla devoluzione normativa al giudice ordinario, sulla base della *causa*

86. Nel senso della giurisdizione amministrativa Cons. St., sez. III, 28 maggio 2020, n. 3375, con nota di M. Calabrò, *Revoca finanziamenti pubblici per la realizzazione di progetti di accoglienza di rifugiati e richiedenti asilo: la giurisdizione è del giudice amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 17 giugno 2020.

87. Cfr. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 ss.; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, n. 7/2017.

88. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit.

89. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2020.

90. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit.

91. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 275 ss.

petendi dedotta dall'interessato, ovvero se faccia appunto ricorso al diverso, e anche contraddittorio[92], criterio della sussistenza/insussistenza del potere discrezionale. Sicché a far data dal 2014 le Sezioni unite della Cassazione riconoscono un vero e proprio diritto soggettivo dello studente portatore di handicap ad un supporto didattico adeguato. La pronuncia n. 25011 del 2014 afferma infatti che «il diritto all'istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l'inclusione della persona umana con disabilità». E d'altra parte si ripartisce la medesima materia controversa tra le due giurisdizioni: se restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), vengono invece attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le liti insorte dopo che il piano è stato adottato e relative alla sua attuazione concreta. Non stupisce che tale incerta impostazione non abbia convinto il giudice amministrativo, il quale ha affermato chiaramente che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali non sono estranee all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa «nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine»[93].

Una simile serie di problemi si ripropone per la tutela antidiscriminatoria in materia di immigrazione.

Si ritiene che il giudice ordinario sia, innanzitutto, il giudice che assicura la tutela contro il divieto di discriminazioni anche quando la pubblica amministrazione ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto alle quali il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo. In presenza di una procedura di stabilizzazione che potrebbe essere scrutinata dal giudice amministrativo, quando l'esclusione di un candidato avvenga sulla base di una norma del bando discriminatoria con riguardo alla nazionalità, la controversia deve essere esaminata dal giudice ordinario in quanto attinente alla violazione dei diritti fondamentali[94].

A prevalere in questa esegesi è ancora la teoria dei diritti incomprimibili, poiché l'art. 44 d.lgs. n. 286/1998 in realtà dispone che «quando il *comportamento* di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria

92. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit., *passim*.

93. Cons. St., Ad. plen. n. 7/2016.

94. Cass., SU, 30 marzo 2011, n. 7086.

ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione».

In questo modo le Sezioni unite e la giurisprudenza di merito[95] fanno discendere dalla suddetta normativa un diritto soggettivo assoluto ed indegradabile all'antidiscriminazione, così da ritenere che qualsiasi provvedimento amministrativo che neghi un'utilità allo straniero (la stabilizzazione contrattuale, il bonus bebè, ecc.) debba degradare a comportamento illecito, con conseguente riespansione dell'originaria posizione di diritto soggettivo e radicamento della giurisdizione ordinaria.

Ad avviso di chi scrive va invece superata l'idea di un astratto diritto fondamentale all'antidiscriminazione, sganciata dalla distinzione tra comportamenti discriminatori (riconducibili nell'alveo della giurisdizione ordinaria) e provvedimenti discriminatori (impugnabili innanzi al giudice amministrativo)[96]; proprio alla luce di tale assunto, seguendo la logica della Cassazione, si giungerebbe, ad esempio, a ricondurre irragionevolmente nell'alveo della giurisdizione ordinaria anche l'impugnazione di un bando discriminatorio[97]. Anche il principio di uguaglianza non vive nel nostro ordinamento sempre come un diritto soggettivo; in realtà anche il principio di uguaglianza e la relativa pretesa antidiscriminatoria possono assumere la consistenza di interessi legittimi costituzionali[98].

Inoltre, si delinea il medesimo problema della tutela dei disabili: la possibilità che la tutela antidiscriminatoria sia concorrente, in base a non meglio specificati criteri aggiuntivi (es. atto vincolato/atto discrezionale), con la tutela dinanzi al giudice amministrativo, specie se la questione ricada potenzialmente in una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si pensi a una questione[99] in cui dapprima si è adito il Tar Lombardia[100], per l'annullamento di un'ordinanza sindacale con la quale si vietava lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico o aperto al pubblico in lingua diversa da quella italiana, poi si chiedeva al giudice ordinario la cessazione del comportamento discriminatorio del Comune. A tale complicato assetto corrisponde anche una ripartizione delle azioni esperibili e dei motivi di ricorso adducibili: dianzi al giudice amministrativo si chiedeva l'annullamento dell'ordinanza e questo veniva concesso per vizio di incompetenza del sindaco nell'adottare l'atto in

95. Cfr. Tribunale Roma, sez. II, 28.1.2019, n. 798.

96. Cfr. F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, p. 1 ss.

97. Cass., SU, 20 aprile 2016 n. 7951.

98. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 195.

99. Richiamata da L. Galli, *Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in www.diritto.it, 2017.

100. Tar Lombardia, Brescia, 15 gennaio 2010, n. 19.

questione, mentre il Tar si dichiarava sfornito di giurisdizione sulla condotta discriminatoria. Il Tribunale di Brescia[101], invece, fornito di giurisdizione sulla condotta discriminatoria, si limitava – dopo il pressoché satisfattivo annullamento del Tar – a ordinare la misura aggiuntiva della pubblicazione a spese del Comune della sentenza, al fine di stigmatizzare la condotta dell'ente.

Più di recente, in una vicenda non dissimile il Tar dichiara la nullità di un atto per difetto assoluto di attribuzione per violazione del riparto di competenze *ex* art. 117 Cost. (in tema di ordinanza contingibile e urgente limitante la possibilità di collocamento nel territorio comunale di migranti), ma al contempo ritiene che il tema antidiscriminatorio andrebbe affrontato dal giudice ordinario, considerato fornito di tutti i poteri per una piena tutela. E che effettivamente sia così lo dimostrano varie vicende, come ad esempio quella relativa al bonus bebè originariamente concesso ai soli cittadini italiani e per questo giudicato discriminatorio dal giudice ordinario, che ha quindi condannato il Comune a reintrodurre la misura in questione e a concederla a tutta la popolazione comunale, per quanto l'amministrazione giustificasse detta revoca sulla base dell'insostenibilità economica di un'elargizione così allargata.

Taluni ritengono su questa base che l'effettività della tutela possa dirsi sussistente[102], nonostante il fatto che resti ripartita fra due ordini giurisdizionali; e tuttavia, come si è detto, l'effettività si estrinseca anche nella concentrazione delle tutele (art. 7, co. 7, c.p.a.).

7. Conclusioni

Tutto mi pare militi a favore di una unificazione delle tutele del migrante presso un'unica giurisdizione, che allo stato sarebbe preferibile fosse quella del giudice amministrativo. Viceversa, la concentrazione dinanzi al giudice ordinario richiederebbe un incisivo e globale intervento del legislatore anche sui limiti interni di tale giurisdizione, ovvero sulle azioni esperibili e i relativi poteri del giudice.

Dal punto di vista sostanziale non regge più la teoria dei diritti incomprimibili o indegradabili, anche alla luce di una più generale consapevolezza della compatibilità – positiva e teorica – tra diritto soggettivo, organizzazione servizi pubblici e attività amministrativa: la controversia di diritto pubblico implica, così, la riconfigurazione di un dinamico interesse legittimo *fondamentale* o *costituzionale*, più in linea con le società pluralistiche e multiculturali e i loro ordinamenti, nei quali il conflitto e il bilanciamento fra diritti e diritti, e fra diritti e interessi, è la regola. Quanto al diritto dell'immigrazione, questa esigenza si traduce in una condivisibile prospettiva di superamento della retorica

101. Tribunale di Brescia, 29 gennaio 2010, n. 71.

102. L. Galli, *Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, cit.

"universalista" che pervade la letteratura sul tema: l'assolutezza dei diritti umani e il mero approccio antidiscriminatorio, infatti, non tengono in debito conto della multiforme dimensione amministrativa del conflitto[103], come emerge in questioni nodali anche sul tema della tutela quali la regolazione del confine[104].

In questo modo si potrebbe pure evitare di invocare *de iure condendo* l'inserimento di una materia di giurisdizione esclusiva in tema di tutela del migrante nell'art. 133 c.p.a., o andare volta a volta a cercare in quella disposizione materie che possano incrociare il contenzioso, come il potere sindacale di ordinanza o il servizio pubblico.

Correlativamente, anche la distinzione fra atto discrezionale e atto vincolato perde forza euristica nella definizione della giurisdizione: il suo fascino, da tempo minoritario in dottrina, a maggior ragione deve attenuarsi in giurisprudenza, presso la quale invece persiste sia pure come argomento di contorno o rafforzamento. Come si è visto, tuttavia, di vero e proprio rafforzamento a favore della giurisdizione del giudice ordinario non si può parlare, nella misura in cui il criterio del potere discrezionale entra in contraddizione con quello della *causa petendi*, e rischia di trasformare quest'ultimo nella "corsa" alle giurisdizioni concorrenti, riesumando l'ormai archiviata – e comunque altrettanto incerta – teoria della prospettazione. Il contenzioso antidiscriminatorio appare emblematico.

Dal punto di vista processuale la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo sarebbe soprattutto opportuna a causa della persistenza del giudice ordinario, e soprattutto della Cassazione, a ricostruire la figura della disapplicazione "in negativo" rispetto all'ampiezza della giurisdizione amministrativa. Corsi e ricorsi storici si dirà, solo che in questo caso il *self restaint* è doppiamente esecrabile, in quanto va a danno dei più deboli e meno tutelati.

Solo a patto dell'affermazione della piena giurisdizione del giudice ordinario (magari sul modello della tutela antidiscriminatoria) la scelta legislativa dell'unificazione delle tutele potrà orientarsi verso il primo, magari con una istituenda sezione specializzata sull'intero contezioso in materia di immigrazione[105]. La pur riconosciuta discrezionalità del legislatore nel "dosare" le tecniche di tutela tra l'una e l'altra giurisdizione[106] incontra ormai il limite invalicabile della pienezza ed effettività della tutela, troppo spesso sacrificate in questa

103. Sulla crisi migratoria come problema soprattutto di organizzazione e di azione pubblica, di gestione amministrativa, v. F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit. In particolare, sul tema della gestione amministrativa del rifugiato, rinvio a G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

104. Si v. M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 113 ss.

105. Completando il percorso avviato col d.l. n. 13/2017 e poi proseguito con d.l. n. 113/2018, che ha attribuito a questa sezione specializzata del giudice ordinario le controversie in materia di trasferimento dei richiedenti asilo in altro Stato dell'UE competente, e di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno per protezione speciale, per calamità, per casi speciali, per motivi di salute.

106. V. Corte cost., sent. n. 275/2001 e ord. n. 414/2001.

materia, in cui a politiche pubbliche di corto respiro e unilateralmente securitarie spesso corrisponde un simulacro di processo.

Con ciò si vuole dire, dunque, che non si è pregiudizialmente contrari alla devoluzione dell'intero contenzioso in materia di immigrazione al giudice ordinario, e anzi si invoca tale misura come soluzione per superare i numerosi casi di nomadismo giudiziario che si sono individuati, con i detti persistenti pregiudizi a danno dei principi di effettività e certezza del diritto. È ben noto, inoltre, che l'azione antidiscriminatoria non sia mai stata posta in dubbio, stante l'espressa devoluzione legislazione al giudice ordinario sin dal 1998. Quel che qui si cerca di evidenziare, senza preconcetti ideologici, è la necessità di una scelta legislativa finalmente netta e chiara, che devolva anche pieni poteri al giudice ordinario, come nel caso della tutela avverso i dinieghi di protezione internazionale. In mancanza di ciò, invocare l'ambito antidiscriminatorio non sembra sufficiente, di per sé solo, per scongiurare ipotesi di persistente incertezza e conflitto interpretativo.

È anche per queste ragioni che si ritiene che, se si dovesse esprimere un'opzione fondata sui rilievi di stampo sistematico sopra prospettati, non sia quella del giudice ordinario la strada migliore per superare le persistenti insidie del nomadismo giurisdizionale. Ma questo discorso, che si lega a quanto detto sull'importanza della gestione amministrativa nelle questioni migratorie, sposta il *focus* su temi di politica del diritto. In tale quadro pare che la centralità del giudice amministrativo possa ricostruirsi attraverso due concorrenti prospettive, una processuale, l'altra – più radicale – sostanziale.

In base a quella processuale il giudice amministrativo deve considerarsi ormai dotato delle medesime tecniche di tutela del giudice ordinario, secondo quello che è l'indirizzo già presente nella più volte richiamata sentenza n. 140/2007 della Consulta. Tuttavia, questa linea esegetica resta giocoforza circoscritta nella connessione biunivoca fra tutela dei diritti soggettivi fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In base alla più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull'assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è "tiranno", è ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*, la cui tutela è affidata al giudice amministrativo a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo. Diversi segnali portano a ritenere che è questa la prospettiva verso la quale ci si sta avviando, anche se forse ciò condurrà alla definitiva sparizione della giurisdizione esclusiva a favore di un più moderno criterio di riparto fondato sulla distinzione fra controversie di diritto pubblico e rapporti di diritto privato[107].

L'incontro con il potere non è né un privilegio né pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali,

107. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, cit.

se li intendiamo come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni programmatiche.

L'indegradabilità è categoria che nasce indubbiamente a fini di maggiore protezione, ma, come spesso avviene, l'eccesso di protezione concretizza il pericolo che si voleva scongiurare.

I diritti c.d. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e "diminutiva", ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveramento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisori e per l'ormai consolidato principio di atipicità delle azioni dinnanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l'effettività della situazione giuridica considerata.

A me pare che vi sia una persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altre pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo, specie nel settore dei richiedenti asilo[108].

Invero, la pervasività dell'infra-diritto a livello di fonti, dalle classiche circolari alla *tweeting governance*[109], il carattere "lineare-disciplinare" (bipolitico) della procedura e "circolare" del sistema di accoglienza, la crisi del concetto di diritto indegradabile nel riparto di giurisdizione e quindi sul piano della tutela, sono tutti fattori che confermano l'inadeguatezza della logica binaria della sovranità classica nel cogliere questi fenomeni, e dell'impostazione liberale classica nell'arginare discriminazioni e violenze a danno degli ultimi in fuga da guerre e persecuzioni.

Di fatto più o meno consapevolmente nei discorsi anche dei nostri giuristi continua ad essere presente la lettura benjaminiana del potere come *violenza*[110], anomia senza alcuna veste giuridica[111], dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. In realtà il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei

108. G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

109. I. Gjergji, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2020, p. 323 ss.

110. Cfr. L.R. Perfetti, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *PA – Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, p. 51 ss.

111. L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato di eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile in http://www.osservatoriosullefonti.it, p. 477.

poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, "corpo docile" che si auto-limita e controlla[112].

Solo così si potrà cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo, e più in generale sul migrante, che varca la frontiera, ed entra in un percorso a tappe, scandito attraverso il passaggio da una struttura di accoglienza all'altra e da una prassi burocratica all'altra[113].

Pur consapevole della opinabilità dell'approccio, mi pare tuttavia che premesse sistematiche di questo genere autorizzino le conseguenze che ho cercato di trarre sopra anche in punto di tutela e di rapporti tra ordini giurisdizionali in materia. Il nomadismo giurisdizionale non si è rivelato un arricchimento ma una fonte di incertezza e di ritardo nella tutela del migrante, e per tale ragione va superato.

112. M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., p. 240 ss.; tale spunto costituirà poi l'oggetto specifico dell'intero corso dell'anno successivo: M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, cit. Come è stato dimostrato di recente la stessa traiettoria della concezione foucaultiana del potere va dall'accezione conflittualista e ultra-radicale della prima metà degli anni '70, in cui si approfondisce soprattutto il disciplinamento, a quella neutrale e pragmatica della fine degli anni '70 e dei primi anni '80, in cui si esplora invece il potere governamentale, più pervasivo e multiforme. Cfr. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

113. S. Zorzetto, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., p. 223.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

DUBITO, ERGO IUDICO. LE MODALITÀ DI ACCERTAMENTO DELL'ETÀ DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI IN ITALIA

di Marco Benvenuti

Abstract: *Il presente lavoro ripercorre le tre tappe più significative, in ordine di tempo, della progressiva definizione in Italia di modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, segnatamente quelle contenute nel d.lgs. n. 24/2014 e nel d.p.c.m. n. 234/2016 e relative ai minori non accompagnati vittime di tratta, quelle recate nella l. n. 47/2017 e applicabili ai minori stranieri non accompagnati in quanto tali, nonché, da ultimo, quelle esplicitate nel Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati del 2020. L'analisi mette in luce, ad un tempo, l'apprezzabile percorso legislativo intrapreso, a fronte di una tradizionale carenza normativa in materia, ma anche le perduranti lacune e le persistenti sovrapposizioni che tuttora caratterizzano la disciplina in esame. Più di tutto, però, al tema affrontato nello scritto fa da sfondo una dialettica irrisolta tra il diritto e la medicina, con il primo che pretende dalla seconda quelle certezze che quest'ultima non è in grado di dare.*

Abstract: *This article retraces the three most significant stages, in order of time, of the progressive definition in Italy of methods for verifying the age of unaccompanied foreign minors, in particular those provided for in the Legislative Decree No. 24/2014 and in the Decree of the President of the Council of Ministers No. 234/2016 and relating to unaccompanied minors victims of trafficking, those referred to in the Law No. 47/2017 and applicable to unaccompanied foreign minors as such, and, finally, those specified in the Multidisciplinary Protocol for the Determination of the Age of Unaccompanied Foreign Minors of 2020. The analysis highlights the appreciable legislative path undertaken, in the context of a traditional lack of legislation on the subject, but, at the same time, reveals the persistent gaps and overlaps that still characterize such legislation. Most of all, however, in the background to the theme addressed in the paper is an unresolved dialectic between law and medicine, with the former demanding from the latter certainties that it is unable to provide.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

DUBITO, ERGO IUDICO. LE MODALITÀ DI ACCERTAMENTO DELL'ETÀ DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI IN ITALIA*

di Marco Benvenuti**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un primo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta alla luce del d.lgs. n. 24/2014 e del d.p.c.m. n. 234/2016. – 3. Un secondo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47/2017. – 4. Un terzo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati alla luce del Protocollo multidisciplinare del 2020. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Secondo una consolidata[1], ma non per questo incontroversa dicotomia[2], quel che distingue le scienze della natura dalle scienze dello spirito[3] è che le prime si fondano sulla spiegazione, mentre le seconde si basano sulla comprensione[4]. Polarizzando questa reciproca opposizione, le scienze della natura vanno alla ricerca di leggi universali nelle quali assorbire i casi particolari; di contro, nelle scienze dello spirito è proprio il particolare che conta, tanto per la fondamentale irriducibilità di questo ad ogni tentativo di generalizzazione, quanto

* Il presente scritto costituisce la versione in lingua italiana, corredata dei necessari riferimenti bibliografici, della relazione presentata al Convegno *La détermination de l'âge du jeune migrant non accompagné*, svoltosi il 9.12.2021 presso l'Università di Saint-Etienne «Jean Monnet».

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma «La Sapienza».

1. Tanto da costituire una «scoperta genuina ed irrevocabile» (K.-O. Apel, *Diltheys "Unterscheidung" und die Möglichkeit der "Vermittlung" zwischen Erklären und Verstehen*, trad. it. *Spiegare e comprendere*, in *Dilthey e il pensiero del Novecento*, a cura di F. Bianco, Milano, FrancoAngeli, 1985, p. 126).

2. Si veda, per tutti, M. Weber, *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, [1913], trad. it. *Categorie della sociologia comprendente*, in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 2003, p. 196.

3. Con ciò intendendosi, naturalmente, le scienze della «realtà effettuale storico-sociale» (W. Dilthey, *Beiträge zum Studium der Individualität*, [1895-1896], trad. it. *Contributo allo studio dell'individualità*, in Id., *Per la fondazione delle scienze dello spirito*, Milano, FrancoAngeli, 1985, p. 469); si veda anche Id., *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, [1883], trad. it. *Introduzione alle scienze dello spirito*, Milano, Bompiani, 2007, p. 5; nonché, per la scissione tra storia e società, H. Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, [1896], trad. it. *I limiti dell'elaborazione concettuale scientifico-naturale*, Napoli, Liguori, 2002, p. 158 ss.

4. Sul punto, si veda, con particolare chiarezza e acutezza, W. Dilthey, *Beiträge zum Studium der Individualität*, cit. nt. 3, p. 468.

perché è dalla considerazione del caso concreto che è d'uopo «esprim[ere] giudizi di valore e prescriv[ere] regole»[5].

Se si è indugiato su tale considerazione di ordine, per così dire, (pre)liminare è perché la questione delle modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia registra una singolare inversione rispetto al paradigma epistemologico surrichiamato. Il diritto – in particolare, il diritto pubblico – pretende certezze[6]. Tipico è il caso del processo penale a carico di imputati minorenni: «quando vi è incertezza sulla minore età dell'imputato, il giudice dispone, anche di ufficio, perizia»[7] che, com'è noto, è il mezzo di prova necessario a «svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche»[8]. L'ordinamento giuridico, dunque, certamente ammette la permanenza del dubbio[9], ma la concepisce e, quindi, la configura solo come un'ipotesi *de residuo*.

Di contro, la medicina – in ispecie, l'auxologia – richiede cautele[10]; e ciò è da dirsi non tanto per l'assenza di sedimentazione scientifica sull'argomento[11], quanto piuttosto, in termini generali, per il carattere «essenzialmente probabilistico»[12] dei risultati a cui tale disciplina, allo stato, è in grado di pervenire e, nel caso specifico, per l'insuscettibilità della stessa di prendere nella dovuta considerazione la peculiare condizione propria di tutti i

5. Id., *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, cit. nt. 3, p. 49; nel medesimo senso, si veda anche, in termini parimenti efficaci, W. Windelband, *Geschichte und Naturwissenschaft*, [1894], trad. it. *Storia e scienza della natura*, in *Lo storicismo tedesco*, a cura di P. Rossi, Torino, Utet, 1977, p. 320.

6. Che poi tutte queste certezze, al riguardo, non vi siano è dimostrato *in apicibus* dalla singolare *survivance* sino a tempi davvero recenti della previsione del compimento del venticinquesimo anno di età per l'esercizio dell'elettorato attivo per il Senato della Repubblica, secondo l'art. 58, co. 1, Cost., requisito ora soppresso con l'art. 1 l. cost. n. 1/2021; se è vero, com'è vero, che «l'Italia è una Repubblica democratica», ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, co. 1, Cost., ne discende come sia «proprio della natura della democrazia che il suffragio sia universale. Il minor numero possibile di individui deve esser escluso da questo diritto, e l'età minima in cui questo si possa ottenere deve esser la più bassa possibile» (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, [1945], trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2000, p. 299), il che, evidentemente, per oltre settant'anni di esperienza repubblicana non è stato; sul pericolo che, tramite la previsione di elevate soglie di età, la democrazia si trasformi in una «gerontocrazia» e il corpo elettorale in un'«*élite*», si vedano già nel corso del dibattito costituente, rispettivamente, L. Preti, in Assemblea costituente, sed. pom. dell'11.9.1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, Camera dei deputati, 1970, vol. IV, p. 2783 e A. Jacometti, ivi, p. 2804.

7. Art. 8, co. 1, d.p.r. n. 448/1988.

8. Art. 220, co. 1, c.p.p.

9. «Qualora, anche dopo la perizia, permangano dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni effetto» (art. 8, co. 2, d.p.r. n. 448/1988).

10. Talora, essa induce a veri e propri rifiuti, come nel caso dell'European Academy of Paediatrics, la quale «strongly recommends all paediatricians in Europe not to participate in the process of age determination in minor asylum seekers stating they are minors» (P.J.J. Sauer, A. Nicholson e D. Neubauer, *Age Determination in Asylum Seekers*, in *European Journal of Pediatrics*, 2016, p. 302).

11. Al contrario, infatti, «in the forensic sphere, the topic of age estimation is as old as the discipline of forensic anthropology itself» (S. Ellingham e J. Adserias-Garriga, *Complexities and Considerations of Human Age Estimation*, in *Age Estimation*, a cura di Id., London *et al.*, Elsevier, 2019, p. 1).

12. L. Benso e S. Milani, *Perché l'uso forense dell'età biologica è inappropriato*, in questa *Rivista*, n. 2.2013, p. 49.

minori stranieri non accompagnati (e di ciascuno di essi)[13]. A tale riguardo, è sufficiente ricordare che il metodo più comunemente utilizzato per l'accertamento dell'età dei presunti minori – quello fondato sull'osservazione dell'accrescimento scheletrico, come si dirà (*infra*, § 4) – è stato ideato e si è sviluppato con tutt'altre finalità, ossia quale tecnica di «valutazione della differenza tra età cronologica e biologica in diverse condizioni auxologiche»[14] per la cura di malattie del sistema endocrino o di disordini della crescita, oppure ancora, al più, con intenti predittivi circa l'altezza del bambino nell'età adulta[15]. Ciò viene chiaramente affermato in uno dei testi scientifici di riferimento[16], le cui tavole di comparazione, non a caso, non tengono conto in alcun modo né dell'origine etnica[17], né della situazione socioeconomica[18], né tantomeno delle condizioni di salute[19] dei soggetti ivi osservati e classificati.

Per tale ordine di ragioni, di matrice gnoseologica prima (e più) che giuridica, lo *status* dei minori stranieri non accompagnati – e, per quel che qui più rileva, la questione delle modalità di accertamento della loro età – costituisce un tema perturbante[20] e sconta più di tutto il rischio di sovrapporre alla valutazione del caso concreto, l'unica a dover essere effettivamente pertinente e rilevante, «socially or culturally constructed ideas of what a child should look like, or how they [children] should behave or respond to particular situations»[21]. Esso si caratterizza per una fondamentale (e formidabile) ambivalenza, tanto da porsi, secondo un'immagine efficace e ricorrente, al punto di incontro di due flussi

13. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi che il minore straniero non accompagnato soffra di un disturbo da stress postraumatico, suscettibile di cagionare un invecchiamento osseo precoce, come ipotizzato da G. Noll, *Junk Science?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, p. 238 ss.

14. L. Benso e S. Milani, *Perché l'uso forense dell'età biologica è inappropriato*, cit. nt. 12, p. 51.

15. In questo senso, si veda specialmente J.M. Tanner, M.J.R. Healy, H. Goldstein, N. Cameron, R.H. Largo, R. Molinari e J.C. Healy, *Assessment of Skeletal Maturity and Prediction of Adult Height*, III ed., London, Saunders, 2001, p. V.

16. Si tratta di W.W. Greulich e S. Pyle, *Radiographic Atlas of Skeletal Development of the Hand and Wrist*, II ed., Stanford, Stanford University Press, 1959, *passim*, i cui contenuti costituiscono un «body of information about the normal growth and development of infants and children that would be comparable to what is now known about the diagnosis and treatment of the illness to which they are subject» (ivi, p. 1) e scaturiscono da un'analisi fatta tra gli anni venti e trenta del Novecento su minori che vivevano in Ohio, negli Stati Uniti d'America (si veda T. Wingate Todd, *Atlas of Skeletal Maturation*, St. Louis, Mosby, 1937, p. 24 ss.).

17. Su questo profilo, si veda specialmente A. Zhang, J.W. Sayre, L. Vachon, J.L. Brent e H.K. Huang, *Racial Differences in Growth Patterns of Children Assessed on the Basis of Bone Age*, in *Radiology*, 2009, p. 233.

18. Su questo profilo, si vedano specialmente A. Schmeling, W. Reisinger, D. Loreck, K. Vendura, W. Markus e G. Geserick, *Effects of Ethnicity on Skeletal Maturation*, in *International Journal of Legal Medicine*, 2000, p. 257; G. Schumacher, A Schmeling e E. Rudolf, *Medical Age Assessment of Juvenile Migrants*, [2018], su *bit.ly/2Z2nJYQ*, p. 20.

19. Su questo profilo, si veda specialmente Ministero della salute - Consiglio superiore di sanità, sez. II, par. del 14.7.2015, p. 3, ove si afferma che «nei soggetti con grave denutrizione e/o con patologie croniche l'affidabilità della determinazione [dell'età ossea] si riduce notevolmente; in tali situazioni l'età dentaria sembra essere la più indicativa».

20. Nel significato del termine proposto da S. Freud, *Das Unheimliche*, [1919], trad. it. *Il perturbante*, in Id., *Opere*, Torino, Boringhieri, 1977, vol. IX, pp. 82-83.

21. T. Smith e L. Brownlees, *Age Assessment*, [2013], su *bit.ly/3ukQPOp*, p. 15.

d'acqua, uno dolce ed uno salato[22] – ossia, fuor di metafora, il diritto dei minori e il diritto degli stranieri – e, pertanto, si presenta come permanentemente in bilico «tra tutela e controllo e in sostanza tra inclusione e esclusione»[23].

Si tratta di una postura ordinamentale certamente debitrice di un passato in cui i minori erano considerati alla stregua di «persone pericolose per la società»[24], ma a cui oggi si contrappone una trama normativa in cui tale classe di individui, financo se stranieri e non accompagnati, appare intensamente protetta dal principio del «superiore interesse del fanciullo»[25], soggetto considerato vulnerabile per antonomasia[26] e, anzi, contrassegnato da situazioni di «vulnerabilità multipla»[27]. Tuttavia, come si vedrà proprio a proposito delle modalità di accertamento della loro età, non per questo l'aura di sospetto che un tempo circondava i presunti minori pare essersi del tutto dissipata, come dimostra il *tópos*, presente nel dibattito pubblico non solo italiano[28], dei "falsi" minori stranieri non accompagnati, i quali, di fronte ad una realtà fatta largamente di *grands enfants*, ossia di «adolescenti e

22. Si veda, infatti, L. Miazzi, *La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia*, in *Minori giustizia*, 1999, fasc. III, p. 104.

23. G. Petti, *Il male minore*, Verona, Ombre corte, 2004, p. 42; non si tratta, a ben guardare, di un'ambivalenza solo italiana, posto che, anche sul piano internazionale, «on the one hand, they [i minori stranieri non accompagnati] benefit from a protectionist framework, similar to vulnerable domestic children in need of care and guardianship... On the other hand... they are viewed with suspicious and hostility, as street children and gang members have been, as delinquents, as "pseudo-children", as more threatening than adults» (J. Bhabha, *Demography and Rights*, in *International Journal of Refugee Law*, 2004, pp. 240-241).

24. Così il tit. VI TULPS, ove il «minore degli anni diciotto» viene disciplinato quale soggetto potenzialmente «ozioso, vagabondo... o che esercita abitualmente la mendicità o il meretricio» (art. 177, co. 1, TULPS); sul punto, si veda, per tutti, O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società editrice italiana, 1904, vol. IV.1, p. 109 ss.

25. In particolare, a mente dell'art. 28, co. 3, TUI, «in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176»; il riferimento è, in particolare, alla traduzione italiana della formula, contenuta nella versione in lingua francese della predetta Convenzione, dell'«intérêt supérieur de l'enfant», nella quale l'interesse in questione è declinato al singolare e accompagnato da un aggettivo comparativo, mentre nella versione in lingua inglese l'espressione equivalente è resa con il sintagma «best interests of the child», nel quale gli interessi in esame sono declinati al plurale e affiancati ad un aggettivo superlativo; la Corte costituzionale, da parte sua, ha svolto un'ampia analisi retrospettiva del summenzionato principio nella sent. n. 102/2020, mentre nella successiva sent. n. 33/2021 ha condivisibilmente affermato che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco», sulla scorta di quanto acutamente preconizzato da E. Lamarque, *Prima i bambini*, Milano, FrancoAngeli, 2016, p. 80.

26. È d'uopo ricordare che «per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima» (art. 2, § 2, dir. 2011/36/UE); sul punto, si vedano, in particolare, i considerando n. 8 e n. 12 e l'art. 4, § 2, lett. *a*), dir. 2011/36/UE; l'art. 21 dir. 2013/33/UE; l'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 24/2014; l'art. 2, lett. *h-bis*), d.lgs. n. 25/2008, come modificato con l'art. 25, lett. *b*), n. 1, d.lgs. n. 142/2015; nonché, da ultimo, A. Amato e G. Mack, *«Neanche per andare al bagno riuscivo a comunicare»*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 171.

27. Ivi, p. 172.

28. Sul punto, si veda M.A. Kenny e M. Loughry, *'These Don't Look Like Children to Me'*, in *Protecting Migrant Children*, a cura di M. Crock e L.B. Benson, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2018, p. 321 ss.

maschi»[29], difficilmente corrispondono all'immagine compassionevole veicolata da istituzioni internazionali, quale l'UNICEF, e organizzazioni non governative, quale Save the Children.

Tuttavia, proprio perché l'ordinamento giuridico non accede a rappresentazioni stereotipe né ammette valutazioni preconcette, l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, debitamente corredato da tutti i *caveat* discendenti dai «canoni della scienza e dell'arte medica»[30], resta un'operazione giuridicamente imprescindibile almeno in una triplice prospettiva: *a*) acquisire, al di là di ogni ragionevole dubbio, uno degli elementi costitutivi dell'identità di un soggetto, qual è il presunto minore; *b*) applicare (o non applicare) ad esso la condizione giuridica propria dei minori stranieri non accompagnati, la cui specialità, rispetto a quella propria degli stranieri in generale, può essere epitomata nei princìpi dell'irrespingibilità[31] e dell'inespellibilità[32], nonché nella previsione di precipue «misure di integrazione di lungo periodo»[33]; *c*) stabilire la durata di detto *status*, posto che dalla minore età, una volta accertata, decorre evidentemente un certo tempo, più o meno ampio, fino al compimento della maggiore età e, quindi, fino alla cessazione di una condizione giuridica certamente già di maggior favore[34]. Le riflessioni che seguono mirano a ripercorrere le tre tappe più significative, in ordine di tempo, della progressiva definizione di modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, tuttora collocate al crocevia tra *legis latio* e *legis executio*, giacché il diritto dell'immigrazione promana dal diritto di polizia – il *Polizeirecht* storicamente inteso e propriamente detto, quello della tradizione giuridica germanica – e, financo nei suoi rivolgimenti più recenti, da esso non si è mai del tutto distaccato[35].

29. Così, da ultimo, M. Giovannetti, *I minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Tutori volontari per minori stranieri non accompagnati*, a cura di J. Marzetti, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019, pp. 35-36; in effetti, secondo gli ultimi dati disponibili, relativi al mese di novembre del 2021, i 11.159 minori stranieri non accompagnati presenti e censiti nel territorio italiano sono per il 97,3 per cento maschi e per l'86,6 per cento hanno più di sedici anni (si veda Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *Report mensile minori stranieri non accompagnati in Italia*, [2021], su *bit.ly/3qzym08*, p. 1).

30. Corte cost., sentt. n. 282/2002; n. 5/2018.

31. Come previsto all'art. 19, co. 1-*bis*, TUI.

32. Come previsto all'art. 19, co. 2, lett. *a*), TUI, se non per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

33. Si veda l'art. 13, co. 2, l. n. 47/2017, nonché, da ultimo, E. Cukani, *Minori stranieri non accompagnati (diritti dei)*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 459.

34. Su questo aspetto, sovente sottaciuto o poco considerato, si veda specialmente G. Schumacher, A Schmeling e E. Rudolf, *Medical Age Assessment of Juvenile Migrants*, cit. nt. 18, p. 6.

35. Su questo profilo, invero archetipico del diritto dell'immigrazione, si permetta di rinviare, sotto plurimi aspetti, a M. Benvenuti, *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, a cura di F. Angelini *et al.*, Napoli, Jovene, 2011, p. 69 ss.; Id., *Gli hotspot come chimera*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, pp. 36-37; Id., *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit. nt. 33, p. 432.

2. Un primo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta alla luce del d.lgs. n. 24/2014 e del d.p.c.m. n. 234/2016

È solo a partire dall'ultimo quindicennio, grazie al progressivo aggiornamento della normativa sovranazionale in tema ora di richiedenti la protezione internazionale[36] ed ora di vittime di tratta degli esseri umani[37], che le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati – già definiti come i «minorenn[i] non avent[i] cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova[no] per qualsiasi causa nel territorio dello Stato priv[i] di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per l[oro] legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»[38] – escono da una condizione di «non procedimento»[39] e vanno a comporre un mosaico normativo tuttora segnato da progressive aggiunte, perduranti lacune e persistenti sovrapposizioni. Quanto ai primi[40], l'art. 19, co. 2 e 3, d.lgs. n. 25/2008 prevede, rispettivamente, che, in presenza di «dubbi in ordine all'età, il minore non accompagnato p[ossa], in ogni fase della procedura, essere sottoposto, previo consenso del minore stesso o del suo rappresentante legale, ad accertamenti medico-sanitari non invasivi al fine di accertarne l'età»; e che «il minore de[bba] essere informato della possibilità che la sua età può essere determinata attraverso visita medica, sul tipo di visita e sulle conseguenze della visita ai fini dell'esame della domanda». Il medesimo art. 19, co. 2, d.lgs. n. 25/2008 aggiunge, con formula di chiusura, che, «se gli accertamenti effettuati non consentono l'esatta determinazione dell'età», si applicano le misure a favore dei minori stranieri non accompagnati, dando sostanza normativa a un principio tratto dal già citato processo penale a carico di imputati minorenni (*supra*, § 1) e applicato in via analogica dalla pubblica amministrazione anche ai «migranti minorenni»[41].

Quanto ai secondi[42], più analiticamente, l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 24/2014 rinvia a un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi di concerto con ben cinque Ministri[43], la definizione dei «meccanismi attraverso i quali, nei casi in cui sussistano

36. Il riferimento è qui alla dir. n. 85/2005/CE.

37. Il riferimento è qui alla dir. n. 36/2011/UE.

38. Art. 1, co. 2, d.p.c.m. n. 535/1999; per una più compiuta definizione, si veda ora l'art. 2 l. n. 47/2017.

39. P. Morozzo della Rocca, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, in *Politica del diritto*, 2017, p. 586 (virgolette nell'originale).

40. Per una prima disamina di tale disciplina, sia consentito rinviare, per tutti, a M. Benvenuti, *L'accertamento della minore età*, in *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, a cura di Id., Napoli, Jovene, 2011, pp. 498-499.

41. Circ. interno n. 17272/2007, su *bit.ly/3hj9wN5*, p. 3.

42. Sulle vittime di tratta, con particolare riferimento ai minori non accompagnati, si vedano, da ultimo, Ministero dell'interno - Dipartimento della pubblica sicurezza, *La tratta degli esseri umani in Italia*, [2021], su *bit.ly/3rzvGAG*, p. 18 ss.; Save the Children, *Piccoli schiavi invisibili*, [XI ed., 2021], su *bit.ly/3Ga3Y1C*, P. 16 ss.

43. Si tratta, nello specifico, del Ministro degli affari esteri (oggi Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale), del Ministro dell'interno, del Ministro della giustizia, del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro della salute.

fondati dubbi sulla minore età della vittima e l'età non sia accertabile da documenti identificativi, nel rispetto del superiore interesse del minore, si procede alla determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta anche attraverso una procedura multidisciplinare di determinazione dell'età, condotta da personale specializzato e secondo procedure appropriate che tengano conto anche delle specificità relative all'origine etnica e culturale del minore, nonché, se del caso, all'identificazione dei minori mediante il coinvolgimento delle autorità diplomatiche». Nuovamente, la medesima disposizione garantisce la considerazione della vittima di tratta quale minore, nel corso della procedura per l'accertamento della sua età, e la presunzione della minore età, qualora tale procedura «non consenta di stabilire con certezza l'età dello stesso».

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che ne è conseguito sviluppa apprezzabilmente i princìpi summenzionati, già in sé oltremodo innovativi rispetto al quadro normativo previgente. In primo luogo, risulta confermato che l'attività di accertamento dell'età, in quanto ricompresa in quella di identificazione personale, è di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza[44]. A tal fine, i documenti identificativi tramite i quali, in prima battuta, tale accertamento viene disposto, in aggiunta alla consultazione di banche dati pubbliche[45] e al coinvolgimento delle autorità diplomatico-consolari[46], sono «il passaporto o un documento di identità, anche non in corso di validità, ovvero altro documento di riconoscimento munito di fotografia», purché non «sussistano ragionevoli dubbi sulla loro autenticità»[47]. Al contempo, «documenti differenti... costituiscono principio di prova»[48], il che, in tutta evidenza, impone l'obbligo per l'autorità di pubblica sicurezza di prenderli comunque in considerazione, anche solo per asseverarne la falsità. Inoltre, è sempre detta autorità, nell'impossibilità di provvedere all'accertamento dell'età secondo le modalità suindicate, ad essere incaricata di svolgere un «colloquio preliminare», condotto «con l'ausilio, ove necessario, di un mediatore culturale e di un interprete ed in linguaggio comprensibile ed adeguato al presunto minore», nel quale «rappresenta[re] all'interessato l'importanza di dichiarare corrette generalità e le conseguenze giuridiche di una dichiarazione mendace e lo informano in via generale sulla possibilità che in caso di ragionevoli dubbi l'Autorità giudiziaria autorizzi lo svolgimento di accertamenti anche sanitari per la determinazione della sua età»[49].

44. Si veda l'art. 2, co. 2 e 4, d.p.c.m. n. 234/2016.

45. Si veda, ancora, l'art. 2, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.

46. Si veda l'art. 2, co. 6, d.p.c.m. n. 234/2016; ciò, naturalmente, ove non rilevi alcuna esigenza di protezione internazionale, come giustamente segnalato all'art. 2, co. 7, d.p.c.m. n. 234/2016.

47. Art. 2, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.

48. Art. 2, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.

49. Art. 2, co. 4, d.p.c.m. n. 234/2016; in effetti, il presunto minore che dichiara falsamente la propria età commette il reato di «falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri»,

In secondo luogo, come si è poc'anzi detto, laddove tali ragionevoli dubbi permangano inalterati, su richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza interviene l'autorità giudiziaria, la quale, una volta ricevuto un «resoconto dettagliato delle attività condotte per l'identificazione del presunto minore e dell'esito del colloquio preliminare»[50], può autorizzare l'avvio della precitata procedura, individuando altresì la «struttura sanitaria pubblica dotata di equipe multidisciplinare pediatrica»[51] presso la quale svolgerla. A questo punto, a beneficio del presunto minore si apre una finestra informativa in merito alla procedura in questione, di competenza del personale sanitario[52]; tali informazioni, «dat[e] in una lingua a lui comprensibile e in conformità al suo grado di maturità e livello di alfabetizzazione, anche mediante materiale di supporto multilingua e, ove necessario, con l'ausilio di un mediatore», riportano «in ogni caso»[53]: *a*) che «la sua età sarà determinata mediante una procedura multidisciplinare che può comportare accertamenti sanitari»[54]; e *b*) quali siano le «attività in cui si articola tale procedura... quali siano i risultati attesi e... quali siano le conseguenze»[55]. Il presunto minore può formulare opposizione allo svolgimento degli accertamenti previsti[56]; tuttavia, ove questi non possano essere pretermessi[57] e, anzi, siano «nel caso specifico indispensabili e sufficienti alla determinazione dell'età, privilegiando quelli di minor invasività»[58], ne viene informato il giudice tutelare (in prospettiva, la sezione circondariale del Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie[59]), il quale «dispone a quali accertamenti procedere ed emette gli altri provvedimenti ritenuti opportuni»[60].

In terzo luogo, il personale sanitario provvede allo svolgimento dei prescritti accertamenti sulla scorta di una serie di indicazioni di ordine tanto sostanziale quanto procedimentale. Quanto alle prime, «sono garantite la tutela e la protezione riservate ai minori considerando anche il sesso, la cultura e la religione»; quanto alle seconde, vale il «criterio di invasività progressiva»[61] e, conseguentemente, «ove all'esito di ciascuna fase o stadio della procedura emergano elementi certi in ordine alla minore età dell'interessato non

di cui all'art. 495 c.p.; in questo senso, si veda, da ultimo, Cass. pen., sez. V, sent. n. 22067/2020; si noti, tuttavia, come non per questo la falsità dei documenti comporti di per sé la considerazione della maggiore età del presunto minore, pena l'indebita applicazione di un automatismo del tutto privo di cittadinanza giuridica.

50. Art. 3, co. 1, d.p.c.m. n. 234/2016.
51. Art. 3, co. 4, d.p.c.m. n. 234/2016.
52. Si veda l'art. 4, co. 4, d.p.c.m. n. 234/2016.
53. Art. 4, co. 1, d.p.c.m. n. 234/2016.
54. Art. 4, co. 1, lett. *a*), d.p.c.m. n. 234/2016.
55. Art. 4, co. 1, lett. *b*), d.p.c.m. n. 234/2016.
56. Si veda l'art. 4, co. 1, lett. *c*), d.p.c.m. n. 234/2016.
57. Si veda l'art. 4, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.
58. Art. 4, co. 4, d.p.c.m. n. 234/2016.
59. Si veda, infatti, l'art. 1, co. 24, lett. *c*), l. n. 206/2021.
60. Art. 4, co. 5, d.p.c.m. n. 234/2016.
61. Art. 5, co. 1, d.p.c.m. n. 234/2016.

si procede ad accertamenti successivi»[62]. A tal fine, un'«equipe multidisciplinare... alla presenza, se necessario, di un mediatore culturale o di un interprete», provvede a svolgere: *a*) un «colloquio sociale, vertente anche sulle pregresse esperienze di vita rilevanti per l'accertamento»; *b*) una «visita pediatrica auxologica»; *c*) una «valutazione psicologica o neuropsichiatrica»[63]. Tale fase si chiude con la redazione di una «relazione conclusiva», contenente l'«indicazione di attribuzione dell'età cronologica stimata specificando il margine di errore insito nella variabilità biologica e nelle metodiche utilizzate ed i conseguenti valori minimo e massimo dell'età attribuibile»[64].

Da ultimo, il giudice tutelare, in questo caso *peritus peritorum*, in base all'esito della procedura multidisciplinare e di ogni altra informazione adotta il provvedimento di attribuzione dell'età[65], ma solo allorquando questa possa essere stabilita «al di là di ogni ragionevole dubbio»[66] e, dunque, con uno *standard* probatorio particolarmente elevato, qual è quello richiesto nel processo penale[67]. Altrimenti, tale provvedimento contiene l'indicazione, oltre che dell'«impossibilità di attribuire l'età»[68], del valore minimo presente nella relazione conclusiva della procedura multidisciplinare[69] e, come si è detto, la minore età è presunta[70]. Tale provvedimento è soggetto a reclamo innanzi al Tribunale, secondo quanto stabilito in termini generali all'art. 739, co. 1 e 2, c.p.c.[71] e confermato, da ultimo, all'art. 1, co. 24, lett. *q*), l. n. 206/2021 (*sub specie* di sezione distrettuale del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie).

Apprezzabile, per la sua stringatezza, è la scansione temporale individuata per le modalità di accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta: la durata prevista è all'incirca di un mese, nel corso del quale, come si è già osservato, il presunto minore è, ad ogni buon conto, considerato come tale[72]. Nello specifico, tutte le fasi di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza devono svolgersi entro ventiquattro ore «dal primo contatto con il presunto minore vittima di tratta»[73]. Quanto all'intervento dell'autorità giudiziaria, il giudice tutelare si pronuncia sulla richiesta di autorizzazione di avvio della procedura multidisciplinare entro due giorni dalla ricezione della stessa (*rectius*: dell'atto

62. Art. 5, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
63. Art. 5, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
64. Art. 5, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.
65. Si veda l'art. 6, co. 1, d.p.c.m. n. 234/2016.
66. Art. 6, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
67. Si veda l'art. 533, co. 1, c.p.p.
68. Art. 6, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
69. Si veda, ancora, l'art. 6, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
70. Si veda l'art. 7, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.
71. Si veda l'art. 6, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.
72. Si vedano, in tal senso, l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 24/2014 e l'art. 7, co. 1, d.p.c.m. n. 234/2016.
73. Art. 2, co. 5, d.p.c.m. n. 234/2016.

informativo che la accompagna)[74]; egli può richiedere altresì un'«integrazione degli accertamenti già condotti»[75], da effettuarsi, se del caso, immediatamente e, comunque, entro le successive quarantotto ore[76]. La procedura multidisciplinare, da parte sua, ha avvio entro tre giorni dall'autorizzazione del giudice tutelare e deve concludersi entro i successivi venti giorni[77].

3. Un secondo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47/2017

Se ci si è soffermati sulla normativa primaria e, soprattutto, secondaria relativa all'accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta (*supra*, § 2) è perché essa rappresenta il quadro più compiuto e definito in materia al momento della ampiamente auspicata[78] approvazione della prima «disciplina unitaria organica sui minori stranieri non accompagnati»[79], vale a dire la l. n. 47/2017 (la c.d. legge Zampa). Non è questa la sede per soffermarsi nel dettaglio sulla legge in questione, la quale, oltre ai predetti caratteri dell'unitarietà e dell'organicità, ha certamente il pregio di portare al piano degli atti normativi di rango primario, per quel che qui più rileva, le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati[80]. Al contempo, in ragione di una tecnica legislativa poco felice, è d'uopo rilevare cospicue criticità non solo in merito ai profili applicativi della legge in questione, come si dirà (*infra*, § 4), ma anche (e preliminarmente) in ordine al rapporto di essa con la disciplina previgente.

A questo riguardo (e in primo luogo), non si comprende e, in ogni caso, non si apprezza la scelta del legislatore – diversamente da quanto recato nella versione originaria della relativa proposta di legge[81] – di interpolare tramite l'art. 5 della legge Zampa, intitolato «identificazione dei minori stranieri non accompagnati», non il d.lgs. n. 286/1998, ossia il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla

74. Art. 3, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.

75. Art. 3, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.

76. Si veda, ancora, l'art. 3, co. 2, d.p.c.m. n. 234/2016.

77. Si veda l'art. 5, co. 3, d.p.c.m. n. 234/2016.

78. Infatti, nei tre passaggi parlamentari relativi alla "futura" l. n. 47/2017, la prima votazione finale alla Camera dei deputati ha raccolto 333 favorevoli, 16 astenuti e 11 contrari (su *bit.ly/3GyYVbD*), la seconda votazione finale al Senato della Repubblica ha raccolto 170 favorevoli, 8 astenuti e 50 contrari (su *bit.ly/34VwSFo*) e la terza votazione finale alla Camera dei deputati ha raccolto 375 favorevoli, 41 astenuti e 13 contrari (su *bit.ly/3GyZ3rD*).

79. Camera dei deputati - Servizio studi, *Misure di protezione di minori stranieri non accompagnati A.C. 1658*, [2014], su *bit.ly/3wHWy25*, p. 1.

80. In termini elogiativi nei confronti della l. n. 47/2017 (una «ciliegina in attesa della torta»), si veda, per tutti, P. Morozzo della Rocca, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, cit. nt. 39, pp. 581-582.

81. Si veda XVII legislatura, art. 6 p.d.l. AC1658, su *bit.ly/3qQxEfV*, p. 9 ss.

condizione dello straniero, ma il d.lgs. n. 142/2015, ossia la normativa relativa all'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale[82]. Al di là della considerazione che le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati trascendono la questione della loro accoglienza, come chiaramente affermato anche dalla giurisprudenza in materia[83], l'opinabile soluzione alfine prescelta potrebbe ingenerare nell'interprete la spiacevole sensazione che l'art. 5 della legge Zampa abbia voluto riferirsi ai (soli) minori stranieri non accompagnati richiedenti la protezione internazionale. Tuttavia, una siffatta evenienza, oltre a produrre la sconsiderata conseguenza di lasciare i minori stranieri non accompagnati non richiedenti la protezione internazionale privi di cornice normativa, appare del tutto incongrua rispetto a quanto previsto nello stesso articolo. Quest'ultimo, come si dirà nel prosieguo, prevede testualmente l'eventualità che l'autorità di pubblica sicurezza possa richiedere l'intervento della rappresentanza diplomatico-consolare del Paese di origine del presunto minore, al fine di provvedere all'accertamento della sua età, riconoscendo quindi *per tabulas* che la disciplina ivi contenuta possa (*recte* debba) applicarsi anche ai minori stranieri non accompagnati non richiedenti la protezione internazionale.

In secondo luogo, il rapporto tra i due plessi normativi riguardanti le modalità di accertamento dell'età ora dei minori non accompagnati vittime di tratta ed ora dei minori stranieri non accompagnati *tout court* appare tutto fuorché lineare. Il richiamo formulato all'art. 5 della legge Zampa circa l'applicabilità dell'art. 4 d.lgs. n. 24/2014 – nonché, a cascata, del d.p.c.m. n. 234/2016 – «ove ne ricorrano i presupposti», preclude qualunque ipotesi di abrogazione implicita[84]. Ciò nondimeno, si fatica a definire la latitudine applicativa di detto riferimento, collocato in un enunciato che lo separa con un punto e virgola dalla proposizione precedente, invero relativa all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati nelle apposite strutture di prima accoglienza nelle more della conclusione della procedura per l'accertamento della loro età.

82. L'unica laconica spiegazione emersa nel corso del lungo dibattito parlamentare sulla "futura" l. n. 47/2017, salvo errore, è che era stato *medio tempore* emanato il d.lgs. n. 142/2015, il quale «non disciplina le operazioni di identificazione dei minori» (B. Pollastrini, in XVII legislatura, Camera dei deputati, Commissione I, sed. del 2.8.2016, su *bit.ly/3pIboCA*, p. 43).

83. In questo senso, si veda Cass., sez. I, sent. n. 6520/2020, ad avviso della quale «il provvedimento di attribuzione dell'età a cui il decidente perviene all'esito del procedimento multidisciplinare che sovraintende alla sua determinazione non è funzionale solo all'attivazione delle misure di protezione previste dalla l. 142/2015 in favore dei minori non accompagnati, ma è destinato a riverberare i suoi effetti anche in altri rami dell'ordinamento giuridico che fanno dell'età il presupposto discriminatorio per l'applicazione di un trattamento differenziato rispetto a quello normalmente praticato»; nonché, in termini, da ultimo, Cass. pen., sez. I, sent. n. 43322/2021.

84. Si può aggiungere che anche da parte della Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali, acc. n. 37/2020, su *bit.ly/3cfgTCf*, p. 1 ss. – di cui si tratterà diffusamente in seguito (*infra*, § 4) – si richiamano in più di un luogo sia la l. n. 47/2017 che il D.P.C.M. n. 234/2016.

In proposito, le opinioni volte a dilatare *quoad effecta* la portata del rinvio contenuto nell'art. 5 della legge Zampa all'art. 4 d.lgs. n. 24/2014 appaiono ben poco convincenti: così, nel caso in cui si ritenesse applicabile a tutti i minori stranieri non accompagnati e non solo a quelli vittime di tratta la disciplina recata nel d.p.c.m. n. 234/2016, pena un salto acrobatico sul piano interpretativo che il predetto art. 5 della legge Zampa, piaccia o non piaccia, non consente[85]; così anche nel caso in cui, all'opposto, si valorizzasse la cedevolezza dell'art. 5 della legge Zampa, quale norma generale, di fronte all'art. 4 d.lgs. n. 24/2014, quale norma speciale, con la speciosa costruzione di due procedure, entrambe concernenti l'accertamento dell'età, ma soggettivamente distinte a seconda della qualificazione o meno dei minori stranieri non accompagnati (anche) come vittime di tratta[86]. Piuttosto, in ossequio alla doverosa ricerca del significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, l'unica conclusione sintatticamente (e giuridicamente) ammissibile porta a fare salve, nei confronti dei minori non accompagnati vittime di tratta, le sole misure *ad hoc* tese «all'assistenza, al sostegno e alla protezione»[87]. E da ciò consegue, nonostante l'art. 5 della legge Zampa disegni in maniera «spesso approssimativa»[88] le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, se raffrontate a quelle già prevedute nella normativa di rango primario e, soprattutto, secondario applicabili ai minori non accompagnati vittime di tratta (*supra*, § 2), un'unica sequenza procedimentale applicabile agli uni come agli altri.

Tutto ciò premesso e considerato in merito alla sua generale applicabilità *ratione personarum*, il procedimento di cui all'art. 19-*bis* d.lgs. n. 142/2015, introdotto con l'art. 5 della legge Zampa, si struttura in quattro fasi congegnate in termini sussidiari, la prima delle quali è propedeutica e le ultime due sono solo eventuali. In via preliminare, gli incombenti iniziali, ancorché non propriamente vòlti all'accertamento della loro età, discendono da un mero contatto, per così dire, con i minori stranieri non accompagnati. In tale frangente, è compito del «personale qualificato della struttura di prima accoglienza...

85. In questo senso, tuttavia, si veda P. Morozzo della Rocca, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di Id., V ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, p. 182.

86. In questo senso, tuttavia, si veda E. Di Napoli, *Riflessioni a margine della "nuova" procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 20-21.

87. Art. 4, co. 2, d.lgs. n. 24/2014.

88. Ivi, p. 15; ciò nondimeno, ad uno sguardo comparativo la disciplina in questione è stata ritenuta, nel complesso, piuttosto precisa, come rilevato, da ultimo, da L. Gay, *Tra tutela dei soggetti vulnerabili e controllo dell'immigrazione*, in *Sistemi di welfare e protezione effettiva dei diritti degli stranieri*, a cura di L. Montanari e C. Severino, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 188; per un raffronto circa le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Europa, con un'attenzione pressoché esclusiva, però, al formante giurisprudenziale, si vedano, da ultimo, S. Penasa, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. II, pp. 112-113; M. Tomasi, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa?*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. I, p. 529 ss.

sotto la direzione dei servizi dell'ente locale competente e coadiuvato, ove possibile, da organizzazioni, enti o associazioni con comprovata e specifica esperienza nella tutela dei minori», svolgere un «colloquio con il minore, volto ad approfondire la sua storia personale e familiare e a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione»[89], al quale dev'essere presente, in particolare, un mediatore culturale[90]. Si tratta di un momento imprescindibile per garantire il diritto all'ascolto del presunto minore, stabilito nel diritto internazionale[91] e confermato più di recente anche in quello statale, a beneficio di tutti i minori che «abbia[no] compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capac[i] di discernimento»[92].

Lo stesso art. 19-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 142/2015 rinvia a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge Zampa (cioè, entro il 3.9.2017); e non è dato immediatamente intendere, al riguardo, se il mentovato decreto debba occuparsi dell'intera procedura per l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati o della sola fase di svolgimento del predetto colloquio. La prima soluzione appare non solo compatibile con la lettera della legge, ma anche decisamente preferibile per ragioni di ordine sistematico, al fine di integrare una disciplina dai molti tratti, come si è detto, scarni e frammentari. In ogni caso, ad oggi il decreto in questione non è stato ancora emanato, a dimostrazione, forse, di una certa intermittenza di intenti in materia da parte degli organi costituzionali di indirizzo politico.

Come si è già avuto modo di vedere (*supra*, § 2), l'identificazione (anche) dei minori stranieri non accompagnati, ivi compreso l'accertamento della loro età, spetta all'autorità di pubblica sicurezza, in linea di continuità con tutta la normativa precedente. L'art. 19-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 142/2015, da parte sua, aggiunge che nello svolgimento di detta attività, coincidente con la seconda fase della procedura, tale autorità è «coadiuvata da mediatori culturali, alla presenza del tutore o del tutore provvisorio». Nonostante la mancata esplicitazione normativa, in questo frangente, dell'accertamento dell'età tramite documenti identificativi, la loro presenza costituisce senz'altro un elemento valutativo cruciale, tanto che, nel caso in cui tali documenti, naturalmente se autentici, vi siano non potrà sorgere

89. Art. 19-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 142/2015.

90. Si veda, ancora, l'art. 19-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 142/2015; in realtà, le ricerche sul campo rilevano, anche in anni assai recenti, una presenza di mediatori culturali censurabilmente intermittente (si veda Cespi, *Primo rapporto*, [2020], su *bit.ly/3lszjF9*, pp. 201 e 213); lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per gli interpreti, rispetto ai quali è frequente l'osservazione che trattasi, in realtà, di «"assistenti" linguistici poco o per nulla qualificati e troppo spesso improvvisati» (A. Amato e G. Mack, *«Neanche per andare al bagno riuscivo a comunicare»*, cit. nt. 26, p. 197).

91. Il riferimento è anzitutto all'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (*supra*, nt. 25), nonché a Organizzazioni delle Nazioni unite - Comitato sui diritti del fanciullo, Commento generale CRC/C/GC/12 del 2009.

92. Art. 336-*bis*, co. 1, c.c.

alcun dubbio in ordine all'età del presunto minore e, conseguentemente, il procedimento non potrà proseguire[93].

La terza fase eventuale della procedura si apre nel caso in cui, viceversa, l'autorità di pubblica sicurezza sollevi un «dubbio»[94] rispetto all'età dichiarata dal presunto minore. In tale evenienza, l'art. 19-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 142/2015 prevede che questa sia «accertata in via principale attraverso un documento anagrafico, anche avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatico-consolari»[95] del suo Paese di origine. Al netto della già prospettata preclusione rispetto alla chiamata in causa di tali autorità in presenza di minori stranieri non accompagnati richiedenti la protezione internazionale[96] – a cui la disciplina in esame, diversamente da quella relativa ai minori non accompagnati vittime di tratta (*supra*, § 2), aggiunge assai opportunamente l'ipotesi che sia lo stesso presunto minore a «dichiar[are] di non volersi avvalere dell'intervento dell'autorità diplomatico-consolare»[97] – è da rilevare che altro sono i documenti identificativi ed altro sono i documenti anagrafici. Questi ultimi, infatti, per quanto generalmente non muniti di fotografia, nella disciplina relativa ai minori non accompagnati vittima di tratta potevano costituire un principio di prova (*supra*, § 2), mentre in quella qui considerata, in ossequio alla dizione legislativa, ben possono completare il quadro istruttorio richiesto per l'accertamento della loro età[98]. Nuovamente, dunque, in presenza di documentazione del Paese di origine circa l'età del presunto minore, confermata dalle autorità italiane, il procedimento deve fermarsi[99].

93. È dunque in linea con la cornice normativa qui osservata l'orientamento giurisprudenziale per cui non è dato ritenere l'esito degli esami socio-sanitari prevalente rispetto ai dati anagrafici contenuti in un documento di identità (si veda Cass., sez. I, sent. n. 5936/2020; nonché, in termini, Cons. St., sez. III, sent. n. 3668/2021); mentre risulta del tutto indimostrato l'assunto che «l'esito dell'esame auxologico preval[ga] sempre sulla fotocopia di un documento», come sostenuto, invece, da C. Delle Fave, *Manuale di polizia giudiziaria*, V ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019, p. 401.

94. Art. 19-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 142/2015.

95. L'art. 19-*bis*, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015, come modificato con l'art. 2, co. 1, lett. *c*), n. 1, d.lgs. n. 220/2017, ha aggiunto la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza di consultare le banche dati pubbliche; merita un cenno, in proposito, l'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Romania sulla cooperazione per la protezione dei minori romeni non accompagnati o in difficoltà presenti sul territorio della Repubblica italiana del 2008 o, in anni più recenti, l'intensa attività di consultazione dell'autorità diplomatico-consolare dell'Albania (su cui si veda Cespi, *Primo rapporto*, cit. nt. 90, p. 221), i cui minori stranieri non accompagnati in Italia sono piuttosto numerosi (per la precisione, 1.167, secondo i dati più recenti presenti in Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *Report mensile minori stranieri non accompagnati in Italia*, cit. nt. 29, p. 2).

96. Si veda, ancora, l'art. 19-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 142/2015.

97. Art. 19-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 142/2015.

98. Da parte di R. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Jus civile*, 2017, p. 730, si aggiunge la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza di acquisire informazioni da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale.

99. In questo senso, si veda Cass. pen., sez. V, sent. n. 1839/2017.

Una quarta fase, parimenti eventuale, ha luogo unicamente allorquando «permangano fondati dubbi in merito all'età dichiarata»[100], ossia nel caso in cui l'identificazione dei minori stranieri non accompagnati sia rimasta inesitata sul piano documentale. Si apprezza nella disposizione in questione la qualificazione dei dubbi come «fondati», diversamente da quanto previsto nel segmento istruttorio precedente, ad ulteriore dimostrazione della scansione incrementale in cui si dipana la procedura qui osservata. Naturalmente, il dubbio fondato riguarda il fatto che il presunto minore possa non essere tale, rispetto a quanto da questi dichiarato, e non invece che possa essere tale, sulla base di una sorta di presunzione di maggiore età, di cui nella disciplina in esame non vi è traccia[101]. Tale sottolineatura risulta purtroppo necessaria, in ragione del grave equivoco in cui è incorsa la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Trieste, una cui direttiva del 2020 ha disposto che, «se in sede di identificazione... non sorge alcun "fondato dubbio"... che il soggetto possa essere minore degli anni 18, indipendentemente da quanto dallo stesso dichiarato, il soggetto sarà considerato maggiorenne, denunciato alla competente autorità giudiziaria, collocato nei centri di accoglienza per maggiorenni e sottoposto alle procedure previste»[102]. A discapito di quanto precisato dalla stessa Procura in una circolare di poco successiva, non è affatto vero che «il dato normativo... impone gli accertamenti sanitari solo in presenza di "dubbio", con la conseguenza che in mancanza di qualsivoglia dubbio sulla maggiore età da parte degli operatori del rintraccio, questi ultimi sono tenuti a trattare il soggetto come maggiorenne»[103]. In base alla normativa vigente, piuttosto, vale esattamente il contrario[104], ossia che la presenza di fondati dubbi prelude ad ulteriori accertamenti, mentre, se tali fondati dubbi non vi sono, è perché corrisponde al vero, giusta eventualmente anche l'istruttoria documentale svolta dall'autorità di pubblica sicurezza, quanto dichiarato dal presunto minore in merito alla propria età.

In ogni caso, tale fase vede spostare il fuoco dei pubblici poteri dall'autorità di pubblica sicurezza all'autorità giudiziaria, ancorché la prassi registri un persistente attivismo della

100. Art. 19-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 142/2015.

101. Vero è, anzi, esattamente il contrario, come si dirà a proposito dell'art. 19-*bis*, co. 8, d.lgs. n. 142/2015.

102. Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Trieste, dir. n. 952/2020, su *bit.ly/3v5uS6r*, p. 2.

103. *Ibidem*.

104. Come correttamente rimarcato in una lettera redatta da numerose associazioni, *in primis* l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, inviata il 9.2.2021 in merito alla predetta direttiva (si veda Ai.Bi., Amnesty International Italia, ASGI, Centro Astalli, CeSPI, CIR, CNCA, Defence for Children, Emergency, Intersos, Oxfam Italia, Salesiani per il Sociale, Save the Children Italia, SOS Villaggi dei Bambini e Terre des Hommes, *Situazione dei minori stranieri non accompagnati in arrivo dalla c.d. "rotta balcanica" e direttive della Procura presso il Tribunale per i Minorenni di Trieste del 31.8.2020 e del 21.12.2020*, [2021], su *bit.ly/3GB4BBJ*, p. 2 ss.).

prima a discapito della seconda, per ciò solo da ritenersi a tutti gli effetti *contra legem*[105]. Come si è poc'anzi anticipato, diversamente da quanto già previsto per i minori non accompagnati vittime di tratta – i cui accertamenti venivano disposti, se del caso, dal giudice tutelare (*supra*, § 2) – la disciplina relativa all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati reclama l'intervento della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni (*pro futuro*: Procura della Repubblica presso il Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie[106]), in linea con quanto stabilito per i minori in generale[107]. Tale Procura (ed essa sola), in base ad una «segnalazione [che] parte dalla questura e in alcuni casi dai servizi sociali»[108], secondo quanto rilevato nella prassi, «può disporre esami socio-sanitari volti all'accertamento della stessa [età]»[109], se del caso delegando all'uopo la polizia giudiziaria[110]. È a questo punto che il presunto minore ottiene tutte le informazioni relative ai predetti esami: ciò avviene «con l'ausilio di un mediatore culturale, in una lingua che possa capire e in conformità al suo grado di maturità e di alfabetizzazione» e attiene al «tipo di esami a cui deve essere sottoposto, [a]i possibili risultati attesi e [a]lle eventuali conseguenze di tali risultati, nonché di quelle derivanti dal suo eventuale rifiuto di sottoporsi a tali esami»[111]. Quest'ultima previsione, in particolare, costituisce una notevolissima innovazione rispetto alla disciplina previgente, ove l'accertamento dell'età dei presunti minori era configurato alla stregua di un trattamento sanitario obbligatorio (*supra*, § 2) e, in effetti, mai era stato esplicitato, come in questo caso, che il minore straniero non

105. In questo senso, si veda, da ultimo, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2021*, [2021], su *bit.ly/3i7ygZa*, p. 230; nonché *amplius* Id., *Rapporto sulle visite effettuate nei Centri di permanenza per i rimpatri*, [2020], su *bit.ly/2Y7qt6N*, p. 38; a ben vedere, infatti, anche la regola generale dell'art. 349, co. 2, c.p.p. – per cui «alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove occorra, rilievi... antropometrici nonché altri accertamenti» – è da applicarsi limitatamente agli accertamenti diversi dagli esami socio-sanitari vòlti all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, per i quali vale proprio (e unicamente) la disciplina speciale qui tratteggiata; in senso contrario, si veda, tuttavia, C. Delle Fave, *Manuale di polizia giudiziaria*, cit. nt. 93, p. 406.

106. Si veda, infatti, l'art. 1, co. 24, lett. *t*), l. n. 206/2021.

107. Si veda, infatti, l'art. 9, co. 1, l. n. 184/1983, come sostituito dall'art. 9 l. n. 149/2001.

108. Ufficio europeo di sostegno per l'asilo e Ministero dell'interno, *Vademecum operativo per la presa in carico e l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati*, [2021?], su *bit.ly/3EoGwwj*, p. 18, ove parimenti si raccomanda alle questure di «utilizzare il sistema SIM [Sistema informativo minori] per comunicare/registrare richiesta accertamento dell'età e per consultazione su eventuali provvedimenti di attribuzione dell'età già emessi e notificati» (ivi, p. 19).

109. Art. 19-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 142/2015.

110. Va ricordato che, in linea generale, ai sensi dell'art. 370, co. 1, c.p.p., il pubblico ministero può delegare il compimento di atti alla polizia giudiziaria, ma pur sempre con un «atto formale di delega, contenente l'espressa indicazione degli adempimenti delegati ed i limiti di tale delega» (Cass. pen., sez. II, sent. n. 38619/2007); non si vede perché gli esami socio-sanitari debbano sfuggire a questa condizione, per cui anche in tale frangente «la delega orale equivale a carenza di delega» (Cass. pen., sez. II, sent. n. 38619/2007); in questo senso, si veda C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17*, in questa *Rivista*, n. 2.2017, p. 14; in senso contrario, si veda, invece, I. Del Vecchio, *L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali*, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, a cura di L. Corazza *et al.*, Napoli, ESI, 2018, p. 130.

111. Art. 19-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 142/2015.

accompagnato avesse la facoltà di sottrarvisi[112]. Ciò risulta, invece, oggi espressamente consentito[113], con la duplice conseguenza, in tal caso, che l'accertamento dell'età del presunto minore dovrà avvenire su basi esclusivamente documentali e che, come già previsto nella disciplina previgente (*supra*, § 2), in caso di permanenza di dubbi sulla minore età «questa si presume ad ogni effetto di legge»[114].

Quanto agli esami socio-sanitari propriamente detti, essi devono svolgersi in un «ambiente idoneo con un approccio multidisciplinare da professionisti adeguatamente formati e, ove necessario, in presenza di un mediatore culturale, utilizzando modalità meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità fisica e psichica della persona»[115]. La relazione finale che ne consegue deve sempre indicare, a pena di inutilizzabilità[116], il «margine di errore»[117], proprio al fine di sostanziare la presunzione di minore età in caso di dubbio persistente.

Sulla scorta di tale relazione è l'autorità giudiziaria ad emettere il «provvedimento di attribuzione dell'età»[118]. In questo caso, però, dopo un iniziale silenzio normativo gravido di

112. Tale affermazione tiene ovviamente conto della disciplina in tema di riconoscimento della protezione internazionale dei minori stranieri non accompagnati, nella quale, a mente dell'art. 19, co. 2 e 3, d.lgs. n. 25/2008, si fa riferimento, rispettivamente, al «consenso» degli stessi e alla circostanza che «il rifiuto, da parte del minore, di sottoporsi alla visita medica, non costituisce motivo di impedimento all'accoglimento della domanda, né all'adozione della decisione»; infatti, è da ritenersi che le modalità di accertamento dell'età recate nelle predette disposizioni abbiano un carattere meramente endoprocedimentale e che, conseguentemente, esse non incidano sull'eventuale obbligo in quanto tale per il presunto minore di sottoporsi agli esami socio-sanitari.

113. In senso contrario, ma senza particolari svolgimenti, si veda, invece, T. Bruno, *I minori stranieri non accompagnati*, Piacenza, La Tribuna, 2017, p. 35; un discorso diverso potrebbe essere svolto, *cum grano salis*, nei riguardi dei minori stranieri non accompagnati infradodicenni incapaci di discernimento (*supra*, § 2), qualora il rifiuto di sottoporsi agli esami socio-sanitari fosse contrario al loro interesse, come rimarcato da R. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit. nt. 98, p. 725.

114. Art. 19-*bis*, co. 8, d.lgs. n. 142/2015.

115. Art. 19-*bis*, co. 6, d.lgs. n. 142/2015; è oltremodo ridondante, alla luce di quanto stabilito *ex professo* all'art. 32, co. 2, Cost., la previsione ivi recata che «non devono essere eseguiti esami socio-sanitari che possano compromettere lo stato psico-fisico della persona».

116. Si veda, infatti, Cass., sez. I, sent. n. 5936/2020; nonché, in termini, Cons. St., sez. III, sent. n. 3668/2021.

117. Art. 19-*bis*, co. 7, d.lgs. n. 142/2015; come già rilevato da Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali - Consiglio superiore di sanità, sez. II, par. 25.2.2009, all. 3, su *bit.ly/3A1FFjD*, p. 22, la variabilità che si traduce in errore dipende da «*imprecisione*, nella valutazione del grado di maturazione scheletrica, e *incertezza*, nella stima dell'età anagrafica» (L. Benso e S. Milani, *Perché l'uso forense dell'età biologica è inappropriato*, cit. nt. 12, p. 52): per così dire, la prima attiene all'esaminatore e la seconda all'esaminato e quest'ultima, a sua volta, può dipendere dall'assenza di comparazione svolta sulla base di dati omogenei (ad esempio, tra presunti minori con diversi stili di vita e/o appartenenti a diverse etnie), oppure dalla difficoltà di riportare su un piano generale situazioni particolari (ad esempio, in ragione di particolari patologie di cui è affetto il presunto minore), come peraltro si è già anticipato (*supra*, § 1); sulla rilevanza di questa «zona grigia», si veda specialmente T. Guarnier, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, a cura di M.C. De Cicco e A. Latino, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 278 (virgolette nell'originale).

118. Art. 19-*bis*, co. 9, d.lgs. n. 142/2015.

incertezze[119] e diversamente da quanto già stabilito nella disciplina relativa ai minori non accompagnati vittime di tratta (*supra*, § 2), il giudice competente è il Tribunale per i minorenni[120], destinato a diventare (la sezione distrettuale de) il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie[121]. Nuovamente, il relativo provvedimento può essere oggetto di reclamo, da proporsi con ricorso alla Corte d'appello, ai sensi e per gli effetti dell'art. 739, co. 1, c.p.c.[122], nonché, in futuro, dell'art. 1, co. 24, lett. *q*), l. n. 206/2021. Il presunto minore è considerato tale fino alla relativa decisione[123] e può avvalersi del patrocinio a spese dello Stato[124].

4. Un terzo tempo: le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati alla luce del Protocollo multidisciplinare del 2020

Nelle more dell'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri evocato all'art. 19-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 142/2015, sino ad oggi non ancora avvenuta (*supra*, § 3), la Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali è intervenuta il 9.7.2020 con un accordo, adottato ai sensi e per gli effetti dell'art. 9, co. 2, lett. *c*), l. n. 281/1997, recante in allegato un Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati. Tale accordo succede anzitutto a un precedente Protocollo per l'identificazione e l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età di minori stranieri non accompagnati, approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel 2016[125]. Esso, da un punto di vista formale, si inserisce in un ambito competenziale nel quale, «in linea di principio, è riconosciuta la possibilità di interventi legislativi delle Regioni e delle Province autonome con riguardo al fenomeno dell'immigrazione, in relazione ad ambiti materiali – dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla salute all'abitazione – attribuiti alla competenza concorrente e residuale delle Regioni»[126] e si caratterizza come uno di quei «molteplici atti amministrativi che, pur non

119. Sul punto, si veda, in termini particolarmente severi, C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17*, cit. nt. 110, pp. 18 ss.

120. Si veda l'art. 19-*bis*, co. 9, d.lgs. n. 142/2015, come modificato con l'art. 2, co. 1, lett. *c*), n. 2, d.lgs. n. 220/2017.

121. Si veda, infatti, l'art. 1, co. 24, lett. *a*) e *b*), l. n. 206/2021.

122. Si veda, ancora, l'art. 19-*bis*, co. 9, d.lgs. n. 142/2015.

123. Così l'art. 19-*bis*, co. 9, d.lgs. n. 142/2015.

124. Si veda, in questo senso, l'art. 76, co. 4-*quater*, d.p.r. n. 115/2002, come modificato con l'art. 16 l. n. 47/2017.

125. Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Protocollo per l'identificazione e l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età di minori stranieri non accompagnati*, [2016], su *bit.ly/3wS0MUO*, p. 1 ss.

126. Così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 194/2019; per una panoramica sulla giurisprudenza costituzionale precedente, si veda, se si vuole, M. Benvenuti, *Dieci anni di giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione e di diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea*, in *Questione giustizia*, 2014, fasc. III, p. 82 ss.

essendo annoverati formalmente tra le *fonti di diritto pubblico*, si occultano negli interstizi di queste assumendone le sembianze»[127]. Al contempo, da un punto di vista materiale, esso muove dalla rilevazione di una «forte variabilità territoriale e regionale»[128] e, conseguentemente, ambisce a «definire, per la parte sanitaria, anche al fine di evitare disomogeneità, una procedura univoca a livello nazionale per l'accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta e dei minori stranieri non accompagnati»[129].

Il precitato Protocollo del 2020, in primo luogo, individua i componenti dell'«équipe multidisciplinare e multiprofessionale»[130] incaricati di svolgere gli esami socio-sanitari vòlti all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati. Si tratta, nella specie, di cinque diverse figure professionali, due delle quali, a loro volta, per quanto ben diverse, sono individuate come potenzialmente fungibili: *a*) un «pediatra, con competenze auxologiche»; *b*) uno «psicologo dell'età evolutiva»[131]; oppure, in alternativa[132], *c*) un «neuropsichiatra infantile»; *d*) un «mediatore culturale»; *e*) un «assistente sociale»[133]. Tutti, ad eccezione del mediatore culturale, devono essere in servizio presso il Servizio sanitario nazionale e l'assistente sociale può esserlo anche presso l'ente locale[134].

Ciascuno di tali professionisti è presente nelle «tre fasi successive e progressive ad invasività incrementale»[135] in cui si dipanano gli esami socio-sanitari in questione. In primo luogo, l'assistente sociale, coadiuvato, «ove necessario», dal mediatore culturale, conduce un «colloquio sociale... volto a comprendere la storia e la biografia personale, familiare e sociale del minore nonché gli elementi significativi evinti dall'ascolto in relazione alla

127. I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2016, p. 94.

128. Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali, acc. n. 37/2020, su *bit.ly/3cfgTCf*, p. 3.

129. Ivi, p. 1; in effetti, in un'analisi di poco precedente si è rilevato che «le strutture sanitarie utilizzano i metodi più vari e più opinabili: alcune strutture sanitarie utilizzano la semplice valutazione della radiografia al polso, limitandosi a dare un responso netto di compatibilità o meno con la minore età, in maniera del tutto non scientifica; altre strutture danno un referto abbastanza definitivo, valutando semplicemente la struttura dentaria, valutando lo sviluppo sessuale o altro. Ognuno incontra una procedura diversa e ciò che consegue a questa diversità è che il risultato è totalmente schizofrenico: ogni ragazzo potrebbe o meno essere riconosciuto minore in maniera del tutto arbitraria. Ciò si ripercuote su una gamma di garanzie molto ampia, che può essergli riconosciuta oppure negata a seconda – sostanzialmente – del caso» (S. Fachile, *Procedura di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati e problematiche nella situazione di Roma*, in *Viaggio nel mondo dei minori stranieri non accompagnati*, a cura di A. Anzaldi e T. Guarnier, Roma, Fondazione Basso, 2014, vol. I, pp. 108-109).

130. Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali, acc. n. 37/2020, all. 1, su *bit.ly/3cfgTCf*, p. 2.

131. *Ibidem*.

132. Infatti, il neuropsichiatra infantile interviene «in presenza di eventuali elementi psicopatologici» (ivi, p. 3) e, al contempo, può richiedere l'intervento dello psicologo dell'età evolutiva (si veda *ibidem*).

133. Ivi, p. 2.

134. Si veda *ibidem*.

135. Ivi, p. 1; l'incrementalità attiene anche al fatto che, «ove all'esito di ciascuna fase o stadio della procedura emergano elementi certi circa la minore età, non si procede ad accertamenti successivi» (*ibidem*).

percezione dei bisogni e alla attivazione delle risorse personali e ambientali»[136], secondo una traccia allegata allo stesso Protocollo[137]. A beneficio degli operanti si prospettano assai utilmente i rischi di «rielaborazione, ripetizione e contaminazione» circa la narrazione del proprio vissuto da parte del presunto minore e si sollecita l'utilizzazione di «contenuti o elementi già raccolti da altri attori nelle precedenti fasi dell'accoglienza»[138].

In secondo luogo, lo psicologo dell'età evolutiva e/o il neuropsichiatra infantile, nonché il mediatore culturale, effettuano una «valutazione psicologica/neuropsichiatrica»[139], sulla scorta di un colloquio finalizzato a «valutare le capacità del soggetto di farsi comprendere dall'interlocutore e altre competenze quali la capacità di ragionamento astratto e di previsione delle conseguenze dei propri comportamenti», nonché «il grado di maturazione psicologica e la sua coerenza con le dichiarazioni rese dal presunto minore in sede di identificazione circa la propria età»[140]. Nel medesimo Protocollo si riconosce correttamente che «non [son]o al momento disponibili test specifici per determinare il livello di maturazione psicologica del presunto minore»[141] e che, di conseguenza, il predetto colloquio dev'essere svolto «con una modalità di raccolta di dati standardizzata, attraverso un'intervista semistrutturata, al fine di ridurre la variabilità data dal giudizio soggettivo dell'operatore e massimizzare la collaborazione del soggetto in esame»[142]. A tal fine, vengono individuati «diversi strumenti [che] possono conferire validità scientifica ad una perizia inerente un accertamento di minore età: testo di livello, questionari di *assessment*, registrazione delle attività peritali, indagini pediatriche e scolastiche»; e si individuano parimenti quali tecniche l'«ACL - Adjective Check List (dalla versione italiana di Gough List)», il «Modified Mini Mental Scale for cognitive functions in children - Jain and Passi 2005, MMSE (test neuropsichiatrico)» e il «Mental State Examination, MSE (test psicologico)»[143]. Infine, lo psicologo dell'età evolutiva e/o il neuropsichiatra infantile sono anche incaricati di «valut[are] e segnal[are] al pediatra eventuali condizioni che sconsiglino... la valutazione morfologica dello sviluppo puberale»[144]; ma così si è già traguardato alla fase successiva.

In terzo luogo, il pediatra con competenze auxologiche[145] svolge una «visita pediatrica-auxologica... comprende[nte] la rilevazione di tutti quei parametri utili a fornire indicazioni

136. Ivi, p. 2.
137. Ivi, modello A, p. 2 ss.
138. Ivi, modello A, p. 1.
139. Ivi, p. 2.
140. Ivi, p. 3.
141. Ivi, p. 2.
142. Ivi, p. 3.
143. Ivi, modello A, p. 6.
144. Ivi, p. 3.
145. Nel modello A dell'all. 1 del Protocollo in esame si qualifica anche come «importante la presenza di un mediatore culturale o, in sua assenza, di un traduttore» (ivi, modello A, p. 7); il punto era stato oggetto di controversia nel corso del

sull'età (misurazioni antropometriche, valutazione del grado di maturazione corporea generale e dello sviluppo puberale, identificazione degli eventuali disturbi dello sviluppo)»[146]. In particolare, dopo avere effettuato l'anamnesi del presunto minore, questi compie tanto una «valutazione auxologica», nella quale «è bene [*sic*] fare riferimento a curve di crescita internazionali»[147], quanto una «visita puberale»[148], le quali si distinguono, per quel che qui più rileva, per il fatto che nella prima il presunto minore mantiene su di sé la «biancheria intima»[149] e nella seconda no. Per questa ragione, tale ultima visita ha sollevato in numerose sedi istituzionali forti manifestazioni di contrarietà[150], ma resta, allo stato, uno degli esami socio-sanitari a cui l'ordinamento italiano consente che il presunto minore si sottoponga. In ogni caso, in ragione dell'incidenza sulla sfera più intima della persona, non v'è chi non veda come quest'ultima visita impone plurime cautele, a partire da quelle che, come si è detto, possono originare dalla valutazione psicologica/neuropsichiatrica, e deve svolgersi rigorosamente nel «rispetto del suo genere e sesso, cultura e religione e della sua integrità fisica e psichica»[151]. Da ultimo (ma non per ultimo), in caso di perduranti dubbi sull'età, è possibile svolgere esami radiologici, ma solo «come *extrema ratio*»[152], in linea con la disciplina generale in materia di protezione contro i pericoli derivanti dall'esposizione alle radiazioni ionizzanti[153], e con la duplice avvertenza, riportata nel Protocollo qui osservato,

---

dibattito parlamentare sulla "futura" l. n. 47/2017, allorquando da parte del Sottosegretario di Stato all'interno D. Manzione si era discutibilmente paventato che la presenza del mediatore culturale nel corso dello svolgimento degli esami socio-sanitari avrebbe potuto essere percepita, da parte degli altri professionisti coinvolti, come un'«interferenza nel loro lavoro» (D. Manzione, in XVII legislatura, Camera dei deputati, Commissione I, sed. del 5.10.2016, su *bit.ly/31Uknsi*, p. 27); peraltro, anche ad avviso di S. Zampa, in XVII legislatura, Camera dei deputati, Commissione I, sed. dell'11.10.2016, su *bit.ly/3dIhRHU*, p. 56, «una presenza obbligatoria del mediatore culturale potrebbe nuocere al corretto svolgimento della procedura, dal momento che esso verrebbe a configurarsi come una vera e propria controparte, con il rischio di penalizzare le operazioni svolte dagli altri operatori competenti, soprattutto nella fase dell'accertamento socio sanitario».

146. Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali, acc. n. 37/2020, all. 1, su *bit.ly/3cfgTCf*, modello A, p. 7.

147. *Ibidem*; in particolare, «per la valutazione della statura, del peso e di altri eventuali parametri auxometrici è bene fare riferimento a curve di crescita internazionali, nell'ordine: WHO/OMS, Tanner (popolazione inglese), eventualmente integrandole con quelle nazionali italiane di Cacciari e... quelle riguardanti la nazione di origine» (*ibidem*).

148. *Ibidem*.

149. *Ibidem*.

150. Si veda, con particolare nettezza, Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, II ed., Lussemburgo, Unione europea, 2018, p. 35, ad avviso del quale «per la valutazione dell'età non dovrebbe essere utilizzato alcun metodo che richieda la nudità o l'esame dei genitali come osservazione della maturità sessuale»; nonché, nei medesimi termini, Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, ris. n. 2195/2017; Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *I movimenti dei minori stranieri non accompagnati alle frontiere settentrionali*, [2019], su *bit.ly/3FBx1LR*, p. 50.

151. Conferenza unificata Stato-Regioni e Stato-città e autonomie locali, acc. n. 37/2020, all. 1, su *bit.ly/3cfgTCf*, p. 3.

152. Ivi, modello A, p. 7.

153. In particolare, a norma dell'art. 1, co. 3, d.lgs. n. 101/2020, «il sistema di radioprotezione si basa sui principi di giustificazione, ottimizzazione e limitazione delle dosi».

che «la valutazione dell'età ossea fornisce un giudizio (in anni) sulla maturazione scheletrica che non necessariamente corrisponde all'età anagrafica», tanto da precisarsi che «nel 95% dei casi l'errore è di più o meno 2 anni, ma nel 5% può essere superiore a questo valore»[154].

Terminati i predetti esami socio-sanitari, ciascun professionista svolge una valutazione prima individuale, secondo gli schemi riportati nel modello A dell'all. 1 del Protocollo summenzionato, e poi collegiale, la quale viene indi trasfusa all'interno di una «relazione multidisciplinare finale»[155], posto che la multidisciplinarietà sul piano sostanziale e la collegialità su quello procedimentale sono, in tutta evidenza, come le due facce della stessa medaglia. Di particolare rilievo, a dimostrazione dell'ineliminabile notevole incertezza dell'esito degli esami socio-sanitari vòlti all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati e, conseguentemente, del rifiuto di qualunque logica dell'*aut aut*, è la previsione non di due, ma di tre possibili conclusioni e, segnatamente, che: *a*) «i dati raccolti e i dati oggettivi suggeriscono la minore età dell'individuo, nello specifico l'età attribuitagli è di ... ± ... anni»; oppure *b*) «i dati raccolti e i dati oggettivi sono incerti e si presume che l'età sia approssimativamente di ... ± ... anni»; oppure ancora *c*) «l'individuo è molto difficilmente di età inferiore ai 18 anni; nello specifico l'età attribuitagli è di ... ± ... anni»[156]. È sempre richiesta, in ogni caso, una motivazione a corredo dell'esito degli esami socio-sanitari effettivamente svolti[157].

Infine, secondo quanto previsto nello stesso Protocollo, tali esami hanno inizio entro tre giorni dalla disposizione della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni[158]. Essi si concludono con la predetta relazione «preferibilmente entro dieci giorni e comunque non oltre venti giorni»[159], coprendo, anche in questo caso (*supra*, § 2), un orizzonte temporale previsto di circa un mese.

5. Conclusioni

Il Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati del 2020 risulta un documento di indubbio valore sul piano sia sostanziale che procedimentale, dunque tanto per l'approccio metodologico proposto, pieno di circospezione e ricco di riferimenti alle migliori pratiche mediche attualmente in essere[160], quanto per la

154. *Ibidem*.
155. *Ibidem*.
156. Ivi, modello B, p. 1.
157. Ivi, modello B, p. 2.
158. Si veda ivi, p. 4.
159. *Ibidem*.
160. Tanto da prevedersi che «il protocollo multidisciplinare di accertamento dell'età v[enga] aggiornato periodicamente alla luce delle nuove evidenze scientifiche» (ivi, p. 5).

postura effettivamente multidisciplinare, suscettibile di coinvolgere plurime figure professionali e, conseguentemente, di combinare diverse forme di sapere scientifico. Sotto il primo profilo, nel predetto Protocollo si segnala e si apprezza la scarsa considerazione per gli esami radiologici, non tanto per la loro incidenza sulla salute di chi vi viene sottoposto[161], quanto per la loro oltremodo incerta attendibilità (*supra*, § 1). Si tratta di un mutamento di prospettiva di rilievo, se solo si considera che tali esami erano considerati, fino a qualche anno prima, «tra i numerosi metodi utilizzati, quelli più consolidati»[162]. In particolare, la «radiografia del distretto polso-mano» svolta tramite il c.d. metodo Greulich-Pyle[163] o, meglio, tramite il c.d. metodo Tanner-Whitehouse III (*supra*, § 1), è stata per lungo tempo ritenuta la «metodica più attendibile... rispetto ad altre non invasive»[164] e risulta tutt'oggi nella prassi quella più frequentemente utilizzata, «per rapidità o forse per un implicito riflesso neo-positivista che trascura del tutto l'apporto delle discipline sociali e psicologiche che il secolo scorso ha consolidato, ma che sembra tuttora non recepito dalle prassi burocratiche»[165]. Anche la giurisprudenza, da parte sua, ha ripetutamente asseverato il «tranquillizzante grado di sicurezza»[166] che, in termini di efficacia, avrebbe caratterizzato tale esame, inaugurando un orientamento seguìto fino a tempi assai recenti[167], ma oggi non più incontroverso [168] , giusta l'adozione di una procedura ormai asseritamente multidisciplinare, la quale impone ai pubblici poteri a vario titolo coinvolti nell'accertamento

161. Secondo il Consiglio superiore di sanità, «l'esame radiologico del distretto polso-mano presenta in concreto rischi estremamente limitati», in quanto «la dose efficace mediamente prevista [è] pari a circa 0,01 mSv, vale a dire quella che si assorbe con la semplice esposizione naturale al sole nell'arco temporale di circa 1,5 giorni» (Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali - Consiglio superiore di sanità, sez. II, par. 25.2.2009, su *bit.ly/3A1FFjD*, p. 5); coerentemente con tali assunti, l'art. 169, co. 1, lett. *c*), d.lgs. n. 101/2020 prevede, tra le «pratiche implicanti l'esposizione intenzionale a radiazioni ionizzanti di persone con metodiche per immagini a scopo non medico mediante attrezzature medico-radiologiche», le «tecniche diagnostiche ai fini della determinazione della minore età, eseguite presso strutture sanitarie pubbliche possibilmente dotate di reparti pediatrici, su richiesta dell'autorità giudiziaria»; sull'assenza di un pericolo per la salute di chi viene sottoposto ad esami radiologici, si veda anche Cass. pen., sez. IV, sent. n. 6284/2006.

162. Ivi, p. 2.

163. Tale metodo era stato utilizzato, ad esempio, nei casi oggetto di una (mera) misura provvisoria della Corte EDU, ric. 5797/17, 18.1.2017, *Camara e Darboe c. Italia* e Corte EDU, ric. 16030/17, 28.2.2017, *Dansu e al. c. Italia*; sul punto, si veda, per tutti, E. Rozzi, *L'accertamento dell'età e l'accoglienza dei minori non accompagnati all'esame della Corte Edu*, in *Minori giustizia*, 2017, fasc. III, p. 220 ss.

164. Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali - Consiglio superiore di sanità, sez. II, par. 25.2.2009, su *bit.ly/3A1FFjD*, p. 6.

165. Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2020*, [2020], su *bit.ly/3AYCyIS*, p. 95.

166. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 18336/2003.

167. Si vedano, in particolare, Cass. pen., sez. IV, sent. n. 22052/2018; Cass. pen., sez. V, sent. n. 22067/2020.

168. «L'accertamento dell'età dello straniero ha avuto luogo mediante semplici esami radiologici, la cui astratta attendibilità non può considerarsi sufficiente a sopperire alla mancanza delle garanzie assicurate dall'osservanza della prescritta procedura, prime fra tutte quelle informative e partecipative, nonché dalla prevista facoltà di contestare in sede giudiziaria i relativi risultati» (Cass., sez. VI, sent. n. 32340/2019); sull'insufficienza di un unico esame, si veda Cass., sez. I, sent. n. 5936/2020; nonché, in termini, Cons. St., sez. III, sent. n. 3668/2021.

dell'età dei minori stranieri non accompagnati una complessiva rimeditazione delle loro prassi in materia.

In realtà, tali repentini mutamenti di segno sul piano medico, prima (e più) che su quello giuridico, ben lungi dal tranquillizzare, lasciano negli osservatori un certo senso di smarrimento, se non di vera e propria inquietudine, e riverberano nella pratica quotidiana, amministrativa e giudiziaria, quel che a livello sovranazionale è stato espresso chiaramente e senza infingimenti: «per ora, non esiste un metodo di valutazione dell'età in grado di fornire risultati precisi sull'età anagrafica della persona»[169], ivi compreso, naturalmente, il minore straniero non accompagnato. Ma, se così è, si è tornati al punto di partenza: a ciò che il diritto pretende e la medicina non consente (*supra*, § 1), con la conseguenza, scientificamente prima (e più) che giuridicamente fondata, di doversi arrestare ogni qualvolta la soglia del ragionevole dubbio non possa dirsi compiutamente oltrepassata.

In una sentenza seminale adottata esattamente quarant'anni fa [170], la Corte costituzionale ha enucleato dall'art. 30, co. 1 e 2, Cost. una «posizione preferenziale riconosciuta alla situazione soggettiva del minore», la quale richiama i pubblici poteri ad una costante e, per ciò stesso, inesausta «ricerca della soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"»[171]. Anche la questione qui affrontata delle modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati sollecita lo stesso impegno, forti della duplice consapevolezza, per quanto si è detto, che «la minore età non è un dato di natura, ma una determinazione legislativa»[172], ma, ad un tempo, che il suo accertamento passa, nella sola misura del possibile, dal necessario contemperamento tra le opposte e alterne istanze di certezza (del diritto) e di prudenza (della medicina).

169. Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, *Guida pratica dell'EASO sulla valutazione dell'età*, cit. nt. 150, p. 36.

170. Tanto da essere ricordata da E. Lamarque, *Prima i bambini*, cit. nt. 25, p. 16, come la decisione che «delinea il principio costituzionale dei *best interests of the child* secondo l'*Italian style*».

171. Corte cost., sent. n. 11/1981.

172. P. Morozzo della Rocca, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit. nt. 85, p. 161.

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

LA GIURISDIZIONE IN ALTO MARE: TRA UNIVERSALITÀ TENTATA E TERRITORIALITÀ CONSUMATA. (COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. I, 2 LUGLIO 2021, N. 31652)

di Francesca Curi

Abstract: *Con la sentenza in commento la Cassazione afferma la giurisdizione del giudice penale italiano per i reati di cui all'art. 12, co. 1 e seguenti, TUI, ovvero favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e per omicidio volontario plurimo, di cui all'art. 575 c.p., avvenuti in alto mare. Il presupposto normativo è costituito dall'art. 7, co. 1, n. 5, del codice penale, al quale si riconosce natura «autoapplicativa», così come alla Convezione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale. Tuttavia, non manca il richiamo anche all'art. 6 c.p., là dove si qualificano le condotte come «correlate» a reati commessi sul territorio italiano.*

Abstract: *With the sentence in question, the Supreme Court affirms the jurisdiction of the Italian criminal judge for the offenses described in Article 12, co. 1 and following, TUI, i.e. aiding and abetting illegal immigration, and for multiple voluntary homicide, as codified in art. 575 of the Criminal Code, which took place in high sea. The regulatory premise is constituted by Article 7, first paragraph, no. 5, of the Criminal Code, which is recognized as «self-applying», as well as the UN Convention in Palermo against transnational organized crime. However, there is also a reference to Article 6 of the Criminal Code, where the conduct is qualified as «related» to crimes committed on Italian territory.*

© 2017-2022 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA GIURISDIZIONE IN ALTO MARE: TRA UNIVERSALITÀ TENTATA E TERRITORIALITÀ CONSUMATA. (COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. I, 2 LUGLIO 2021, N. 31652)

di Francesca Curi*

SOMMARIO: 1. Il fatto storico. — 2. La Cassazione sulla questione di giurisdizione. — 3. La "rotta maestra". — 4. Uno "scarrocciamento" sull'asse giurisprudenziale. — 5. Lo stato di necessità, in una «moderna società di diritto»....

1. Il fatto storico

Una tragica vicenda, giudicata recentemente dalla Cassazione, offre lo spunto per alcune brevi considerazioni sull'ambito spaziale di applicazione della legge penale. I fatti si sono svolti nel braccio di mare tra la Libia e l'Italia, in quelle acque internazionali nelle quali l'autorità marittima libica ha competenza per le operazioni di soccorso (zona SAR, search and rescue).

Ad agosto 2015, un barcone di legno di 13 metri, privo di bandiera e dotazioni di sicurezza, carico di più di trecento persone, si è trovato in evidenti condizioni di difficoltà avendo incominciato ad imbarcare acqua. Giunta una segnalazione al Comando della squadra navale della Marina militare italiana, in servizio di controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo, viene disposto l'intervento di soccorso. Tratti in salvo i naufraghi, i militari italiani rinvengono nella stiva del barcone quarantanove corpi senza vita. Il natante affonda poco dopo il soccorso.

Dai racconti dei sopravvissuti emerge che un gruppo di trafficanti libici, armati, aveva ordinato ai migranti di carnagione scura di salire per primi sul barcone e li aveva collocati a forza nella stiva dove, secondo le testimonianze, ne erano stati ammassati circa un centinaio. Quello spazio, alto soltanto un metro e venti e situato accanto al vano motore, era invaso dai fumi di combustione e dai miasmi del carburante ed era areato da tre piccoli boccaporti, che non consentivano neppure il passaggio di un uomo, sicuramente del tutto insufficienti a fare passare l'aria e la luce necessarie alla sopravvivenza.

La ricostruzione compiuta dai giudici del merito delinea una responsabilità in capo ad otto persone, qualificate come membri dell'equipaggio perché – sempre in base alle testimonianze dei naufraghi – risultavano essere già presenti a bordo dell'imbarcazione al

* Professoressa associata di diritto penale presso l'Università di Bologna.

loro arrivo. I giudici di primo e secondo grado hanno ritenuto che gli otto imputati avessero contribuito a condurre il natante dalle coste libiche verso quelle italiane, mantenendo l'ordine durante la traversata, impedendo che i passeggeri ammassati nella stiva potessero risalire sul ponte e che gli altri si muovessero dai posti loro assegnati alla partenza. Hanno altresì escluso che gli stessi siano stati preventivamente reclutati dall'organizzazione criminale, risultando più plausibile un loro coinvolgimento nella imminenza della partenza. I libici, facilmente identificabili, in quanto armati e vestiti con giacche militari, avevano effettuato il trasferimento di tutti i migranti dalla spiaggia all'imbarcazione, facendo uso di alcuni gommoni.

La sentenza di primo grado, confermata in appello, assegna una responsabilità per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in capo agli otto migranti, etichettati come «equipaggio», in concorso con i membri dell'organizzazione criminale libica che avevano preparato il viaggio e curato il trasporto dei migranti in spiaggia e il successivo trasferimento a bordo del barcone. Gli otto condannati, a giudizio della Corte d'Assise e della Corte d'Assise d'appello di Catania, hanno compiuto atti diretti a procurare l'ingresso di cittadini stranieri in territorio italiano, integrando la fattispecie di cui all'art. 12, co. 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, con le contestate circostanze aggravanti (co. 3, lettere a) e b); co. 3-*bis* e co. 3-*ter*).

Inoltre, per le quarantanove morti accertate nella stiva, avvenute per asfissia da confinamento, i giudici di merito hanno ravvisato una volontà omicida, connotata da dolo eventuale, dovuto alla previsione e accettazione del rischio che le persone, ammassate in quello spazio «infernale», sarebbero morte[1].

2. La Cassazione sulla questione di giurisdizione

La prima sezione della Corte di cassazione, con la decisione n. 31.652 del luglio 2021, ha respinto tutti i ricorsi presentati dalle difese degli imputati, ritenendoli infondati.

Merita uno sguardo più attento la motivazione che ha respinto la questione di giurisdizione, sollevata eccependo che un giudice italiano possa giudicare reati avvenuti all'estero, per mano di stranieri, ai danni di vittime straniere. La Corte, pur differenziando tra le due fattispecie di reato contestate – da un lato, il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, co. 1 e seguenti, TUI; dall'altro, il delitto

1. Sebbene l'ingresso clandestino attraverso le frontiere terrestri, sia con i Paesi appartenenti allo spazio Schengen sia con quelli ancora ad esso estranei, rimanga il canale di accesso al territorio nazionale più praticabile e prevalente dal punto di vista statistico, gli attraversamenti non autorizzati delle frontiere marittime costituisce una strategia ininterrottamente praticata: P. Monzini, F. Pastore, G. Sciortino, *L'Italia promessa. Geopolitica e dinamiche organizzative del traffico di migranti verso l'Italia*, in Centro Studi di Politica Internazionale, Working Papers 9/2004, *passim*.

di omicidio volontario, di cui all'art. 575 c.p. – ha respinto l'eccezione, seguendo un percorso argomentativo sostanzialmente coincidente.

Riguardo alla prima contestazione si è ritenuto che non vi sia alcun dubbio sulla giurisdizione italiana anche nel caso in cui il trasporto di migranti, a bordo di un'imbarcazione priva di bandiera, sia stato intercettato in acque extraterritoriali, ma successivamente nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati l'ingresso e lo sbarco dei migranti, sebbene siano avvenuti grazie all'intervento dei soccorritori. Si dice, invocando alcuni precedenti conformi, che l'evento di questo reato è «un esito previsto e voluto a causa delle condizioni del natante, dell'eccessivo carico e delle condizioni del mare».

Si aggiunge che il perno normativo che rende «incondizionatamente punibile la condotta commessa in "alto mare" (...) quando l'approdo sia occasionalmente individuato dal soccorso prestato in ambito SAR (search and rescue)» è rappresentato dall'art. 7, co. 1, n. 5, del codice penale. In esso si prevede la perseguibilità di reati per i quali speciali disposizioni di legge o *Convenzioni internazionali* stabiliscano l'applicabilità della legge italiana. È così che trova appropriata applicazione – sempre ad avviso della Corte – il III Protocollo Addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, firmata a Palermo il 15 novembre 2000. L'art. 6 prevede espressamente l'obbligo di incriminazione degli atti intenzionali, commessi al fine di ottenere un vantaggio dal «traffico di migranti», come definito all'art. 3, nonché «quando l'atto è commesso al fine di permettere il traffico di migranti». Inoltre, con immediata forza precettiva, essendo intervenuta la ratifica ed esecuzione della Convenzione e degli annessi Protocolli (con legge 16 marzo 2006, n. 146), all'art. 4 si stabilisce la loro applicazione «alla prevenzione, alle attività di indagine e *al perseguimento*» di tali reati.

Anche per quanto concerne il reato di omicidio, commesso a bordo dell'imbarcazione sovraccarica, si afferma la giurisdizione italiana, questa volta facendo leva sull'art. 2 della Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, che richiede la commissione di un "reato grave", per il quale sia prevista una comminatoria edittale di pena non inferiore a quattro anni. L'omicidio di cui all'art. 575 c.p., prevedendo il minimo a 21 anni di reclusione, assegna inequivocabilmente la giurisdizione all'Italia.

3. La "rotta maestra"

La decisione della Cassazione in esame, pur assecondando un orientamento giurisprudenziale largamente consolidato, si distingue per aver ampliato l'area di influenza del diritto penale italiano in modo tale da meritare un approfondimento.

Bisogna innanzitutto partire dal dato normativo rinvenibile all'interno del codice penale, nel quale viene disciplinato, per primo in ordine di apparizione, il principio di territorialità. All'art. 6 c.p., rubricato «Reati commessi nel territorio dello Stato», si fissano le regole per

l'esercizio della giurisdizione penale italiana[2]. È così che, per poter rivendicare la pretesa punitiva da parte dello Stato italiano, si stabilisce che la condotta – attiva od omissiva – debba essere commessa anche solo in parte sul territorio nazionale, oppure che l'evento debba realizzarsi entro i confini nazionali. Il vincolo della giurisdizione al suolo italiano viene tuttavia ampliato già dal legislatore del 1930, che non riesce a dissimulare una strisciante propensione per l'opposta opzione universalistica, che affiora palesemente già nelle norme immediatamente successive. All'articolo 7 c.p., così come all'articolo 8 c.p., che si occupa del reato politico, e nei successivi articoli 9 e 10, dove si introducono deroghe alla territorialità tali da assegnare molti dei reati commessi all'estero alla giurisdizione italiana.

In particolare, l'art. 7, n. 5, c.p. prevede che anche i reati commessi interamente all'estero, da cittadini italiani o da stranieri, siano giudicati in Italia, purché speciali disposizioni di legge o Convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana[3].

Fino alla pronuncia in commento, riguardo all'assegnazione della giurisdizione al giudice italiano in caso di procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extra-comunitari, l'orientamento giurisprudenziale dominante aveva fatto leva sull'art. 6 c.p., dotandolo di una particolare estensione applicativa, che si rendeva possibile grazie all'utilizzo della figura dell'autore mediato. Si era così agganciata la condotta dei trafficanti che abbandonano i migranti in acque internazionali, su natanti inadeguati, all'intervento reso obbligato dei soccorritori in acque nazionali[4]. È del febbraio di quest'anno una pronuncia della Cassazione che afferma la copertura scriminante della condotta posta in essere dai soccorritori, «in quanto conseguente allo stato di pericolo volutamente provocato dai trafficanti»[5]. In questa decisione si afferma ancora che la loro operazione «si lega, senza soluzione di continuità, al primo segmento della condotta commessa in acque extraterritoriali, venendo così a ricadere nella previsione dell'art. 6 c.p.»[6].

Il salto alla disciplina universalistica, contenuta nell'art. 7, n. 5, c.p., sembra compiersi qualche mese più tardi, con la decisione in commento. Le cautele nel ravvisare un autentico

2. S. Aprile, *Art.6 – Reati commessi nel territorio dello Stato*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G.L. Gatta, Ipsoa, Wolters Kluwer, 2021, p. 214 ss.

3. S. Aprile, *Art.7 – Reati commessi all'estero*, in *Codice penale commentato*, cit. p. 224 ss.

4. «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere scusata ai sensi dell'art. 54 c.p., co. 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»: Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, p. 6. Sulle diverse critiche che si possono appuntare a questo indirizzo giurisprudenziale, molto chiaramente: C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista* n. 2.2020, p. 203 ss.

5. Cass. pen., sez. I, 10.2.2021, n. 15084 che annovera diversi precedenti tra i quali: Cass. pen., sez. I, 8.4.2015, n. 20503.

6. Cass. pen., sez. IV, 8.3.2018, n. 14709.

cambio di passo sono dovute alla scelta, quantomeno incongruente, di chiosare la motivazione richiamando anche la regola di cui all'art. 6 c.p. L'adesione più nominale che reale ad un principio di universalità si palesa proprio nel momento in cui non viene compiuto risolutamente l'affrancamento da un criterio di assegnazione della giurisdizione su base meramente territoriale.

I giudici di legittimità, nel caso in esame, muovono innanzitutto affermando la legittimazione di una estensione della giurisdizione partendo dall'art. 23 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958, nonché dall'art. 111 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, nelle quali viene riconosciuto alle autorità dello Stato rivierasco il diritto di inseguire la nave straniera sospettata di aver violato le leggi o i regolamenti dello stesso Stato, anche oltre i limiti del mare territoriale o della zona contigua. Si tratta di dati normativi che normalmente vengono richiamati quando l'operazione di inseguimento è iniziata nella zona di mare italiana ed è proseguita, senza soluzione di continuità, sino alle acque internazionali[7]. Sebbene la vicenda oggetto di questo giudizio, abbia avuto uno sviluppo storico diverso, l'argomentazione ha attraversato anche queste norme, ma ciò che rileva è la filigrana ancora saldamente rappresentata dall'art. 6 c.p., nel momento in cui si richiede un collegamento tra la nave straniera e l'ambito territoriale sottoposto alla giurisdizione italiana, tale da poter legittimare l'estensione della potestà punitiva anche a fatti commessi in acque non territoriali.

A luglio di quest'anno (nella sentenza che si annota), il Supremo Collegio sembra voler compiere un balzo significativo, applicando la legge penale italiana a stranieri che hanno commesso alcuni reati in territorio estero, grazie al combinato disposto tra una Convenzione e la disciplina contenuta nel numero 5 dell'art. 7 c.p. La questione è se si tratti di un autentico cambio di prospettiva, nella direzione di una più audace universalità, o se invece gattopardescamente «...tutto resti come prima», confermandosi il principio di territorialità sotto mentite spoglie. Sulla scelta tra le due ipotesi aleggia l'esigenza di un rigoroso rispetto del principio di legalità.

4. Uno "scarrocciamento" sull'asse giurisprudenziale

Per mettere a fuoco i contorni reali della decisione in esame bisogna volgere lo sguardo verso un'altra vicenda che, pur riguardando un profilo criminoso diverso dal reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, insiste sul tema della giurisdizione italiana. Un anno prima della pronuncia in commento, riguardo ad un'imputazione per traffico

7. Cass. pen., sez. V, 12.9.2019, n. 48250.

internazionale di armi (nella specie: importazione esportazione e transito di materiali di armamento), la Cassazione ha escluso la giurisdizione italiana[8].

Sebbene anche in questo caso la Convezione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale ricopra incontrovertibilmente un ruolo centrale, i giudici di legittimità non l'hanno ritenuta applicabile, per il tramite dell'art. 7, n. 5 c.p. Punto di partenza del ragionamento degli ermellini è stata la presa d'atto della natura «non autonomamente regolativa» del testo contenuto nell'art. 7, co. 1 n. 5 c.p., considerata norma di chiusura che contiene esclusivamente un rinvio a «speciali disposizioni di legge» o a «Convenzioni internazionali» nel cui ambito sia prevista in modo espresso la deroga al generale principio di sovranità territoriale.

A giudizio della Cassazione, il semplice ordine di esecuzione, di cui all'art. 2 della legge di ratifica della Convenzione, la n. 146 del 2006 («piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione e ai Protocolli»), in assenza di disposizioni regolatrici interne in tema di giurisdizione, è stato ritenuto insufficiente a considerare l'art. 15, par. 4 della Convenzione[9], quale norma con forza precettiva per il sistema giuridico italiano[10]. D'altro canto, non può neppure essere considerata norma auto-applicativa, non configurando obblighi ma facoltà, che quindi necessitano di un adempimento intermedio.

Quella che può apparire come una presa di posizione diametralmente opposta alla successiva decisione del luglio 2021 in realtà non si discosta sostanzialmente. Le differenze si affievoliscono grandemente, fino quasi ad annullare il divario apparente tra i due arresti giurisprudenziali, quando i giudici del 2020 affermano che «l'attribuzione della giurisdizione italiana va tuttavia ritenuta sussistente ai sensi dell'art. 10 c.p.».

Nel 2020 viene posta una opportuna enfasi sulla necessità di un ligio ossequio al principio di legalità, che impone – in tema di giurisdizione sui reati commessi all'estero – di escludere la giurisdizione del giudice italiano riguardo ai reati commessi dallo straniero in danno di straniero e interamente consumati nel territorio di uno Stato estero, qualora ci si trovi «in assenza di un fondamento normativo, anche di diritto internazionale, idoneo a derogare al principio di territorialità». In altri termini, si può accedere ad una dimensione universalistica del diritto penale italiano solo nella misura in cui essa sia suffragata dalla previsione espressa di leggi speciali o Convenzioni internazionali. Diversamente si correrebbe il rischio di dare alla legge italiana un'estensione applicativa che oltrepassa i limiti imposti dalla legge, quando solo il legislatore può sancire il delicato bilanciamento tra

8. Cass. pen., sez. I, 17.6.2020, n. 19762.

9. «Ogni Stato Parte può altresì adottare le misure necessarie per determinare la sua giurisdizione in relazione ai reati di cui alla presente Convenzione quando il presunto autore si trova sul suo territorio e non lo estrada».

10. Cass. pen., sez. I, 17.6.2020, n. 19762, p. 11; D. Mandrioli, *Oltre i limiti territoriali: l'esercizio della giurisdizione penale italiana sul traffico di armi nel Mar Mediterraneo*, in *Dir. mar.*, 2020, p. 354 ss.

la protezione di alcuni interessi fondamentali a discapito di altri, non meno meritevoli di protezione.

Mentre risulta pienamente condivisibile l'ossequio al principio di legalità, nella forma del vincolo alla riserva di legge e tassatività, appare meno conseguenziale il passaggio successivo, contenuto sempre nella motivazione del 2020. L'abbrivio verso una dimensione universale del diritto penale italiano, correttamente ancorata al requisito di legalità, si interrompe bruscamente, torcendosi verso una più consueta chiave di lettura territoriale della giurisdizione italiana, ai sensi dell'art. 10, co. 2, c.p.[11], consentendo di continuare a coltivare sotto mentite spoglie le inesprimibili velleità universalistiche. In un'ottica puramente di scopo, l'esito finale è sostanzialmente il medesimo, poiché si ottiene per altra via l'assegnazione al giudice italiano di una vicenda avvenuta in alto mare. Ma il punto di frattura avviene proprio sulla linea del principio di legalità, che per l'art. 7 c.p. rappresenta un baluardo imprescindibile, mentre nelle evenienze descritte all'art. 10, co. 2, c.p. è consentita l'acquisizione alla giurisdizione italiana di crimini avvenuti all'estero, anche sorvolando su uno o più requisiti[12].

Nella decisione del 2021 i giudici hanno imboccato una strada opposta, affermando sin dall'inizio la piena operatività dell'art. 7, n. 5, c.p., non ritenendo di ravvisare limitazioni dovute a difetti riguardo alla sua natura autoapplicativa, così come per le Convenzione internazionali invocate. A pagina 24 della motivazione si afferma testualmente: «Le condizioni per l'applicazione della legge penale italiana sono, dunque, previste dalla clausola generale, che il legislatore attribuisce all'art. 7 c.p., e della chiara individuazione dei criteri di collegamento introdotti per estendere il potere giurisdizionale dello Stato italiano da parte delle Convenzioni internazionali cui lo Stato ha aderito»[13]. Poco più avanti si afferma la natura direttamente applicabile della Convenzione di Palermo perché dotata di tutti gli elementi necessari a descrivere le condizioni di estensione della giurisdizione dello Stato, che – se parliamo dell'Italia – dispone già di una norma cornice in grado di fornire piena copertura normativa alla previsione convenzionale, nella quale si trovano esplicitati in modo

11. Secondo il quale è necessario che il delitto sia stato commesso ai danni delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero e sempre che: 1) l'autore si trovi nel territorio dello Stato; 2) si tratti di delitto per il quale è prevista la pena dell'ergastolo, ovvero la reclusione nel minimo non inferiore a tre anni; 3) l'estradizione dell'autore non sia stata concessa.

12. Il nodo riguarda l'estradizione. La Cassazione (nel caso *Tartoussi*) ha omesso di trattare esplicitamente questo requisito, dandolo per acquisito: D. Mandrioli, *Oltre i limiti territoriali*, cit., p. 361.

13. Tale assunto si esplicita in quelle pronunce nelle quali si fa riferimento alle indicazioni promananti dalle Convenzioni internazionali che impegnano l'Italia a combattere e reprimere i *delicta juris gentium*: Cass. pen., I sez., 14.9.2015, n. 43696 (omicidio plurimo eseguito nei confronti di militari italiani, impegnati in una missione di monitoraggio internazionale); Cass. pen., sez. I, 9.5.2018, n. 24975 (esecuzione di tre volontari italiani della Croce Rossa in missione umanitaria in Bosnia-Erzegovina).

chiaro e univoco i criteri di collegamento utili a determinare la giurisdizione dello Stato Parte[14].

Nonostante questa netta scelta di campo, i giudici non hanno tuttavia mancato di spostare l'accento sulla verificazione di «gravi e dirette conseguenze in Italia dei fatti contestati» (con riferimento in particolare alla contestazione dell'art. 12, co. 1, TUI). Ancora una volta, la "ciambella di salvataggio" di una più domestica imputazione *ex* art. 6 c.p., sebbene ampliata con espedienti non rigorosamente ermeneutici, sembra costituire un'imprescindibile rassicurazione per la giurisprudenza che si trova a navigare tra l'ordinamento interno e quelli stranieri.

Si attenua la pretesa di una rigida osservanza del principio di legalità a fronte di condotte che, prive di una copertura normativa sovranazionale direttamente efficace nel nostro ordinamento e consumate all'estero, siano tuttavia «correlate» a reati commessi sul territorio italiano. In altri termini, i vincoli sulla diretta efficacia delle disposizioni convenzionali sfumano quando i fatti siano «inseriti in una progressione finalistica coinvolgente lo Stato italiano».

Non sembra siano ancora maturi i tempi per abbandonare il rassicurante vincolo alla territorialità, sebbene ci si trovi di fronte a forme di aggressione di beni giuridici di rilevante caratura, se non addirittura della vita umana. Anziché operare forzature sul crinale della legalità, sarebbe importante iniziare a riprogettare quegli istituti giuridici che affondano le proprie radici in un periodo storico assai diverso. Nel 1930, epoca di entrata in vigore del codice penale, l'ampio universalismo riconosciuto all'efficacia spaziale della legge penale, lungi dall'essere espressione di quell'umanitarismo universale dei giorni nostri, altro non era che un modo per affermare l'autoritarismo delle esigenze di tutela proprie dello Stato[15].

Il profilo autenticamente transnazionale dei fenomeni delittuosi riguardanti il traffico di migranti sembra suggerire un ripensamento del concetto di giurisdizione penale e dei relativi criteri di validità della legge penale nello spazio, tale da garantire – sulla falsariga di quanto accade nell'ambito del diritto internazionale – la tutela dei diritti umani delle persone. Frazionare le singole condotte nello spazio significa, inoltre, negare una tutela ove non sia

14. È quanto mai opportuna la sottolineatura che mette in evidenza come nell'impostazione del Protocollo ONU, il migrante *smuggled* figura come un mero "oggetto" dell'altrui condotta, con la conseguenza che è in radice esclusa ogni possibilità di considerarlo responsabile del fatto di *smuggling*, come viene espressamente sancito dall'art. 5 («Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of» smuggling): A. Spena, *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal facilitators package al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo: un cambio di passo per la mobilità delle persone in Europa?*, a cura di V. Militello, M. Savino, E. Cavasino, A. Spena, 30 giugno 2021, in *Giustizia Insieme*, www.giustiziainsieme.it.

15. F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (15 settembre 2011); A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale internazionale"*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 79.

possibile configurare alcun organo dotato di giurisdizione e capace di esercitare la potestà punitiva ad essa connessa[16]. Non si può pensare di affrontare e risolvere i fenomeni di globalizzazione del crimine in base ad un approccio repressivo esclusivamente autarchico e nazionalistico, essendo ormai imprescindibile l'individuazione di soluzioni condivise a livello interstatuale[17].

Certamente il sistema di misure, adottate e recentissimamente implementate a livello europeo, per contrastare il fenomeno del traffico di migranti, può rappresentare un ausilio concreto ed efficacemente operativo, anche in un'ottica di armonizzazione dei numerosi formanti giuridici[18], che entrano in relazione. Si tratta di misure che oltre a rafforzare ulteriormente la cooperazione, si concentrano sul potenziamento dell'*intelligence*, che è strategica per intercettare le informazioni sulla continua evoluzione del *modus operandi* dei trafficanti di uomini[19]. D'altro canto, questo rinnovato impegno europeo oltre ad alcuni profili di sicuro impatto, non riesce a superare alcuni limiti per altro già presenti in passato[20].

5. Lo stato di necessità, in una «moderna società di diritto»....

La sostanziale ritrosia a passare ad una più scoperta universalità del diritto penale italiano deve essere infine combinata con l'ultimo passaggio argomentativo della sentenza, con il quale si respingono i motivi di ricorso che la difesa degli imputati ha avanzato, invocando l'applicazione dello stato di necessità a fronte dell'addebito per gli omicidi plurimi. I giudici romani hanno escluso la possibilità di applicare l'art. 54 c.p., poiché non hanno

16. S. Orlando, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (25 maggio 2018), p. 146. L'autore propone di pensare ad un ampliamento della giurisdizione universale, esercitata dall'International Criminal Court (ICC). Tuttavia, allo stato attuale l'ostacolo più rilevante si appunta sulla specifica natura del reato di traffico di migranti. Il diritto internazionale penale che istituisce una giurisdizione universale «non dentro gli Stati» ma «contro gli Stati» appare fondata su una stretta interpretazione del principio di legalità-tassatività dei crimini, che – a partire dal Trattato di Roma – ha imposto una precisa elencazione e definizione dei reati perseguibili internazionalmente: con la conseguenza che se, da un lato, ad esempio, il reato di tratta di esseri umani può trovare "cittadinanza" nell'International Criminal Law attraverso l'art. 7 del Trattato di Roma; dall'altro lato, la natura e il tipo di reato di traffico di migranti, per quanto per certi versi sovrapponibile alla tratta, non sembra ammissibile per il rilievo, ad esempio, che sono gli stessi migranti a prestare il proprio consenso al loro trasporto (Id., *Problemi di giurisdizione*, cit., p. 156).

17. A. Centonze, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori illegali*, Milano, Giuffré, 2020, p. 26.

18. V. Militello, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di V. Militello – A. Spena – A. Mangiaracina – L. Siracusa, Torino, Giappichelli, 2020, p. 13.

19. G. Licastro, *Traffico di migranti: una rapida e mirata rassegna sul corposo «insieme completo e operativo di misure» approvate di recente per fronteggiare il fenomeno*, in *Ind. pen.*, n. 2.2019, p. 213 ss.

20. Tra quelli legati alla nuova versione del patto non si può non annoverare la problematica gestione della mole ingente di informazioni che il piano d'azione porta con sé: G. Licastro, *L'adozione del nuovo piano d'azione (UE) di contrasto al traffico di migranti (2021-2025) e l'incidenza del regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione di Eurosur*, in *Ind. pen.* n. 3.2021, p. 838.

ravvisato nella condotta degli otto imputati né una condizione oggettiva di stato di necessità, né un profilo soggettivo di inesigibilità[21].

Sin dai due gradi di merito, le difese avevano provato a far leva sull'estrema precarietà delle condizioni di viaggio, nelle quali si trovavano tutti gli occupanti dell'imbarcazione, compresi quindi anche gli imputati, e sulla necessità di mantenere l'ordine a bordo per garantire la sopravvivenza di tutti. Inoltre, ai fini di un esonero dalla responsabilità per omicidio plurimo, si sottolinea la completa estraneità degli imputati alla scelta di collocare i migranti nella stiva e alla totale assenza di qualsivoglia loro contributo nella definizione e organizzazione del viaggio.

Ciò non di meno, le sentenze di primo e secondo grado hanno escluso l'applicabilità della scriminante, qualificando gli imputati come equipaggio, ritenendo che avessero condiviso l'organizzazione del trasporto e quindi la creazione di quelle condizioni di estrema precarietà del viaggio per mare, che aveva generato la nota situazione di pericolo. A nulla rileva che l'assegnazione del compito di guidare l'imbarcazione sia avvenuta da parte dei militari libici contestualmente alla partenza, cioè senza che vi sia stata alcuna preventiva compartecipazione nella progettazione del programma criminoso.

La Cassazione, premettendo che il punto sulla questione relativa alla causazione della condizione di pericolo ha natura di fatto e come tale non affrontabile in sede di legittimità, ha assunto che tutto l'equipaggio, quindi anche gli imputati, aveva aderito «ad una condotta criminosa collettiva con la piena consapevolezza dell'altissima probabilità di morte per i migranti collocati nella stiva ed accettazione del verificarsi di essa in quanto "costo" connesso alla condotta voluta di trasporto di migranti via mare, in quelle terrificanti condizioni»[22].

Gli ermellini hanno respinto seccamente la possibilità di invocare il brocardo *mors tua vita mea* ad una «moderna società di diritto, basata sul rispetto della persona umana e, comunque, contrastante con le previsioni in tema di legittima difesa e stato di necessità che richiedono la non volontaria causazione dello stato di pericolo, dell'origine (...)».

Si argomenta che sarebbe stato preciso dovere degli imputati – avvedutisi sin dall'imbarco dell'esistenza di condizioni di concreto pericolo per la vita umana degli uomini e delle donne affidati alla loro responsabilità, quale gruppo di comando del natante –

21. Di segno completamente diverso, rispetto all'invocazione che dello stato di necessità si è fino ad ora fatto, riguardo alle vicende del soccorso in mare. Per un sintetico inquadramento dei meccanismi scriminanti a fronte del cosiddetto «reato di solidarietà», sia consentito il rinvio a: F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, con Prefazione di M. Savino, Torino, Giappichelli 2021, p. 162 ss.

22. P. 35 della motivazione. Sul fenomeno dello *smuggling*: V. Mitsilegas, *I fondamenti normativi dell'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Analisi delle problematiche linee di confine tra diritto europeo e diritto internazionale*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, cit., p. 166 ss.

rifiutarsi di condurre l'imbarcazione, oppure adottare tutte le necessarie misure per salvaguardare la vita dei trasportati.

A margine di queste affermazioni sia possibile esprimere quantomeno il dubbio sulla correttezza dei ruoli assegnati dalla Cassazione agli imputati, oltre che sull'opportuno inserimento nell'alveo di una moderna società di diritto di quell'area geopolitica così fortemente instabile e conflittuale come è la Libia[23]. Si tratta di un contesto privo di un'univoca identità nazionale e sguarnito di un diffuso, condiviso e maturo – in una parola democratico – *humus* culturale[24]. Salvo affidarsi a manichee asserzioni di principio, non si riesce a cogliere quel "grado di civiltà" che dovrebbe costituire il livello minimo di garanzia per esprime opzioni di comportamento alternative[25]. Sorge il poco sereno dubbio su quale sia la base oggettivamente incontrovertibile che ha consentito di affermare che sulle coste libiche, al momento della partenza da luoghi che gli stessi organi internazionali hanno definito dei lager[26], vi fossero le condizioni per esercitare liberamente il diritto di sottrarsi a modalità violentemente ricattatorie, queste sì esercitate con l'ausilio di armi da fuoco.

In base alla ricostruzione dei fatti, i giudici romani hanno ritenuto che gli imputati abbiano assunto il controllo sull'imbarcazione, impartendo ordini perentori e violenti nei confronti degli occupanti, anche brandendo bottiglie di plastica, che talvolta usavano per percuotere i riottosi. Da qui il loro coinvolgimento come autori di entrambe le fattispecie

23. S. Brzuszkiewicz, *Libia. Un paese senza Stato: il tribalismo come opportunità*, in *Equilibri, Rivista per lo sviluppo sostenibile* n. 3.2015, pp. 515-532.

24. «A questo punto, la mancata previsione di controlli reali della legalità di quanto accade sul terreno rinforza il sospetto che, essendo unico interesse della parte italiana la sicurizzazione e lo spostamento delle frontiere fuori dal territorio dello Stato, appaltando attività, che nei confini dell'Unione europea sarebbero considerate illegali e lesive dei diritti più elementari delle persone, a entità e autorità extraterritoriali, lontane e fuori dalla portata degli occhi dell'opinione pubblica europea, delle agenzie di controllo, della stampa investigativa, le politiche di esternalizzazione dei confini europei, gli accordi di riammissione e le intese di polizia siano diventati gli strumenti coi quali l'UE e *in primis* l'Italia fanno compiere altrove atti qui vietati e sanzionati dalle leggi comunitarie e dalle nostre, talché parrebbe che la tortura e i trattamenti inumani e degradanti siano praticati sui migranti in funzione dissuasoria dall'intraprendere la migrazione verso l'Europa» (R. Settembre, *Tortura oltre i confini*, in *Studi sulla questione criminale* n. 2.2018, p. 118).

25. È senz'altro pleonastico ricordare che la Libia non ha ratificato neppure le Convenzioni più basilari in materia di asilo e di rispetto dei diritti umani, inoltre contro migranti e profughi si praticano gravissime violazioni e brutalità estreme, compresi omicidi e stupri, anche ai danni di bambini: sia nei pressi dei check-point, non poche volte da parte di uomini in divisa; sia nei Centri di detenzione, alcuni dei quali gestiti dalle milizie (si veda il rapporto dell'Unicef, *Deadly Journey for Children. The Central Mediterranean Migration Route*, febbraio 2017, https://www.unicef.de/blob/135970/6178f12582223da-6980ee1974a772c14/a-deadl-journey-for-children---unicef-report-data.pdf).

26. Il 4 ottobre 2021 la missione di inchiesta indipendente sulla Libia delle Nazioni Unite ha denunciato la commissione di crimini di guerra e crimini contro l'umanità da parte del Paese nordafricano, a partire dal 2016. Ci sono ragionevoli motivi per credere che in Libia siano stati commessi crimini di guerra, mentre la violenza perpetrata nelle carceri e contro i migranti può equivalere a quella che prevede crimini contro l'umanità: https://www.onuitalia.com/2021/10/04/libia-34/. Vi erano già stati inequivoci segnali: A. Pasquero, *La Comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 51 ss.; M. Delli Santi, *Il Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa sulle politiche migratorie. Rilievi politici e giuridici*, in questa *Rivista*, n. 2.2021, p. 219 ss.

contestate. Sembra lecito chiedersi se davvero le urla e qualche percossa siano in grado di qualificare chi le esercita come compartecipe nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e omicidio plurimo. Chiunque, seppure privo di una particolare esperienza di navigazione, non può sottovalutare l'importanza in mare aperto del rispetto di una ferrea gerarchia e della necessità di garantire la maggiore stabilità possibile anche mediante ordini perentori.

I giudici di legittimità non hanno receduto neppure di fronte al dato storico inequivocabilmente assodato dell'avvenuto affondamento della precaria imbarcazione subito dopo i soccorsi. È poco verosimile che perfino il criminale più incallito e privo di scrupoli possa mettere a repentaglio la propria vita, rinunciando ad accumulare profitti esponenziali, per accompagnare nel viaggio quella "merce umana", che ha già saldato il proprio debito per il tragitto.

Il rischio, nell'assecondare questo tipo di percorso argomentativo, è quello di assumere un approccio schematicamente riduttivo nella ricostruzione di dinamiche che si esprimono secondo articolazioni molto più complesse. L'esito convergente di molti studi afferenti a discipline diverse, tra le quali – solo a titolo meramente esemplificativo – l'antropologia culturale, la geografia economia, la geopolitica e perfino la demografia, mette in evidenza il fallimento della strategia di criminalizzante di ciò che si presenta come un fenomeno inarrestabile, ovvero il processo migratorio. Un singolo viaggio frutta circa tremila dollari e se l'imbarcazione viene stipata all'inverosimile, ben oltre ogni limite di capienza e di sicurezza, raggiungendo il numero di 200 passeggeri, l'operazione frutterà all'organizzazione criminale non meno di 600.000 dollari. Portando il carico a trecento persone, come nel caso giudicato, il guadagno salirà a 900.000 dollari (escluso il costo trascurabile del barcone). Provando solo per ipotesi a calcolare l'utilizzo di queste stesse cifre per un'immigrazione legale, considerando quindi che i migranti possano liberamente recarsi in Italia, o in qualunque altro Stato in Europa, con mezzi di trasporto regolari (traghetti; aerei, ecc.), ne conseguirebbe la cessazione dell'odioso traffico di esseri umani, che provoca vittime e alimenta un vasto sistema criminale.

«Lo scafista è solo la punta dell'iceberg. A volte, lui stesso è un migrante che si ripaga il viaggio mettendo a frutto presunte doti di skipper. A volte è un piccolo criminale, altre un medio delinquente. Dietro di lui c'è un network globale che lucra sulla necessità di spostamento delle persone, spostamento che non può avvenire legalmente»[27].

Non riconoscere il ruolo di vittima a chi si trova a ricevere l'incarico di condurre l'imbarcazione verso le coste italiane con un passaggio di consegne estemporaneo e senza che vi sia alcun tornaconto economico, salvo quello di riuscire a portare anche sé stessi verso

27. G. Musumeci – A. di Nicola, *Confessioni di un trafficante di uomini*, Milano, Chiarelettere 2014.

la "terra promessa", ma con il rischio concreto di fallire nell'impresa e soccombere nell'ennesimo naufragio, può significare la prosecuzione di un ulteriore forma di prevaricazione disumanizzante. La lotta per la sopravvivenza degli ultimi può assumere forme inusuali[28], spetta al giudice l'arduo compito di trovare i necessari strumenti tecnico-giuridici per decifrare – nel quadro d'insieme – questa realtà inedita e composita.

28. Una pratica che sta progressivamente diffondendosi proprio a causa del contenimento dell'immigrazione irregolare, attraverso il paradigma della securitizzazione dei confini, combinato con il processo di criminalizzazione dell'immigrazione irregolare, è quella di accrescere l'offerta di servizi alternativi per il trasporto dei migranti, alimentando di fatto la diffusione dei cosiddetti sbarchi fantasma: V. Punzo – A. Scaglione, *Effetti perversi e politiche migratorie: il caso degli sbarchi fantasma*, in *Meridiana, Rivista di storia e scienze sociali*, 99, 3, 2020, p. 160.

RASSEGNE

MARCO BALBONI, CARMELO DANISI

Rassegna di giurisprudenza europea: Corte europea dei diritti umani[1]

Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Il caso *M.D. e altri c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 14.09.2021) riunisce diversi ricorsi presentati da cittadini siriani nei cui confronti era stato adottato un ordine di allontanamento per violazione delle norme in materia di immigrazione, essendo rimasti sul territorio russo oltre il termine previsto dai loro rispettivi visti. Nonostante i ricorrenti avessero avanzato specifiche circostanze personali per lamentare l'eventuale violazione dei diritti protetti dagli articoli 2 e 3 Cedu in caso di allontanamento in Siria, ad avviso dei giudici interni non sussistevano rischi diversi da quelli cui era esposta tutta la popolazione siriana per via dei conflitti in corso. Anche le richieste di protezione internazionale venivano rigettate. Dopo aver radiato dal ruolo i ricorsi di tre ricorrenti, in un caso per il riconoscimento dell'asilo in un altro Stato europeo e per mancanza di contatti con il proprio avvocato negli altri, la Corte Edu osserva come lo Stato convenuto fosse in possesso di sufficienti elementi per valutare i rischi per la vita e l'integrità fisica cui sarebbero potuti essere esposti i ricorrenti in Siria. Infatti, se è vero che i loro resoconti personali risultavano poco dettagliati, in ragione anche degli ostacoli posti a una loro piena partecipazione ai procedimenti interni come, in qualche caso, l'indisponibilità di interpreti, erano disponibili vari rapporti internazionali sulla situazione di violenza in Siria all'epoca dei fatti (ad es. UNHCR, 3 novembre 2017, doc. HCR/PC/SYR/17/01). Ciononostante, come nota la Corte Edu, nessuna valutazione della situazione personale dei ricorrenti era stata compiuta (Corte Edu, 10.10.2019, *O.D. c. Bulgaria*, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020; 14.02.2017, *S.K. c. Russia*, in questa *Rivista*, XIX, 2, 2017; 15.10.2015, *L.M. e altri c. Russia*, in questa *Rivista*, XVII, 3-4, 2015, p. 178). Fornendo essa stessa una valutazione dell'attuale situazione in Siria alla luce dei rapporti internazionali più recenti (ad es. UNHCR, 7 maggio 2020, *Country of Origin Note: Participation in Anti-Government Protests; Draft Evasion; Issuance and Application of Partial Amnesty Decrees; Residency in (Formerly) Opposition-Held Areas; Issuance of Passports Abroad; Return and 'Settling One's Status'*), la Corte Edu ha riscontrato un'intensificazione delle violenze in ogni area del Paese e un continuo ricorso a tortura e sparizioni forzate anche nei confronti di coloro che rientrano dall'estero in ragione di una loro supposta opposizione al governo. I ricorrenti, tutti giovani uomini, non solo sarebbero esposti a tali rischi se allontanati ma, con molta probabilità, verrebbero forzatamente reclutati come combattenti con gravi conseguenze in caso di rifiuto. Per queste ragioni, appare dunque evidente alla Corte Edu che l'eventuale allontanamento dei ricorrenti in Siria darebbe origine a una violazione degli articoli 2 e 3 Cedu. Inoltre, nel caso di due ricorrenti che, inizialmente detenuti in vista del loro allontanamento, erano rimasti in stato di trattenimento anche quando il loro rientro in Siria risultava chiaramente impossibile e senza

aver accesso a un mezzo attraverso cui lamentare l'irregolarità di tale detenzione, vi è stata anche una violazione dell'art. 5, par. 1 e 4, Cedu (diritto alla sicurezza e alla libertà personale).
Nel caso *M.H. e altri c. Croazia* (Corte Edu, sentenza del 18.11.2021) quattordici cittadini afghani, tutti membri di una famiglia composta da padre, le sue due mogli e undici figli, lamentavano numerose violazioni della Cedu in seguito alla morte di una delle figlie avvenuta, nel 2017, lungo la linea ferroviaria al confine tra Croazia e Serbia in occasione di un respingimento informale dal territorio croato e in ragione del trattenimento subito, qualche mese dopo, all'ingresso nello Stato convenuto. Le indagini sulla morte della minore, avviate dalle autorità croate dopo l'azione penale intentata nei confronti dei tre agenti di polizia che li avrebbero respinti, mettevano in luce le contraddizioni nelle versioni fornite dai ricorrenti e, sulla base delle informazioni raccolte dagli agenti accusati, escludevano qualsiasi loro responsabilità. La Corte costituzionale, adita dai ricorrenti, riteneva che le indagini compiute fossero state effettive e conformi all'art. 2 Cedu, letto sotto il profilo procedurale. Qualche mese dopo l'accaduto, i ricorrenti venivano fermati durante un ulteriore tentativo di ingresso in Croazia. Avendo chiesto protezione internazionale, venivano trasferiti in un centro di trattenimento per migranti, ove rimanevano per oltre due mesi. Per le autorità croate, tale trattenimento era necessario per verificare l'identità dei ricorrenti e per evitare il rischio di fuga. Sia i giudici amministrativi sia la Corte costituzionale, chiamati a pronunciarsi tra l'altro sulle condizioni materiali del centro in cui i ricorrenti erano ospitati, ritenevano legittimo e sostanzialmente adeguato il trattenimento loro riservato non sollevando, come precisava la Corte costituzionale, violazioni della Cedu. Mentre le loro richieste di asilo venivano rigettate, una volta trasferiti in una struttura aperta i ricorrenti riuscivano infine a scappare in Slovenia. Dopo aver ritenuto importante valutare il caso ai sensi dell'art. 37 Cedu per le questioni sollevate indipendentemente dalla mancanza di aggiornamenti sulla situazione attuale dei ricorrenti, la Corte Edu esamina la lamentata violazione dell'art. 2 Cedu (diritto alla vita), letto sotto il profilo procedurale. A tal fine, la Corte ha innanzitutto ritenuto utile confermare *motu proprio* l'applicazione *ratione loci* della Convenzione. Infatti, anche se la morte del minore è avvenuta in territorio serbo, incombono sullo Stato convenuto gli obblighi procedurali ai sensi dell'art. 2 Cedu, al fine di chiarire le circostanze legate alla morte della bambina, per varie ragioni. Secondo la Corte Edu, appare rilevante non solo l'accusa mossa nei confronti della Croazia di aver causato la morte ma la sua stessa normativa interna prevedeva l'obbligo di accertare eventuali responsabilità degli agenti di polizia, senza contare poi che la stessa Corte costituzionale non aveva messo in discussione l'applicazione della Convenzione nell'ambito dei procedimenti avviati dai ricorrenti. Quanto alle modalità attraverso cui lo Stato convenuto aveva adempiuto a tali obblighi procedurali, la Corte Edu nota come dalle indagini condotte dalle autorità competenti emergano molte lacune. Oltre ad aver posto un'attenzione eccessiva sulle incoerenze tra le versioni dei ricorrenti, ragionevolmente riconducibili anche a errori di interpretariato, nessun tentativo era stato realmente compiuto per accertare i movimenti dei

ricorrenti presenti la notte della morte della piccola migrante. È significativo, ad esempio, il fatto di non aver dato seguito alle proposte della *Ombudswoman* croata, per la quale era opportuno determinare i segnali dei loro cellulari o GPS delle auto della polizia. In assenza di indagini effettive, secondo la Corte Edu vi è stata una violazione dell'art. 2 Cedu, letto sotto il profilo procedurale. Quanto alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu (divieto di tortura) in ragione delle condizioni materiali del trattenimento subito dai ricorrenti, la Corte Edu si è soffermata soprattutto sulla condizione di vulnerabilità dei ricorrenti di minore età (tra gli altri casi, Corte Edu, 7.12.2017, *S.F. e altri c. Bulgaria*, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018; 12.07.2016, *R.M. e altri c. Francia*, *A.B. e altri c. Francia*, *A.M. e altri c. Francia*, *R.K. e altri c. Francia* e *R.C. e V.C. c. Francia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017). Ciò ha comportato una distinzione tra la loro situazione da quella dei ricorrenti adulti. Rispetto ai primi, per quanto i minori fossero accompagnati e le condizioni del centro e i servizi offerti risultassero tutto sommato accettabili, per la Corte Edu la struttura appariva comunque come una prigione date le significative limitazioni della libertà di movimento, la presenza di polizia e l'assenza di personale volto a fornire supporto ludico e psicologico ai minori. Tenuto conto che il trattenimento dei minori si è protratto in tali condizioni per settimane senza che le autorità croate agissero con la dovuta celerità per porvi termine, per la Corte Edu il trattamento subito dai minori ha raggiunto la soglia di gravità prevista dall'art. 3 Cedu. Vi è stata quindi, nei loro confronti, una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti. La medesima violazione dell'art. 3 Cedu non viene, invece, riscontrata nei confronti dei ricorrenti adulti in ragione delle accettabili condizioni materiali di trattenimento. Tutti i ricorrenti hanno comunque sofferto una violazione del diritto alla libertà e sicurezza personale (art. 5 Cedu) perché la loro detenzione non poteva essere "regolare" ai sensi della Convenzione. Infatti, considerato che non si trattava di un caso di trattenimento ai fini del loro allontanamento, i ricorrenti erano stati privati della loro libertà al fine di verificare le loro identità senza, tuttavia, sondare in via preliminare la disponibilità di alternative dato il coinvolgimento di minori o effettuare tali controlli e valutare le loro domande di asilo con la dovuta celerità. Infine, per la Corte Edu i ricorrenti hanno subito anche: una violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4, Quarto Protocollo alla Cedu) poiché, in assenza di prove contrarie da parte dello Stato convenuto, il giorno della morte della minore molti dei ricorrenti erano stati respinti in Serbia senza alcun esame delle loro circostanze personali (cfr. Corte Edu, 23.7.2020, *M.K. e altri c. Polonia*, in questa *Rivista*, XXII, 3, 2020), tenendo anche conto dell'inesistenza di canali di ingresso legali in Croazia (Grande Camera, 13.02.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, in questa *Rivista*, XXII, 2, 2020); una violazione del diritto al ricorso individuale (art. 34 Cedu) in ragione dei vari ostacoli posti dalle autorità croate alle comunicazioni tra i ricorrenti e il loro avvocato, compreso l'avvio di un procedimento nei confronti di quest'ultimo per presunta falsificazione delle firme dei ricorrenti nelle iniziali procure nonostante tale accusa fosse stata chiaramente smentita dagli stessi ricorrenti.

Con il caso *Savran c. Danimarca* (Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 7.12.2021) la Grande Camera della Corte Edu si pronuncia sul ricorso di un cittadino turco che, dopo essere stato residente in Danimarca fin dall'età di sei anni, veniva condannato per fatti di violenza particolarmente gravi e infine allontanato nel suo Paese di origine. Per il ricorrente, affetto da una seria forma di schizofrenia, tale allontanamento era contrario all'art. 3 Cedu per l'indisponibilità in Turchia di cure adeguate al suo precario stato di salute. Sulla base dei principi elaborati in materia dalla Corte (Corte Edu, Grande Camera, 13.12.2016, *Paposhvili c. Belgio*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017), la Camera (Quarta sezione) aveva ritenuto sussistente il rischio di violazione della Cedu, anche alla luce del mancato ottenimento di garanzie dalle autorità turche in merito all'adeguatezza delle cure disponibili rispetto alla complessa situazione medica del sig. Savran (cfr. Corte Edu, 1.10.2019, *Savran c. Danimarca*, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020). Anche la Grande Camera ha ricordato come il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione possa derivare, in casi eccezionali, da circostanze di natura umanitaria, specie quando la privazione delle cure disponibili nel Paese ospitante sia tale da condurre la persona interessata alla morte o comunque da accelerare, in modo irreversibile, il declino del suo stato di salute (recentemente, Corte Edu, 24.6.2021, *Khachaturov c. Armenia*, in questa *Rivista*, XXIII, 3, 2021). Tuttavia, se le autorità interne sono tenute a condurre un esame approfondito delle circostanze personali e della situazione cui sarebbe esposta la persona interessata nel Paese di destinazione, la Grande Camera ha precisato come non si possa, quantomeno indirettamente, derivare dall'art. 3 Cedu un diritto all'ottenimento di uno specifico trattamento medico nel Paese di destinazione, specie quando tali cure non sono disponibili al resto della popolazione. Nel riaffermare, pertanto, una lettura tutto sommato restrittiva dello standard stabilito in materia in *Paposhvili c. Belgio* (cit., *supra*), da cui si sarebbe distanziata la Camera secondo il giudizio della Grande Camera, non si può ritenere che l'allontanamento del ricorrente in Turchia lo abbia esposto a un "grave, rapido e irreversibile" declino del suo stato di salute tale da generare intense sofferenze o, addirittura, la morte. Pertanto, nonostante le precarie condizioni mediche legate alla sua schizofrenia, la situazione del ricorrente non è tale da raggiungere il livello di serietà richiesto in questi casi per accertare una violazione dell'art. 3 Cedu. Per la Grande Camera, vi è stata invece una violazione del diritto al rispetto alla vita privata del sig. Savran (art. 8 Cedu) perché le autorità danesi, nell'applicare i criteri stabiliti nella giurisprudenza della Corte Edu per valutare la compatibilità dell'allontanamento di una persona adulta che ha vissuto gran parte della sua vita nello Stato convenuto con l'art. 8 Cedu (v. Corte Edu, Grande Camera, 18.10.2006, *Üner c. Paesi Bassi*, oltre la giurisprudenza richiamata sotto Art. 8 Cedu, *infra*), non hanno adeguatamente bilanciato gli interessi – individuali e collettivi – in gioco. Infatti, per quanto l'interferenza subita dal ricorrente nel godimento del suo diritto al rispetto per la vita privata sia prevista dalla legge e persegua uno dei fini previsti dal par. 2, art. 8 Cedu, essa non risulta necessaria in una società democratica. In particolare, i giudici interni non sembrano aver

tenuto adeguatamente conto, nel valutare la gravità dei reati commessi, la precaria salute mentale del ricorrente, i progressi compiuti dopo le violenze di cui era stato ritenuto responsabile, del legame esistente con la Danimarca e l'impossibilità di poter anche solo rientrare nello Stato convenuto per via del contestuale divieto permanente – di fatto irrevocabile – di re-ingresso.

In *D.I. c. Bulgaria* (Corte Edu, sentenza del 14.12.2021) la Corte Edu è chiamata a esaminare il ricorso di un cittadino del Kirghizistan, ove era stato condannato per frode, che temeva di subire torture o altri trattamenti contrari all'art. 3 Cedu nel caso in cui la Bulgaria avesse accolto la richiesta di estradizione avanzata dalle autorità kirghise. Tali rischi erano stati ritenuti insussistenti sia dai giudici aditi dal ricorrente nell'ambito del procedimento di estradizione, sia dalle autorità chiamate a decidere sulla sua domanda di protezione internazionale. Queste ultime notavano, in particolare, come il sig. D.I. non facesse parte di un gruppo ritenuto vulnerabile in Kirghizistan per il quale poteva sussistere un alto rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Dopo aver ricordato come occorra verificare tanto la situazione generale del Paese di destinazione quanto le circostanze specifiche della persona interessata per stabilire l'esistenza di un rischio reale di violazione dell'art. 3 Cedu (tra gli altri, Corte Edu, Grande Camera, *F.G. c. Svezia*, 23.03.2016, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017), la Corte Edu non ha riscontrato alcun elemento utile a tal fine. Infatti, da un punto di vista generale, la situazione in Kirghizistan è sostanzialmente migliorata. Oltre ad aver ratificato numerosi trattati sui diritti umani e a collaborare con gli organi delle Nazioni Unite competenti in materia, nel 2014 il Kirghizistan ha anche istituito un meccanismo nazionale di prevenzione della tortura, ai sensi del Protocollo facoltativo alla Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite, che opera in modo indipendente ed effettua visite periodiche ai detenuti. Nonostante persistano alcune denunce in senso contrario, non si può ritenere che il Kirghizistan ricorra sistematicamente alla tortura o lasci impuniti i responsabili, come confermano anche i recenti rapporti dell'Unione europea (cfr. *Rapporti annuali dell'Ue sui diritti dell'uomo e la democrazia*, 2019 e 2020). Quanto alla sua situazione personale, per la Corte Edu appare significativo che il ricorrente non sia stato condannato nel suo Paese per ragioni politiche e non vi siano indizi sufficienti per ritenere che possa essere perseguitato per la sua opposizione al vecchio regime, tenuto anche conto della situazione e del ruolo ricoperto dal padre parlamentare della nuova legislatura. Inoltre, le autorità bulgare hanno dato prova di un esame sufficientemente dettagliato del suo caso eliminando, anche in ragione delle garanzie fornite dallo Stato di destinazione, i dubbi sul rischio di un'eventuale violazione dell'art. 3 Cedu. Per tutti questi motivi, secondo la Corte Edu, l'allontanamento del sig. D.I. in Kirghizistan non darebbe origine a una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

Il caso *Aarrass c. Belgio* (Corte Edu, decisione del 30.9.2021) riguarda un ricorrente con doppia cittadinanza belga-marocchina che veniva arrestato a Melilla, su richiesta delle autorità del Marocco, per la sua presunta appartenenza a movimenti terroristici. Trasferito in Marocco, il sig. Aarrass veniva condannato a dodici anni di detenzione. In ragione delle severe condizioni di

trattenimento, il ricorrente chiedeva ripetutamente l'intervento delle autorità belghe. Con un ricorso presentato al Tribunale di Bruxelles, il ricorrente chiedeva di obbligare il Belgio a garantirgli protezione consolare o, comunque, a intraprendere azioni volte a tutelare il suo benessere psico-fisico presso le autorità marocchine. Secondo il giudice di primo grado, sulla base della Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari (cfr. art. 36), al ricorrente doveva essere assicurato un contatto con le autorità consolari belghe sul posto qualora ne avesse fatto richiesta. Nel dare seguito a tale decisione, il Belgio incontrava tuttavia una forte opposizione delle autorità marocchine in quanto non ritenevano opportuno, con la prassi seguita fino a quel momento, che venisse garantita assistenza consolare a un cittadino (anche) marocchino. Tenuto conto che la Corte di cassazione belga si pronunciava, successivamente, ritenendo inesistente un obbligo di assistenza consolare ai sensi della sopra menzionata Convenzione di Vienna, il ricorrente riusciva a rientrare in Belgio solo dopo aver scontato la sua condanna. Lamentava quindi una violazione dell'art. 3 Cedu perché lo Stato convenuto non aveva posto fine alle gravi condizioni di trattenimento riservategli dal Marocco. Dopo aver rigettato le obiezioni dello Stato convenuto sul mancato esaurimento dei ricorsi interni, la Corte Edu ha ritenuto che le autorità del Belgio non fossero rimaste passive rispetto alla situazione del ricorrente. Anzi, anche se il diritto belga non prevedeva l'assistenza consolare per individui con doppia cittadinanza e nonostante i risultati effettivamente ottenuti, lo Stato convenuto era intervenuto più volte a favore del sig. Aarrass con le autorità marocchine e, appena liberato, aveva indicato il suo rientro come prioritario nonostante le restrizioni legate alla pandemia in corso. Per queste ragioni, per la Corte Edu, il ricorso del sig. Aarrass risulta infondato e, come tale, inammissibile.

Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato

Con il caso *Zoletic e altri c. Azerbaijan* (Corte Edu, sentenza del 7.10.2021) la Corte Edu è chiamata a esaminare il ricorso di numerosi cittadini della Bosnia ed Erzegovina che lamentavano di essere stati vittime di lavoro forzato e traffico di essere umani in seguito al reclutamento, da parte della compagnia azera Serbaz, per lavori nel campo dell'edilizia con regolare contratto e buone condizioni occupazionali. Secondo la loro versione dei fatti, una volta giunti in Azerbaijan con un visto turistico, i ricorrenti venivano privati dei loro passaporti, accolti in alcuni dormitori senza servizi essenziali come acqua potabile e riscaldamento, sottoposti a lunghi turni di lavoro e puniti in caso di mancato rispetto delle regole di comportamento imposte, come il divieto di allontanamento dai dormitori dopo il lavoro. Non ricevendo il salario stabilito, tutti i ricorrenti rientravano nel loro Paese dopo circa sei mesi presentando, subito dopo, un ricorso presso il competente tribunale azero volto a ottenere le somme non corrisposte e il risarcimento dei danni subiti. In tutti i gradi di giudizio, tale ricorso veniva rigettato in ragione, tra l'altro, della mancanza di prove rispetto alle condizioni di sfruttamento denunciate. Dopo aver deciso di esaminare il caso sotto il profilo del par. 2, art. 4 Cedu (divieto di lavoro forzato), specie in relazione all'obbligo di

avviare indagini effettive per identificare e punire eventuali responsabili di lavoro forzato o traffico di essere umani (cfr. Corte Edu, 18.07.2019, *T.I. e altri c. Grecia*, in questa *Rivista*, XXI, 3, 2019), la Corte Edu ha ritenuto applicabile tale disposizione poiché i ricorrenti avevano avanzato sufficienti elementi dinanzi le autorità azere per attivare tale obbligo procedurale. A tal fine, la Corte Edu nota come gli elementi indicativi di una situazione di lavoro forzato, già piuttosto evidenti nelle denunce presentate dai ricorrenti, fossero innanzitutto confermati sia dai rapporti pubblicati nell'ambito di organizzazioni internazionali (ad es. i rapporti GRETA e ECRI) e organizzazioni non governative sia dall'avvio di procedimenti penali in Bosnia ed Erzegovina per reati connessi al traffico di essere umani a carico di soggetti legati al reclutamento di forza lavoro per la stessa compagnia Serbaz, con connesse richieste di assistenza giudiziaria alle autorità azere. Considerata la particolare situazione di vulnerabilità in cui si erano trovati i ricorrenti, quali migranti irregolari senza risorse, tali elementi non potevano essere messi in discussione in ragione del loro iniziale consenso a lavorare in Azerbaijan. Infatti, per quanto il termine lavoro forzato solitamente rimandi a casi di coercizione fisica o mentale, in tale nozione possono rientrare anche situazioni in cui un individuo ha inizialmente fornito il proprio consenso e compie il proprio lavoro sotto minacce fisiche o psicologiche. Inoltre, alla luce degli strumenti internazionali specificamente dedicati al contrasto del traffico di essere umani, per la Corte Edu i ricorrenti avevano avanzato motivi sufficienti per sospettare che si trovassero anche in una siffatta condizione. In effetti, tenendo presente la definizione di traffico di essere umani che emerge da quei trattati, i ricorrenti erano stati trasportati in Azerbaijan dopo essere stati reclutati con l'inganno ai fini di sfruttamento lavorativo. Come ha ricordato la Corte, quando una delle Parti è a conoscenza o dovrebbe ragionevolmente sospettare che un individuo sia la potenziale vittima di una violazione dell'art. 4 Cedu, essa è obbligata ad avviare indagini volte a raccogliere prove e chiarire i fatti nonché l'adozione di tutte le misure necessarie per rimuovere tale individuo da t situazione (cfr. anche 21.01.2016, *L.E. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017; 7.01.2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*). Nel caso dei ricorrenti, nonostante lo Stato convenuto fosse dotato all'epoca dei fatti di un quadro normativo adeguato per tutelare gli individui da lavoro forzato e da traffico di essere umani e non potesse ignorare la loro situazione, non ha avviato alcuna indagine volta a chiarire le circostanze da loro lamentate. Pertanto, vi è stata una violazione dell'art. 4, par. 2.

Art. 6: Diritto a un equo processo

Nel caso *Jallow c. Norvegia* (Corte Edu, sentenza del 2.12.2021) un cittadino del Gambia lamentava la violazione dell'art. 6 (diritto a un equo processo) e dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu per non aver ricevuto un visto di ingresso in Norvegia che gli avrebbe consentito di partecipare, in modo effettivo, al procedimento avviato dopo la morte della sua ex moglie relativo per determinare la responsabilità genitoriale del figlio biologico da lui mai riconosciuto. Le autorità norvegesi competenti avevano rigettato la richiesta di visto sulla base

dell'alto numero di persone che, una volta scaduti i termini di validità, non rientravano nel Paese di origine. Tale decisione veniva confermata nonostante la stessa Corte Suprema avesse, inizialmente, comunicato al Dipartimento competente per l'immigrazione la propria preferenza per una partecipazione in presenza del ricorrente. Dopo aver comunque garantito il suo coinvolgimento attraverso strumenti di videoconferenza, il procedimento si concludeva con il rigetto della richiesta del sig. Jallow volta a ottenere la responsabilità genitoriale del figlio. Esaminando il ricorso unicamente sotto il profilo dell'art. 6 Cedu, la Corte Edu ha ricordato come il diritto all'equo processo non abbia carattere assoluto e sia volto a garantire che tutte le parti di un processo abbiano le stesse possibilità di presentare effettivamente il proprio caso. Rispetto alla violazione lamentata dal sig. Jallow, occorre pertanto verificare se, a causa del mancato rilascio di un visto di ingresso, egli sia stato posto in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alle altre parti, tenendo anche conto della necessità che la responsabilità genitoriale fosse stabilita nel più breve tempo possibile alla luce del preminente interesse del minore coinvolto. Per la Corte Edu, il sig. Jallow ha potuto seguire l'intero procedimento via Skype e ha potuto comunicare senza particolari ostacoli con il suo avvocato, la cui presenza è stata assicurata durante tutte le udienze. Pertanto, non essendovi dubbi sulla possibilità del ricorrente di presentare adeguatamente le sue ragioni nonostante il mancato rilascio del visto, per la Corte Edu nel suo caso non vi è stata violazione dell'art. 6 Cedu.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

In *Abdi c. Danimarca* (Corte Edu, sentenza del 14.09.2021) un ricorrente di origine somala, che aveva vissuto in Danimarca dall'età di 4 anni, lamentava una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare a causa dell'allontanamento e del contestuale divieto di re-ingresso permanente decisi dai giudici danesi a seguito dei suoi precedenti penali, anche per droga e possesso illegale d'armi. Valutando il caso unicamente sotto il profilo della vita privata, per via del lungo soggiorno del ricorrente in Danimarca e l'assenza di una propria famiglia (tra gli altri, Corte Edu, 12.01.2021, *Khan c. Danimarca*, in questa *Rivista*, XXIII, 2, 2021), la Corte Edu nota come la misura imposta al sig. Abdi sia prevista dalla legge e persegua fini legittimi ai sensi del par. 2, art. 8 Cedu. Quanto alla sua necessità in una società democratica, per la Corte le autorità danesi dovevano avanzare ragioni particolarmente serie per giustificare l'allontanamento e il divieto di re-ingresso di una persona che, in sostanza, non ha mai vissuto nel suo Paese di origine. Secondo la Corte, nonostante la gravità dei reati commessi durante la minore età e la fattibilità di un eventuale rientro in Somalia tenuto conto della sua conoscenza della lingua e della società somala, un divieto di re-ingresso permanente rappresenta una misura eccessiva alla luce dei forti legami stabiliti dal ricorrente con la Danimarca. A tal fine, appare anche significativo che il ricorrente, una volta raggiunta la maggiore età, non aveva più posto un serio pericolo per l'ordine pubblico e che le autorità danesi non lo avevano mai ammonito prospettandogli l'adozione

di un eventuale divieto permanente. Pertanto, nel caso del sig. Abdi, per la Corte Edu vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Anche il caso *Avci c. Danimarca* (Corte Edu, sentenza del 30.11.2021) riguarda un lungo soggiornante in Danimarca che lamentava una violazione dell'art. 8 Cedu in ragione dell'allontanamento nel suo Paese di origine e del contestuale divieto di re-ingresso. Nonostante le difficoltà che il sig. Avci potesse sperimentare nel trasferirsi in Turchia, per la Suprema Corte danese tali provvedimenti erano giustificati, specie in ragione della gravità dei reati da lui commessi, inclusi il possesso e il traffico di stupefacenti. Valutando anche il caso del sig. Avci sotto il profilo della vita privata in assenza, in Danimarca, di moglie e figli o legami di dipendenza con altri familiari adulti, la Corte Edu ha preso atto dell'attento esame operato dai giudici interni alla luce della giurisprudenza rilevante in materia dell'art. 8 Cedu (ad es., Corte Edu, 14.09.2017, *Ndidi c. Regno Unito*, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018) e ha quindi concentrato il suo esame sull'esistenza di ragioni particolarmente serie per interferire in modo così significativo nella vita di una persona che ha, praticamente da sempre, vissuto legalmente nello Stato convenuto. A tal fine, nonostante la natura permanente del divieto di re-ingresso, per la maggioranza della Corte Edu i giudici interni hanno avanzato motivi sufficientemente adeguati, specie la pericolosità del ricorrente per l'ordine pubblico, e hanno applicato i criteri sviluppati dalla stessa Corte tenendo conto, ad esempio, dell'esistenza di sufficienti legami con il Paese di destinazione tali da permetterne il trasferimento (cfr. tuttavia l'opinione dissenziente dei giudici Ranzoni, Pejchal e Yüksel). Pertanto, per la Corte l'allontanamento del sig. Avci non ha dato origine a una violazione dell'art. 8 Cedu.

Nel caso *Alami c. Francia* (Corte Edu, decisione del 16.12.2021) la Corte Edu ha ritenuto inammissibile il ricorso di un cittadino marocchino, giunto in Francia all'età di 24 anni e condannato per stupro e altri reati, su cui pende un ordine di allontanamento. Secondo il sig. Alami, tale allontanamento rappresenta un'interferenza eccessiva nel godimento del suo diritto protetto dall'art. 8 Cedu, specie in relazione al rapporto con i figli che vivono in Francia. Dopo aver verificato, ai sensi del par. 2 dell'art. 8 Cedu, che la misura imposta al ricorrente sia prevista dalla legge e persegua uno dei fini legittimi in esso contemplati, la Corte Edu osserva come, sulla base dei principi enunciati nella sua giurisprudenza (cfr. Corte Edu, *Ndidi c. Regno Unito*, cit., e Grande Camera, *Üner c. Paesi Bassi*, cit.), le autorità francesi abbiano operato un giusto equilibrio tra gli interessi – individuali e collettivi – in gioco. Infatti, la proporzionalità dell'allontanamento rispetto alla gravità delle condanne subite è stata valutata tenendo conto, in particolare, del lungo periodo di soggiorno in Francia, dei limitati contatti con i figli – oramai adulti – in seguito al divorzio dalla moglie, dello scarso livello di integrazione lavorativa e sociale e del mantenimento di significativi legami con il Paese di origine. Pertanto, anche alla luce del margine di apprezzamento riconosciuto alle Parti in materia, l'allontanamento del ricorrente non

comporterebbe un'interferenza eccessiva nel godimento del suo diritto al rispetto della vita familiare, tale cioè da risultare in contrasto con l'art. 8 Cedu.

In *Melouli c.Francia* (Corte Edu, decisione del 25.11.2021) un ricorrente algerino, arrivato in Francia nel 1977 all'età di 9 anni e ivi regolarmente residente fino al 2007, lamentava una violazione dell'art. 8 Cedu causata dal rigetto della sua richiesta, presentata nel 2017, volta a regolarizzare il suo soggiorno nello Stato convenuto e dal contestuale ordine di allontanamento adottato nei suoi confronti. A suo avviso, le autorità francesi non avevano esaminato in modo adeguato la sua situazione familiare poiché la sua permanenza in Francia era indispensabile per via dei problemi di salute di alcuni membri della sua famiglia. La Corte Edu osserva, innanzitutto, come la situazione del ricorrente non possa essere valutata alla luce dei criteri stabiliti nella sua giurisprudenza per gli allontanamenti di migranti di lungo periodo (cfr. *supra*). Infatti, il sig. Melouli non aveva sufficientemente dimostrato di aver continuato a risiedere in Francia anche dopo il 2007. La sua situazione deve, invece, essere esaminata sotto il profilo di un eventuale obbligo positivo per lo Stato convenuto di ammettere il ricorrente affinché egli possa continuare la sua vita familiare in Francia (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 3.10.2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, XVI, 3-4, 2014; Grande Camera, *M.A. c. Danimarca*, 9.7.2021, in questa *Rivista*, XXIII, 3, 2021). A tal fine, la Corte Edu ricorda come i legami tra figli adulti e genitori o tra fratelli e sorelle adulti non rientrino sotto il profilo della vita familiare di cui all'art. 8 Cedu, salvo particolari relazioni di dipendenza. Tuttavia, se è vero che il ricorrente non sia stato in grado di dimostrare dinanzi le autorità interne tale dipendenza, queste ultime hanno effettuato un esame attento circa la proporzionalità dell'allontanamento, tenendo conto dell'assenza di moglie o figli in Francia, del mantenimento di legami con il Paese di origine e della possibilità che i contatti con i membri della sua famiglia potessero comunque essere mantenuti a distanza. Ciò ha condotto la Corte Edu a ritenere sostanzialmente corretto il bilanciamento tra interessi individuali e collettivi operato dallo Stato convenuto nel caso del sig. Melouli, dichiarando il ricorso di quest'ultimo inammissibile.

La Corte Edu giunge alla medesima conclusione anche nel caso *Ngumbu Kikoso c. Francia* (Corte Edu, decisione del 25.11.2021) riguardante un cittadino congolese che, a seguito di una condanna per falsificazione di documenti, veniva interdetto dal territorio francese per dieci anni. Per questa ragione, il suo permesso di soggiorno per motivi familiari non veniva rinnovato dando origine, a suo avviso, a una violazione dell'art. 8 Cedu. Tenendo conto dei principi consolidati in materia (oltre ai casi *Ndidi c. Regno Unito* e *Üner c. Paesi Bassi* sopra citati, cfr. anche Corte Edu, 16.04.2013, *Udeh c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2, 2013, p. 89), per la Corte Edu i giudici interni hanno esaminato attentamente la situazione del ricorrente giungendo a una corretta conclusione circa la proporzionalità delle misura adottata nei suoi confronti rispetto alla necessità di tutelare l'ordine pubblico e di prevenire l'attività criminale. Del resto, nonostante il lungo soggiorno del sig. Ngumbu Kikoso nello Stato convenuto, le autorità francesi avevano

correttamente tenuto conto della gravità delle condanne subite e dell'assenza di legami familiari significativi in Francia. Pertanto, ritenendolo infondato, la Corte Edu ha dichiarato il suo ricorso inammissibile.

Si segnala, infine, come la Grande Camera della Corte Edu abbia confermato la violazione dell'art. 8 Cedu lamentata dalla sig.ra Abdi Ibrahim, cittadina di origine somala, per essere stata privata della responsabilità genitoriale e per i successivi affidamento e adozione del figlio presso una famiglia con differenti convinzioni religiose (Corte Edu, Grande Camera, *Abdi Ibrahim c. Norvegia*, sentenza del 10.12.2021). Pur giungendo alla stessa conclusione della Camera (seconda sezione) (cfr. Corte Edu, 17.12.2019, *Abdi Ibrahim c. Norvegia*, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020), la Grande Camera ha sottolineato come il caso dovesse essere valutato sotto il profilo dell'art. 8 Cedu *letto e applicato alla luce* dell'art. 9 Cedu (libertà di religione), dato che crescere i figli sulla base delle proprie convinzioni religiose può essere visto come un modo attraverso cui manifestare il proprio credo. Nonostante sullo Stato convenuto gravasse l'obbligo di facilitare il ricongiungimento tra la ricorrente e il figlio, esso ha invece disposto l'adozione di quest'ultimo senza operare un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli della ricorrente, e senza prendere realmente in considerazione alternative volte a mantenere un legame con la madre. Inoltre, anche se i giudici interni avevano inizialmente preso in considerazione la possibilità di affidare il minore a una famiglia musulmana, nel corso del procedimento di adozione l'interesse della ricorrente volto ad assicurare che il minore mantenesse un legame con il suo background etnico-religioso è stato ignorato. Pertanto, nel caso della sig.ra Abdi Ibrahim, per la Grande Camera vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu.

[1] *La rassegna relativa agli artt. 2-3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 4-8 è di C. Danis*i.

MARCO BORRACCETTI, FEDERICO FERRI

Corte di giustizia dell'Unione europea

Direttiva 2011/95 ed estensione dello *status* di rifugiato: figlio minore di genitore beneficiario di asilo in uno Stato membro

Nel caso *LW* (C 91/20, sentenza del 9.11.2021), la CGUE è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità, per gli Stati membri, di estendere, in nome dell'unità familiare, lo *status* di rifugiato a un familiare – minore d'età – del beneficiario di protezione internazionale, che individualmente non abbia diritto a tale protezione.

La questione era sorta a seguito del rigetto della domanda di asilo proposta a favore della minore LW, nata in Germania da padre siriano e madre tunisina. Poiché in precedenza le autorità tedesche avevano riconosciuto lo *status* di rifugiato solo al padre, la richiesta di asilo della minore non era stata accolta in considerazione del fatto che la sua cittadinanza tunisina le avrebbe consentito di essere rimpatriata in un Paese terzo – la Tunisia, appunto – nel quale non avrebbe avuto alcun motivo di temere persecuzioni. In forza del diritto interno applicabile, però, al figlio minore non coniugato di una persona cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato, deve essere comunque riconosciuto lo *status* di rifugiato a titolo derivato, qualora in possesso anche della cittadinanza dell'altro genitore. Il giudice adito dalla ricorrente chiedeva allora alla Corte di giustizia se il *favor* previsto dal diritto tedesco per il minore che si trovi nella situazione di LW fosse conforme alle disposizioni pertinenti della direttiva qualifiche e se, comunque, fosse rilevante verificare la possibilità che il figlio e i suoi genitori si potessero stabilire in Tunisia. Secondo i giudici, il suo art. 3 permette agli Stati membri di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in determinate ipotesi, tra cui la determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati, purché ciò sia compatibile «con le disposizioni» della direttiva. L'art. 23.2, invece, stabilisce che «(g)li Stati membri provvedono a che i familiari del beneficiario di protezione internazionale, che individualmente non hanno diritto a tale protezione, siano ammessi ai benefici di cui agli articoli da 24 a 35, in conformità delle procedure nazionali e nella misura in cui ciò sia compatibile con lo *status* giuridico personale del familiare». La Corte fa subito presente che, sul piano teorico, il diritto UE applicabile non accorderebbe a LW il diritto di essere considerata beneficiaria di protezione internazionale: né a titolo originario, perché non ricorrono i presupposti fissati dall'art. 2 della direttiva, né a titolo derivato, perché l'art. 23 si riferisce ai nuclei familiari costituiti nel Paese di origine, come indicato dall'art. 2, lett. j). Tuttavia, la Corte interpreta l'art. 3 e l'art. 23 della disposizione tenendo conto dell'importanza dell'obiettivo rappresentato dalla preservazione del nucleo familiare, specialmente nell'interesse del minore. Così, i giudici confermano che l'eccezione di chiusura dell'art. 3 deve essere interpretata restrittivamente, nel

senso che l'obbligo di rispetto delle disposizioni della direttiva vieta agli Stati membri di estendere lo *status* «in situazioni prive di qualsiasi nesso con la logica della protezione internazionale». Tuttavia, in specie, l'estensione automatica, a titolo derivato, dello *status* di rifugiato, che persegue l'obiettivo di proteggere il nucleo familiare dei beneficiari di protezione internazionale e di mantenerne l'unità della famiglia, è connessa alla logica della protezione internazionale. La Corte però ricorda che una estensione di questo tipo può avere dei limiti: oltre ad essere vietata quando l'interessato è escluso dallo *status* di rifugiato a norma dell'art. 12, par. 2, della direttiva, non è consentita neppure quando «sia incompatibile con lo *status* giuridico personale del familiare interessato», come sancito dall'ultima frase dell'art. 23, par. 2. La Corte precisa che il limite di questa disposizione si incontra laddove il figlio abbia la cittadinanza dello Stato membro ospitante oppure «un'altra cittadinanza che, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano il suo *status* giuridico personale, gli dia diritto ad un trattamento migliore in tale Stato membro rispetto a quello risultante da un'estensione siffatta». Posto che LW non è cittadina tedesca, per la Corte è verosimile che la minore non ricada nemmeno nella seconda casistica, sebbene tocchi al giudice del rinvio fare gli opportuni accertamenti. Infine, la Corte conclude che la riserva contenuta a fine par. 2 dell'art. 23 non dipende dalla ragionevole possibilità per la famiglia dell'interessata di essere reinsediata in uno Stato terzo (la Tunisia, nella fattispecie): infatti, la ragion d'essere dell'articolo 23 è permettere al beneficiario di protezione internazionale di godere dei diritti a lui conferiti da tale protezione, mantenendo nel contempo l'unità del nucleo familiare nel territorio dello Stato membro ospitante.

Direttiva 2011/95 e nozione di «familiare»: padre di minore rifugiato in uno Stato membro

Anche il caso *SE* (C-768/19, sentenza del 9.9.2021) verte sul possibile riconoscimento di un diritto alla protezione internazionale derivato dal beneficiario che sia familiare del richiedente. In tal caso, però, il nodo giuridico riguarda l'interpretazione della nozione di «familiare» ai sensi dell'art. 2, lett. j), della direttiva 2011/95. A differenza del caso *LW*, in *SE* la richiesta di asilo era stata negata al padre del soggetto che aveva già ottenuto lo *status* di rifugiato in Germania. Il diniego derivava dal fatto che quando il padre aveva proposto formalmente la domanda di asilo, suo figlio era già divenuto maggiorenne. Il giudice nazionale al quale si era rivolto il richiedente chiedeva allora alla CGUE di chiarire alcuni aspetti discendenti dalla nozione di «familiare» contenuta nella direttiva qualifiche. In particolare, l'attenzione veniva posta sulla figura del padre, da considerarsi «familiare» solo se le seguenti condizioni cumulative sono presenti: a) il nucleo familiare è già costituito nel Paese di origine; b) i familiari del beneficiario di protezione internazionale si trovano nel medesimo Stato membro in connessione alla domanda di protezione internazionale; c) il beneficiario di protezione internazionale è un minore non coniugato. Per prima cosa, su richiesta del giudice *a quo*, la Corte chiarisce quale debba essere il momento da prendere in considerazione per capire se il figlio vada o meno considerato minore d'età. Visto che la direttiva

va attuata in maniera uniforme e nel rispetto del principio di uguaglianza, oltre che in funzione degli artt. 7 e 24 della Carta (tutela della vita privata e diritti del minore), occorre concludere che l'età è da calcolare al momento della presentazione della domanda, non già della decisione sulla stessa. Se così non fosse, si perderebbe di vista l'obiettivo di assicurare che le autorità competenti siano incentivate a trattare le richieste presentate dai genitori di minori in via prioritaria e con l'urgenza necessaria per tener conto della vulnerabilità di questi soggetti. Allo stesso tempo, potrebbero crearsi differenze ingiustificate in situazioni identiche, poiché l'accoglimento della domanda di protezione internazionale ben può dipendere da circostanze imputabili all'amministrazione o ai giudici nazionali. Inoltre, per comprendere se il genitore richiedente del minore beneficiario sia effettivamente «familiare» in base all'art. 2, lett. j), della direttiva 2011/95, bisogna considerare la situazione sussistente nel momento in cui un cittadino di un Paese terzo manifesti la volontà di chiedere la protezione internazionale: si tratta della fase di presentazione della domanda, in quanto questa, contrariamente alla registrazione e all'inoltro, non presuppone l'espletamento di alcuna formalità. Venendo poi alle altre questioni, la Corte afferma che la suddetta nozione di «familiare» non richiede una ripresa effettiva della vita familiare tra genitore e figlio beneficiario di protezione internazionale, né tale condizione è prevista dalla riserva *ex* art. 23, par. 2, di cui si è detto in relazione al caso *LW*. Per poter beneficiare di uno *status* derivato da quello del figlio che è già rifugiato in uno Stato membro, sono perciò ininfluenti aspetti quali le modalità di esercizio del diritto alla vita privata o l'intensità dei rapporti familiari. Analogamente, la protezione concessa al genitore in un caso come quello in esame non può, in qualsiasi circostanza, cessare immediatamente per il solo fatto che il figlio beneficiario di protezione sussidiaria raggiunga la maggiore età; e non può neppure comportare la revoca automatica del permesso di soggiorno del genitore interessato, se il titolo è ancora valido per un periodo determinato.

Direttiva 2013/32 e domanda reiterata: rapporto tra motivi nuovi ma già sussistenti e principio della cosa giudicata

Nel caso *XY* (C-18/20, sentenza del 9.9.2021), la Corte si è pronunciata su alcuni elementi della «domanda reiterata», disciplinata all'art. 40 della direttiva 2013/32 («direttiva procedure»). La CGUE era stata adita dalla Corte amministrativa austriaca, alla quale si era rivolto un cittadino iracheno che aveva subito il rigetto di una domanda reiterata, basata su un motivo sussistente già da prima che la domanda originaria fosse respinta in via definitiva: infatti, dopo il passaggio in giudicato della decisione che certificava il diniego da parte dell'autorità competente, l'interessato aveva proposto una nuova domanda, con cui specificava che il suo fondato timore di subire persecuzioni nel Paese di origine dipendeva dalla sua omosessualità. Il giudice del rinvio chiedeva alla CGUE di specificare se gli «elementi o risultanze nuovi rilevanti per l'esame dell'eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale», cui accenna l'art. 40, par. 2, della direttiva

procedure, possano includere anche circostanze che sussistevano già quando il primo giudizio si è chiuso con provvedimento passato in giudicato. La Corte risponde affermativamente, perché una soluzione diversa non sarebbe in linea con il testo e con le finalità della disposizione e risulterebbe sproporzionata in un'ottica di garanzia del principio della cosa giudicata. In seguito, la Corte chiarisce il secondo dubbio del giudice remittente, ossia se in base all'art. 40, par. 3, della direttiva l'esame di una domanda reiterata possa essere condotto nell'ambito della riapertura del procedimento che ha avuto ad oggetto la domanda precedente o, al contrario, debba essere espletato previo avvio di un nuovo procedimento. Il par. 3 dell'art. 40 differisce dal par. 2, in quanto non concerne l'ammissibilità del nuovo ricorso, ma l'esame di merito; tuttavia, non viene detto se gli Stati debbano seguire una delle due opzioni indicate dal giudice austriaco e non vi sono neppure accenni a eventuali termini di decadenza, che pertanto non possono essere introdotti con norme interne. Per la Corte è dunque possibile che il diritto interno consenta di esaminare la domanda reiterata mediante la riapertura del procedimento relativo alla prima domanda, purché le norme applicabili a tale riapertura siano conformi al capo II della direttiva 2013/32 e non vengano applicati di termini di decadenza alla presentazione della seconda domanda. L'ultimo quesito attiene all'interpretazione del quarto paragrafo dell'art. 40, che consente agli Stati membri di stabilire che la domanda possa essere sottoposta a ulteriore esame solo se il richiedente, senza alcuna colpa, non è riuscito a far valere, nel procedimento precedente, la situazione esposta nei paragrafi 2 e 3 della disposizione in esame. Poiché l'Austria non ha adottato specifici atti di trasposizione dell'art. 40, par. 4, il giudice *a quo* chiedeva se fosse ugualmente possibile, in forza del diritto interno applicabile, rifiutare l'esame sul merito di una domanda reiterata qualora gli elementi o le risultanze nuovi invocati esistessero all'epoca del procedimento attivato con la prima domanda precedente e non siano stati presentati tempestivamente per una colpa imputabile al richiedente. La Corte dichiara che in assenza di trasposizione effettiva dell'art. 40, par. 4, non è consentito omettere l'esame di merito della nuova domanda per tali motivi. Concludere in senso opposto equivarrebbe ad ammettere che una direttiva può creare obblighi diretti in capo gli individui, mentre è noto che la direttiva può colpire un singolo solo indirettamente, ossia attraverso norme interne di attuazione. Perciò, solo gli Stati membri che abbiano trasposto anche il par. 4 dell'art. 40 possono applicare l'eccezione della colpa grave come limite alla presentazione di una domanda reiterata del richiedente protezione internazionale.

Direttive 2013/32 e 2013/33 e inammissibilità della domanda di protezione internazionale: possibilità di ammettere nuove ipotesi e di criminalizzare il sostegno alla presentazione di domande ritenute oggettivamente inammissibili in via preventiva

Nell'ambito della procedura di infrazione Commissione c. Ungheria (C-821/19, sentenza del 16.11.2021), la Corte si è soffermata sull'esigenza di rispettare talune disposizioni della direttiva 2013/32 e della direttiva 2013/33 (direttiva accoglienza). Il primo addebito mosso dalla

Commissione riguardava la previsione dell'obbligo, nella legge ungherese sul diritto d'asilo, di considerare inammissibile la domanda di protezione internazionale del richiedente che sia arrivato in Ungheria attraversando un Paese in cui egli non è esposto a persecuzioni o in cui è garantito un adeguato livello di protezione. Per la Commissione, risultava violato l'art. 33, par. 2, della direttiva 2013/32: esso propone un elenco tassativo di ipotesi che rendono inammissibile una domanda e non fa riferimento alcuno al caso prospettato dalla legge ungherese. Viceversa, l'Ungheria riteneva che l'obbligo contestato fosse conforme al diritto UE e volto a scongiurare pratiche abusive. La Corte rigetta le difese ungheresi, dichiarando che nessuna norma di diritto UE ammette la sussistenza di un motivo di inammissibilità come quello introdotto dall'Ungheria. In particolare, il limite prefigurato dalla legge sul diritto d'asilo non può essere assorbito dalla lett. c) dell'art. 33, par 2, della direttiva procedure. Questa disposizione permette agli Stati membri d giudicare inammissibile la domanda di protezione internazionale di chi proviene da un Paese terzo sicuro. Eppure, da un lato il concetto di Paese terzo sicuro è condizionato dai requisiti contenuti all'art. 38 della direttiva; dall'altro, il semplice transito attraverso un Paese terzo sicuro non implica l'esistenza di una condizione che per la Corte è essenziale ai fini dell'applicazione dell'art. 33, par. 2, lett. c), vale a dire la presenza di un legame tale da fare ritenere ragionevole che il richiedente avrebbe potuto recarsi in quel Paese terzo. Le situazioni che la legge ungherese cristallizza come oggettivamente idonee a rendere inammissibile una domanda di protezione internazionale devono invece essere valutate caso per caso. La seconda contestazione verteva su una nuova disposizione del codice penale ungherese che configura come reato il comportamento di ogni persona che (a) nell'ambito di un'attività organizzativa (b) agisce per agevolare l'avvio di una procedura di asilo in territorio ungherese (c) pur sapendo che la domanda non potrebbe essere accolta. Per la Commissione, questa previsione normativa era in contrasto con più disposizioni di diritto derivato UE: l'art. 8, par. 2, della direttiva 2013/32, che garantisce lo svolgimento di attività di consulenza e assistenza ai richiedenti protezione internazionale, consentendo al massimo limitazioni parziale e solo se obiettivamente necessarie, a norma del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa delle zone interessate; l'art. 12, par. 1, lett. c), della direttiva 2013/32, che consente al richiedente di comunicare con l'UNHCR o con altre organizzazioni che prestino assistenza legale o altra consulenza durante le procedure di primo grado; l'art. 22, par. 1, della direttiva 2013/32, che dà al richiedente la possibilità di avere assistenza legale effettiva (a sue spese) sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura; l'art. 10, par. 4, della direttiva 2013/33, che impone agli Stati membri di assicurare che (fatte salve rare limitazioni) anche avvocati o consulenti legali e rappresentanti di organizzazioni non governative possano comunicare con i richiedenti trattenuti e rendere loro visita in condizioni che rispettano la vita privata. L'Ungheria, dal canto suo, non condivideva le criticità riscontrate dalla Commissione. La Corte accoglie buona parte delle censure sollevate dalla Commissione. Va detto che la sentenza riconosce che la

fattispecie introdotta nel codice penale ungherese copre solamente le fasi anteriori rispetto all'inoltro della domanda di asilo e che quindi il suo campo di applicazione è materialmente più ristretto di come lo aveva inteso la Commissione. Il risultato è che non si pone il problema del rapporto tra diritto interno e art. 12, par. 1, lett. c), della direttiva 2013/32, perché questa disposizione è applicabile quando l'esame della domanda è già iniziato. Per il resto, la Corte è del parere che varie attività riconducibili alle altre disposizioni di diritto derivato UE possano essere limitate dalla riforma ungherese. Queste limitazioni, a giudizio della Corte, sono suscettibili di tradursi in deterrenti per chi intenda offrire assistenza, considerato che la fattispecie penale copre una serie molto vasta di forme assistenziali e che in certe ipotesi l'autore del reato può essere condannato a pena detentiva. Ne deriva un logico aumento della probabilità che i richiedenti protezione internazionale non riescano a godere in maniera effettiva del diritto di ricevere assistenza prima di inoltrare la loro domanda. La Corte ritiene che ciò non possa essere giustificato alla luce delle finalità esposte dall'Ungheria, che con la previsione di questo reato intendeva contrastare il ricorso abusivo alla procedura di asilo e l'immigrazione irregolare fondata sull'inganno. La misura adottata dal legislatore ungherese è sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti, specialmente perché il suo ambito di applicazione *ratione materiae* e *ratione personae* è decisamente troppo vasto. Tra l'altro, il diritto UE non vieta in modo incondizionato la fornitura di assistenza a chi voglia presentare una domanda di protezione internazionale dopo essere entrato irregolarmente nel territorio di uno Stato membro. Sicché, l'Ungheria ha ecceduto quanto necessario per limitare le sole pratiche abusive e le sole attività di sostegno agli ingressi irregolari in territorio ungherese. Il terzo e ultimo profilo di contrasto tra diritto interno e diritto UE derivava, secondo la Commissione, da una disposizione della legge ungherese sulla polizia che vincola i servizi nazionali di polizia ad impedire che chi sia sottoposto a procedimento penale, sul fondamento in particolare della fattispecie appena discussa, si trovi a meno di otto chilometri dalle frontiere esterne dell'Ungheria. La Commissione era dell'idea che questa limitazione fosse in contrasto con tutte e quattro le disposizioni di diritto UE menzionate in precedenza. La Corte accoglie questa tesi, questa volta anche in rapporto all'art. 12, par. 1, lett. c), della direttiva 2013/32, atteso che la misura interna in questione non è limitata esclusivamente ad un arco temporale anteriore all'inoltro della domanda di protezione internazionale. In sintesi, la Corte conclude che l'impossibilità, da parte di chi possa fornire assistenza, di avvicinare i richiedenti alla frontiera esterna o detenuti svuota inevitabilmente di contenuto i diritti sanciti dalle disposizioni pertinenti della direttiva procedure e della direttiva accoglienza.

Direttiva 2004/38, art. 21 della Carta e mantenimento del diritto di soggiorno quinquennale: cittadino di Stato terzo privo di risorse sufficienti che abbia subito violenze domestiche dal coniuge cittadino dell'Unione

Il caso *X* (C-930/19, sentenza del 2.9.2021), ha avuto ad oggetto la possibilità o meno del mantenimento, in caso di divorzio, del diritto di soggiorno per un cittadino di un Paese terzo vittima di atti di violenza domestica commessi dal coniuge cittadino dell'Unione che aveva esercitato la propria libertà di circolazione in forza della direttiva 2004/38. X, cittadino tunisino, si era sposato con una cittadina francese residente in Belgio; successivamente, aveva ottenuto dalle autorità competenti un permesso di soggiorno della durata di 5 anni. Qualche anno prima della scadenza di tale permesso, però, X era costretto ad allontanarsi dalla moglie, che a suo dire lo aveva sottoposto a violenze domestiche; la moglie, invece, faceva ritorno in Francia. Tempo dopo, i due divorziavano. Nel frattempo a X veniva revocato il diritto di soggiorno in Belgio, perché non disponeva di risorse sufficienti. In sostanza, le autorità belghe davano attuazione all'art. 13, par. 2, della direttiva 2004/38. Questa disposizione, consente ai cittadini di Stati terzi di mantenere il loro diritto di soggiorno in caso di divorzio dal cittadino dell'Unione; tra le altre cose, ciò è possibile quando situazioni particolarmente difficili, «come il fatto di aver subito violenza domestica durante il matrimonio o l'unione registrata, esigono la conservazione del diritto di soggiorno». Malgrado ciò, per chi non abbia titolo per soggiornare in maniera permanente presso lo Stato membro ospitante, tale diritto è subordinato alla disponibilità di risorse economiche sufficienti. Ma non era questo il caso di X. Nel giudizio intentato da X veniva ipotizzata una presunta distinzione di trattamento tra i cittadini di Stati terzi beneficiari di diritti accessori nel quadro della direttiva 2004/38 e della direttiva 2003/86, inerente al ricongiungimento familiare di stranieri legalmente soggiornanti in un Stato membro. Questo perché l'art. 15, par. 3, della seconda direttiva stabilisce che «(i)n caso (...) divorzio (...), un permesso di soggiorno autonomo può essere rilasciato (...) alle persone entrate in virtù del ricongiungimento familiare», e che «(g)li Stati membri adottano disposizioni atte a garantire che un permesso di soggiorno autonomo sia rilasciato quando situazioni particolarmente difficili lo richiedano». Pertanto, il giudice nazionale chiedeva alla Corte se una simile differenza di trattamento costituisse motivo di invalidità parziale dell'art. 13, par. 2, della direttiva 2004/38 per violazione degli artt. 20 e 21 della Carta. La Corte rappresenta in via preliminare che in un caso come quello in discussione l'art. 13, par. 2, della direttiva 2004/38 non richiede che la procedura giudiziaria di divorzio sia avviata prima della partenza del cittadino dell'Unione dallo Stato membro ospitante. Se la disposizione fosse così interpretata, il cittadino dell'Unione finirebbe per avere un mezzo di pressione manifestamente contrario all'obiettivo di garantire la tutela della vittima di atti di violenza domestica. La Corte, tuttavia, limita il parametro di riferimento per il sindacato di validità al solo art. 20 della Carta, perché l'art. 21 non contempla possibili discriminazioni – basate sulla nazionalità – tra cittadini dell'Unione e cittadini di Paesi terzi. Ciò detto, la Corte si propone di valutare se i beneficiari dell'art. 13, par. 2, della direttiva 2004/38 e dell'art. 15, par. 3, della direttiva 2003/86 si trovino effettivamente in una situazione comparabile. In principio, la Corte rileva che entrambe le disposizioni condividono l'obiettivo di garantire la tutela dei familiari vittime di violenza

domestica; d'altra parte, sono altri gli elementi da considerare ai fini della comparazione. Ad esempio, le due direttive insistono su settori che non sono coincidenti: la direttiva 2004/38 si riferisce alla libera circolazione delle persone e la direttiva 2003/86 alla politica UE di immigrazione. Cambia anche l'oggetto dei due atti: mentre la direttiva 2004/38 determina le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno e il diritto di soggiorno permanente nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari (oltre alle possibili limitazioni a questi diritti), la direttiva 2003/86 è stata adottata per fissare le condizioni materiali dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti nell'Unione. E se la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale dei cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, la direttiva 2003/86 persegue l'obiettivo generale di facilitare l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi negli Stati membri. Infine, gli Stati membri godono di un potere discrezionale molto più ampio quando si trovano ad attuare la direttiva 2003/86; non a caso, sono gli Stati membri che, in virtù dell'art. 15, par. 4, stabiliscono i requisiti e la durata del permesso di soggiorno autonomo che può essere accordato grazie all'art. 15, par. 3. Ecco perché, in conclusione, X non si troverebbe in una situazione comparabile a quella di chi ricade nel campo di applicazione dell'art. 15, par. 3, della direttiva 2003/86, e l'art. 13, par. 2, della direttiva 2004/38 non è in contrasto con l'art. 20 della Carta.

Direttiva 2004/38, art. 21 TFUE e regolamento 562/2006 nei rapporti tra Stato membro e propri cittadini: obbligo di esibire un documento di identità in caso di viaggio verso/rientro da altro Stato membro

Nel caso *A* (C-35/20, sentenza del 6.10.2021), la Corte ha fornito alcune precisazioni sulle formalità e le sanzioni che uno Stato membro può applicare a un proprio cittadino che intenda recarsi in un altro Paese dell'Unione e poi fare ritorno in patria. Il cittadino finlandese A era andato in Estonia con un'imbarcazione da diporto e poi era tornato in Finlandia. Durante un controllo alle frontiere effettuato a Helsinki, in occasione del ritorno di A, emergeva che all'interessato non aveva con sé il proprio documento di identità, regolarmente rilasciato in precedenza a suo favore. Nei confronti di A veniva quindi avviato un procedimento per reato minore di violazione delle frontiere, con richiesta di ammenda. Il procedimento approdava alla Corte Suprema finlandese, che interpellava la CGUE su alcuni temi. In prima battuta, il giudice interno voleva sapere se una norma interna che impone ai cittadini di quello Stato l'obbligo, corredato di sanzioni penali, di essere muniti di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità quando si recano in un altro Stato membro e quando ritornano nello Stato di cittadinanza, fosse conforme all'art. 21 TFUE e alla direttiva 2004/38, tenendo presente anche il regolamento n. 562/2006. La Corte risponde che il primo obbligo è in linea con il diritto UE invocato dal giudice interno. Richiedere un passaporto o un documento d'identità contribuisce al rispetto di una

formalità connessa all'esercizio del diritto alla libera circolazione, ai sensi della direttiva 2004/38. Inoltre, la soppressione dei controlli di frontiera alle frontiere interne non pregiudica la possibilità, di cui all'articolo 21 del regolamento n. 562/2006, per gli Stati membri, di effettuare controlli d'identità all'interno del territorio e di prevedere a tal fine l'obbligo di possedere e di portare con sé titoli e documenti. Naturalmente, l'obbligo di richiedere uno dei predetti documenti al cittadino che voglia uscire dal proprio Stato membro deve essere conforme ai principi generali del diritto dell'Unione, tra cui i principi di proporzionalità e di non discriminazione. Per ragioni analoghe, uno Stato membro può richiedere di adempiere alle stesse formalità anche al proprio cittadino che voglia rientrarvi dopo essersi recato in un altro Stato membro, benché in questa situazione rileva solo l'art. 21, par. 1, TFUE, e non anche la direttiva 2004/38. L'obbligo di essere muniti di una carta d'identità o di un passaporto non condiziona il diritto d'ingresso, ma costituisce una formalità volta a uniformare e, quindi, ad agevolare i controlli d'identità che possono essere effettuati nelle ipotesi circoscritte previste al regolamento n. 562/2006. Le regole appena enunciate non dipendono dal mezzo di trasporto e dall'itinerario, né rileva il fatto che l'interessato abbia attraversato acque internazionali prima di fare ritorno nel proprio Stato membro. Quanto alla sanzione applicabile, essa non deve essere sproporzionata rispetto alla gravità della condotta che si intende reprimere. Nel caso di specie, la sanzione prevista dal diritto interno risulta obiettivamente eccessiva, in quanto viene prevista un'ammenda che può ammontare, a titolo indicativo, al 20% del reddito mensile netto dell'autore del reato, nonostante il reato stesso sia di bassa entità.

Diritto UE in materia di sicurezza sociale, prestazioni familiari, assistenza sociale e protezione sociale in relazione alla «carta della famiglia»: potenziali discriminazioni a sfavore di cittadini di Stati terzi titolari di uno *status* protetto dal diritto UE

Nel caso *ASGI e al.* (C-462/20, sentenza del 28.10.2021), la CGUE è stata interpellata sulla natura della «carta della famiglia». Ai sensi della normativa italiana, la carta della famiglia consente alle famiglie di cittadini italiani, o costituite da altri cittadini dell'Unione regolarmente residenti nel territorio italiano e con almeno tre figli conviventi di età non superiore a 26 anni, la possibilità di ottenere sconti o riduzioni tariffarie in occasione dell'acquisto di beni e servizi forniti da taluni soggetti pubblici o privati che abbiano deciso di aderire volontariamente all'iniziativa. Alcune associazioni ricorrevano per chiedere al Tribunale competente di non applicare la normativa in questione nella parte in cui non consentiva anche ai cittadini di Paesi terzi titolari di uno *status* protetto dal diritto dell'Unione di ottenere la carta della famiglia. Il giudice adito, in base alle argomentazioni dei ricorrenti, chiedeva alla CGUE se tale distinzione fosse in linea con molteplici disposizioni di diritto derivato UE in materia di sicurezza sociale, prestazioni familiari, assistenza sociale e protezione sociale: più precisamente, rilevavano l'art. 11, par. 1, lett. d), o l'art. 11, par. 1, lett. f), della direttiva 2003/109; l'art. 12, par. 1, lett. e), o l'art. 12, par. 1, lett.

g), della direttiva 2011/98; l'art. 14, par. 1, lett. e), o l'art. 14, par. 1, lett. g), della direttiva 2009/50 e l'art. 29 della direttiva 2011/95. La Corte sostiene *in primis* che la carta della famiglia non costituisce una prestazione avente natura di contributo pubblico e, per questa ragione, non sarebbe una misura rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004, cui si collegano l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98, e l'art. 14, par. 1, lett. e), della direttiva 2009/50. Ecco che allora queste disposizioni non sono violate dalla normativa italiana oggetto di giudizio principale. Secondariamente, l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109 non risulta compromesso, a patto che la carta della famiglia non rientri nelle nozioni di «prestazioni sociali», «assistenza sociale» o «protezione sociale». Siccome dette nozioni sono stabilite dal diritto interno, la valutazione definitiva compete al giudice del rinvio. Quanto all'art. 29 della direttiva 2011/95, che impone espressamente la parità di trattamento tra beneficiari di protezione internazionale e cittadini italiani per quanto riguarda le prestazioni di assistenza sociale, si afferma che se il giudice del rinvio dovesse concludere che la carta della famiglia rientra nelle prestazioni di assistenza sociale, si avrebbe un'incompatibilità tra normativa interna e art. 29 della direttiva qualifiche. Da ultimo, la Corte riscontra una non conformità tra l'esclusione prevista dalla normativa interna e le disposizioni delle direttive di cui sopra che tutelano la parità di trattamento circa l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, anche perché non sembra che l'Italia abbia inteso avvalersi delle deroghe contemplate dal diritto UE applicabile.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

In questo numero della *Rassegna* prenderemo in esame alcune decisioni dell'ultimo scorcio dello scorso anno in tema di espulsioni, respingimenti e trattenimenti nei Centri per il rimpatrio, che, a nostro avviso suggeriscono qualche approfondimento.
Nello scorso numero è stato pubblicato un saggio collettaneo su «Zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce della prassi», volto ad approfondire la situazione fattuale e giuridica in cui si trovano le persone oggetto di respingimento immediato in attesa che il vettore si faccia carico di ricondurle nel Paese di provenienza.
Parallelamente, nell'ambito del progetto ASGI «InLimine» è stata inoltrata un'istanza volta a consentire l'accesso di alcuni membri dell'associazione alle zone di transito dei valichi di frontiera di Milano Malpensa e Roma Fiumicino, allo scopo di visitare i locali in uso alle forze di polizia in cui permangono i cittadini stranieri in attesa di esecuzione dei provvedimenti di respingimento ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 286/98, e i locali idonei di cui all'art. 10, co. 5-*bis*, d.lgs. 286/98. Tale richiesta è stata negata dal Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere. Iniziamo questa rubrica dando conto dei primi esiti del conseguente contenzioso, definito a livello cautelare dal Consiglio di Stato, al fine di evidenziare la continuità di azione tra attività di studio delle prassi ed azioni giudiziarie ritenute strategiche.

ESPULSIONI

L'accesso alle zone di transito dei valichi di frontiera

Come appena accennato, ASGI ha impugnato al Tar Lazio il provvedimento ministeriale con cui non è stato consentito l'accesso alle zone di transito dei due maggiori valichi di frontiera aeroportuali italiani, con richiesta di sospensiva dell'efficacia esecutiva dell'atto impugnato. Il Tar Lazio, sez. I-ter, con ordinanza pubblicata in data 8.9.2021 ha rigettato l'istanza cautelare, ritenendo insussistente il *fumus boni iuris* perché «L'area transiti internazionali degli aeroporti – a differenza dei Centri di permanenza per il rimpatrio – si trova in area sterile, per cui l'accesso è consentito, per motivi di sicurezza dello scalo e ai sensi della normativa europea vigente, a soggetti qualificati di volta in volta specificamente autorizzati, quali operatori aeroportuali e addetti al lavoro muniti di documento aeroportuale, forze di polizia e passeggeri in possesso della carta d'imbarco (sulla base di specifica normativa in materia di sicurezza aeroportuale di rilievo sovranazionale)». L'ordinanza conclude negando l'equiparazione tra visite in zone di transito riservate alle forze di polizia e la possibilità di accesso ai CPR, stante la diversità delle due realtà, e rilevando che «L'ordinamento prevede in ogni caso la possibilità di accesso e visita nelle predette

zone di transito da parte di autorità e soggetti pubblici, al fine di verificare le condizioni dei locali destinati al soggiorno temporaneo dei cittadini interessati dal respingimento alla frontiera».
Per converso, il Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza pubblicata il 14.1.2022, ha riformato l'ordinanza impugnata, ai fini di cui all'art. 55, co.1 0, c.p.a. (trasmissione della pronuncia d'appello al Tar per la sollecita fissazione dell'udienza di merito), ritenendo il ricorso in appello assistito da plausibili elementi di fondatezza in relazione alla natura giuridica delle aree di transito (in cui si verifica la restrizione della libertà personale dello straniero respinto fino alla presa in carico del vettore per condurlo nel Paese di provenienza), considerando che il rispetto della normativa aeroportuale – allegato come ostativo in primo grado – «non appare in realtà decisivo perché consequenziale alla propedeutica verifica di un titolo di accesso a tali aree, dovendosi garantire idonee modalità, al pari delle altre categorie di soggetti elencate nella gravata ordinanza», e soprattutto, non ritenendo ostativo il rilievo secondo cui l'ordinamento consente l'accesso e la visita nelle aree di transito da parte delle autorità e soggetti pubblici al fine di verificare le condizioni dei locali destinati al soggiorno dei destinatari di decreti di respingimento «dal momento che il ruolo dei soggetti del c.d. terzo settore non è evidentemente corrispondente (e sostituito da) quello delle autorità pubbliche».
Il riconoscimento del ruolo autonomo e non sostitutivo delle associazioni del terzo settore rispetto agli enti pubblici pare di notevole rilevanza, e consente di aprire uno spiraglio in termini di trasparenza nelle c.d. «zone grigie» in cui si attuano i respingimenti immediati.

Cittadini UE: allontanamento per motivi di ordine pubblico

Il prefetto di Cremona adottava un decreto di allontanamento per motivi di ordine pubblico nei confronti di un cittadino greco, dopo che costui era stato arrestato in flagranza per resistenza e lesioni a pubblico ufficiale, all'atto della sua scarcerazione disposta dal GIP a seguito di positiva valutazione prognostica in merito all'astensione per il futuro di ulteriori reati, stante la sua incensuratezza e l'occasionalità della condotta.
Il Tar Lazio, sez. I-ter, con sentenza n. 13531/21 del 27.12.2021, annullava l'atto impugnato ritenendo carenti i presupposti normativi dei provvedimenti di allontanamento.
Invero, l'art. 20, co. 4, d.lgs. 30/2007 – in coerenza con la disciplina unionale – prescrive che l'allontanamento possa essere disposto solo sulla base di comportamenti individuali gravi che consentano di ipotizzare che il soggetto rappresenti una minaccia concreta e attuale ad un interesse fondamentale della società. Il Tribunale richiama una sentenza della Corte di giustizia UE (CGUE 22.5.2012, C-348/09) secondo «cui le regole di ordine e sicurezza pubblica che gli Stati determinano sulla base delle loro necessità nazionali, proprio in quanto legittimanti una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, debbono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro...».

Ciò posto, osserva il Collegio che nel provvedimento prefettizio difetta un circostanziato giudizio circa l'attitudine della condotta posta in essere dal cittadino comunitario a rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società, e, all'uopo, ha chiesto reiteratamente alla prefettura una dettagliata relazione sui fatti di causa, senza ricevere alcuna risposta. Si è così determinato un concludente comportamento processuale – valutabile si sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.c. – dell'Amministrazione, che si è resa inottemperante a due istanze istruttorie.

L'assoluta banalità della vicenda oggetto del giudizio in questione è tuttavia significativa della preoccupante superficialità con cui si è disposto l'allontanamento in questione: opportunamente, a nostro avviso, il Tribunale ha citato la giurisprudenza europea, per sottolineare come le nozioni di ordine e sicurezza pubblica non possono essere declinate a prescindere dal quadro normativo europeo, al lume delle necessità contingenti che, di volta in volta, le amministrazioni degli Stati membri ritengano preminenti.

Espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione: rilevanza delle modifiche all'art. 19 TUI apportate dalla legge 173/2020

La natura amministrativa (ritenuta tale dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. ord. 226/2004) dell'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza a titolo di sanzione alternativa alla detenzione nei confronti del detenuto straniero che versa nelle condizioni previste nell'art. 16, co. 5, d.lgs. 286/98, giustifica la trattazione in questa sezione della *Rassegna* della sentenza della prima sezione penale della Corte di cassazione n. 36513/2021 che, prima di affrontare le novità del c.d. «decreto Lamorgese», offre un'accurata ricostruzione di questo istituto.

Com'è noto, l'art. 16, co. 5, d.lgs. 286/98 obbliga il magistrato di sorveglianza ad emettere l'espulsione del detenuto straniero in espiazione pena a condizione che sia identificato, che la pena da scontare non sia superiore a due anni, anche se parte residua di maggior pena (con esclusione di condanne per taluni titoli di reato espressamente indicati) e che rientri in una delle ipotesi per cui, se non fosse detenuto, il prefetto dovrebbe disporre l'espulsione amministrativa perché versa in taluna delle ipotesi di cui all'art. 13, co. 2, d.lgs. cit. Come scritto poc'anzi, la Consulta ha stabilito da circa un ventennio che, sebbene l'espulsione in questione sia disposta dalla magistratura penale, ha natura amministrativa sia perché è eseguita dal questore, sia perché si concreta nell'allontanamento dello straniero e, quindi, è priva del contenuto afflittivo tipico delle pene. Lo scopo perseguito dall'istituto è la deflazione della popolazione carceraria.

Il caso sotteso alla sentenza in commento è assolutamente ricorrente: un detenuto straniero lamenta di essere stato attinto da tale misura nonostante viva da molti anni in Italia, unitamente con moglie e figlio, perfettamente integrati.

La Corte di legittimità, dopo attenta ricostruzione dell'istituto, evidenzia che – trattandosi di espulsione amministrativa – gode delle medesime garanzie che assistono tali provvedimenti, tanto

è vero che il giudice di sorveglianza, prima di applicare tale espulsione, assume dagli organi di polizia tutte le informazioni al fine di accertare la sussistenza delle condizioni legittimanti, fondamentalmente perché, a norma del comma 9 della stessa disposizione, tale tipologia espulsiva non si applica ove ricorrano le condizioni d'inespellibilità di cui all'art. 19, d.lgs. 286/98. E proprio questo è il profilo che determina il nostro interesse, perché, in materia di condizioni ostative all'espulsione, hanno a lungo convissuto due orientamenti in seno alla giurisprudenza penale di legittimità: uno più rigoroso, secondo cui si valorizza il tenore letterale dell'art. 19, co. 2, lett. c) a mente del quale l'espulsione è vietata solo in caso di accertata convivenza del detenuto straniero con il coniuge o con un parente entro il secondo grado aventi cittadinanza italiana, senza che assumano rilievo legami familiari diversi, mentre altro indirizzo valorizza la complessiva situazione familiare dello straniero, la natura e l'effettività dei vincoli familiari, la durata del suo soggiorno in Italia e l'esistenza di legami familiari, culturali e sociali con il Paese di origine, elementi tutti da ponderarsi con la pericolosità effettiva e attuale del detenuto.

Assume la sentenza in commento che il citato contrasto interpretativo debba essere riconsiderato alla luce dal d.l. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 173/2020, che, tra l'altro, ha novellato l'art. 19, co. 1.1, d.lgs. 286/98 indicando, quale ulteriore causa d'inespellibilità, l'esistenza di fondati motivi per ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, a meno che non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute. Nella valutazione di tale rischio si tiene conto degli indici succitati inerenti la situazione familiare, l'effettività dei relativi vincoli e la durata del soggiorno in Italia. In conclusione, i giudici di sorveglianza, prima di disporre l'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione, sono tenuti a comparare, caso per caso, le ragioni di ordine e sicurezza pubblica (in certa misura presumibilmente sussistenti, trattandosi di persona detenuta in espiazione pena) che consigliano l'espulsione dello straniero a scopo deflattivo del sovraffollamento carcerario, con i citati principi volti alla tutela della vita privata e familiare, al di fuori di qualsivoglia automatismo.

Debbono essere valutati i legami familiari nel caso di espulsione disposta a seguito di inottemperanza a pregresso ordine di allontanamento del questore?

Il principio di diritto esposto da Cass. civ. sez. I, ord. 25754/2021, pubblicata il 22.9.2021, perviene a conclusioni diametralmente opposte a quelle illustrate nel precedente paragrafo.

Il caso è frequentissimo: uno straniero – già attinto da decreto espulsivo prefettizio, si rende inottemperante all'ordine del questore di allontanarsi entro 7 giorni, impartito quale modalità esecutiva di tale espulsione – viene pertanto sottoposto a nuova espulsione in virtù del chiaro disposto di cui all'art. 14, co. 5-*ter*, d.lgs. 286/98.

Impugna tale seconda espulsione lamentando, tra l'altro, l'omessa valutazione dei suoi legami familiari, rilevanti ai sensi dell'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98 e dell'art. 8 CEDU, essendo

coniugato con matrimonio concordatario con cittadina italiana, presumibilmente in assenza di convivenza.

La Corte, partendo da una interpretazione letterale della disposizione in questione afferma il principio di diritto secondo cui «In tema di espulsione del cittadino straniero, ove il provvedimento di espulsione del prefetto sia adottato a norma dell'art. 14 comma 5-*ter* d.lgs. n. 286/1998, successivamente alla violazione da parte del cittadino straniero di un precedente ordine di allontanamento del questore a norma dell'art. 13 comma 5-*bis*, in virtù del richiamo da parte dell'art. 14 comma 5-t*er* alle sole previsioni dei commi 4 [riguardanti l'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera] e 5 [inerenti alle ipotesi di concessione del termine per la partenza volontaria] dell'art. 13 legge cit., l'adozione del provvedimento espulsivo non impone alcuna valutazione né della pericolosità dello straniero, né dei legami familiari (criteri previsti rispettivamente dall'art. 13 comma 2, lett c) e comma 2-*bis*)». Tale principio non convince per nulla perché prescinde dai divieti di espulsione di cui all'art. 19, d.lgs. 286/98, così come riformati dal d.l. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 173/2020, che, tra l'altro, ha novellato l'art. 19, co. 1.1, d.lgs. 286/98 indicando, quale ulteriore causa d'inespellibilità, l'esistenza di fondati motivi per ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, in applicazione dell'art. 8 CEDU che, in sostanza, riprende i criteri elencati nell'art. 13, co. 2-*bis* che, invece, la Corte considera non applicabili alla tipologia espulsiva in esame.

Pertanto, anche ammettendo che l'interpretazione strettamente letterale proposta dalla Corte di legittimità sia corretta, tale interpretazione non tiene conto dei nuovi motivi di inespellibilità introdotti con la novella del 2020. È ben possibile che questo motivo non sia stato oggetto di espressa devoluzione da parte ricorrente, essendo la controversia insorta il 3.3.2020, quindi prima della novella entrata in vigore il 21.10.2020, tuttavia, siccome ai sensi dell'art. 15, d.l. 130/2020 le norme relative alle modifiche dell'art. 19 T.U. si applicano ai procedimenti pendenti (sia pure limitatamente a quelli avanti le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale ed alle sezioni specializzate per l'immigrazione dei Tribunali, cioè nell'ambito delle procedure di protezione) pare irragionevole che la Corte non abbia preso in esame lo *ius superveniens*, anche in considerazione che parte ricorrente aveva comunque lamentato la violazione dell'art. 8 CEDU, pacificamente preesistente alla novella del 2020. Inoltre, evidente è la disparità di trattamento tra lo straniero detenuto per il quale, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, si applicano le nuove disposizioni, e colui che si è reso inadempiente ad un ordine amministrativo di allontanamento, per il quale dette disposizioni non si applicherebbero. L'elevato livello di protezione dei diritti umani fondamentali riconosciuto nel nostro ordinamento dovrebbe consentire di superare interpretazioni formalistiche come quella in commento.

Espulsione in pendenza di ricorso giurisdizionale avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale

Ad un cittadino straniero venne notificato il rigetto della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale il 22.5.2019, poi impugnato in Tribunale il 17.6.2019; in pendenza del ricorso costui venne attinto da decreto espulsivo prefettizio in data 2.10.2019. Il Giudice di pace di Milano rigettò il ricorso avverso il decreto espulsivo sostenendo che – a seguito della riforma di cui al d.l. 13/2017, cd. «Decreto Minniti» – nei casi di rigetto della domanda di protezione internazionale l'efficacia della decisione non fosse automaticamente sospesa con la presentazione dell'impugnazione avverso la decisione amministrativa, in assenza di gravi e circostanziate ragioni. La Corte di cassazione (Cass. civ. sez. I, ord. 39734/2021, pubblicata il 13.12.2021), decidendo del ricorso avverso il provvedimento del Giudice di pace di Milano, lo ha cassato, ritenendolo manifestamente errato in diritto, perché in caso di ricorso avverso il diniego della prima domanda di protezione internazionale, trova applicazione la regola generale della sospensione automatica dell'efficacia del diniego di protezione ai sensi dell'art. 35-*bis*, d.lgs. 25/2008 e, conseguentemente, il richiedente non può essere espulso fino a che non divenga definitiva la decisione giurisdizionale relativa alla sua istanza. È davvero grave che a distanza di molti anni dalla pubblicazione del decreto procedure 25/2008 ancora si debbano riscontrare simili grossolani errori da parte di chi esercita funzioni giurisdizionali.

Profili formali

A fronte di un'impugnazione di un decreto espulsivo fondata sulla consegna al destinatario di una copia del decreto priva di attestazione di conformità all'originale, perché fotocopia di una copia conforme, è incongrua – e quindi apparente – la motivazione del Giudice di pace di Brescia che rigetta il ricorso sul presupposto che qualsiasi pubblico ufficiale o impiegato dell'ufficio immigrazione possa attestare la conformità della copia all'originale. In tal modo ha deciso Cass. civ. sez. I, ord. 25879/2021, pubblicata il 23.9.2021. Con la medesima ordinanza la Corte ha altresì accolto un ulteriore motivo di ricorso, atteso che il Giudice di pace – a fronte di un'espulsione comminata ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98 – «non si è neppure posto il problema dell'inquadramento del ricorrente in una delle categorie di cui all'art. 1, d.lgs. 159/2011 e dell'attualità dei presupposti di tale inquadramento, ma ha motivato esclusivamente sulla base della gravità del delitto commesso anni addietro».

In punto sottoscrizione del decreto espulsivo da parte del viceprefetto, Cass. civ. sez. I, ord. 41664/2021, pubblicata il 27.12.2021, conferma il consolidato indirizzo secondo cui è legittimo il decreto di espulsione emesso e sottoscritto dal viceprefetto vicario, anziché dal prefetto, a nulla rilevando la mancanza dell'espressa menzione delle ragioni di impedimento del prefetto, che può essere sostituito dal vicario in tutte le sue funzioni e attribuzioni.

Tuttavia, poiché nel caso di specie l'opponente si limita a lamentare che il decreto opposto era stato emesso da un viceprefetto aggiunto, senza specificare se fosse o meno viceprefetto vicario, osserva la Corte di legittimità che trattasi di censura affetta da oggettiva equivocità, confliggente con l'esigenza di specifica contestazione che presiede sia i motivi di ricorso per Cassazione che la particolare disciplina delle competenze prefettizie. Sicché, richiamando i principi in tema di opposizione ad ordinanza ingiunzione di sanzione amministrativa *ex* l. 689/81, la Corte afferma che è onere dell'opponente – che deduca l'illegittimità del provvedimento per insussistenza di delega di firma in capo al funzionario che firma, in sostituzione del prefetto o del viceprefetto vicario – provare il fatto negativo, con la conseguenza che, ove non riesca a procurarsi la pertinente attestazione da parte dell'Amministrazione, è tenuto comunque a sollecitare il giudice ad acquisire informazioni *ex* art. 213 c.p.c. Con la conseguenza che, se l'opponente rimane inerte processualmente, la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo non possa ritenersi superata.
(Negli stessi termini Cass. civ. sez. I, ord. 39731/2021, pubblicata il 13.12.2012).

TRATTENIMENTO

Motivazione

La Corte di cassazione ha ribadito, con ordinanza sez. I civ. 20.10.2021 n. 29081, l'importanza della motivazione nei provvedimenti di convalida e proroga del trattenimento, e affermato che è meramente apparente, e quindi al di sotto del «minimo costituzionale» una motivazione espressa attraverso un modulo prestampato e con il richiamo acritico del contenuto del decreto del questore senza esplicitarne e condividerne le ragioni, perché non consente di cogliere le ragioni giuridiche della decisione né di far conoscere l'*iter* logico seguito per la formazione del convincimento del giudice. Analogamente, solo apparente è la motivazione espressa con formula di stile di adesione acritica alle affermazioni della questura, senza prendere posizione sulle specifiche questioni sollevate dalla difesa del cittadino straniero trattenuto (così Cass. sez. VI ord. civ. 3.11.2021 n. 31536; nello stesso senso Cass. sez. I civ. ord. 27.12.2021 n. 41673, Cass. sez. I civ. ord. 27.12.2021 n. 41702, Cass. sez. VI civ., ord. 13.12.2021 n. 39773.

Proroga del trattenimento

In seguito all'entrata in vigore della l. 161/2014, che ha modificato l'art. 14, co. 5, d.lgs. 286/1998 introducendo una disciplina più rigorosa e rispettosa dell'art. 13 Cost., ai fini della concessione delle proroghe del trattenimento successive alla prima non è più sufficiente l'esistenza di gravi difficoltà nell'accertamento dell'identità e della nazionalità del soggetto espellendo, ma è necessario accertare la sussistenza di «elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione» dello straniero, ovvero verificare che il mantenimento del trattenimento «sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio». Con ordinanza Cass. sez. I civ. ord.

23.9.2021 n. 25875 la Corte ha cassato il provvedimento del Giudice di pace che aveva concesso la proroga senza accertare la sussistenza di tale requisito e si era invece limitato a dare atto che, rispetto al momento in cui era stata concessa la prima proroga, l'Amministrazione non era rimasta inerte nel tentativo di acquisire la documentazione occorrente per l'espulsione; tale elemento, peraltro rimasto generico, è irrilevante ai fini della concessione della seconda proroga e di quelle successive. In senso analogo vedi anche Cass. sez. I civ. ord. 20.10.2021 n. 29075, Cass. sez. VI civ. ord. 3.11.2021 n. 31535.

Durata e termini della proroga

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. I civ. 20.10.2021 n. 29076, ha affermato che il *dies a quo* della proroga del trattenimento decorre dalla scadenza del termine precedente, non già dalla data del provvedimento che la dispone. La Corte rileva che la proroga è il prolungamento di una scadenza, dunque decorre di regola dalla scadenza stessa. Di ciò il giudice tiene, o deve tener conto, quando dispone la proroga, anche se emette il relativo provvedimento prima della scadenza; la Corte ha così disatteso la tesi del ricorrente, secondo cui disallineare l'inizio del periodo di proroga rispetto alla data del provvedimento comporterebbe il rischio di basare la proroga stessa su una situazione di fatto non più attuale.

Ragionevole prospettiva di rimpatrio

È legittimo, secondo la Corte di cassazione (ordinanza sez. VI civ. 22.12.2021 n. 41292), il provvedimento del Giudice di pace che autorizzi la proroga, disattendendo la tesi della difesa secondo cui non sussiste una ragionevole prospettiva di esecuzione del rimpatrio in considerazione delle misure di chiusura degli spazi aerei da parte del Paese di destinazione per l'emergenza Covid, con motivazione che richiama la modificabilità nel tempo di tali misure.

Interesse a impugnare

La citata ordinanza sez. VI civ. 22.12.2021 n. 41292 si segnala anche perché ribadisce il principio, già affermato dalla Corte di legittimità in materia di proroga del trattenimento, secondo cui il cittadino straniero ha interesse a ottenere l'annullamento del provvedimento di convalida del trattenimento, sia per il diritto al risarcimento derivante dall'illegittima privazione della libertà personale, sia al fine di eliminare ogni impedimento illegittimo al riconoscimento della sussistenza delle condizioni di rientro e soggiorno nel territorio italiano. Il principio è ribadito altresì da Cass. sez. I civ. ord. 13.12.2021 n. 39735.

In contrasto con tale principio, almeno in relazione all'interesse legato al diritto all'eventuale risarcimento del danno, si pone invece Cass. sez. II civ. ord. 12.11.2021 n. 33913, che ha affermato la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso avverso il provvedimento di convalida del trattenimento in seguito all'annullamento in autotutela del decreto di espulsione e al rilascio

del ricorrente, avvenuto tre giorni dopo la convalida. Ora, se da un lato con l'annullamento del decreto di espulsione viene meno l'interesse a eliminare ogni impedimento illegittimo al riconoscimento della sussistenza delle condizioni di rientro e soggiorno, non pare tuttavia che venga meno l'interesse a ottenere l'annullamento del provvedimento di convalida che ha dato causa a una illegittima privazione della libertà personale, sia pure per un breve periodo, cui può conseguire il diritto al risarcimento del danno.

Misure alternative al trattenimento

Nel caso esaminato da Cass. sez. I civ. ord. 25.10.2021 la Corte, per ragioni di rito, non entra nel merito della questione sollevata nel ricorso, che lamentava la mancata assistenza di un difensore, anche nominato d'ufficio, nel procedimento di convalida delle misure alternative al trattenimento. La questione resta invero di attuale rilevanza, dopo la sentenza della Corte costituzionale che ha affermato la legittimità della procedura cartolare per la convalida delle misure alternative; come segnalato già in un commento alla pronuncia pubblicato in questa *Rivista*, i dubbi si appuntano anche sulla effettività del diritto di difesa in un procedimento in cui il difensore d'ufficio venga nominato dopo l'instaurazione del contraddittorio, già ridotto a scambio meramente eventuale e cartolare.

Provvedimento presupposto e doppia tutela

Per costante orientamento di legittimità, il giudice chiamato alla convalida del trattenimento ha il potere e dovere di conoscere incidentalmente del provvedimento presupposto di espulsione o di respingimento posto in esecuzione, nei limiti della verifica della sua esistenza ed efficacia e della sua non manifesta illegittimità.

Con ordinanza sez. I civ. 20.10.2021 n. 29080, la Corte di cassazione ha pertanto dichiarato illegittimo il decreto di convalida del trattenimento disposto in esecuzione di un decreto di espulsione giuridicamente inesistente perché notificato al destinatario in copia priva della necessaria attestazione di conformità all'originale.

In applicazione dello stesso principio, Cass. sez. I civ. ord. 5.11.2021 n. 32268 ha annullato il provvedimento di convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera in esecuzione di un decreto di espulsione manifestamente illegittimo in quanto fondato su un presupposto (l'irregolarità dell'ingresso nel territorio nazionale) che dagli atti risultava insussistente.

Non incorre invece in vizi di legittimità il decreto di proroga del trattenimento disposto in esecuzione di un decreto di espulsione pur risalente nel tempo, poiché l'atto presupposto mantiene la sua efficacia (così Cass. sez. II civ. ord. 12.11.2021 n. 33968).

Con due ordinanze (Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41703 e Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41702) la Corte di cassazione ha annullato altrettanti provvedimenti di proroga del trattenimento in cui il Giudice di pace aveva omesso di pronunciarsi sull'eccezione della difesa che lamentava la

manifesta illegittimità del decreto di espulsione, basato sull'erroneo presupposto fattuale che il cittadino straniero fosse entrato in Italia violando i controlli di frontiera (art. 13, co. 2, lett. a d.lgs. 286/98), mentre egli era stato invece sottoposto a controllo di ingresso e temporaneamente ammesso nel territorio dello Stato per necessità di pubblico soccorso (art. 10, co. 2, lett. b d.lgs. 286/98), non venendo immediatamente respinto (dopo le operazioni di identificazione e fotosegnalamento) proprio perché trattenuto e sottoposto a quarantena sanitaria. L'ordinanza n. 41702 si segnala in particolare perché afferma che l'avvenuto consolidamento del titolo espulsivo e di precedenti provvedimenti di convalida del trattenimento non esclude di per sé la verifica *ex novo* dei presupposti di legittimità di un provvedimento di proroga successivo; ciò sia perché la proroga incide sulla libertà personale (art. 111 Cost.), sia perché si verte in materia cautelare inidonea alla formazione del giudicato, sia ancora in ragione dell'immediata esecutività nell'ordinamento dell'art. 15, par. 4, direttiva 2008/115/CE.

Quarantena

La limitazione della libertà personale prevista dall'art. 14 d.lgs. 286/1998 si sovrappone talvolta a quelle imposte per esigenze di prevenzione sanitaria dalle norme del periodo pandemico. I cittadini stranieri soccorsi in mare, infatti, vengono sottoposti a un periodo di quarantena, cui fa seguito senza soluzione di continuità il trattenimento ai fini espulsivi. La Corte di cassazione ha esaminato due casi nei quali il Giudice di pace ha convalidato per 16 giorni il trattenimento di cittadini stranieri che erano stati già posti in quarantena sanitaria per 14 giorni. La Corte ha ritenuto legittimo il decreto di convalida del trattenimento, fondato su una motivazione pur ritenuta non del tutto lineare e non valutata nella sua bontà giuridica ma solo nella sua idoneità a far cogliere la *ratio decisoria*, in cui il Giudice di pace aveva escluso che, per come risultava dagli atti, la pregressa quarantena costituisse una forma di restrizione della libertà personale riconducibile alle previsioni dell'art. 13 Cost. (così Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41669 e Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41703).

Trattenimento del richiedente asilo

Con due ordinanze (Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41701 e Cass. sez. I ord. 27.12.2021 n. 41699) rese sulla medesima vicenda la Corte di cassazione ha confermato l'illegittimità dei provvedimenti di convalida e di proroga del trattenimento disposto nei confronti di un soggetto che aveva presentato domanda reiterata di protezione internazionale nella pendenza del termine per proporre ricorso avverso il provvedimento di rigetto o inammissibilità della domanda. La Corte ha ribadito che non rileva la effettiva proposizione del ricorso per la protezione internazionale, dal momento che ai sensi dell'art. 32 d.lgs. 25/2008 l'obbligo di lasciare il territorio sorge all'inutile spirare del termine di impugnazione e non al fatto che quest'ultima non sia (ancora) stata proposta al momento della decisione sul trattenimento.

Il Tribunale di Lecce, con provvedimento del 7.12.2021 , ha applicato il principio affermato dalla Corte di cassazione con sentenza sez. I 3.2.2021 n. 2457 (già annotata nel fascicolo 2.2021 di questa *Rivista*), secondo cui il trattenimento del cittadino straniero che abbia già presentato domanda di protezione internazionale può essere disposto per 30 giorni e non per 60, e che quindi la tempestività della richiesta di proroga deve essere valutata in relazione alla scadenza del termine massimo previsto dalla legge.

Il Tribunale di Lecce, con provvedimento del 16.12.2021, non ha autorizzato la proroga del trattenimento richiesta nel confronti di un cittadino straniero, richiedente asilo, osservando che questi aveva proposto ricorso contro il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale, che l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato era stata rigettata, e che pertanto non sussistevano i presupposti di cui all'art. 6, co. 7, del d.lgs. 142/2015, e cioè la pendenza dell'istanza cautelare (poiché questa era stata rigettata) e l'autorizzazione a rimanere sul territorio nazionale in conseguenza del ricorso proposto (autorizzazione che conseguirebbe all'accoglimento dell'istanza cautelare). Il Tribunale ha infatti rilevato che oggetto della richiesta della questura era la proroga del trattenimento disposto ai sensi del d.lgs. 142/2015 e non anche l'eventuale proroga del trattenimento già disposto ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 286/1998, su cui quindi non poteva pronunciarsi.

Si segnalano due provvedimenti del Tribunale di Roma, divergenti tra loro, su una questione che vede l'interferenza tra il procedimento giurisdizionale per il riconoscimento della protezione internazionale e quello relativo alla convalida e proroga del trattenimento del richiedente asilo.

Con decreto del 5.11.2021 il Tribunale capitolino, rilevato che il cittadino straniero richiedente protezione internazionale aveva proposto ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda, con contestuale istanza cautelare, e che questa era stata accolta, ha ritenuto che nel giudizio di proroga del trattenimento fosse ormai preclusa qualunque valutazione in merito alla strumentalità della domanda di protezione internazionale, in quanto superata dall'accoglimento, da parte del Tribunale competente, della richiesta di sospensione del provvedimento impugnato.

A diversa soluzione è pervenuto lo stesso Tribunale, nel provvedimento del 9.12.2021 con cui ha invece autorizzato la proroga pur in presenza della sospensione cautelare del provvedimento di rigetto della domanda di asilo, ritenendo che non fosse stato dedotto alcun elemento nuovo né fossero ravvisabili elementi tali da indurre a ritenere non più valide le ragioni che avevano motivato il precedente provvedimento di trattenimento.

Traduzione

Cass. sez. II civ. ord. 12.11.2021 n. 33912 ha escluso che sia illegittimo il provvedimento di convalida del trattenimento emesso all'esito di udienza celebrata con l'assistenza di una mediatrice culturale di lingua inglese nei confronti di cittadino pakistano che risulti aver dichiarato di conoscere abbastanza bene l'italiano e l'inglese e che, nel foglio notizie sottoscritto presso la

questura, abbia dichiarato di preferire per le notificazioni la lingua inglese, che peraltro è una delle lingue nazionali del suo Paese di provenienza.

DARIO BELLUCCIO, NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

LA REGOLARIZZAZIONE 2020 (ART. 103, D.L. N. 34/2020)

Il termine di conclusione del procedimento

Diversi provvedimenti giurisprudenziali hanno affrontato il tema della interpretazione dell'art. 103, d.l. 34/2020 in materia di regolarizzazione della posizione giuridica e lavorativa delle persone straniere in Italia. Si segnalano innanzitutto, considerata l'ampia rilevanza, le sentenze del Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1785 del 22 luglio 2021, n. 2145 del 6.10.2021 e n. 2554 18 novembre 2021 le quali – discostandosi motivatamente da un precedente indirizzo interpretativo – hanno affermato che *l'obbligo di conclusione dei procedimenti amministrativi entro un determinato termine* costituisce diretta applicazione dell'art. 97, co. 2, Cost. ed è presidio del buon andamento della PA.; non può conseguentemente sussistere un procedimento amministrativo privo dell'indicazione del termine di sua conclusione, in quanto determinerebbe un potere arbitrario in capo alla Amministrazione non pertinente a uno Stato democratico che garantisca anche il diritto di difesa della parte privata.

In merito al procedimento ad iniziativa di parte previsto dall'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, non essendo previsto alcuno specifico termine per la conclusione del procedimento, deve dunque farsi affidamento sul termine generale di 30 giorni entro il quale ogni procedimento deve essere concluso qualora non siano previsti dall'ordinamento termini diversi, giusta applicazione dell'art. 2, co. 2, l. n. 241 del 1990.

I requisiti reddituali del datore di lavoro

Le difficoltà interpretative della disciplina emergenziale emergono anche da Tar Marche, sez. I, ord. cautelare n. 346 del 4.11.2021, in relazione ai *requisiti reddituali* di cui deve disporre il datore di lavoro che abbia avanzato dichiarazione di emersione di un *lavoratore addetto al lavoro domestico* di sostegno al bisogno familiare o all'assistenza alla persona (ai sensi dell'art. 9, co. 2, d.m. 27.5.2020). Tali difficoltà, in uno con i pregiudizi che possono derivare nelle more, sono alla base della sospensione del provvedimento impugnato in attesa della pronuncia di merito.

Sulla (solo parzialmente similare) questione attinente il «requisito reddituale» del datore di lavoro che abbia avanzato istanza di regolarizzazione ai sensi dell'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020 di un solo *lavoratore addetto al lavoro in agricoltura*, il Tar Puglia, Bari, sez. III, ord. cautelare n. 517 del 18.12.2021 afferma che la capacità economica del datore di lavoro si verifica attraverso il reddito imponibile o il fatturato (cfr. art. 9, d.m. 27.5.2020 cui rinvia l'art. 103, d.l. 19.5.2020, n. 34 conv. con l. n. 77/2020).

Tre ulteriori pronunce (Tar Catania, sez. IV, sentenza breve del 17 gennaio 2022, n. 159, Tar Bari, sez. III, ordinanze cautelari nn. 38 e 39 del 19 gennaio 2022) cercano di rendere chiaro il significato del medesimo requisito reddituale allorquando il datore di lavoro abbia avanzato plurime istanze di emersione di lavoratori addetti al settore agricolo. Esse affermano che in base alle norme vigenti (i.e. art. 103 d.l. n. 34/2020 e d.m. 27.5.2020) la PA deve valutare la complessiva solidità economica del datore di lavoro e non limitarsi ad alcun mero calcolo aritmetico. La normativa è chiara, da un lato, nel fissare (in ogni caso) la soglia minima di 30.000,00 euro di fatturato riferendola al bilancio di esercizio dell'anno precedente a quello della presentazione dell'istanza (Tar Catania, cit.) ma, dall'altro lato, non prevede che detta soglia minima debba essere automaticamente moltiplicata per il numero dei lavoratori da regolarizzare qualora questi siano più di uno, specie in considerazione della circostanza per la quale nel settore agricolo i lavoratori sono assunti prevalentemente a tempo determinato (Tar Catania e Tar Bari, cit.).

In ipotesi di presentazione di più di un'istanza, inoltre, lo Sportello unico immigrazione, che ritenga la capacità economica datoriale congrua all'assunzione solo di alcune e non di tutte le figure lavorative, ha uno specifico obbligo di motivazione delle ragioni per le quali proprio alcuni e non altri lavoratori possano accedere alla regolarizzazione della propria posizione giuridica. Un legittimo criterio discretivo può essere quello della priorità del deposito di una istanza rispetto ad un'altra (Tar Catania, cit.) ma, in assenza di adeguata motivazione, il provvedimento amministrativo dovrà essere dichiarato illegittimo anche per tale motivo (Tar Bari, cit.).

Il settore produttivo

Sempre in materia di requisiti soggettivi del datore di lavoro che abbia avanzato dichiarazione di emersione ai sensi dell'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020, va ricordato che la norma richiedeva l'esercizio *dell'attività nell'ambito di specifici settori produttivi*, analiticamente indicati dalla normativa speciale (i.e. agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse; assistenza alla persona per il datore di lavoro o per componenti della sua famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare).

Il Tar Bari, sez. III, sent. n. 1584 del 30 ottobre 2021, afferma che lo Sportello unico immigrazione, al fine di valutare se l'azienda rientri tra quelle legittimate ad avviare e concludere positivamente il procedimento amministrativo, deve considerare non solo il *codice ATECO* principale della stessa ma, ove posseduto, anche il *codice ATECO secondario* e verificare se rientrino tra quelli di cui all'allegato 1 al d.m. 27.5.2020 e alle attività «connesse» all'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura (cfr. art. 103, co. 3, lett. a, d.l. 34/2020).

La prova della presenza in Italia

Altre decisioni hanno riguardato il tema della *prova della presenza in Italia del cittadino straniero prima dell'8.3.2020,* prevista dall'art. 103, co. 1, d.l. 34/2020 quale requisito necessario per accedere alla procedura.

Il Tar Umbria, sez. I, sent. n. 773 del 28 ottobre 2021 ha affermato l'idoneità, a detto fine, del contratto telefonico e del codice STP con la relativa iscrizione al Servizio sanitario nazionale, essendo tra l'altro esplicitamente indicati nell'elenco individuato nelle FAQ pubblicate sul sito internet del Ministero dell'interno.

Peraltro, anche se le su menzionate FAQ indicano quali validi titoli a tale scopo, tra gli altri, anche i biglietti di vettori aerei e marittimi nominativi utilizzati per l'ingresso nello Stato, deve ritenersi che allo stesso modo siano utilizzabili i biglietti degli autobus, in quanto le indicazioni contenute nel sito ministeriale hanno carattere esemplificativo e non tassativo.

Il Tar Emilia Romagna, sez. I, ord. cautelare n. 460 del 14 ottobre 2021 ha ritenuto che il requisito è dimostrato anche dalla allegazione del certificato del medico di continuità assistenziale, il cui servizio è assimilabile a quello di guardia medica ed è inquadrabile, sia pure *latu sensu* nel concetto di «organismi pubblici» di cui al comma 1, art. 103 cit.

IL PERMESSO DI SOGGIORNO UE PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO

Pregressa titolarità di permesso umanitario e computo del termine quinquennale

Il Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza n. 2911 del 3 maggio 2021 ha affrontato la questione del computo del termine quinquennale, per conseguire il permesso UE di soggiornante di lungo periodo, nel caso in cui la persona sia stata in passato titolare di permesso umanitario, vale a dire se anche quel periodo possa essere calcolato.

Il giudice partenopeo rileva che l'art. 9, co. 3 TUI effettivamente esclude il diritto del titolare di permesso umanitario al rilascio del permesso UE di lungo soggiorno (insieme ad altre ipotesi ivi indicate), ma questo non significa che, se successivamente alla titolarità del permesso umanitario l'interessato acquisisca un diverso permesso di soggiorno che di per sé legittima il diritto al PSUE, il primo periodo non possa essere idoneo al calcolo del periodo quinquennale.

Dunque, la regolare presenza quinquennale richiesta dall'art. 9, co. 1 TUI va computata a far data dall'acquisizione del permesso umanitario. Infatti, «Una diversa interpretazione, peraltro, indurrebbe a rilevare una irragionevole disparità di trattamento tra gli stranieri che a seguito del riconoscimento della protezione umanitaria, decorso il quinquennio, possono acquisire il titolo di soggiorno UE e coloro ai quali sia stata riconosciuto il permesso di soggiorno per motivi umanitari in quanto questi ultimi, nei cinque anni dalla presentazione della istanza di riconoscimento della protezione internazionale e fino alla istanza di rilascio del titolo di soggiorno, hanno comunque soggiornato regolarmente nello Stato integrandosi nel tessuto sociale mediante lo svolgimento di un percorso di studi ovvero del regolare svolgimento di attività lavorative».

Pregressa dichiarazione di regolarizzazione e computo del termine quinquennale

Ancora in relazione al calcolo del periodo di 5 anni rilevante per conseguire il predetto titolo di soggiorno, il Tar Campania, Napoli, sez. VI, sentenza n. 7515 del 25 novembre 2021 ha dichiarato che deve darsi rilievo al principio giurisprudenziale del «*lungo soggiornante di fatto*»; conseguentemente la PA deve considerare utili a tale fine tutti i periodi in cui l'istante sia stato regolarmente soggiornante sul territorio nazionale e, tra essi, anche quelli maturati a seguito della dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare domestico o di assistenza alle persone ai sensi del d.lgs. n. 109 del 16 luglio 2012, anche allorquando la decisione in merito alla medesima dichiarazione sia stata assunta dall'Amministrazione solo molto tempo dopo.

Organo competente al rilascio e/o alla revoca del PSUE

In materia di *competenza a deliberare sulla domanda* di rilascio, rinnovo, aggiornamento o revoca del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, il Tar Sicilia, Palermo, sez. III, sentt. nn. 2964 e 2965 del 2 novembre 2021 ha ritenuto preliminare rispetto ad altre questioni sollevate quella relativa alla denunciata illegittimità del provvedimento emesso dal dirigente dell'Ufficio immigrazione della questura competente territorialmente. Si specifica, in via generale, che il potere di deliberare il rigetto o la revoca (come anche il rinnovo o il rilascio) di un permesso di soggiorno è attribuito dalla legge in via esclusiva al questore della Provincia in cui risiede il cittadino straniero (artt. 5, co. 5 e 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e 9 d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394). Inoltre, proprio in materia di permesso di lungosoggiorno, gli artt. 9 co. 1 e 4, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 stabiliscono che anche il potere di deliberare la revoca (come il rilascio e l'aggiornamento) di un permesso UE per soggiornanti di lungo periodo è attribuito dalla legge in via esclusiva al questore della Provincia in cui risiede il cittadino straniero e la normativa non prevede espresse ipotesi di delega. Dunque, in mancanza della prova dell'esistenza di tale esplicita delega, l'atto è viziato per incompetenza.

Condanne penali e diniego o revoca del PSUE

Con ampia e articolata pronuncia il T.R.G.A. di Trento, sez. unica, sentenza n. 81 del 17 maggio 2021 ritiene che, in ipotesi di condanna anche non definitiva di un cittadino straniero per uno dei reati indicati nell'art. 4, co. 3, d.lgs. 286/98 (nella fattispecie «*delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope puniti a norma dell'art. 73 del Testo unico approvato con d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo*»), la posizione giuridica del soggiorno dello stesso si differenzi a seconda che questi sia titolare di un ordinario permesso di soggiorno ovvero di un permesso rilasciato ai sensi dell'art. 9, d.lgs. 286/98: nel primo caso il provvedimento di rifiuto o di revoca del permesso di soggiorno si configurerebbe come un atto vincolato non essendo necessaria a tal fine alcuna ulteriore valutazione circa la pericolosità sociale del cittadino straniero o il suo livello di integrazione nel contesto sociale

italiano, con la sola eccezione costituita dall'eventuale sussistenza di legami familiari nel territorio dello Stato italiano (cfr. art. 5, co. 5 TUI e Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2013, n. 202).

Nel secondo il diniego di rilascio o la revoca del permesso di soggiorno non possono essere disposti per il solo fatto che l'interessato abbia riportato sentenze penali di condanna, ma si richiede sempre un giudizio di pericolosità sociale e una motivazione articolata su più elementi, che tenga conto anche della durata del soggiorno sul territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dell'interessato, nonché alla concreta possibilità di reinserimento nel Paese di origine, essendo escluso ogni automatismo tra provvedimento sfavorevole e condanne penali. Inoltre, nella sentenza si specifica anche che sussiste in capo all'Amministrazione un obbligo motivazionale particolarmente stringente (non soddisfatto dall'utilizzo di formule stereotipate) volto ad esplicitare le ragioni per le quali i fatti per cui l'interessato è stato condannato in sede penale, anche per gravi reati, comportano, nella ponderazione comparativa dei contrapposti interessi, la prevalenza delle ragioni di sicurezza e ordine pubblico sul diritto della persona a permanere sul territorio dello Stato e a mantenere i legami con la propria famiglia. Tale motivazione deve connotare il provvedimento amministrativo all'esito del contraddittorio con la parte, mentre non può ritenersi valida allorché sia ad esso postuma e fornita quale integrazione dell'atto negli scritti difensivi prodotti in giudizio (conf. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 3385 del 27 aprile2021), anche perché ciò sarebbe in insanabile contrasto anche con la normativa europea (cfr. art. 296 TFUE ed art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Procedimento amministrativo e PSUE

In altra fattispecie, conformandosi alla ordinanza n. 6064 del 16 ottobre 2020 del Consiglio di Stato, il Tar Lazio, Roma, sez. I-*ter*, sent. n. 7921 del 5 luglio 2021 ha dichiarato che è illegittimo il decreto della questura di irricevibilità dell'istanza di rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo qualora lo stesso non sia preceduto da *idoneo preavviso* di rigetto. Per tale motivo l'Amministrazione sarà tenuta a valutare nuovamente la regolarità della situazione anagrafica e la effettiva disponibilità «di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio».

PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVO DI STUDIO

Non sussiste alcuna necessità che il corso di studio intrapreso dal cittadino straniero che abbia fatto ingresso in Italia con un visto per motivi di studio sia esattamente il medesimo per cui ha presentato domanda di visto. Secondo il Tar Piemonte, Torino, sez. I, sentenza n. 1199 del 23 dicembre 2021, tale tesi esegetica non solo trova riscontro nella normativa nazionale (cfr. artt. 5

e 39 d.lgs. 286/1998 ed artt. 44-*bis* e 46 d.p.r. 394/1999) e nella interpretazione fornita dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Milano, sez. IV, 19 maggio 2021, n. 1232; Tar Lombardia, Milano, III, 20 giugno 2008, n. 2103; cfr. anche Tar Toscana, sez. I, 7 marzo 2006, n. 872), ma è altresì corroborata dalla disciplina del diritto dell'Unione europea, volta promuovere l'ingresso e la mobilità intra-unionale di studenti e ricercatori di Paesi terzi, quale forma di migrazione volta a «generare conoscenze e competenze e promuoverne l'acquisizione. Essa costituisce una forma di arricchimento reciproco per quanti migrano, per lo Stato d'origine e per lo Stato membro interessato, rafforzando nel contempo i legami culturali e arricchendo la diversità culturale» (considerando 7 Dir. UE/2016/801).

Deve dunque essere riconosciuta la fungibilità tra i differenti corsi di studio.

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO *STATUS* DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

Il Tribunale di Bologna con decreto del 7.10.2021 ha riconosciuto lo *status* di rifugiata (pur in assenza di una espressa domanda in tal senso proposta dalla difesa) ad una donna della Nigeria, perché vittima di atti di persecuzione sotto forma di violenza di genere ed appartenente al «gruppo sociale» delle vedove.

Nel decreto in esame i giudici bolognesi hanno ravvisato l'esistenza di una persecuzione personale e diretta per l'appartenenza al gruppo sociale delle *donne vedove***,** nella forma di «atti specificamente diretti contro un genere sessuale», da identificarsi nei rituali di vedovanza e nelle conseguenze dell'essersi la ricorrente sottratta a tali rituali. Di particolare interesse l'approfondimento istruttorio – in ossequio al dovere di cooperazione gravante sul giudice – compiuto attraverso i ricercatori EASO che supportano la Sezione specializzata del Tribunale di Bologna, relativo al trattamento discriminatorio e persecutorio delle vedove in Nigeria ed alla possibilità di qualificare i rituali di vedovanza come una forma di violenza di genere.

Ancora il Tribunale di Bologna, con decreto reso all'esito della Camera di Consiglio del 30.9.2021, ha riconosciuto lo *status* di rifugiata ad una cittadina della Nigeria, fuggita dal Paese d'origine per sottrarsi all'atto persecutorio costituito dalla *mutilazione genitale* cui il padre e gli zii, nonostante l'età adulta (ventotto anni), volevano costringerla. La fondatezza del timore è stata ravvisata dai giudici bolognesi, anche grazie all'applicazione del principio del beneficio del dubbio (ancora molto raramente utilizzato nelle decisioni dei Tribunali), in ragione dell'omertà che circonda la pratica delle MGF, percepita come tradizionale nel contesto generale della Nigeria e come doverosa nel contesto etnico (la ricorrente appartiene al gruppo etnico degli Isoko Nord) e familiare della ricorrente e dell'inerzia delle autorità statali nel perseguirla effettivamente (nonostante le previsioni normative della sua punibilità).

L'atto persecutorio costituito dalla *mutilazione genitale femminile* giustifica, anche ad avviso del Tribunale di Brescia – decreto del 2.3.2021 – il riconoscimento dello *status* di rifugiata in favore di una giovane donna del Ghana. Molto interessante quanto affermato dai giudici bresciani in merito al rischio prognostico in caso di rimpatrio, a fronte di una mutilazione già perpetrata: i maltrattamenti subiti dalla ricorrente dopo la mutilazione rivelano come l'assoggettamento a tale violenza di genere rappresenti una forma di controllo famigliare alla quale la ricorrente,

nell'impossibilità di ricevere aiuto dalle autorità statuali, non potrebbe sottrarsi. Le conseguenze fisiche e psichiche di tale atto persecutorio non potrebbero che aggravarsi in caso di rimpatrio, proprio in ragione dell'impossibilità di ricevere supporto dalla famiglia o dallo Stato (che non ha dato alcuna attuazione alle previsioni legislative che vietano tali forme di violenza).

Con decreto del 6.4.2021 il Tribunale di Bologna ha riconosciuto lo *status* di rifugiata ad una donna nigeriana, vittima di *tratta a fini sessuali*, in quanto appartenente ad un particolare gruppo sociale. Nel provvedimento in esame i giudici bolognesi si soffermano, in particolare, sul rischio prognostico in caso di rimpatrio, precisando come nonostante l'esperienza di tratta si sia ormai conclusa (come riferito dalla ricorrente), possa ritenersi sussistente il rischio di subire nuovi atti persecutori (con riferimento al rischio di cadere nuovamente nella rete dei trafficanti, all'esclusione sociale che subiscono le vittime di tratta una volta tornate nella propria comunità ed alla condizione di povertà in cui si trovano le dette vittime).

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 24397/2021, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un cittadino del Gambia, fuggito dal Paese d'origine in seguito alla scoperta del proprio *orientamento omosessuale* da parte delle autorità statuali, ha ribadito che la circostanza che nel Paese di provenienza del ricorrente sia previsto il reato di omosessualità rende di per sé il predetto soggetto vulnerabile in ragione del suo orientamento sessuale, che non è frutto di scelta consapevole ma di inclinazione naturale. Nella decisione in esame, i giudici di legittimità censurano la motivazione della Corte d'appello di Venezia – che ha ritenuto di precisare come il racconto del ricorrente fosse simile ad altri – precisando come il fatto che la storia possa assomigliare ad altre è circostanza priva di alcun rilievo atteso che la circostanza che l'omosessualità sia reato in Gambia «evidenzia *ex se* il trattamento ingiustamente discriminatorio riservato agli omosessuali, e rende tutte le loro storie inevitabilmente somiglianti, non essendo necessario alcun ulteriore circostanza, al di là della mera inclinazione sessuale dell'individuo, per far scattare la persecuzione». Del pari censurabile, ad avviso della Suprema Corte, la motivazione dei giudici di merito nella parte in cui ritengono non credibile il racconto del ricorrente perché egli, pur nella consapevolezza del rischio, aveva scelto di frequentare altre persone omosessuali. Con riferimento a tale aspetto, nella decisione in esame si legge che, ragionando come sopra «si finirebbe per affermare il principio per cui, in presenza di fenomeni repressivi delle più intime esplicazioni della personalità umana – la libera scelta sessuale rientra di certo in tale ambito – la persona sia tenuta a vivere la propria scelta di nascosto, frustrando quindi le proprie inclinazioni personali in ragione dell'esigenza di rispettare una norma sostanzialmente ingiusta».

Ancora con riferimento ad una domanda di protezione spiegata in ragione dell'orientamento omosessuale del ricorrente, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 21394/2021, cassando una

decisione del Tribunale di Milano, ha precisato che l'assunto per cui l'appartenenza a un *orientamento omosessuale* debba rispondere – in via necessaria (o pressoché necessaria) – a uno schema di consapevolezza sofferta, di travaglio interiore, di confusione e smarrimento, di mancanza di serenità del soggetto, «risulta affermazione in sé stessa autoreferenziale, oltre che priva, prima di tutto sul piano dell'essere, di una qualsivoglia base di razionalità scientifica». Con riferimento al rischio in caso di rimpatrio, la Suprema Corte, richiamando le linee guida UNHCR del 21.10.2012, ha ribadito come la fondatezza del timore di persecuzione debba essere stabilita in base alla valutazione della difficile situazione che il richiedente si troverebbe ad affrontare nell'ipotesi di un ritorno nel Paese di origine, senza che lo stesso sia tenuto a dimostrare che le autorità erano al corrente del suo orientamento sessuale e/o della sua identità di genere prima che egli lasciasse il suo Paese di origine.

Il Tribunale di Milano, con decreto del 7.7.2021 ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino del Mali, proveniente dalla regione di Kayes, il quale era fuggito dal Paese d'origine per sottrarsi alla condizione di *schiavitù* nella quale la sua famiglia, ormai da generazioni, si trovava. Di particolare rilievo le argomentazioni svolte dal Tribunale in merito alla possibilità di qualificare gli schiavi come un particolare gruppo sociale: la provenienza da un'area nella quale le persone della stessa etnia del ricorrente sono nate schiave (conclusione raggiunta sulla base di un accurato e completo studio delle più aggiornate fonti di informazione), la conseguente possibilità di ritenere lo *status* di schiavo come «caratteristica innata» di tutte le persone provenienti dalla detta area e l'impossibilità di mutare la predetta caratteristica.

Religione

Il Tribunale di Milano, nell'esaminare la domanda di protezione spiegata da un ricorrente egiziano, di religione *cristiano copta*, con decreto dell'8.9.2021 , ha precisato che, benché non vi siano informazioni che depongano nel senso di una sistematica discriminazione e persecuzione dei cristiani in Egitto, il rischio prognostico del ricorrente di essere esposto a discriminazioni in ragione della sua appartenenza alla minoranza cristiana in Egitto deve essere ritenuto sussistente in ragione del contesto socioculturale di provenienza e degli specifici atti persecutori già subiti da alcuni dei familiari. In forza dei predetti elementi ha riconosciuto al ricorrente lo *status* di rifugiato per motivi religiosi.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

D.lgs. 19.11.2007 n. 251, art. 14 lett. b)

Il Tribunale di Firenze, con decreto del 15.9.2021 ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del Senegal (il quale aveva riferito di essere stato denunciato e ricercato dalla Polizia) in ragione del ritenuto rischio effettivo di trovarsi nelle *condizioni inumane e degradanti in cui*

versano le strutture carcerarie senegalesi. Di particolare rilievo l'esame delle fonti di informazione relative alle condizioni delle carceri in Senegal che rivelano le disumane condizioni in cui vivono i detenuti ed evidenziano altresì come le organizzazioni non governative non abbiano un'autorizzazione permanente all'ingresso nelle strutture carcerarie, ma debbano presentare domanda al direttore dell'autorità penitenziaria, che decide di volta in volta. Tale elemento, ad avviso dei giudici fiorentini, non consente un'analisi oggettiva della realtà degli istituti penitenziari poiché ben potrebbe consentire alle autorità «di preparare per tempo "l'accoglienza" degli osservatori delle Organizzazioni per i diritti umani».

D.lgs. 19.11.2007 n. 251, art. 14 lett. c)

Il Tribunale di Catania, con decreto del 15.10.2021 ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino senegalese proveniente dalla regione di Kolda, nel territorio della *Casamance***.** Ad avviso dei giudici catanesi il conflitto «a bassa intensità», che si protrae da oltre trent'anni, caratterizzato da un saldo radicamento nel territorio e organizzazione militare, non può ritenersi sopito (come affermato da numerose Sezioni specializzate), permanendo, invece, «una situazione politico-sociale estremamente precaria e ancora caratterizzata da scontri armati che non consente di escludere, in caso di rientro forzato, un rischio effettivo di "danno grave" da violenza indiscriminata diffusa nel senso indicato dall'art. 14 lett. c) del d.lgs. 251/2017».

Il Tribunale di Milano, con decreto del 28.6.2021 ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un ricorrente proveniente dal territorio dell'*Azad Kshmir in Pakistan.* Il Collegio, dopo aver escluso la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (in ragione della ritenuta non credibilità delle dichiarazioni relative all'appartenenza del ricorrente al partito politico del Jammy Kashmir Liberation Front), in ossequio al dovere di cooperazione sullo stesso gravante, ha esaminato le più aggiornate fonti di informazione concludendo che la ragione del Kashmir si trova in uno stato di conflitto interno determinato dalla presenza di gruppi paramilitari che combattono per l'autonomia della zona. I predetti elementi hanno portato il Tribunale meneghino a ritenere sussistente una situazione di conflitto armato che giustifica il riconoscimento della protezione sussidiaria.

Ancora il Tribunale di Milano, con decreto del 21.6.2021 ha ravvisato l'esistenza di un contesto di violenza indiscriminata all'interno di un conflitto armato in *Burkina Faso*. In particolare nel decreto esaminato si dà atto di come le più accreditate fonti di informazione sul Paese d'origine del ricorrente evidenzino serie criticità legate alla presenza di gruppi terroristici che dalla fine del 2016, nelle regioni del nord al confine con il Mali ed il Niger, e dal 2018 nelle regioni dell'est, hanno intensificato i loro attacchi. La presenza di gruppi armati non statali, il numero di attacchi terroristici, la diffusione territoriale degli stessi, la situazione di emergenza umanitaria, il numero

degli sfollati interni, la tipologia dei conflitti ed il numero di morti costituiscono elementi rilevanti per il riconoscimento della protezione sussidiaria.

QUESTIONI PROCESSUALI

Domande reiterate

Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 18.10.2021 ha accolto il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. proposto da un richiedente protezione ordinando alla questura di ricevere la domanda reiterata di protezione internazionale dallo stesso proposta. Nel provvedimento in esame, il giudice, dopo aver rilevato un contrasto tra l'art. 29-*bis* del d.lgs. 25 del 2008 (come introdotto dall'art. 9, comma 1, lett. d) del d.l. 4.10.2018 n. 113, convertito nella legge 1.12.2012 n. 132) e la normativa comunitaria e nazionale, ha effettuato un'interpretazione conforme della norma, accertando il diritto del ricorrente ad un esame preliminare della domanda reiterata. Con riferimento al requisito del *periculum in mora*, nella decisione in esame è stata sottolineata l'eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal virus Covid-19.

Il Tribunale di Brescia, con decreto del 30 luglio 2021 ha esaminato una domanda reiterata proposta da un cittadino della Costa D'Avorio. Di peculiare interesse quanto affermato dai giudici bresciani in merito ai requisiti di ammissibilità della domanda reiterata. In particolare, nella decisione in esame, il Tribunale ritiene ammissibile non solo quanto non detto nella prima domanda dal ricorrente perché non conosciuto, ma anche quanto non detto perché il trauma prodotto e le tracce del trauma nella psiche della persona non gli consentiva, al momento della presentazione della prima domanda, di affrontare quanto accaduto e di tradurlo nel proprio racconto.

Udienza di comparizione ed audizione del ricorrente

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 32237/2021, esaminando la decisione dei giudici di merito che, dopo aver espressamente rinviato l'udienza allo scopo di rinnovare l'audizione del ricorrente, senza alcuna motivazione, decideva di non procedere a tale incombente istruttorio, ha affermato come la «inesistente motivazione» del Tribunale meneghino di non provvedere all'audizione (pur avendola ritenuta espressamente necessaria) non risulta, in astratto, conforme a diritto atteso che l'ipotetica revoca del pur disposto provvedimento di fissazione d'udienza espressamente funzionale alla nuova audizione del ricorrente, non avrebbe potuto essere deliberata senza una specifica motivazione fondata su (eventuali) fatti nuovi sopravvenuti alla prima decisione.

La Suprema Corte, con ordinanza n. 25216/2021 – con riferimento ad un motivo di ricorso proposto in ragione del fatto che il Tribunale non aveva accolto l'istanza della difesa volta ad ottenere la rinnovazione dell'audizione del ricorrente in ragione della presenza in atti delle

dichiarazioni rese nella fase amministrativa – ha precisato che, a fronte dell'istanza di audizione proposta dal ricorrente, il giudice di merito deve procedere alla verifica delle ragioni giustificative addotte e pronunciarsi sulle stesse, non potendosi limitare alla mera constatazione della presenza in atti del verbale dell'audizione avanti alla Commissione per motivare il diniego della stessa.

Ancora in merito all'audizione del richiedente protezione, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 18311/2021 ha precisato che il provvedimento del giudice, adottato sulla base del rigetto dell'istanza di audizione può essere impugnato: per «*error in procedendo*» ove il giudice del merito abbia negato in termini assoluti l'ammissibilità dell'incombente in una delle ipotesi in cui è, invece, astrattamente esperibile; per «violazione o falsa applicazione di legge», nel caso in cui il giudice abbia escluso l'audizione sulla base dell'erronea applicazione di norme di diritto ai fatti su cui il richiedente intenda rendere le proprie dichiarazioni; per l'anomalia motivazionale, che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, per l'assoluta mancanza di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, per motivazione apparente, per contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e per motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, con riguardo alla carente indicazione delle ragioni per le quali la decisione può essere adottata allo stato degli atti.

Valutazione di credibilità

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto avverso un decreto di rigetto del Tribunale di Milano, con ordinanza n. 31802/2021, ha ribadito che «in tema di valutazione della credibilità del richiedente asilo, costituisce errore di diritto, come tale censurabile anche in sede di legittimità, la valutazione delle dichiarazioni che si sostanzi nella capillare e frazionata ricerca delle singole, eventuali contraddizioni, pur talvolta esistenti, insite nella narrazione, volta che il procedimento di protezione internazionale è caratterizzato, per sua natura, da una sostanziale mancanza di contraddittorio (stante la sistematica assenza dell'organo ministeriale), con conseguente impredicabilità della diversa funzione – caratteristica del processo civile ordinario – di analitico e perspicuo bilanciamento tra posizioni e tesi contrapposte *intra pares*: al riguardo, è di fondamentale rilevo l'esame fatti "decisivi" del racconto del migrante, dovendosi configurare come tali tutti quelli che hanno caratterizzato la sua vulnerabilità, la quale deve essere verificata caso per caso, all'esito di una valutazione individuale della sua vita privata in Italia, comparata con la situazione personale vissuta prima della partenza ed alla quale si troverebbe esposto in caso di rimpatrio».

Ancora in merito ai criteri di valutazione della credibilità del ricorrente (la coerenza interna, la coerenza esterna, la plausibilità o verosimiglianza e la sufficienza di dettagli) la Suprema Corte, con ordinanza n. 30548/2021 ha precisato che il giudizio di verosimiglianza o plausibilità deve essere compiuto, come indicato in una pubblicazione EASO sulla valutazione delle prove

(espressamente citata dalla Corte), valutando la plausibilità di fatti pertinenti nel contesto delle condizioni esistenti nel Paese d'origine e nel contesto del ricorrente.

Con specifico riferimento alla valutazione di credibilità delle dichiarazioni di una richiedente cinese – la quale aveva allegato un *rischio persecutorio legato a motivi religiosi* – la Suprema Corte, con ordinanza n. 37657/2021, esplicitamente discostandosi dalle affermazioni contenute nella pronuncia n. 15219/2020, ha affermato che il sindacato del giudice di merito sulla sindacabilità del racconto del richiedente asilo, il quale alleghi un rischio legato all'adesione ad un determinato credo religioso, è pieno e non trova limiti in barriere che vietino al giudice indagini, compiute nel doveroso rispetto della dignità umana, circa il livello di conoscenza dei relativi riti o il percorso individuale seguito dal richiedente asilo per abbracciare il credo religioso. Molto interessante anche quanto affermato dalla Cassazione in merito al fatto che la frequentazione, da parte della ricorrente, di una chiesa evangelica in Italia ben può assumere rilievo ai fini di una tutela *sur place*.

Fonti di informazione (c.d. COI)

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 22825/2021, ribadendo quanto già affermato dalla Suprema Corte (nell'ordinanza n. 262/2021) ha affermato che in tema di protezione sussidiaria *ex* art. 14 lett. c) del d.lgs. n. 251 del 2007, una volta che il richiedente aveva allegato i fatti costitutivi del diritto, la Corte si è limitata a richiamare genericamente «fonti internazionali», violando così il principio secondo cui il giudice è tenuto, a prescindere dalla valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente, a cooperare all'accertamento della situazione reale del Paese di provenienza mediante l'esercizio di poteri officiosi di indagine e di acquisizione documentale, in modo che ciascuna domanda venga esaminata alla luce di informazioni aggiornate, le cui fonti dovranno essere specificatamente indicate nel provvedimento, al fine di comprovare il pieno adempimento dell'onere di cooperazione istruttoria.

Ancora in materia di fonti di informazione, la Suprema Corte, dopo aver ribadito che la consultazione delle «raccomandazioni della Farnesina» – trattandosi di fonti che forniscono dati incompleti e cronologicamente generici, destinate a categorie di soggetti, come i turisti o i cittadini stranieri, non comparabili con i richiedenti protezione internazionale – non integra i requisiti di cui all'art. 8 del d.lgs. 25/2008, ha cassato la decisione della Corte d'appello di Brescia che aveva tratto le informazioni relative alla situazione del Mali, Paese di origine del richiedente, da un'unica fonte rappresentata da «*Wikipedia*» la quale, come espressamente riconosciuto dalla Corte «offre un'informazione di tipo generalistico ma risulta intrinsecamente inidonea a dare un quadro approfondito ed appropriato della situazione del Paese in funzione delle peculiari esigenze di tutela connesse al sistema della protezione internazionale; questo anche sotto il profilo della attualità delle informazione offerte».

Sul tema delle fonti di informazione e del dovere di cooperazione del giudice si sofferma ancora la Corte di cassazione, con ordinanza n. 26481/2021, nella quale si ribadisce come il dovere di cooperazione istruttoria rappresenti una peculiarità processuale del giudizio di protezione internazionale, cui il giudice di merito deve adempiere d'ufficio, fondando la propria decisione su fonti informative attendibili (e cioè riconducibili a quanto predicato dall'art. 8 co. 3 d.lgs. 25/2008), idonee allo scopo informativo rispetto alla vicenda narrata ed aggiornate alla data della decisione, in ragione della rapida mutevolezza delle condizioni sociopolitiche, economiche, climatiche e sanitarie dei Paesi di provenienza dei richiedenti asilo. Nella pronuncia in esame la Corte ha altresì affermato che il ricorrente non ha alcun onere di indicare specificamente, riportandone il contenuto, fonti alternative a quelle utilizzate, non essendo tenuto a supplire ad una carenza istruttoria che costituisce oggetto di uno specifico obbligo *ex lege* del giudice di merito.

Procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale: preclusioni istruttorie

Con ordinanza n. 37301/2021 la Suprema Corte ha affermato che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'articolo 35 del d.lgs. 25 del 2008, anche per mancato riconoscimento dei presupposti per la protezione speciale a norma dell'articolo 32, co. 3, sono regolate dalle disposizioni di cui agli articoli 737 e ss. c.p.c., ove non diversamente disposto dall'articolo in esame e che, pertanto, l'acquisizione dei mezzi di prova, e segnatamente dei documenti, è ammissibile sino all'udienza di discussione in Camera di Consiglio, sempre che sulla produzione si possa considerare instaurato un pieno e completo contraddittorio, che costituisce esigenza irrinunziabile anche nei procedimenti camerali. Nel caso di specie, in forza dei predetti principi, la Suprema Corte ha cassato la decisione del Tribunale di Catanzaro che aveva ritenuto tardiva la produzione di alcuni documenti, prodotti dal ricorrente non unitamente al ricorso introduttivo, ma solo nel corso del giudizio, a sostegno della domanda reiterata di protezione internazionale.

DIRITTO AL RILASCIO DI VISTI UMANITARI

Con decreto 21.12.2021 RG. 62652/2021, il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da due cittadini afghani ai quali il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale aveva opposto il silenzio sulla loro richiesta di rilascio di visti umanitari per sottrarsi a rischi imminenti per la loro incolumità, a seguito della presa di potere in Afghanistan del nuovo governo dei cd. talebani.

La controversia ha presentato notevoli profili di interesse, a partire dalla procura alle liti rilasciata dai ricorrenti senza il rispetto delle regole ordinarie che la disciplinano in caso di rilascio all'estero (legalizzazione da parte della Rappresentanza consolare italiana o apposizione dell'Apostille ex Convenzione dell'Aja del 1961), rispetto a cui la difesa dello Stato ha eccepito il difetto di

legittimazione attiva. Questione risolta dopo che, verificata l'assenza di Rappresentanza consolare italiana in Afghanistan (tutte le Ambasciate occidentali hanno lasciato il Paese in agosto 2021) e la possibilità per i due ricorrenti di trasferirsi in Pakistan, il Tribunale ha consentito la sanatoria della procura, *ex* art. 182 c.p.c., con ordine all'Ambasciata italiana in Pakistan di far accedere gli interessati negli uffici, a tale fine.

Nel merito, il Tribunale di Roma ha innanzitutto accertato, alla luce di allegazioni prodotte in giudizio, l'effettiva e concreta esposizione al rischio dei ricorrenti in ragione della professione svolta di giornalisti e di attivisti di associazioni di promozione culturale prima dell'avvento del nuovo governo e dunque l'esistenza del loro diritto alla protezione. Conseguentemente ha affermato che l'unico strumento giuridico idoneo a evitare tale rischio è il rilascio del visto umanitario di cui all'art. 25 del codice visti Schengen reg. UE n. 1810/2009.

Infatti, secondo il Tribunale detta norma europea «prevede che uno Stato membro possa eccezionalmente rilasciare un visto di ingresso ad un cittadino di un Paese terzo se lo ritiene necessario per motivi umanitari, di interesse nazionale o derivanti da obblighi internazionali. Il visto è detto di validità territoriale limitata (VTL) e consente di permanere e circolare unicamente nel territorio dello Stato che lo rilascia, in deroga alle condizioni di ingresso per i cittadini terzi previsti dal codice frontiere Schengen».

Visto il cui rilascio è nella facoltà discrezionale dello Stato, come affermato sia dalla Corte di giustizia UE che dalla Corte EDU, ma che diventa un obbligo per il giudice dei diritti fondamentali davanti a cui venga rappresentata e provata l'esposizione concreta al rischio per la propria incolumità.

Così il Tribunale: «Resta il fatto che davanti ad un giudice nazionale viene prospettata, con fondamento, una posizione di rischio specifico, imminente ed attuale, di cui sono portatori due cittadini stranieri, e viene contestualmente formulata la richiesta di adottare un provvedimento che possa scongiurare la concretizzazione di tale rischio ed il verificarsi di danni potenzialmente irreparabili. Si deve ritenere che tale condizione integri pienamente la ricorrenza dei motivi umanitari prefigurati dal codice visti, facendo scattare quella che – se per le autorità statali costituisce una mera facoltà – per il giudice dei diritti fondamentali rappresenta invece una attività doverosa: il nostro ordinamento attribuisce infatti al giudice il compito di adottare i provvedimenti di urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei a salvaguardare la posizione di chi ha fondato timore che durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile».

Irrilevante è, in tale prospettiva, dimostrare quale sarà la condizione di soggiorno dei ricorrenti una volta entrati in Italia, in quanto il visto *ex* art. 25 codice visti Schengen ha la funzione di preservare i richiedenti da un pericolo imminente nel Paese di origine.

La vicenda decisa dal Tribunale di Roma riveste una particolare importanza, perché risulta la prima in Italia a applicare direttamente, in sede giudiziale, l'art. 25 reg. UE n. 810/2009 e può avere uno straordinario impatto in tutte quelle situazioni nelle quali sia accertato un pericolo concreto e imminente per potenziali richiedenti asilo, per i quali non esistono, tuttavia, altri percorsi legali di ingresso in Italia (ma anche nell'Unione europea).

La vicenda ha avuto uno *strascico altrettanto importante ma giudizialmente meno lineare*. A fronte delle proposte del Ministero degli affari esteri di rilasciare il visto ordinato dal Tribunale nell'ambito dei corridoi umanitari, di cui al Protocollo per l'Afghanistan sottoscritto il 4.11.2021, o di dimostrare un percorso di accoglienza e integrazione «stabile, strutturato e duraturo, oltre che dotato dell'opportuna copertura finanziaria», i ricorrenti hanno rifiutato le stesse, presentando al Tribunale un ricorso *ex* art. 669-*duodecies* c.p.c. chiedendo all'autorità giudiziaria di chiarire le modalità di esecuzione dell'ordinanza 21.12.2021.
Con decreto 14.1.2022 il Tribunale di Roma ha rinvenuto nelle proposte del Ministero un comportamento ostruzionistico in quanto «il provvedimento emesso da questo ufficio non ha ad oggetto l'ordine di inserimento dei due ricorrenti nel corridoio umanitario per afghani dal Pakistan, bensì il rilascio in via autonoma di altrettanti VTL, sulla base di motivate ragioni di urgenza ed indifferibilità della cautela» e la richiesta di documentare un percorso di soggiorno stabile, strutturato e duraturo è stata «del tutto arbitrariamente inserita tra i requisiti pretesi per l'attuazione del provvedimento, stante la natura incondizionata dell'ordine giudiziale».
Conseguentemente, il giudice ha ordinato al MAECI di rilasciare i visti umanitari *ex* art. 25 codice visti Schengen entro 10 gg.
Tuttavia, in sede di reclamo, il Tribunale di Roma in composizione collegiale ha sospeso l'ordinanza del 21.12.2021 al fine di verificare l'avvio della fase attuativa dei corridoi umanitari.

LA PROTEZIONE UMANITARIA

La protezione umanitaria e la cd. comparazione attenuata

L'ordinanza n. 41778/2021 della Corte di cassazione, dopo avere ritenuto inammissibili i profili di ricorso con i quali il richiedente asilo della Nigeria contestava il giudizio di non credibilità del giudice di merito (essendo critica di merito inammissibile davanti al Giudice di legittimità), ha accolto il ricorso nella parte in cui è stata proposta la critica alla sentenza della Corte d'appello di Venezia che ha negato anche la protezione umanitaria senza effettuare una verifica del percorso di integrazione in Italia e delle condizioni alle quali il richiedente sarebbe esposto in caso di rientro nel Paese.
La Corte precisa, innanzitutto, che lo scrutino riguarda l'istituto della protezione umanitaria previgente alla riforma operata dal d.l. 113/2018 (Cass., SU, 29459/2019) ma evidenzia che esso deve tenere conto anche degli sviluppi ermeneutici indicati dalla ancora più recente

Cassazione a Sezioni unite n. 24413/2021 [n.d.r. intervenuta dopo l'ulteriore riforma dell'istituto introdotta dal d.l. 130/2020], che ha «ratificato» il principio (già introdotto in pronunce delle sezioni semplici,) della cd. *comparazione attenuata*. Infatti «ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve instaurarsi una relazione di proporzionalità inversa tra fatti giuridicamente rilevanti, che impone un peculiare bilanciamento tra la condizione soggettiva del richiedente asilo e la situazione oggettiva del Paese di eventuale rimpatrio; il principio va ricondotto in termini generali al paradigma del modello di comparazione, cd. "attenuata"».
Principio che, applicato caso per caso, può condurre a dare maggiore rilievo al percorso di integrazione in Italia del richiedente asilo qualora le condizioni nel Paese di origine siano di deprivazione dei diritti fondamentali, potendo peraltro accadere che il "peso" dell'integrazione sia del tutto irrilevante qualora siano accertate «situazioni di particolare gravità (quali la seria esposizione alla lesione dei diritti fondamentali alla vita o alla salute, conseguente, ad esempio, a eventi calamitosi o a crisi geopolitiche che abbiano generato situazioni di radicale mancanza di generi di prima necessità)».
Per altro verso, secondo la pronuncia in commento, se il livello di integrazione del richiedente in Italia è effettivo ed elevato, il ritorno nel Paese può determinare un significativo scadimento delle condizioni di vita privata o familiare, sì da consentire il riconoscimento della protezione umanitaria *ex* art. 5, co. 6, TU 286/98 in relazione all'art. 8 CEDU.
Cassazione secondo cui è irrilevante che vi sia stato un giudizio negativo sulla credibilità del richiedente asilo, in quanto le uniche ipotesi nelle quali questa può incidere afferiscono all'incertezza sulla identità o sulla nazionalità. Al riguardo, la Corte di legittimità si confronta con la giurisprudenza secondo cui «la necessità dell'approfondimento da parte del giudice di merito non sussiste se, già esclusa la credibilità del richiedente, non siano state dedotte ragioni di vulnerabilità diverse da quelle dedotte per le protezioni maggiori (sez. 1, n. 29624 del 24.12.2020, Rv. 660128 - 01).», affermando che «la vulnerabilità scaturisce dall'integrazione e dal radicamento realizzati dal richiedente asilo, meritevoli di protezione ai sensi dell'art. 8 CEDU, posti a raffronto con la situazione in cui egli si verrebbe a trovare nel Paese di origine e quindi proprio da circostanze intrinsecamente "diverse da quelle dedotte per le protezioni maggiori"».

L'ordinanza n. 41786/2021 la Cassazione, pur richiamando i medesimi principi della precedente in rassegna, in materia di protezione umanitaria, ha dichiarato inammissibile il ricorso di un richiedente asilo del Pakistan perché ha mancato di assolvere al proprio onere di allegazione del percorso integrativo seguito in Italia, proponendo doglianze generiche e senza indicare in quale fase del giudizio abbia prodotto documentazione ad esso relativa.
Con l'occasione la Corte ricorda la ripartizione tra dovere di allegazione del richiedente di elementi che riguardano la sua domanda e dovere di cooperazione istruttoria che afferisce al versante della prova, rispetto al quale, in presenza di precise allegazioni, sorge il dovere del giudice di cooperare

con il richiedente acquisendo le informazioni «limitatamente alle circostanze concernenti la situazione sociale, economica o politica del Paese di provenienza del richiedente e non, quindi, relativamente alle circostanze attinenti alla integrazione sociale, culturale, lavorativa e familiare del richiedente asilo in Italia».

Pronuncia che interroga, implicitamente, il ruolo dell'avvocatura, che deve essere bene a conoscenza della natura del giudizio di protezione internazionale ma anche di quello di legittimità, in cui non solo non possono essere dedotti profili che riguardino il merito della valutazione operata dal giudice di 1^ o 2^ grado, ma è retto dal principio di autosufficienza, tale per cui è onere della difesa indicare in quali atti e/o in quale fase processuale ha ottemperato compiutamente al dovere di allegazione.

Protezione umanitaria e violenze nel Paese di transito (Libia)

In tema di rilevanza delle violenze subite nei Paesi di transito interviene l'ordinanza della Corte di cassazione n. 25734/2021, in un giudizio proposto da un richiedente asilo del Mali, a cui il Tribunale di Verona e la Corte d'appello di Venezia avevano negato il riconoscimento di ogni forma di protezione per difetto di credibilità. La Corte ricorda i criteri in materia di valutazione della credibilità, escludendo che nel caso di specie il giudice di merito li abbia disapplicati (analitica è la ricostruzione dell'*iter* motivazione della sentenza d'appello), ma censura, invece, il diniego di riconoscimento della protezione umanitaria per avere omesso di accertare l'attualità la situazione in Mali, ancorandosi a fonti di informazioni precedenti quelle più recenti allegate dal ricorrente e per avere fondato il diniego sul giudizio negativo di credibilità. Secondo la Cassazione, infatti, la credibilità non rileva ai fini della tutela complementare, il cui accertamento riguarda la comparazione tra la condizione attuale del richiedente e l'esposizione a rischio di «violazione del nucleo incomprimibile dei diritti della persona che ne vulnerino la dignità». Comparazione che origina dal precetto di cui all'art. 10, co. 3 della Costituzione anche se si ritenga che esso sia stato interamente attuato dalla legislazione in materia di protezione internazionale, in quanto «tale indirizzo (non da tutti condiviso) deve pur sempre confrontarsi con la norma costituzionale (e con le norme sovranazionali), di rango superiore in sede di interpretazione della legge ordinaria, escludendone l'applicabilità tutte le volte che tale interpretazione si ponga in conflitto con la norma gerarchicamente sovraordinata».

Quello che la Cassazione censura al giudice di merito è di non avere assolto al dovere di cooperazione (cioè di accertamento della situazione nel Paese di origine), ai fini della protezione umanitaria, per la sola ragione della ritenuta non credibilità delle dichiarazioni del richiedente, quando invece il paradigma normativo da essa prescinde.

Inoltre, la Corte censura il giudice d'appello anche nella parte in cui ha escluso la rilevanza di quanto subito dal richiedente in Libia, Paese di transito, perché in totale dissonanza rispetto al disposto di cui all'art. 8, co. 3, d.lgs. 25/2008, senza, peraltro, avere posto in dubbio che egli

abbia ivi effettivamente subito violenze ma escludendone la rilevanza perché il rimpatrio non avverrebbe in Libia ma nel Paese di origine.
Interpretazione, afferma la Cassazione, che comporterebbe una «sostanziale abrogazione dell'art. 8 del d.lgs. 251/2007 poiché la rilevanza della situazione del richiedente asilo con riferimento al Paese di transito non potrebbe mai riguardare l'eventualità del rimpatrio, da individuarsi ex lege nel Paese di origine».
Invero, per dare alla norma corretta applicazione, quanto avvenuto nei Paesi di transito assume rilevanza per accertare se i trattamenti ivi subiti possano avere inciso sulla vulnerabilità del richiedente (di cui la Cassazione precisa il concetto etimologico), la quale, se rinvenuta, rappresenta uno dei corni di valutazione comparativa, necessariamente attenuata: «quanto più risulti accertata in giudizio (con valutazione di merito incensurabile in sede di legittimità se scevra da vizi logico-giuridici che ne inficino la motivazione conducendola al di sotto del minimo costituzionale richiesto dalle stesse Sezioni unite con la sentenza 8053/2014) una situazione di particolare, di grave, o addirittura di eccezionale vulnerabilità, tanto più è consentito al giudice di valutare con minor rigore il *secundum comparationis*, costituito dalla situazione oggettiva del Paese di rimpatrio, onde la conseguente attenuazione dei criteri rappresentati "dalla privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale"».
Interessante anche il passaggio in cui la Corte afferma che «Può legittimamente ricondursi alle massime di comune esperienza (che, giusta l'insegnamento di cui a Cass., SU., 26792/2008, costituiscono un mezzo di prova di pari dignità rappresentativa rispetto alla prova storica o documentale), il convincimento per il quale la condizione emotiva di una persona che, approdato in Italia dopo una traumatica esperienza nei campi di prigionia libici, si vede costretto ad abbandonare il Paese di accoglienza ben possa integrare gli estremi della grave vulnerabilità».
Infine, la Corte censura la decisione d'appello anche nella parte in cui ha omesso di valutare il grado di integrazione del richiedente asilo in Italia, nonostante le allegazioni offerte in giudizio.

Protezione umanitaria e rischio di matrimonio forzato (Gambia)

L'ordinanza n. 31801/2021 della Cassazione censura il decreto con cui il Tribunale di Milano ha negato a donna richiedente asilo del Gambia la protezione umanitaria, omettendo di effettuare una reale comparazione tra la situazione nel Paese di origine in relazione al rischio di matrimonio forzato, su cui la richiedente aveva motivato la sua domanda di protezione, e il percorso di integrazione seguito in Italia, pur allegato in giudizio.
La Corte ribadisce che il giudizio sulla credibilità non rileva ai fini dell'accertamento della tutela complementare, a differenza che per le protezioni maggiori, e che il giudice deve accertare la situazione nel Paese di origine per la valutazione sulla vulnerabilità della richiedente, «proprio al fine di accertare se l'aspirazione ad una esistenza migliore fosse meramente riconducibile ad una

mera questione economica (in assenza di una condizione di povertà inemendabile nel Paese di origine) o rappresentasse, invece, il risultato di una ribellione ad una condizione di sacrificio della proprio dignità tale da configurare quelle ragioni umanitarie sulle quali è fondato il riconoscimento della tutela garantita dall'art. 5, co. 6, d.lgs. 286/1998».

La protezione speciale nel regime transitorio

Con un lungo decreto del 13.10.2021 RG. 4781/2019, il Tribunale di Lecce ha riconosciuto a richiedente asilo della Costa d'Avorio la protezione speciale, in ragione dell'instabile situazione nel Paese di origine, del lungo tempo trascorso dal richiedente fuori dal Paese e tenuto conto del positivo percorso di integrazione allegato in giudizio.

La pronuncia è interessante per il richiamo ai criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza di Cassazione per la valutazione della credibilità, soggettiva e oggettiva, e per l'ampia e dettagliata indicazione delle COI sulla Costa d'Avorio, sulla base delle quali il Tribunale ha escluso che al richiedente possa essere riconosciuto il rifugio politico o la protezione sussidiaria ma che hanno consentito il riconoscimento della protezione speciale.

Interessante è anche la ricostruzione degli istituti della protezione umanitaria e di quella speciale, introdotta dal d.l. 130/2020 e applicabile nel giudizio per effetto di quanto disposto dall'art. 13 di detto decreto legge. Dal raffronto delle due tutele il Tribunale ha ritenuto che «la nuova disciplina, in particolare, con il ripristino nel comma 6 dell'art. 5 del d.lgs. 1998 dell'inciso: "fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato italiano" e la sostituzione del comma 1.1. dell'articolo 19 del medesimo decreto legislativo, abbia in sostanza operato una sorta di reviviscenza della vecchia protezione umanitaria, potenziandone l'applicazione e chiarendo i relativi presupposti, sulle orme del percorso tracciato dai principi affermati nel corso dell'ultimo decennio dalla gran parte dei giudici di merito con l'avallo della Suprema Corte», affermando dunque che «la significativa rivisitazione, in particolare delle due norme di cui innanzi, operata dal legislatore con il decreto legge in esame, oltre alla resurrezione di fatto della protezione umanitaria (previgente al d.l. n. 113/2018), integri un'emblematica sintesi dei principii andati via via affermandosi nel corso degli ultimi anni nella giurisprudenza più sensibile ed attenta alle problematiche connesse alla grave tragedia umanitaria contemporanea costituita dell'inarrestabile fenomeno migratorio».

Applicati detti principi al caso di specie, il Tribunale ha rinvenuto nel richiedente una vulnerabilità oggettiva «in relazione al Paese di origine del richiedente, correlata agli effetti di altissimi livelli di fame e di povertà che provocano i disordini politici sviluppatisi negli ultimi mesi».

LA PROTEZIONE SPECIALE

La protezione speciale richiesta al questore e l'accertamento in giudizio del diritto

Il Tribunale di Milano, con decreto 8.11.2021 RG. 20199/2021, ha accolto il ricorso proposto da un cittadino straniero che aveva presentato al questore domanda di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, *ex* art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 TU d.lgs. 286/98, diniegata dall'Autorità di P.S. perché già oggetto di diniego nel 2020, prima della riforma operata dal d.l. 130/2020.

Il giudice meneghino ha dichiarato inammissibile la domanda giudiziale di ordinare alla questura il rilascio del permesso per protezione speciale, non essendo consentito all'autorità giudiziaria ordinare un *facere* alla PA, mentre ha riconosciuto il diritto del cittadino straniero al rilascio di detto permesso.

Nella pronuncia si dà conto, innanzitutto, che la circolare del Ministero dell'interno del 19.3.2021 (secondo cui non era possibile presentare direttamente al questore la domanda di rilascio del permesso per protezione speciale) è stata superata da quella della Commissione nazionale asilo del 19.7.2021, che riconosce l'esistenza di due percorsi per il riconoscimento della protezione speciale, ovverosia nell'ambito del procedimento di protezione internazionale oppure con domanda diretta al questore.

Sul piano processuale, il Tribunale ha ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 19-*ter* d.lgs. 150/2011, previsto in materia di giudizio per la protezione umanitaria *ex* art. 5, co. 6 TUI, in quanto la nuova protezione speciale richiama espressamente anche detta norma, oltre al fatto che vi è sostanziale continuità tra i due istituti e a fronte di diritti soggettivi il giudice naturale è certamente il Tribunale ordinario.

Nel merito, la pronuncia ha affermato il potere del giudice di valutare le condizioni di vita del richiedente protezione al fine di verificare se il respingimento/rimpatrio comporterebbe lesione alla sua vita privata e familiare, tenendo conto dei criteri di valutazione indicati dall'art. 19, co. 1.1 TUI. Verifica che il Tribunale ha effettuato ricostruendo il percorso di vita e lavorativo del ricorrente, accertando la sua effettiva integrazione in Italia e arrivando, in conclusione, al riconoscimento del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale.

Trattasi di una delle *poche pronunce di merito, successive alla riforma del 2020, con le quali il giudice riconosce il diritto alla protezione speciale* e non, semplicemente, alla presentazione della domanda al questore con avvio del sub-procedimento per l'acquisizione del parere da parte della Commissione territoriale, come previsto dall'art. 19, co. 1.1 TUI. Pronuncia che, allo stato, appare minoritaria.

I provvedimenti di irricevibilità per mancanza di passaporto

Il Tribunale di Bologna, con decreto 29.12.2021 RG. 15058/2021, ha accolto il ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un cittadino straniero che aveva presentato alla questura domanda di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale e al quale era stato dato

immediatamente un provvedimento di irricevibilità *per mancanza di passaporto* (trattavasi di ex richiedente asilo).
Con decreto *inaudita altera parte* il giudice felsineo ha precisato che la categoria della irricevibilità, di cui all'art. 2, co. 1, legge 241/90, deve essere di stretta interpretazione in materia di diritti soggettivi devoluti alla competenza del giudice ordinario, perché un'estensione della sua applicazione «rischierebbe di sottrarre la domanda al proprio giudice naturale». Ciò è tanto più necessario in materia di protezione internazionale o complementare, in quanto il provvedimento amministrativo deve acquisire l'obbligatorio parere della Commissione territoriale.
Richiamata anche la circolare della Commissione nazionale asilo del 19,7.2021 (laddove differenzia l'ammissibilità della domanda dalla sua fondatezza e afferma che il richiedente protezione speciale allega alla domanda la documentazione che egli ritiene pertinente al proprio diritto), il Tribunale afferma che la carenza documentale, anche se fosse decisiva ai fini della decisione, non può mai dare adito a irricevibilità o inammissibilità, che può essere giustificata solo se risulti *ictu oculi* che il richiedente non abbia la titolarità del diritto soggettivo (ad esempio: cittadino italiano), mentre la (ritenuta) carenza documentale dovrà essere oggetto di valutazione nel merito dell'accertamento del diritto alla protezione speciale.
Quanto alla richiesta, formulata nel ricorso, di accertamento del diritto alla protezione speciale, il Tribunale l'ha ritenuta inammissibile perché intervenuta prima del procedimento amministrativo delineato dal legislatore.
Questione, quest'ultima, differente da quella decisa dal Tribunale di Milano, sopra richiamata.

Sempre il Tribunale di Bologna, con ordinanza 14.12.2021 RG. 13474/2021, ha accolto il ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un cittadino straniero, *già minore non accompagnato*, il quale aveva chiesto alla questura il rilascio di un permesso per protezione speciale (ex art. 19, commi 1.1 e 1.2 TU d.lgs. 286/98) e in via subordinata quello per lavoro (*ex* art. 32 TU d.lgs. 286/98) e al quale era stato notificato immediatamente un provvedimento di irricevibilità per il primo (ndr: motivato «in quanto ancora titolare di permesso di soggiorno per motivi di affidamento valido fino al 11.1.2022») e rilasciato il cedolino, invece, per il secondo.
Il Tribunale ha censurato il provvedimento questorile evidenziando che l'art. 5, co. 4, TUI prevede che la richiesta di rinnovo del permesso sia presentata almeno 60 gg. prima della scadenza del titolo e dunque ben può essere presentata anche precedentemente. Nel contempo ha riconosciuto il diritto del giovane a presentare la domanda di rilascio del permesso per protezione speciale, con dovere del questore di trasmettere la richiesta di parere alla Commissione territoriale, *ex* art. 19, co. 1.2, TUI.

Diniego di rinnovo del permesso per protezione umanitaria e accertamento della protezione speciale

Il Tribunale di Napoli, con decreto 2.12.2021 RG. 26194/2020, ha riconosciuto la protezione speciale *ex* art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2, TU d.lgs. 286/98 a cittadino della *Guinea*, già titolare di permesso per protezione umanitaria riconosciutogli dalla Commissione territoriale per ragioni di salute, al quale il questore aveva negato il rinnovo del titolo sulla base di un parere negativo della predetta Commissione, motivato sul superamento delle ragioni sanitarie.

Nella pronuncia si ricostruisce la successione legislativa 2018 e 2020, si confrontano i due istituti della protezione umanitaria e di quella speciale di nuovo conio, arrivando a concludere che vi è «continuità di disciplina tra la protezione umanitaria di cui all'art. 5, comma 6, TUI, nel testo vigente quando il permesso fu riconosciuto, e la protezione speciale, di cui all'art. 19 comma 1.1, come introdotto dal d.l. 130», perché sovrapponibili le nuove disposizioni a quelle che regolavano la "vecchia" protezione umanitaria come interpretata dalla giurisprudenza, in quanto in entrambi i casi «ricognitivi del diritto dello straniero, che versi in condizioni di un concreto bisogno di aiuto, di ricevere protezione dallo Stato ospitante in virtù del dovere di solidarietà sociale assicurato dall'art. 2 Cost., affinché egli non subisca, in caso di rimpatrio nel Paese di origine, il rischio di una grave deprivazione dei diritti fondamentali, che gli spettano non in quanto partecipe di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umano, non potendo la sua condizione giuridica di straniero giustificare trattamenti diversificati e peggiorativi *(*Corte cost. 10 aprile 2001, n.105; 8 luglio 2010, n. 249)».

Dopo un passaggio non chiarissimo o forse non adeguatamente sviluppato (in cui il Tribunale afferma necessaria anche per la nuova protezione speciale la comparazione tra condizioni di vita attuale e il rischio di esposizione a lesione di diritti fondamentali in caso di rimpatrio), il giudice partenopeo esamina la situazione in Guinea alla luce di precise e aggiornate COI (relative al colpo di Stato avvenuto nel settembre 2021, alla violazione di diritti umani perpetrata dalle forza di sicurezza in occasione della pandemia da COVID-19 e alla ripresa di altre emergenze sanitarie quali Ebola e il virus di Marburg), arrivando a riconoscere al richiedente la protezione speciale perché «Questo clima di instabilità politica e le sistematiche violazioni dei diritti umani perpetrate in Guinea, che per fatto non contestato è il Paese di origine del ricorrente, non possono, dunque, che rendere, ancora all'attualità, quest'ultimo inespellibile, ai sensi dell'art. 19, co. 1.1. TUI, essendovi il concreto rischio che lo stesso, tornando nel suo Paese, possa subire la violazione grave dei suoi diritti fondamentali, subendone l'inaccettabile deprivazione, in particolare alla salute».

DIRITTI - VARIE

Conversione permesso di soggiorno per asilo o protezione umanitaria in permesso per lavoro

Il Tar Marche, con ordinanza cautelare n. 314/2021 RG. 449/2021, ha concesso la sospensiva del provvedimento con cui il questore aveva negato a cittadino straniero titolare di permesso per asilo la conversione in permesso per lavoro. Il giudice marchigiano afferma che, pur avendo l'amministrazione indicato nel provvedimento di diniego la possibilità per il richiedente di

presentare un'altra domanda di permesso, ciò rappresenta un aggravio procedimentale (escluso dall'art. 1 legge 241/90) e la PA avrebbe dovuto esaminare la richiesta ai sensi dell'art. 5, co. 5, TU d.lgs. 286/98 (ndr: elementi nuovi sopravvenuti).
Il Tar ha ordinato, dunque, al questore di *riesaminare la domanda di conversione*, in contraddittorio con il richiedente tenuto a rappresentare adeguatamente la propria condizione, e con termine di 60 giorni per la definizione del procedimento.

Con ordinanza n. 318/2021 RG. 505/2021 il Tar Lombardia, Brescia, ha sospeso il provvedimento con cui la questura aveva negato a persona straniera la conversione del permesso di soggiorno da protezione umanitaria a lavoro per *mancanza di passaporto*.
Il giudice regionale evidenzia che la regola generale che richiede l'esibizione del passaporto per l'ingresso e il soggiorno della persona straniera in Italia (artt. 4, co. 1 e 5, co. 1 TU 286/98 e art. 9, co. 3 d.p.r. 394/99) presenta un'eccezione per i richiedenti asilo (art. 9, co. 6 d.p.r. 394/99), intendendo che detta categoria si riferisca «all'insieme delle posizioni collegate in via diretta o graduata al diritto di asilo, e riguardi pertanto anche i richiedenti protezione internazionale e i titolari di permessi di soggiorno per motivi umanitari o per protezione speciale. In tutti questi casi, infatti, la ricerca di un contatto con le autorità del Paese di origine, e a maggior ragione il rientro, potrebbe risultare inutile o esporre a rischi personali».
Precisa ulteriormente il Tar che, quando si esce dall'ambito dell'asilo e si chiede un permesso di soggiorno ordinario, la regola generale viene ripristinata, con onere di esibizione del passaporto o di un titolo equipollente, perché solo in tal modo le autorità italiane hanno certezza dell'identità della persona straniera; esigenza che recede solo quando la tutela del singolo prevalga sulle esigenze di certezza della PA, come nel caso dell'asilo.
Tuttavia, la mancanza di passaporto in fase di conversione del permesso umanitario in lavoro non può determinare automaticamente il diniego perché è necessario «gestire ordinatamente la transizione dalla situazione di emergenza a quella del soggiorno per motivi di lavoro», accertando se sia effettivamente impossibile per la persona ottenere in Italia il passaporto o se sia necessario un suo rientro nel Paese di origine, senza pregiudizio per la sua incolumità. Accertamento che il Tar afferma essere onere dell'autorità di P.S., che dovrà inoltrare richiesta di chiarimenti all'Ambasciata del Paese di origine del ricorrente e, in caso di silenzio entro 60 gg., dovrà rilasciare il permesso di soggiorno "condizionato" per attesa occupazione o per lavoro (a seconda della documentazione offerta dal ricorrente), «rinviando alla fase di rinnovo del suddetto titolo l'obbligo per il ricorrente di allegare un passaporto in corso di validità».

PROTEZIONE SUSSIDIARIA, RINNOVO DEL PERMESSO E ALLOGGIO

Il Tribunale di Bologna, con ordinanza 28.10.2021 RG. 11207/2021, ha accolto un ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un cittadino straniero beneficiario di protezione

sussidiaria, al quale la questura aveva dichiarato irricevibile l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per ritenuta inidoneità della documentazione relativa all'alloggio.
Il giudice bolognese precisa la netta distinzione tra ricevibilità dell'istanza e valutazione nel merito della domanda, che è affidata alla competente autorità amministrativa, nel caso di specie alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale.
Nel merito, il Tribunale afferma l'illegittimità del provvedimento questorile sia perché l'irricevibilità si traduce in una valutazione di merito rispetto a cui il questore è incompetente, sia perché l'art. 23 d.lgs. 251/2007, in materia di protezione sussidiaria, «non subordina il rinnovo ad altri adempimenti o ad altre condizioni (diverse dalla valutazione della persistenza dei presupposti che avevano consentito il riconoscimento di tale protezione internazionale)».

PROTEZIONE SUSSIDIARIA E TITOLO DI VIAGGIO

Davanti al Tar Sicilia, Palermo, è stato proposto ricorso da persona straniera titolare di permesso per protezione sussidiaria, al quale la questura aveva negato il rilascio del titolo di viaggio (già in precedenza rilasciato) motivato in ragione di un procedimento in corso per la revoca della protezione, per avere fornito generalità diverse al momento dell'ingresso in Italia e per non avere dimostrato l'impossibilità di ottenere dal proprio Paese il passaporto. Con sentenza in forma abbreviata n. 3382/2021 RG. 1871/2021 il Tar Palermo ha accolto il ricorso rilevando, quanto alle diverse generalità fornite, che il rilascio di successivi permessi di soggiorno consente di ritenere superata la difformità anagrafica e quanto al procedimento di revoca che l'amministrazione dello Stato non ha dimostrato che sia stato effettivamente avviato o comunque che si sia concluso negativamente per il ricorrente.
Nel merito, il giudice regionale ha ritenuto che le ragioni che avevano indotto la competente autorità a riconoscere al richiedente la protezione sussidiaria sono le stesse che giustificano il rilascio del titolo di soggiorno e che escludono possa rivolgersi alle autorità del suo Paese per acquisire il passaporto (art. 24 d.lgs. 251/2007), in quanto «sarebbe, infatti, del tutto illogico e irrazionale, da un lato, tutelare il soggetto da un danno grave, così come definito dall'art. 14 del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, cui il titolare dello status di protezione sussidiaria andrebbe incontro nel proprio Paese di origine, e, dall'altro, imporre al medesimo soggetto di contattare obbligatoriamente le autorità del responsabile di tale danno ai fini del rilascio del titolo di viaggio connesso alla titolarità dello status di protezione sussidiaria (v. *ex plurimis* Tar Campania, sede di Napoli, 6/21.7.2021, sentenza n. 5329; Tar Veneto, sede di Venezia, 8/15.9.2021, sentenza n. 1097)».

MINORI E RICHIESTA DI RICONOSCIMENTO PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Con ordinanza cautelare *ex* art. 700 c.p.c, del 6.12.2021 RG. 60165/2021 il Tribunale di Roma ha censurato il rifiuto della questura di consentire ai figli minori di richiedente asilo di

presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale insieme alla madre; rifiuto che era stato motivato per *l'assenza di certificati di nascita legalizzati dall'autorità consolare* del Paese di origine.

Il giudice ha verificato l'effettività del rapporto genitoriale attraverso copia dei certificati di nascita (non legalizzati) per cinque dei sei figli e altra varia documentazione, mentre solo per uno mancava il solo certificato di nascita. Pertanto, richiamati l'art. 6 direttiva 2013/32/UE (che vieta alle PA di chiedere documentazione aggiuntiva al richiedente asilo in fase di presentazione della domanda di protezione) e l'art. 6 d.lgs. 25/2008 (che consente ai minori di presentare la domanda di protezione per il tramite dei genitori), il Tribunale ha ritenuto sproporzionata la richiesta della questura di documentare il rapporto genitoriale con esame del DNA e privo di potere discrezionale il questore di rifiutare la presentazione della domanda di protezione, conseguentemente ordinando all'autorità di P.S. di riceverla per tutti i figli minori della richiedente asilo.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Ovviamente numerose risultano le pronunce emesse nei due quadrimestri dello scorso anno qui considerati (maggio-dicembre 2021). Ci si limita perciò a segnalare, all'interno del consueto filone giurisprudenziale dedicato alla cittadinanza per discendenza, alcuni orientamenti difformi sull'incidenza del noto e risalente fenomeno relativo alla naturalizzazione collettiva brasiliana; nonché la reiezione di curiose richieste sulla trascrizione anticipata dei provvedimenti in materia appunto di cittadinanza per discendenza. Sono presenti in questo periodo le ormai piuttosto rare pronunce in tema di acquisto della cittadinanza per elezione. Come di consueto, in numero debordante e di vario segno risultano poi le decisioni sul procedimento di naturalizzazione: a tale riguardo debbono essere evidenziate una pronuncia delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione ed una dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla competenza territoriale dei Tribunali amministrativi regionali in relazione a quello del Lazio, sezione di Roma. Non mancano infine due decisioni in tema di apolidia.

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario anche ai discendenti nati prima del 1° gennaio 1948. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai discendenti nati dopo il 1° gennaio 1948. c) Richiesta di tutela all'autorità giudiziaria ordinaria nel caso di grave ritardo nell'espletamento della pratica di riconoscimento da parte della pubblica amministrazione. d) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato nel 1889. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza italiana. Suo mancato esercizio. Effetti. Pronunce discordanti al riguardo e presa di posizione del Ministero dell'interno. e) Richiesta all'ufficiale di stato civile di immediata trascrizione di una decisione favorevole senza attenderne il passaggio in giudicato; legittimità del rifiuto. f) Facoltà di chiedere la cittadinanza italiana per gli emigrati dai territori ex austro-ungarici. Retroattività della cittadinanza al momento della nascita. Esclusione.

All'interno del flusso incessante di richieste di riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis* da parte di discendenti da madre cittadina, che aveva perso il proprio *status*

civitatis originario a causa dell'acquisto involontario della cittadinanza straniera del marito ai sensi dell'art. 10 della precedente legge organica del 1912, si rinviene una decisione assolutamente conforme alle motivazioni più volte riportate nelle precedenti *Rassegne* sulla retroattività degli effetti delle sentenze costituzionali n. 87/1975 e n. 30/1983 anche alla luce della presa di posizione effettuata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 4466/2009. Unica nota distintiva, rispetto ad una assoluta preponderanza di richiedenti brasiliani, è quella della cittadinanza messicana degli istanti (Trib. Roma, ord. 21.6.2021 e ord. rettifica 12.10.2021).

Ed altrettanto inconsueta appare, sia pure sotto il medesimo profilo, la richiesta ad opera di un gruppo di cittadini tunisini. Riguardo ad essi il giudice, nell'accoglierne le domande, pur dichiarando ripetutamente la cittadinanza italiana dei discendenti da cittadina italiana «anche se nati prima dell'entrata in vigore della Costituzione», individua poi il decorrere degli effetti delle suddette sentenze costituzionali dal 1° gennaio 1948 (Trib. Roma, ord. 20.5.2021).

Di maggior interesse (anche se affronta un problema per nulla nuovo) appare una pronuncia che, pur partendo dalle medesime premesse e riguardando anch'essa un cittadino brasiliano, sancisce l'attività per così dire di supplenza del giudice italiano di fronte all'enorme ritardo che connota l'evasione di queste istanze da parte del Consolato italiano di San Paolo. Dunque, dopo un vano richiamo all'art. 2 della l. 7.8.1990, n. 241, sulla certezza dei tempi di definizione dei procedimenti, il Tribunale afferma che il decorso di un periodo di tempo irragionevole rispetto all'interesse vantato equivale a un diniego di riconoscimento del diritto sottostante e giustifica il ricorso alla tutela giurisdizionale; nonché, nel caso specifico, all'accoglimento della domanda (Trib. Roma, ord. 22.4.2021).

Riguardo ad un altro aspetto di questo settore, sono state già esaminate in passato (v. questa *Rassegna*, fasc. 1/2020 e fasc. 2/2020) alcune decisioni nelle quali il Tribunale di Roma aveva esaminato gli effetti sulla cittadinanza italiana dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva adottati dal decreto brasiliano nel 1889 nei confronti di tutti gli immigrati residenti. Veniva poi prevista l'ipotetica (ed ipocrita, nella consapevolezza della scarsa alfabetizzazione) facoltà per gli interessati di opporsi a tale acquisto tramite una apposita dichiarazione alle autorità del proprio Comune di pregressa residenza e, solo in seguito, in base a un successivo (e altrettanto sconosciuto) decreto brasiliano, anche davanti al Console del proprio Stato. Respingendo la contraria tesi del Ministero dell'interno, il giudice di merito aveva per così dire annullato gli effetti di tale mancata rinuncia sulla conservazione della cittadinanza italiana dichiarando perciò il possesso dello *status civitatis* per discendenza a favore alcuni singoli o gruppi di individui.
È successivamente intervenuta a più riprese la competente Corte d'appello con sentenze di diverso tenore. In particolare, una prima pronuncia ribalta le conclusioni del giudice di primo grado:

ovviamente interpretando in modo opposto sia l'art. 11 del c.c. 1865 sia una celebre sentenza della Corte di cassazione di Napoli del 1907; e facendo leva soprattutto sul comportamento concludente degli avi e dei loro discendenti riguardo al godimento della cittadinanza brasiliana (App. Roma, 5.7.2021 n. 5171).
A questa (ed a un'altra analoga) decisione fa riferimento la circolare del Ministero dell'interno n. 6497 del 6.10.2021 (v. *infra*, *Osservatorio italiano*, in questo fascicolo della *Rivista*), la quale invita gli ufficiali di stato civile ad astenersi dal trascrivere simili atti nei registri di cittadinanza, in attesa di un pronunciamento da parte della Corte di cassazione.
Senonché a distanza di due giorni è stata emessa un'ulteriore sentenza da parte di una diversa sezione della medesima Corte territoriale, la quale si distacca consapevolmente dall'orientamento adottato dalla prima, riprende l'interpretazione già prospettata dal Tribunale nei confronti della pronuncia della Corte napoletana, censura il richiamo operato ai principi costituzionali e richiama a sua volta una precedente ordinanza della Corte di cassazione al fine di dimostrare che spetta al Ministero la prova di fatti ostativi alla conservazione della cittadinanza (App. Roma, 8.10.2021). Appare perciò più che evidente l'esigenza di un intervento della Suprema Corte in questo campo.

Sempre in tema di accertamento dello *status civitatis* va poi segnalata una decisione che trae origine da una curiosa richiesta da parte dell'avvocato difensore della parte vittoriosa all'ufficiale di stato civile, relativa all'immediata trascrizione degli atti di stato civile derivanti da una decisione favorevole al riconoscimento della cittadinanza, senza attenderne il passaggio in giudicato. Di fronte ad un ragionevole rifiuto appare ancor più curioso il ricorso al Tribunale civile competente, ai sensi degli artt. 95 e ss. del d.p.r. n. 396/2000. Tale è la fattispecie sottesa a due provvedimenti dei giudici di merito competenti territorialmente. In un primo provvedimento il giudice rigetta tale ricorso e dichiara legittimo l'atto di rifiuto, ricordando che le sentenze di accertamento così come quelle costitutive non sono idonee, in riferimento all'art. 282 c.p.c., ad avere efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato; infatti tale norma, allorché prevede la provvisoria esecuzione delle sentenze di primo grado, intende riferirsi necessariamente alle sentenze di condanna (Trib. Mantova, decreto 16.9.2021, n. 6446).

Tuttavia, è stato pervicacemente investito della medesima azione anche un altro giudice. In questo caso, non si è prospettata la necessità di ulteriori motivazioni, dato che, nelle more del processo, ha potuto essere effettuata la trascrizione richiesta in virtù del passaggio in giudicato della sentenza rilevante. E pur tuttavia il giudice competente non si è limitato a dichiarare il non luogo a procedere per l'ovvia cessazione della materia del contendere, ma ha voluto comunque riprendere le motivazioni del precedente provvedimento relative all'art. 282 c.p.c. (Trib. Treviso, 28.9.2021).

Sono state riproposte infine alcune questioni relative ai discendenti di coloro che, prima del 16 luglio 1920, erano emigrati dai territori dell'impero austro-ungarico che furono trasferiti al Regno d'Italia con il Trattato di Saint Germain en Laye del 10 settembre 1919. La prima data corrisponde del resto a quella di entrata in vigore suddetto Trattato, stipulato tra le potenze alleate e l'Austria al termine della prima guerra mondiale. La l. 379/2000 aveva infatti consentito a costoro di ottenere la cittadinanza italiana in virtù di una apposita dichiarazione entro un certo termine, successivamente prorogato ma ormai scaduto. A tale riguardo, la Corte di cassazione ha respinto il ricorso della figlia di una di queste persone, diretto ad interpretare tale acquisto come retroattivo al momento della nascita del richiedente. Ha inoltre dichiarato inammissibili le censure di incostituzionalità prospettate riguardo alla diversa disciplina dettata per il riacquisto della cittadinanza italiana in riferimento ai Trattati di pace successivi (art. 17-*bis* della legge organica), sia per motivi procedurali sia nel merito in quanto relativa a individui che erano appunto già stati cittadini italiani (Cass., 23.7.2021, n. 21236).

Acquisto della cittadinanza per elezione: a) Individuazione dei diversi criteri utili a determinare la residenza legale del minore. b) Utilizzabilità di qualsiasi documento rilevante ai fini della prova della residenza legale. c) Apposito permesso di soggiorno provvisorio ai fini di tale acquisto

Come più volte ricordato, il c.d. acquisto della cittadinanza per elezione, disciplinato dall'art. 4, co. 2, della l. 91/1992, successivamente integrato dall'art. 33, co. 1, del d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. nella l. 9.8.2013, n. 98, richiede la nascita in territorio italiano e ivi la residenza legale ininterrotta sino al compimento del diciottesimo anno di età, data dalla quale può chiedere entro un anno il riconoscimento dello *status civitatis*.

Una nuova decisione illustra il significato da attribuire al concetto di residenza legale. Dopo aver dichiarato l'illegittimità della chiamata in giudizio di Roma Capitale dato che l'ufficiale di stato civile è organo periferico del Ministero dell'interno, il giudice richiama dapprima l'art. 1, co. 2, del d.p.r. 572/93, la circolare del Ministero dell'interno K 64.2/13, n. 22/07 del 7 novembre 2007 in tema di residenza anagrafica e l'art. art. 33, co. 1, sopra citato, dedicati al requisito della residenza anagrafica ed ai mezzi probatori sostitutivi. Tuttavia, da un lato non si rinviene nell'ordinamento una norma primaria che parifichi la residenza legale con quella anagrafica; dall'altro, con specifico riferimento ai minori nati o comunque dimoranti nel territorio italiano si pongono diversi tipi di situazioni sussumibili nel concetto in esame. Così, i minori stranieri destinatari di provvedimenti dell'autorità giudiziaria minorile hanno il c.d. domicilio di soccorso, ad esempio presso la casa famiglia in cui vengono collocati; per i minori sottoposti a tutela, poiché questa si apre a norma dell'art. 343 c.c. presso il Tribunale del circondario dove è la sede principale degli affari ed interessi del minore, viene ripreso il concetto di residenza e domicilio *ex* art. 43 c.c. Ed ancora, nella giurisprudenza in materia di diritti dei minori la dimora

abituale di questi costituisce il criterio privilegiato di riferimento ed è legato alle scelte di vita e di lavoro del genitore con il quale il minore vive, in relazione al c.d. diritto di custodia o di affidamento. Vengono infine ricordati l'art. 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, il quale, ai fini della competenza giurisdizionale nelle controversie sulla responsabilità parentale, stabilisce il criterio della residenza abituale del minore al momento della proposizione della domanda, intendendo come tale il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale e non quello risultante da un calcolo puramente aritmetico del vissuto; nonché l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale di minori e l'art. 19, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 286/98, che vieta l'espulsione del minore straniero, dai quali si può desumere il principio generale secondo il quale la residenza del minore in uno Stato è sempre legale, a meno che non si tratti di minore illecitamente trasferito.
Al termine di queste premesse, il giudice non trascura comunque di esaminare sia la documentazione fornita dal ricorrente comprovante la sua residenza in Italia nei primi anni di vita sia l'attestazione risultante dalla successiva residenza anagrafica (Trib. Roma, ord. 7.11.2021).

Ad alcuni dei principi sopra riportati si era già ispirata una sentenza nella quale i giudici giungono del resto a valutare, ai fini della residenza, anche il periodo passato in carcere dal padre dell'istante e dall'istante stessa, costretta dai genitori a compiere reati, attingendo a un decreto del Tribunale dei minorenni (App. Firenze, 8.7.2021).

A puro titolo di completezza, in quanto pur sempre attinente al tema in esame, va ricordato una decisione nel quale il giudice adotta un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* con contestuale fissazione dell'udienza *ex* art. 702-*bis* c.p.c., ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio per attesa cittadinanza a favore di una minorenne, già titolare di un permesso di soggiorno per attesa occupazione al momento dell'introduzione del giudizio per la cittadinanza, ma in seguito scaduto (Trib. Roma, ord. 7 .11.2021).

Acquisto della cittadinanza per matrimonio: rinvio
Si veda in tema la rilevante pronuncia delle Sezioni Unite n. 29297/2021 di cui al punto successivo.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto delle domande, da parte del Ministero dell'interno, a causa di precedenti penali; valutazione differenziata delle denunce risalenti non seguite da condanne. b) Rigetto delle domande a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. c) Insufficiente motivazione nei confronti di precedenti penali risalenti di lieve entità. d) Computo dei termini per la definizione dei procedimenti. e) Parificazione del titolare di protezione sussidiaria al rifugiato riguardo alla esenzione dalla

presentazione di documenti in originale reperibili nello Stato di origine. f) Possibile concorso di quello del coniuge nel computo del reddito dell'istante; impossibilità di valutare come tale il reddito di cittadinanza. g) Pronuncia delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo. h) Pronuncia del Consiglio di Stato sul riparto di competenza tra i Tribunali amministrativi regionali e il Tar Lazio, sezione di Roma in riferimento all'impugnazione di un atto prefettizio di inammissibilità dell'istanza per la concessione della cittadinanza

Perennemente consistente il numero delle sentenze dei Tar, in particolar modo di quello del Lazio, investiti dai ricorsi contro il numero altrettanto consistente dei decreti di rigetto emessi dal Ministero dell'interno, concernenti le domande di acquisto della cittadinanza in base al procedimento di naturalizzazione.

La maggior parte di tali provvedimenti contestano la valutazione dei precedenti penali dell'istante e vengono puntualmente respinti adducendo il potere del Ministero di esperire una valutazione globale di tali precedenti, sulla base di argomenti usuali quali l'ampiezza del potere discrezionale in questo settore e la constatazione di gravi indizi di mancata integrazione dell'aspirante cittadino nella comunità sociale italiana (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 2.7.2021 n. 7828), anche nel caso di reati che di per sé non denotano una particolare pericolosità sociale (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 8.4.2021 n. 4159) oppure nel caso in cui si adducano semplici liti familiari tenendo celate altre più gravi condanne (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 5.7.2021 n. 7919).

Fa eccezione un provvedimento che, senza disconoscerne l'ampio potere discrezionale, ricorda al Ministero, sulla base di un orientamento manifestato anche dal Consiglio di Stato, che esso non è vincolato agli accertamenti del giudice penale; in particolare, ci si chiede per quale ragione, a distanza di circa venti anni, i medesimi comportamenti per i quali il ricorrente è stato soltanto denunciato e non condannato siano ancora concretamente indice di un mancato inserimento sociale, tenuto conto viceversa della sua condotta di vita, della sua permanenza sul territorio nazionale, della sua attività lavorativa, e di tutti gli elementi ritenuti rilevanti (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 25.11.2021 n. 12147).

Piuttosto frequenti risultano poi le sentenze che respingono le censure dei ricorrenti sulla valutazione della loro contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza della Repubblica e sulla insufficiente o secretata documentazione al riguardo.

Ferma restando l'ampiezza del suddetto potere discrezionale da parte della PA, talvolta è lo stesso Consiglio di Stato a disporre l'acquisizione del materiale istruttorio e a confermare le determinazioni del Ministero, ricordando tra l'altro che questo tipo di giudizio viene declinato con modalità differenti rispetto a quello inerente al rilascio della carta di soggiorno (Cons. St., sez. III, sent. 20.5.2021 n. 3896); altre volte spetta al giudice di primo grado ricordare non solo

l'abbondante giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia, ma altresì rammentare che questo genere di controllo prescinde dall'eventuale compimento di reati (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 15.7.2021 n. 8473).

Non manca tuttavia qualche pronuncia dei consiglieri di Palazzo Spada che censura una decisione di primo grado, muovendo dalla considerazione che il parametro della «motivazione sufficiente» non ha carattere rigido né assoluto, ma deve essere adeguatamente calibrato. In particolare, si rileva che il provvedimento ministeriale controverso non fa alcun cenno né al particolare disvalore della condotta sanzionata (condanna, risalente a quasi vent'anni prima, per guida sotto il probabile effetto di sostanze psicotrope) rispetto ai principi fondamentali della convivenza sociale, né alla condizione sociale dello straniero, limitandosi viceversa a constatare in modo meccanicistico la mancata coincidenza tra l'interesse pubblico e quello del richiedente alla concessione della cittadinanza italiana, senza una adeguata valutazione della sua prolungata permanenza in Italia in condizione di piena e sana integrazione nel tessuto sociale, nonché del radicamento sul territorio italiano del nucleo familiare dell'interessato (Cons. St., sez. III, sent. 31.5.2021 n. 4151).

In altre occasioni i giudici amministrativi sono intervenuti in merito alla ondivaga disciplina dei termini per la definizione del procedimento, sempre respingendo i ricorsi via via presentati: a volte ricordando che l'originario termine di 730 giorni era stato elevato a 48 mesi dall'introduzione nella legge organica dell'art. 9-*ter* ad opera dell'art. 14 del d.l. 113/2018 (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 6.5.2021 n. 5276); a volte rilevando la mancata entrata in vigore, al momento della presentazione della domanda, della legge di conversione del d.l. n. 130/2020 il cui art. 4 riporta il termine suddetto a 24 mesi (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 22.11.2021 n. 12024).

Neppure poi manca una decisione del Tar Veneto che ribadisce l'estensione al titolare di protezione sussidiaria dell'esenzione dalla presentazione di documenti in originale reperibili nello Stato di origine e la loro sostituzione con un atto notorio, come previsto per i rifugiati (Tar Veneto, sez. III, sent. 15.9.2021 n. 1097).

Usualmente frequenti sono inoltre i provvedimenti che decidono sulla congruità del reddito dell'istante. In particolare, di fronte a un ricorso che lamentava il rigetto dell'istanza di concessione della cittadinanza a causa dell'insufficienza del reddito e a precedenti penali, il giudice amministrativo censura sotto entrambi i profili le motivazioni del Ministero: riguardo al secondo, sulla base della constatazione che non è stata considerata l'assoluzione rispetto ai reati ascritti e neppure il contenuto (intonso) dei successivi certificati del casellario giudiziario. Riguardo al computo del reddito, dopo aver richiamato i parametri fissati dal Ministero, si rileva che quest'ultimo ha omesso di considerare la presenza del coniuge il cui reddito avrebbe dovuto essere

valutato unitamente a quello della ricorrente, al fine di determinarne la complessiva sufficienza per il sostentamento dell'intero nucleo familiare, alla stregua della circolare n. K.60.1 del 5 febbraio 2007, la quale ritiene necessario, «nel rispetto del concetto di solidarietà familiare cui sono tenuti i membri della famiglia, valutare la consistenza economica dell'intero nucleo al quale l'aspirante cittadino appartiene» (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 24.4.2021 n. 4933).
Ad opposta conclusione giunge un diverso Tar nei confronti di una persona che invece godeva di somme derivanti dalla benevolenza della persona che ospitava lei e la figlia nonché del reddito di cittadinanza (Tar Valle d'Aosta, sez. unica, sent. 23.4.2021 n. 26). In quest'ultima sentenza viene ricordato che, in base alla circolare del 22.3.2019, che ha dato attuazione alle modifiche introdotte nella legge organica dall'art. 14 del d.l. n. 113/2018, (anche) i requisiti formali ai fini del procedimento di naturalizzazione debbono essere verificati dai prefetti competenti per territorio, quali organi periferici del Ministero dell'interno.

Ebbene, muove proprio da un'azione civile intentata da una aspirante cittadina contro un provvedimento prefettizio di inammissibilità della richiesta per la concessione di cittadinanza il successivo ricorso della medesima per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo che sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario. A tale proposito, la ricorrente invocava l'art. 3, co. 2, del d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 13.4.2017, n. 46, osservando che tale disposizione, nell'attribuire alle sezioni specializzate in materia di immigrazione la competenza in ordine alle controversie sull'accertamento dello stato di cittadinanza italiana, avrebbe concentrato nella giurisdizione ordinaria tutte le controversie afferenti l'acquisto della cittadinanza italiana, qualunque sia il presupposto per la relativa richiesta. In sintesi, secondo la ricorrente, si sarebbe dovuto escludere una differenziazione tra il modo di acquisto della cittadinanza fondato sul matrimonio e quello fondato sulla naturalizzazione.
Avvertiamo subito che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno respinto tale tesi, sulla base di motivazioni di per sé ben note ai lettori di queste *Rassegne*. Ciò nonostante, la pronuncia si presenta assai elaborata e connotata da qualche spunto originale (Cass., SU, ord. 21.10.2021 n. 29297). Essa si apre con un lungo *excursus* sul procedimento di naturalizzazione ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. f) della l. 91/1992, nel quale, sulla scorta della ben conosciuta e qui condivisa giurisprudenza del Consiglio di Stato, si sottolinea sia il carattere costitutivo sia quello altamente discrezionale del provvedimento di concessione della cittadinanza. Proprio nel corso di tale analisi spicca a più riprese la differenza tra questo procedimento e quello relativo all'acquisto della cittadinanza per matrimonio (anch'esso estesamente vagliato) del quale si sottolineano le ben note diversità rispetto al primo, corrispondenti al diritto soggettivo all'acquisto sotteso a buona parte di esso e viceversa all'interesse legittimo sotteso al primo. Tali differenze incidono evidentemente sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, alla stregua di una giurisprudenza civile risalente (la Corte trascura quella più recente dei giudici di merito spesso qui

ricordata), e d'altro canto, come già rilevato, di un nutrito e tuttora aggiornato orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Degna di nota appare comunque la condivisione sia della tesi che estende l'applicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 6 co. 1 anche al procedimento di naturalizzazione, pur negandone contestualmente la sufficienza ai fini della valutazione complessiva, sia della tesi relativa ai necessari confini della discrezionalità, escludendo valutazioni sommarie e superficiali.
Sulla base di tali premesse le Sezioni Unite escludono che le norme processuali sull'ampliamento della competenza delle sezioni specializzate dei Tribunali civili a determinate controversie in materia di cittadinanza abbiano mutato il suddetto riparto di giurisdizione, alla luce della loro natura di (pure e semplici) norme sulla competenza dei singoli giudici all'interno della giurisdizione ordinaria.

In tema di riparto della competenza interna nel processo amministrativo, è invece intervenuto il Consiglio di Stato: in particolare, riguardo alla competenza territoriale a conoscere dell'impugnazione del provvedimento, adottato dalla prefettura, con il quale viene dichiarata inammissibile una domanda di concessione di cittadinanza italiana. Ciò comporta la soluzione della questione relativa alla portata, regionale o estesa al territorio nazionale, del provvedimento prefettizio impugnato, oggetto della questione. A questo proposito i Consiglieri preliminarmente ricordano, in relazione ai due criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 13, co. 1, c.p.a., che il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato, ma, nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti non esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico, il criterio della sede cede il passo a quello dell'efficacia spaziale. Al termine di una circostanziata disamina del suddetto articolo e di altre norme processuali rilevanti, il Consiglio di Stato afferma la competenza del tribunale amministrativo locale, ovvero della sede della prefettura, anziché di quella del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma.
Nella stessa scia si muovono le considerazioni finali relative alla natura dell'atto prefettizio impugnato. In sintesi, la valutazione compiuta dalla prefettura qui non incide sulla pretesa sostanziale dello straniero e, dunque, sul suo *status*, ma solo sul profilo preliminare, inerente alla regolarità della domanda; al relativo provvedimento di inammissibilità non può connettersi perciò un'efficacia *erga omnes*, e quindi ultraregionale, propria invece di un provvedimento che, entrando nel merito, presuppone un giudizio circa la spettanza del bene della vita, peraltro riconoscibile solo dall'autorità centrale. Il provvedimento di inammissibilità infatti non è un atto di diniego della cittadinanza, ma un atto di un organo periferico che si inserisce nell'*iter* amministrativo, determinandone l'arresto (Cons. *St.*, Ad. plen., ord. 13.7.2021, n. 13).

Accertamento dell'apolidia

Le due decisioni qui riportate presentano un aspetto comune e innovativo rispetto alle precedenti, poiché entrambe coinvolgono individui provenienti dall'Africa.

Questo è anzitutto il caso di una donna sbarcata da anni a Lampedusa e integratasi nel tessuto sociale italiano, munita di un passaporto italiano con l'indicazione «cittadinanza. Costa D'Avorio» pur non avendo nessun documento che certifichi tale *status*; ed è evidente che lo Stato italiano non potrebbe rilasciare documenti di questo genere, anche se il passaporto di per sé non costituisce in generale una prova sufficiente del possesso della cittadinanza. L'ordinanza del giudice è ampia e dettagliata. La prima parte di essa riporta largamente le motivazioni di Cass., 24 novembre 2017, n. 28153 (in questa *Rassegna*, fasc. 3/2017), nella quale viene chiarito il percorso interpretativo da seguire per l'accertamento dell'apolidia ai sensi della Convenzione di New York del 28.9.1954 sullo statuto degli apolidi. Successivamente il Tribunale intraprende una minuziosa analisi sugli eventuali contatti dell'attrice con alcuni Stati al fine di individuarne l'eventuale cittadinanza. Si tratta invero di analisi assai complesse considerando il difficile vissuto della suddetta, sfornita di istruzione scolastica, trasferitasi dalla Costa d'Avorio al Ghana, sempre senza alcun documento, ignara dello *status civitatis* dell'unica parente. Ciò nonostante, dopo aver escluso l'acquisto della cittadinanza di entrambi i suddetti Stati sulla base delle norme ivi vigenti ed aver richiesto (a volte invano) una corrispondente certificazione ai relativi Consolati, viene riconosciuta la condizione di apolide (Trib. Brescia, ord. 26.10.2021).

Ad analogo esito è giunto un diverso Tribunale al termine di un procedimento ancora più complesso in quanto coinvolgeva anche la richiesta di protezione internazionale da parte dell'attore. Nell'ultima parte di questo ampio provvedimento viene anzitutto dichiarata la propria competenza ai sensi dell'art. 3, co. 2, del d.l. 13/2017, convertito nella l. 46/2017, relativo alle sezioni specializzate, confermato dall'art. 19-*bis* del d.lgs. n. 150/2011. Successivamente, viene correttamente ricordato come la previsione di un apposito procedimento amministrativo dedicato all'accertamento dell'apolidia, disciplinato dall'art. 17 del d.p.r. 572/1993 (primo regolamento di esecuzione della legge organica sulla cittadinanza), non precluda affatto la possibilità di ricorrere alla tutela dell'autorità giudiziaria ordinaria, configurandosi così una sorta di doppio binario al fine di raggiungere il medesimo risultato, così come sancito sia dalla giurisprudenza civile di legittimità sia da quella costituzionale. Segue poi anche in questo caso, una minuziosa indagine sulla situazione pregressa del ricorrente, nato da genitori maliani ma adottato giovanissimo, a causa della morte di entrambi, da cittadini ghanesi. Tuttavia, alla luce delle molteplici norme reperite, l'astratta possibilità di aver acquistato la cittadinanza maliana viene smentita dalla opposta impossibilità di provare la condizione giuridica dell'interessato; riguardo alle norme ghanesi, che pur ammettono l'acquisto della cittadinanza per adozione, tale effetto viene escluso

poiché si è trattato di un'adozione di fatto. Viene perciò riconosciuto lo *status* di apolide in capo all'attore (Trib. Firenze, decreto 29.11.2021 n. 6558).

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Qualora sussista la condizione di effettiva convivenza, i fratelli di cittadini italiani possono attivarsi per ottenere dalla questura un permesso di soggiorno ai sensi del combinato disposto degli artt. 19, d.lgs. n. 286/1998 e 28, d.p.r. n. 394 del 1999

Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte nell'ordinanza del 14.10.2021, n. 28201, secondo cui i fratelli di cittadini italiani laddove sussista una relazione di convivenza effettiva hanno diritto al rilascio di un titolo di soggiorno potrebbe apparire scontato:

l'art. 28, d.p.r. n. 394/1998 prevede infatti che ai cittadini stranieri che convivono con parenti entro il secondo grado di cittadinanza italiana sia rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari.

Dalla ricostruzione dello svolgimento del processo contenuta nel provvedimento, tuttavia, si comprende che l'Avvocatura dello Stato aveva ritenuto che l'inespellibilità sancita dall'art. 19 del d.lgs. n. 286/1998 a favore del fratello o della sorella del cittadino italiano non potesse essere letta come «un canale preferenziale (svincolato da qualsiasi requisito economico e/o abitativo) idoneo ad aggirare le vie d'ingresso ordinarie nel territorio nazionale, e con il rischio di minare la coerenza interna dell'ordinamento dell'immigrazione». Osserva la Corte che, «secondo l'amministrazione, il trend in aumento del numero di cittadini naturalizzati comporta il rischio connesso dell'aumento esponenziale dei permessi di soggiorno rilasciati per inespellibilità, sul mero presupposto dell'ospitalità (difficilmente distinguibile da una reale "convivenza" in fase istruttoria amministrativa o giudiziale) presso un parente collaterale residente in Italia».

La Corte di cassazione considera simili argomenti infondati, così come «la tesi proposta dal Ministero secondo cui la condizione di inespellibilità del parente collaterale convivente troverebbe espressione e assumerebbe rilievo solo come strumento difensivo a disposizione dello straniero a fronte dell'attivazione di provvedimenti espulsivi da parte dell'Amministrazione e non potrebbe invece giustificare la richiesta, d'iniziativa dello straniero, di un permesso di soggiorno per motivi familiari».

La prima ragione di infondatezza, riportata per seconda, è legata a ragioni di ordine testuale: il rilascio di un titolo di soggiorno è espressamente previsto dagli artt. 28 e 29 del d.p.r. n. 394/1999 che pur essendo norme di rango sub-primario, sono attuative di una norma primaria, quale l'art. 19, d.lgs. n. 286/1998.

La seconda ragione (in realtà indicata per prima nel provvedimento) è di principio ed è in questa affermazione che risiede l'interesse del provvedimento in quanto, nell'argomentare le ragioni di tale infondatezza, il Supremo Collegio afferma un principio idoneo a risolvere anche questioni

giuridiche più complesse di quelle oggetto del caso concreto: il principio secondo cui «la situazione soggettiva di "inespellibilità" deve potersi tradurre in un titolo consenta di soggiornare legittimamente» e ciò in base ai «principi generali che governano la materia».
In altre parole, afferma la Corte, laddove la legge disponga l'inespellibilità, deve essere previsto il rilascio di un permesso di soggiorno. Il principio è importante perché in altri Paesi, l'inespellibilità determina esclusivamente una situazione di tolleranza di fatto, senza che lo straniero acquisisca alcun diritto al rilascio di un permesso di soggiorno.
La Corte di cassazione, invece, correttamente appare trarre dalle disposizioni normative contenute nel Testo unico vigente in Italia un vero e proprio principio generale di corrispondenza tra situazione di inespellibilità e diritto al rilascio di un titolo di soggiorno. Per queste ragioni, la pronuncia appare meritevole di segnalazione.

La circostanza che il richiedente asilo viva in Italia con il coniuge e un figlio in tenera età giustifica il riconoscimento della protezione umanitaria

Con l'ordinanza del 5.11.2021, n. 32237, il Supremo Collegio ha avuto modo di affermare che la circostanza per cui il richiedente asilo viva in Italia insieme al coniuge e ad un figlio in tenera età giustifica il riconoscimento della protezione umanitaria al fine di garantire l'unità familiare, e ciò anche a prescindere dalla credibilità della vicenda narrata dal medesimo richiedente.
Tale conclusione, secondo la Corte, discende dalla necessità di «procedere da un'ottica costituzionalmente orientata di assistenza dei figli minori – cui va riconosciuto il diritto ad essere educati ed accuditi all'interno del proprio nucleo familiare onde consentir loro il corretto sviluppo della propria personalità – nonché alla luce del principio sovranazionale di cui all'art. 8 CEDU, dovendo riconoscersi alla famiglia la più ampia protezione e assistenza, specie nel momento della sua formazione ed evoluzione a seguito della nascita dei figli, senza che tali principi soffrano eccezioni rappresentate dalla condizione di cittadini o di stranieri, trattandosi di diritti umani fondamentali cui può derogarsi soltanto in presenza di specifiche, motivate e gravi ragioni».
Secondo i giudici di legittimità, «costituisce indizio di vulnerabilità soggettiva, al di là ed a prescindere dalla valutazione di credibilità del richiedente asilo, la circostanza di essere allontanato dal proprio nucleo familiare e respinto nel Paese di provenienza, costituendo tale allontanamento forzato un atto destinato ad incidere significativamente sulla psiche e sulle emozioni del soggetto che si vede privato del suo diritto di partecipare al sano ed equilibrato sviluppo della propria vita familiare, segnatamente nell'ottica dell'assistenza, dell'educazione e dell'accudimento di figli minori».
Il provvedimento si inserisce nel novero delle numerose decisioni della Suprema Corte e dei giudici di merito volti a definire i nuovi confini della protezione complementare, in particolare, con riferimento alla tutela della vita familiare e privata.

In caso di richiesta di permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare, la pericolosità sociale del richiedente quale elemento ostativo al rilascio del titolo di soggiorno va fondata su circostanze concrete e attuali, mentre il richiamo a precedenti penali del richiedente, se risalenti nel tempo, può avvenire solo come elemento di sostegno indiretto, quale indicatore della personalità dello stesso

Con l'ordinanza del 27.10.2021, n. 30342, il Supremo Collegio opportunamente richiama i principi espressi dalla Corte di Giustizia in materia di bilanciamento del diritto al rispetto alla vita familiare con quello alla protezione della sicurezza applicandoli ad una fattispecie in materia di rilascio di permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare.

La Suprema Corte afferma che la sussistenza di ragioni ostative al rilascio di tale permesso, per effetto della pericolosità sociale del richiedente, implica la formulazione di un giudizio in concreto, tale da indurre a concludere che lo straniero rappresenti una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza, sì da rendere recessiva la valutazione degli ulteriori elementi contenuti nell'art. 5, co. 5, d.lgs. n. 286/1998, quali la natura e la durata dei vincoli familiari, l'esistenza di legami familiari e sociali con il Paese d'origine e, per lo straniero già presente nel territorio nazionale, la durata del permesso di soggiorno pregresso.

Ne consegue secondo il Giudice di legittimità che «al fine di non incorrere nel vizio di motivazione, è onere dell'autorità amministrativa, prima, e di quella giurisdizionale, poi, esplicitare, in base ai richiamati parametri normativi e agli elementi di fatto aggiornati all'epoca della decisione ovvero a presunzioni fondate su circostanze concrete e attuali, le ragioni di tale pericolosità rispetto alle quali il richiamo a precedenti penali del richiedente, se risalenti nel tempo, può avvenire solo come elemento di sostegno indiretto, quale indicatore della personalità dello stesso».

L'accordo di convivenza tra un cittadino italiano e un cittadino straniero sottoscritto tra i conviventi, ma non registrato in Comune, può costituire prova della convivenza al fine del rilascio della carta di soggiorno, ai sensi dell'art. 3, co. 2, direttiva 2004/38

Con l'ordinanza del 26 novembre 2021, il Tribunale di Firenze si pronuncia sulla questione del rilievo dell'accordo di convivenza sottoscritto dal cittadino italiano con cittadino straniero non registrato in Comune al fine dell'ottenimento della carta di soggiorno come familiare di cittadino dell'Unione europea ai sensi dell'art. 3, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 30/2007.

La questione è frequentemente oggetto di contenzioso, dal momento che gli Uffici immigrazione al fine del riconoscimento del diritto al soggiorno sulla base di un accordo di convivenza sottoscritto in Italia chiedono la registrazione dell'accordo in Comune. I Comuni però a loro volta subordinano la registrazione alla prova della regolarità di soggiorno del cittadino straniero convivente con il cittadino italiano. Sulla questione della registrazione è di recente intervenuta una circolare del Ministero dell'interno la n. 78/2021 del 21.9.2021, che ha escluso che tali accordi possano essere registrati, in assenza di regolarità del soggiorno di uno dei conviventi.

Nel caso deciso dal Tribunale di Firenze, la coppia non era riuscita, per questa ragione, a registrare l'accordo di convivenza in Comune, ma aveva comunque richiesto alla questura il rilascio della carta di soggiorno di cui all'art. 10, d.lgs. n. 30/2007.
Il Tribunale di Firenze, chiamato a pronunciarsi sul diniego della carta di soggiorno, ha affermato che la registrazione anagrafica del contratto di convivenza non può considerarsi «condizione indefettibile per il riconoscimento del diritto di soggiorno del partner extracomunitario di cittadina italiana». Ciò dal momento che l'art. 3, co. 2, della direttiva 2004/38, recepito dall'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 286/1998, dispone che «lo Stato membro agevoli l'ingresso e il soggiorno» del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale senza prevedere forme tipizzate per tale documentazione.
Il Tribunale richiama la giurisprudenza della Corte di cassazione, già oggetto di esame nella precedente *Rassegna*, che riconosce come prova della sussistenza di stabile relazione e quindi della convivenza anche una dichiarazione di ospitalità (Cassazione n. 4394/2021).
La questione per la frequenza della fattispecie sarà certamente oggetto di ulteriore contenzioso in futuro; sembra comunque al momento essere prevalente l'orientamento favorevole al riconoscimento del diritto al soggiorno a favore del partner del cittadino italiano sulla base di un accordo di convivenza non registrato.

MINORI

In tema di autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore del minore *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, il giudice del merito deve svolgere un giudizio prognostico sul disagio psicologico o fisico derivante al minore dall'eventuale rimpatrio del genitore

La Corte Suprema negli ultimi anni ha continuato nella sua opera di progressivo chiarimento della portata dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, adottando pressoché senza esclusioni interpretazioni che fanno prevalere la tutela del minore rispetto a considerazioni relative alle norme regolanti il diritto di ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale.
Con l'ordinanza del 31.12.2021, n. 42143, i Giudici di legittimità danno indicazioni al giudice del merito sulla tipologia di giudizio richiesto dall'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998.
Secondo la Corte di cassazione, al fine di decidere di una richiesta di temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, il giudice del merito deve svolgere un giudizio prognostico che, alla luce delle allegazioni delle parti e dei riscontri probatori anche provenienti da relazioni di agenzie pubbliche o indagini tecniche, conduca a comprendere se l'allontanamento del familiare possa determinare nel minore, «un grave disagio psicologico o fisico dovuto al rimpatrio, precisando che tale disagio può discendere anche solo dalla mancanza di una figura genitoriale di riferimento».

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del terzo quadrimestre del 2021 le pronunce in tema di discriminazione hanno riguardato in prevalenza la gestione dei rapporti dei cittadini extraUE con gli enti locali.
In data 28 ottobre 2021 la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (vedi la *Rassegna* 1/2021), ha rilevato che la limitazione della Carta Famiglia ai soli cittadini italiani e degli Stati membri dell'UE è una violazione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi dei cittadini di paesi terzi stabilita dalle direttive 2003/109, 2009/50 e 2011/98**,** in quanto esclude sia i titolari di permesso di lungo soggiorno, sia i titolari di permesso unico, che i titolari di Carta blu UE. Ha infine stabilito che l'art. 29 della dir. 2011/95 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa che escluda i beneficiari di protezione internazionale dalla Carta famiglia, qualora detto beneficio rientri in un regime di assistenza istituito da autorità pubbliche, al quale ricorre un individuo che non disponga di risorse sufficienti a far fronte ai bisogni elementari propri e a quelli della sua famiglia. Ha quindi affermato che spetta al giudice del rinvio verificare se la Carta famiglia costituisca una prestazione di assistenza sociale ai sensi dell'art. 29 della dir. 2011/95.
In materia di prestazioni di sicurezza sociale la parità di trattamento fra cittadini nazionali e cittadini stranieri è stata affermata dalla Corte costituzionale che, nel mese di gennaio del 2022, ha esaminato la disciplina del cosiddetto *bonus bebè* (art. 1, co. 125 della legge n. 190/2014 e successive proroghe) e dell'assegno di maternità (art. 74 del d.lgs. n. 151/2001), dichiarando incostituzionali le norme che escludono dalla concessione dei due assegni i cittadini di paesi terzi ammessi a fini lavorativi e quelli ammessi a fini diversi dall'attività lavorativa ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di durata superiore a sei mesi. La Corte costituzionale ha ritenuto che le disposizioni censurate siano in contrasto con gli articoli 3 e 31 della Costituzione e con l'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
In tema di reddito di cittadinanza con sentenza n. 19 del 2022 la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale (sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, co. 1 Cost, quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU) del d.l. n. 4 del 2019, conv in l. n. 26 del 2019 ove fra i diversi requisiti necessari per l'ottenimento del reddito di cittadinanza richiede agli stranieri il «possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo».

Alloggi pubblici

Come noto, la Corte costituzionale con sentenza n. 9/2021 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1 della l.r. Abruzzo n. 34 del 2019 nella parte in cui aveva introdotto il co 4.1 dell'art. 5, l.r. n. 96 del 1996 che obbligava, per la partecipazione al bando per

l'assegnazione degli alloggi, i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea a presentare la documentazione attestante che tutti i componenti del nucleo familiare non possiedono alloggi adeguati nel Paese, di origine o di provenienza.
Il Tribunale di Monza ha accolto il ricorso contro il Comune di Sesto San Giovanni promosso da due cittadini stranieri esclusi dalla graduatoria per l'accesso agli alloggi ERP a causa della domanda di documenti comprovanti la impossidenza di immobili all'estero. Nelle more del giudizio, il Comune di Sesto San Giovanni aveva provveduto ad emettere un nuovo bando ed entrambi i ricorrenti erano stati inseriti in graduatoria senza la richiesta della documentazione contestata. Il giudice, dopo aver dichiarato che tale inserimento era idoneo a soddisfare gli interessi fatti valere in giudizio dagli stranieri, ha accolto la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione, in quanto «la previsione di requisiti di particolare onerosità, come quelli concernenti la necessità di produrre attestazioni sostanzialmente impossibili da ottenere in paesi non dotati di efficienti sistemi di registrazione e trattamento dei dati, si traduce in una ingiusta discriminazione a carico di persone di nazionalità diversa da quella italiana», ponendoli «in una condizione di evidente svantaggio nel concorso a procedure di assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica». Ha quindi provveduto alla sua determinazione in via equitativa considerando la circostanza che la discriminazione era avvenuta in relazione ad esigenze primarie della persona e che tuttavia, stante l'inserimento in graduatoria, doveva escludersi per il futuro, ogni possibilità di reiterazione della condotta pregiudizievole (ordinanza 9.12.2021, in *Banca dati Asgi*).

Bonus per materiale didattico

Il Tribunale di Matera ha accolto il ricorso promosso contro la Regione Basilicata da due genitori nigeriani di una bambina che frequentava la scuola elementare e che erano stati esclusi dal contributo di cui alla delibera della Giunta regionale n. 633 del 17.2.2020 e relativo avviso pubblico, in quanto, pur essendo domiciliati nel Comune di Matera, in pendenza di un giudizio ex art. 33 TUI, non potevano ottenere la residenza anagrafica nel predetto Comune. La misura consisteva in un *bonus* a fondo perduto per le famiglie lucane con un reddito ISEE fino a 10.000 euro per l'acquisto di beni e dispositivi informatici, ma riservato ai «nuclei familiari in cui il soggetto richiedente, nella persona di uno dei genitori o del tutore legale, a pena di inammissibilità, alla data di presentazione della domanda... sia residente in Basilicata». La minore, domiciliata ma non residente anagraficamente nel comune di Matera, non aveva potuto partecipare alle attività in D.A.D non avendo i genitori i mezzi necessari per acquistare un computer.
Il tribunale di Matera ha operato una dettagliata disamina delle fonti normative e degli approdi giurisprudenziali sottolineando l'importanza che rivestiva l'interpretazione del concetto di residenza**,** da intendere come «luogo in cui la persona ha la dimora abituale» ex art. 43, co. 2 c.c. e non solo nel senso stretto di iscrizione anagrafica. Osservava, inoltre, il giudice che il diritto all'istruzione, in quanto diritto sociale costituzionalmente riconosciuto e tutelato (artt. 33 e 34

Cost.), deve essere assicurato sempre e comunque al minore, nel suo superiore interesse. È stato sottolineato altresì che nell'avviso pubblico era stato chiarito che lo scopo del *bonus* era anche quello di favorire la inclusione digitale e l'accesso ai servizi pubblici digitali da cui si poteva evincere che si trattava di una misura diretta a superare il *gap* digitale e culturale che era già esistente per i nuclei famigliari più disagiati e che la pandemia aveva acuito. Disapplicati i provvedimenti amministrativi, il giudice ha condannato la Regione Basilicata a riaprire i termini per la presentazione della domanda di accesso alla misura di sostegno allo studio entro 30 giorni dalla data di pubblicazione della ordinanza per consentire a tutte le famiglie escluse di parteciparvi, e di procedere alla riedizione della procedura selettiva (ordinanza 12.9.2021, in *Banca dati Asgi*).

Prestazioni di assistenza

Il Tribunale di Milano ha accertato la natura discriminatoria della condotta tenuta dalla Regione Liguria consistente nell'aver dato indicazioni agli enti del servizio sanitario regionale nel senso di escludere i cittadini extra UE non titolari del permesso di lungo soggiorno che intendevano accedere alla misura economica di euro 350 come regolata dalla delibera regionale n. 1106/2006 (fondo regionale non autosufficienze) ed ha condannato la Regione a riaprire i termini per la presentazione delle domande per un periodo di almeno tre mesi consentendo la presentazione delle domande a chi non l'avesse fatto in precedenza nonché a pubblicare l'ordinanza sulla *home page* del sito istituzionale. Il ricorso era stato presentato dalla APN, Avvocati per Niente ONLUS e dall'ASGI, Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione che, avendo riscontrato la richiesta di tale requisito sul sito del Distretto 3 dell'ASL genovese cui diversi Comuni liguri (Genova, Rapallo, La Spezia, Sestri Levante) a loro volta rinviavano, avevano segnalato tale illegittima previsione sia alla Regione sia ai Comuni sia alle ASL. Nel costituirsi in giudizio la Regione Liguria aveva concordato sul fatto che il permesso di lungo soggiorno non dovesse essere inserito tra i requisiti per la concessione della misura e che non vi era alcuna norma regionale che lo prevedesse, ma aveva eccepito il proprio di difetto di legittimazione passiva. La Regione aveva comunque escluso la possibilità di consentire la presentazione della domanda a chi, sprovvisto del permesso di lungo soggiorno, non lo aveva fatto in passato, interpretando quale acquiescenza la mancata richiesta (v. nota Regionale prot. 2021/00007035, deposito del 25/11/2021). Il tribunale di Milano, dopo aver respinto l'eccezione di carenza di legittimazione passiva, ha sottolineato che l'impostazione della Regione Liguria introduce «una disparità di trattamento tra soggetti in posizioni analoghe e a danno di coloro che – non essendo in possesso del requisito richiesto – non hanno presentato la domanda. Né può ritenersi che si configuri, nel caso di specie, una vera e propria "acquiescenza" la quale postula un'esplicita e inequivoca manifestazione di piena accettazione di un determinato assetto di interessi e, in ogni caso, lo spontaneo adeguamento ad esso non è di per sé sufficiente a far desumere una rinuncia a opporsi a una situazione sfavorevole (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14.02.2012, n. 706). Non può quindi essere

interpretato acquiescente l'atteggiamento del cittadino il quale – confidando nella correttezza dell'azione della PA – non presenti la domanda poiché sprovvisto di un requisito che la stessa PA (illegittimamente) gli richiede» (ordinanza 1.12. 2021, in *Banca dati Asgi*).

Il Tribunale di Ancona ha affrontato la questione del diritto a percepire l'assegno mensile di assistenza di cui all'art. 13 della l. 118/1971 del richiedente con invalidità al 70%, titolare del permesso di soggiorno per cure mediche, negato dall'INPS in assenza di un permesso di soggiorno di durate superiore all'anno. Il Tribunale ha affermato che, seppur la durata di tale permesso sia inferiore ad un anno, il richiedente è legalmente soggiornante sul territorio italiano da tempo apprezzabile e con carattere non episodico, sicché deve ritenersi discriminatorio il rifiuto opposto dall'INPS al riconoscimento di una prestazione ritenuta essenziale dalla Corte costituzionale ad un soggetto extracomunitario in tali condizioni. Il provvedimento si segnala per l'accurata disamina in diritto e per l'analitica ricostruzione in fatto della vicenda del ricorrente (ordinanza 24.11.2021, in *Banca dati Asgi*).

La Corte di Appello di Firenze, con sentenza del 5.10.2021 ha confermato la pronuncia di primo grado secondo cui i titolari del permesso di soggiorno per cure mediche di durata semestrale, ex art. 19, co. 2-b*is* lett. d) TUI, hanno diritto a percepire l'assegno mensile di assistenza in quanto, trattandosi di prestazione destinata a far fronte al sostentamento di soggetto invalido grave non potrebbe essere negata a colui che, proprio in conseguenza del grave stato patologico che non consente di lavorare, né di fare rientro nel paese di origine, è stato autorizzato, quantomeno per un periodo superiore a tre mesi, alla permanenza sul territorio nazionale sicché il diniego finirebbe per incorrere in una palese violazione del principio sancito dall'art. 14 della CEDU (sentenza 5.10.2021, in *Banca dati Asgi*).

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

Una nuova archiviazione per la capitana Carola Rackete

Giunge a conclusione anche l'ultimo procedimento avviato nei confronti della capitana Carola Rackete in relazione alla nota vicenda che l'aveva vista protagonista nel giugno 2019, quando, al comando della nave *Sea Watch 3*, di fronte al rifiuto oppostole dal Ministro dell'interno a sbarcare in Italia i migranti soccorsi in mare, aveva deciso di procedere comunque all'attracco, scontrandosi con un'imbarcazione della Guardia di finanza che aveva cercato di impedirglielo.

Dopo l'archiviazione per i delitti di violenza contro nave da guerra *ex* art. 1100 cod. nav. e resistenza a un pubblico ufficiale *ex* art. 337 c.p., di cui abbiamo dato conto nella rubrica del n. 2.2021, con il provvedimento allegato del 20.12.2021 il GIP di Agrigento dispone l'archiviazione della Rackete anche per il secondo filone dell'indagine aperta nei suoi confronti, e relativa ai reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, *ex* art. 12 TUI, e di rifiuto di obbedienza a nave da guerra, *ex* art. 1099 cod. nav. Il provvedimento del GIP è assai sintetico, venendo integralmente richiamate le conclusioni cui era pervenuta la Procura nella richiesta di archiviazione. Per quanto riguarda la prima contestazione, il giudice agrigentino, constatato come il porto di Tripoli non potesse essere considerato un *place of safety* ove riportare i migranti, così come non potesse più ritenersi un luogo sicuro la nave, in considerazione del numero ingente di naufraghi a bordo e del lungo lasso temporale in cui gli stessi vi erano stati ricoverati, esclude la sussistenza del reato in quanto la condotta di condurre in Italia i migranti soccorsi in mare deve ritenersi scriminata dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p. In ordine poi all'ipotesi di reato di cui all'art. 1099 cod. nav., il giudice rileva come il divieto di ingresso in acque nazionali emanato dal Ministro dell'interno non contenesse elementi tali da giustificare la qualificazione come non inoffensivo dell'ingresso della *Sea Watch 3* in acque territoriali, e pertanto anche in questo caso la condotta dell'indagata deve ritenersi scriminata dall'adempimento all'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro.

Una sentenza di condanna per il respingimento verso la Libia di naufraghi soccorsi in acque internazionali da un'imbarcazione italiana

Sulla base dei medesimi principi di diritto, ed in particolare sulla base del principio di *non refoulement* che impedisce di rinviare i naufraghi soccorsi in mare verso un luogo ove non è garantito il rispetto dei loro diritti fondamentali, si fonda la decisione di condanna del Tribunale di Napoli (sent. 1643/2021). La vicenda è presto riassunta: il comandante di una nave di appoggio a una piattaforma petrolifera dell'ENI al largo della Libia, la nave ASSO 28, effettua a fine luglio 2018 il soccorso di 101 profughi in fuga dalla Libia, ma, invece di portarli in Italia o in altro luogo

sicuro, segue le indicazioni fornitegli dalla Guardia costiera libica e li riporta a Tripoli, senza avere prima verificato se avessero motivo di chiedere protezione internazionale e senza neppure procedere alla loro identificazione. Il procedimento celebrato con rito abbreviato davanti al GUP partenopeo aveva ad oggetto i reati di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.) e di sbarco e abbandono arbitrario di persone (art. 1155 cod. nav.). La sentenza, dopo avere ricostruito il reticolo di fonti nazionali e sovranazionali che regolano il soccorso in mare, e da cui si ricava univocamente il divieto di riportare le persone soccorse in un luogo, come la Libia, ove le stesse sono esposte al rischio di trattamenti lesivi dei loro diritti fondamentali, esclude la sussistenza degli estremi dell'abuso d'ufficio: vero infatti che l'imputato ha violato «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità» (come recita l'art. 323 c.p. in seguito alla riforma del 2020), il reato non viene comunque ritenuto sussistente in quanto secondo il Tribunale non è stata fornita la prova oltre ogni ragionevole dubbio di quale vantaggio patrimoniale abbia con la propria condotta procurato l'imputato, né sono stati accertati gli effettivi danni subiti dai migranti respinti (che peraltro non sono stati neppure identificati), né è stato provato il dolo intenzionale richiesto dalla norma. Diverse sono invece le conclusioni cui perviene il Tribunale rispetto agli altri due reati contestati: rilevato come il soccorso in mare comporti l'assunzione di responsabilità del comandante della nave nei confronti dei naufraghi, tra i quali vi erano diversi minorenni e donne in stato di gravidanza, e quindi soggetti all'evidenza vulnerabili, la sentenza rileva come l'imputato si sia totalmente disinteressato dei pericoli cui esponeva i naufraghi in seguito al loro illegittimo *refoulement* verso la Libia, e su tale constatazione fonda la responsabilità dell'imputato per i reati in questione.

Rapporti tra il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e il reato di tratta di persone

Meritano infine un cenno due decisioni di legittimità (Cass., sez. I, n. 33708 del 25.6.2021, E., Rv. 281791, e Cass., sez. I, n. 31650 del 3.6.2021) che prendono posizione in ordine al controverso problema dell'assorbimento o del concorso tra il reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 co. 3 TUI e il reato di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p. Prendendo le distanze dall'indirizzo prevalente in sede di legittimità, secondo cui la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due norme escluderebbe la possibilità di constatare un concorso apparente tra le stesse, le sentenza in esame, valorizzando la clausola di riserva con cui si apre il testo dell'art. 12 («salvo che il fatto costituisca più grave reato»), giungono alla conclusione opposta, e reputano assorbito il reato del TUI nella più grave fattispecie codicistica, almeno quando il favoreggiamento dell'ingresso irregolare fosse *ab initio* finalizzato allo sfruttamento costitutivo della tratta (per una approfondita argomentazione a sostegno di tale conclusione, cfr. in particolare la sentenza n. 31650).

OSSERVATORI

ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Nuovo patto su immigrazione e asilo. Il 29 settembre, a un anno dell'adozione delle proposte per un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, la Commissione ha presentato una relazione sulla migrazione e l'asilo, in cui ha illustrato i principali sviluppi di tali politiche dal 2020, anche sulla base della tabella di marcia allegata al patto, individuando le sfide principali ed indicando le misure di cui si prevede l'adozione.
La relazione fornisce statistiche sui movimenti migratori, lungo le principali rotte, alle frontiere esterne e interne, fa un bilancio dell'impatto della pandemia. Include altresì un resoconto dell'azione delle pertinenti Agenzie dell'UE (Easo, Frontex), del sostegno fornito dalla Commissione agli Stati membri sotto pressione e dei finanziamenti. La relazione si sofferma sulla risposta dell'UE alla situazione in Afghanistan, sul sostegno alla Grecia e sulla reazione agli arrivi dalla Bielorussia; fornisce informazioni sui progressi compiuti in relazione alla riforma del quadro legislativo e una panoramica della cooperazione con i Paesi partner, sulla base del nuovo approccio definito nel patto. Esamina, inoltre, i progressi compiuti in materia di integrazione e inclusione.

Strumentalizzazione dei migranti. Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021, i capi di Stato e di governo leader dell'UE hanno condannato tutti gli attacchi ibridi alle frontiere dell'UE e i tentativi da parte di Paesi terzi di strumentalizzare i migranti a fini politici, invitando la Commissione a proporre le eventuali modifiche necessarie al quadro giuridico dell'UE e misure concrete supportate da un adeguato sostegno finanziario per garantire una risposta immediata e appropriata e preannunciando l'adozione di ulteriori misure restrittive nei confronti di persone e soggetti giuridici. Su questa base, il 23 novembre, la Commissione ha presentato la comunicazione congiunta «Risposta alla strumentalizzazione dei migranti avallata dallo Stato alle frontiere esterne dell'UE». La Commissione ha illustrato la situazione umanitaria al confine orientale, fornendo anche dati e cifre sulle persone coinvolte, e ha indicato le misure adottate per affrontare la situazione immediata e quelle proposte per creare una serie di strumenti strutturali intese ad affrontare futuri tentativi di destabilizzazione attraverso la strumentalizzazione dei migranti.

Atti adottati

Carta blu. Ad ottobre è stata approvata la direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2021 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio. La direttiva ha inteso stabilire dei criteri di ammissione più inclusivi, tra l'altro, riducendo la soglia di retribuzione per l'ingresso (almeno a 1,0 volte, ma non a più di 1,6 volte la retribuzione media annuale lorda nello Stato membro interessato, art. 5, par. 3), consentendo soglie salariali minime per i neolaureati o le professioni che necessitano di lavoratori (almeno all'80% della soglia di retribuzione, art. 5, par. 4 e 5), riducendo da un anno a sei mesi la durata minima del contratto di lavoro che dà accesso alla Carta blu ed estendendo l'ambito di applicazione per includere i lavoratori altamente specializzati del settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Essa, inoltre, mira a facilitare la mobilità all'interno dell'Unione, anche tramite la riduzione del periodo minimo di soggiorno nel primo Stato membro (da diciotto a dodici mesi, art. 21), semplificando e accelerando la relativa procedura e consentendo il cumulo dei periodi di soggiorno nell'ambito di regimi diversi per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo. E, inoltre, più agevolato il ricongiungimento familiare La direttiva fa salvo il diritto degli Stati membri di rilasciare permessi di soggiorno diversi dalla Carta blu UE ai fini dello svolgimento di lavori altamente qualificati. Tali permessi non danno, però, diritto di soggiornare negli altri Stati membri (art. 3, par. 3). La direttiva dovrà essere trasposta nelle legislazioni nazionali entro il 18 novembre 2023.

Agenzia per l'asilo. A dicembre è stato approvato il regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010.Dal 19 gennaio 2022, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) è stato trasformato nell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA). Il nuovo, più ampio, mandato è definito all'art. 2. Tra le altre cose, è prevista l'istituzione, in stretta cooperazione con la Commissione, di un meccanismo di monitoraggio al fine di monitorare l'applicazione operativa e tecnica del sistema comune europeo di asilo «allo scopo di prevenire o di individuare eventuali carenze dei sistemi di asilo e accoglienza degli Stati membri e di valutarne la capacità e la preparazione a gestire situazioni di pressione sproporzionata, al fine di rafforzare l'efficacia di tali sistemi» (art. 14). L'EUAA predisporrà note di orientamento sulla situazione esistente nei diversi Paesi terzi di origine e assicurerà un'adeguata preparazione delle autorità nazionali competenti. Inoltre, essa dovrebbe assumere un ruolo di sostegno operativo per gli Stati membri, soprattutto in situazioni di emergenza, disponendo di squadre di sostegno per l'asilo, nonché del gruppo di intervento in materia d'asilo, un *pool* di almeno 500 esperti a

disposizione dei sistemi di asilo nazionali soggetti a pressione migratoria straordinaria. Infine, su richiesta di ciascuno Stato membro, dovrebbe essere assicurato un coinvolgimento attivo dell'Agenzia nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale, alla quale verrebbe riconosciuta la competenza a predisporre le decisioni in merito alle domande di protezione internazionale – poi formalmente adottate dallo Stato membro – e, più in generale, a svolgere attività di ricerca giuridica, elaborando analisi e relazioni, su richiesta degli organi giurisdizionali nazionali.

Proposte legislative

Lista nera degli operatori di trasporto coinvolti nel traffico di migranti. Il 23 novembre la Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a misure nei confronti degli operatori di trasporto che agevolano o praticano la tratta di persone o il traffico di migranti in relazione all'ingresso illegale nel territorio dell'Unione europea. La proposta di regolamento mira a fornire un quadro giuridico che consenta all'Unione di adottare misure nei confronti degli operatori di qualsiasi modo di trasporto (via aerea, via mare, per vie navigabili interne, per ferrovia e su strada) coinvolti nel traffico di migranti. Ai sensi dell'art. 1, le misure possono essere adottate per impedire o limitare le attività degli operatori di trasporto che, in relazione all'ingresso illegale di tali migranti e di tali persone nel territorio dell'Unione: a) utilizzano mezzi di trasporto nel traffico di migranti o nella tratta di persone; o b) essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività criminale generale di un gruppo criminale organizzato attivo nel traffico di migranti o nella tratta di persone o della sua intenzione di commettere tali reati, partecipano attivamente alle attività criminali di tale gruppo; o c) organizzano, dirigono, aiutano, agevolano, consigliano la commissione di atti di traffico di migranti o tratta di persone che coinvolgono un gruppo criminale organizzato o sono complici nella commissione di tali atti. Le misure proposte, da applicare in maniera adeguata e proporzionata in considerazione delle particolari circostanze del caso specifico, comprenderebbero il divieto di un'ulteriore espansione o la limitazione delle attuali operazioni di trasporto, la sospensione delle licenze e delle autorizzazioni concesse a norma del diritto dell'Unione, la sospensione del diritto di sorvolare l'Unione, di transitare nel territorio dell'Unione o di fare scalo nei porti dell'Unione, la sospensione del diritto di fare rifornimento o di effettuare la manutenzione all'interno dell'Unione o la sospensione del diritto di operare da e verso l'Unione nonché al suo interno.

Misure di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia *ex* art. 78, par. 3, TFUE. Il 1° dicembre la Commissione ha presentato la proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia. Le modifiche proposte riguardano i termini e le modalità di registrazione delle domande (limitando la possibilità di

presentare le domande solo in alcuni posti di frontiera specificati e concedendo alle autorità un termine di 4 settimane per la registrazione, in deroga all'attuale termine variabile tra i 3 e i 10 giorni), la possibilità di applicare la procedura accelerata di frontiera a tutte le domande e non solo in un numero limitato di casi, come previsto attualmente, nonché di estenderne la durata del termine per l'esame da 4 a 16 settimane, ma anche di limitare l'effetto sospensivo automatico di un ricorso, a tutte le procedure di frontiera, conferendo a un giudice il potere di decidere se il richiedente possa rimanere o meno nel territorio fino all'esito dell'eventuale decisione sull'appello. Ulteriori deroghe sono previste con riferimento anche alle condizioni materiali di accoglienza (consentendo di soddisfare soltanto le esigenze essenziali) e alle condizioni per il rimpatrio per i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi la cui domanda di protezione internazionale sia stata respinta.

Revisione del codice frontiere Schengen. Il 14 dicembre la Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 relativo a un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone. La proposta è intesa ad affrontare questioni ritenute urgenti e attinenti sia alle frontiere esterne che interne dello spazio Schengen in relazione a: minacce legate alla salute pubblica come le pandemie e i casi di strumentalizzazione dei migranti; condizioni per la reintroduzione dei controlli di frontiera alle frontiere interne e l'utilizzo di misure alternative ai controlli alle frontiere interne. Essa introduce, pertanto, un meccanismo che consente al Consiglio di adottare rapidamente norme vincolanti per l'applicazione uniforme di restrizioni temporanee di viaggio alle frontiere esterne, in caso di minaccia alla salute pubblica, con la previsione di esenzioni per alcune categorie di viaggiatori, nonché per tutti i residenti e i cittadini dell'Unione e dei loro rispettivi familiari e individua misure di sorveglianza per prevenire e reagire all'attraversamento illegale delle frontiere, in caso di situazioni di «strumentalizzazione dei migranti». Viene, inoltre, introdotto un nuovo meccanismo, ad integrazione di quello esistente per le gravi carenze persistenti alle frontiere esterne (articolo 29 del codice frontiere Schengen), che consente al Consiglio di autorizzare, sulla base di una proposta della Commissione, il ripristino dei controlli alle frontiere interne in alcuni o tutti gli Stati membri interessati da una minaccia che riguarda più Stati membri contemporaneamente (ripristino prorogabile, su proposta della Commissione, di sei mesi in sei mesi, fino alla cessazione della minaccia). La proposta chiarisce e amplia l'elenco degli elementi che devono essere valutati da uno Stato membro al momento della decisione di ripristino temporaneo dei controlli, includendo, ad esempio, una valutazione relativa all'adeguatezza della misura e al probabile impatto di quest'ultima sulla circolazione delle persone e sulle regioni di confine. Inoltre, uno Stato membro che intenda prolungare le misure di ripristino dei controlli in risposta a minacce prevedibili è tenuto a valutare se misure alternative, come controlli di polizia mirati e una cooperazione di polizia più efficace, potrebbero essere più

appropriate. In casi di minacce di durata considerevole, è ammessa l'estensione del ripristino dei controlli alle frontiere interne per un periodo totale di due anni, eventualmente prorogabile ulteriormente, previa notifica, debitamente motivata, alla Commissione (tenuta ad emettere un parere in merito). Inoltre, viene promosso l'utilizzo di misure alternative ai controlli nelle zone di frontiera, come l'apprestamento di più numerosi ed efficaci controlli di polizia, effettuabili da qualsiasi autorità competente ad esercitare poteri pubblici ai sensi del diritto nazionale. Infine, è prevista una procedura semplificata di trasferimento, nel caso di intercettazione di soggetti provenienti da altri Stati membri, nonché la facoltà per gli Stati membri stessi di rivedere gli accordi bilaterali di riammissione esistenti con Stati terzi, o di concluderne di nuovi. La proposta rimuove anche gli ostacoli posti ad un uso più esteso delle tecnologie di monitoraggio e sorveglianza e chiarisce che l'applicazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen non impedisce l'utilizzo di dati sui passeggeri, seppur nei limiti consentiti dalla legge.

Meccanismo per affrontare situazioni di strumentalizzazione dei migranti. Il 14 dicembre la Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo. La proposta, che applica le soluzioni avanzate per far fronte alla situazione al confine orientale con la Bielorussia, istituisce una procedura di gestione delle emergenze in materia di migrazione e di asilo, in una situazione riconducibile alla strumentalizzazione dei migranti, per i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi fermati o trovati in prossimità della frontiera con un Paese terzo dopo un attraversamento non autorizzato o dopo essersi presentati ai valichi di frontiera. Essa è intesa a fornire un quadro stabile per affrontare eventuali situazioni di questo tipo, in modo da evitare soluzioni di emergenza. Lo Stato membro che si trovi in una situazione di strumentalizzazione dei migranti sarà autorizzato a restringere i flussi alla frontiera, limitando il numero di valichi di frontiera aperti e a designare luoghi specifici per la registrazione e la presentazione delle domande di protezione internazionale. Sarà, inoltre, possibile estendere il termine di registrazione delle domande fino a 4 settimane e applicare a tutte le domande la procedura di frontiera. Essa autorizza parimenti deroghe alle condizioni di accoglienza e alla direttiva rimpatri. È prevista una specifica procedura di attuazione delle misure di emergenza, con la previa comunicazione alla Commissione da parte dello Stato interessato e la successiva adozione di una decisione da parte del Consiglio.

Varie

Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025). Sulla base dei progressi compiuti dal primo piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020), e tenuto conto dei risultati delle consultazioni mirate dei portatori di interessi e di una consultazione

pubblica svoltesi nei mesi precedenti, a settembre la Commissione ha presentato un piano d'azione rinnovato per il periodo 2021-2015. La Commissione intende migliorare l'attuazione del quadro giuridico per sanzionare i trafficanti e per la protezione dallo sfruttamento (che include la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011 , concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, la direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti e la direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare); rafforzare la cooperazione operativa e lo scambio di informazioni tra le autorità nazionali e le agenzie dell'UE per fronteggiare l'evoluzione delle pratiche online, nonché degli strumenti che facilitano il traffico; aumentare la ricerca e la raccolta di dati per una migliore comprensione delle tendenze migratorie, della natura e della portata delle reti criminali, delle ripercussioni delle politiche antitraffico e del *modus operandi* delle reti criminali. Dovrebbero, inoltre, essere sviluppati dei partenariati operativi per la lotta contro il traffico di migranti, con strumenti concreti, con le regioni o i Paesi terzi lungo le rotte migratorie verso l'UE. Il nuovo piano ha affrontato anche il tema della «strumentalizzazione dei migranti», mettendo in luce l'esigenza di un «pacchetto rafforzato di strumenti che riunisca in modo strategico l'intera gamma di mezzi operativi, giuridici, diplomatici e finanziari a sua disposizione».

Comunicazione relativa all'applicazione della direttiva sulle sanzioni nei confronti dei datori di lavoro. A settembre la Commissione ha presentato la relazione sull'applicazione della direttiva 2009/52/CE, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. La relazione individua delle azioni per migliorare l'attuazione della direttiva, in particolare per quanto attiene all'applicazione delle sanzioni, delle misure di protezione e delle ispezioni volte a individuare i datori di lavoro che commettono abusi e proteggere i migranti dallo sfruttamento. In proposito, la Commissione intende promuovere il dialogo con le autorità degli Stati membri e i portatori di interessi, anche attraverso il rilancio, nel 2021, del gruppo di esperti *ad hoc* sulla migrazione irregolare previsto dalla direttiva, sostenere la condivisione di buone prassi e monitorare l'attuazione della direttiva in maniera continua,

avviando, se del caso, procedure di infrazione. Tali misure dovranno essere attuate entro la fine del 2022 e la Commissione riferirà sui risultati raggiunti nella prossima relazione, prevista al più tardi nel 2024. Alla luce dei progressi compiuti, essa valuterà se siano necessarie modifiche del quadro giuridico attualmente in vigore.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Riforme del diritto degli stranieri introdotte con la legge europea 2019-2020: durata decennale dei permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, proroga dei visti di ingresso di breve durata quale nuovo titolo di soggiorno, ampliamento dell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale e della tutela contro le discriminazioni e dei compiti dell'UNAR, inammissibilità delle domande di protezione internazionale per i titolari di protezione sussidiaria riconosciuta in altri Stati UE

La legge europea 2019-2020 (*legge 23.12.2021, n. 238*, pubblicata in G.U. n. 12 del 17.01.2022) prevede molte norme che, per attuare le disposizioni dell'UE o per recepire sentenze della Corte di giustizia dell'UE o per prevenirle nell'ambito di procedure di infrazione, dal 1° febbraio 2022 apportano significative innovazioni generali nel sistema italiano del diritto degli stranieri.

Si illustrano di seguito le più importanti innovazioni.

1) Durata decennale, rinnovabilità automatica e natura di documento di identificazione dei permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

La modifica che potrebbe avere gli effetti più vasti e significativi è la nuova disciplina della durata dei permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, di cui oggi sono titolari circa i 2/3 degli stranieri extraUE soggiornanti in Italia.

Essa formalmente è adottata in attuazione della direttiva n. 2003/109/CE del Consiglio, del 25.11.2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, e del regolamento (UE) 2017/1954 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, che modifica il regolamento (CE) n. 1030/2002 del Consiglio che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi.

Le disposizioni in vigore fin dal 1998 prevedevano una durata a tempo indeterminato, salva la facoltà di usare tali documenti quali documenti di riconoscimento per i primi cinque anni, poi prorogati a dieci anni.

L'art. 15, comma 1 della legge europea modifica l'art. 9, co. 2 d.lgs. n. 286/1998 non prevede più una durata a tempo indeterminato, ma una durata decennale rinnovabile autonomamente alla scadenza e quinquennale per i minori di età.

Il nuovo testo del comma 2 del citato art. 9 prevede ora importanti norme:

1) il p.s. UE per soggiornanti di lungo periodo attesta il riconoscimento permanente del relativo *status*, fatti salvi i casi di revocabilità dello stesso e di espulsione dello straniero previsti dai co. 4-*bis*, 7, 10 e 10-*bis*;
2) il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è sempre rilasciato entro novanta giorni dalla richiesta, ma è valido per dieci anni e, previa presentazione della relativa domanda corredata di nuove fotografie, è automaticamente rinnovato alla scadenza;
3) per gli stranieri di età inferiore a diciotto anni la validità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è di cinque anni.
4) Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo in corso di validità costituisce documento di identificazione personale ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. d), del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445.
Secondo la relazione illustrativa, la disposizione ha l'obiettivo di far chiarezza, distinguendo il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo – che ha una durata permanente salvo i casi di revoca disciplinati dal legislatore nazionale, ai sensi dell'art. 9, co. 4-*bis*, 7, 10 e 10-*bis*, del d.lgs. n. 286/1998 – dalla validità del documento elettronico che attesta tale *status*, che invece, ha una durata limitata nel tempo, in analogia al tempo di validità attribuito, dalle norme nazionali di settore, alla carta d'identità, al passaporto e alla patente di guida.
Molto importanti e di dubbia interpretazione sono anche le successive disposizioni, di carattere transitorio, previste nei commi 2, 3 e 4 dal citato art. 15 della legge europea.
Il comma 2 prevede che il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da oltre dieci anni alla data di entrata in vigore della legge europea (1° febbraio 2022) non è più valido per l'attestazione del regolare soggiorno nel territorio dello Stato.
La previsione del comma 2 sembra dunque riguardare tutti i permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciati fino al 1° febbraio 2022 che non avevano dunque una scadenza.
Occorre rilevare che in modo ambiguo non la disposizione normativa, ma soltanto la relazione illustrativa al disegno di legge chiarisce che in ogni caso la scadenza non comporta la revoca del particolare *status*, stante la previsione dall'art. 9, paragrafo 6, della direttiva 2003/109, che prevede che in nessun caso la scadenza del titolo di soggiorno comporta la revoca dello *status*. Tuttavia, prosegue la relazione illustrativa «in caso di esibizione nel corso dei controlli di polizia anche in frontiera, il titolo di soggiorno potrà essere ritirato – per la restituzione all'autorità che ne aveva curato il rilascio – e la persona potrà essere invitata presso la questura competente, per adempiere alle fasi di aggiornamento del documento in parola, ai sensi della vigente normativa (art. 15 TULPS ovvero art. 650 c.p.)».

Il comma 3 prevede che al titolare dello *status* di soggiornante di lungo periodo alla stessa data del 1° febbraio 2022, il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo previsto, come modificato dal comma 1 dello stesso articolo della medesima legge è concesso a seguito della prima richiesta avanzata ai fini dell'aggiornamento delle informazioni trascritte ovvero della fotografia.

Infine, il comma 4 abroga il comma 2 dell'art. 17 del regolamento di attuazione dello stesso testo unico delle leggi sull'immigrazione, emanato con d.p.r. 31.8.1999, n. 394. Quest'ultima disposizione, nella parte non abrogata dall'art. 16 d.p.r. n. 334/2004 prevedeva che la carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) per cinque anni costituiva documento di identificazione personale per cinque anni dal suo rilascio e che poteva essere a tal fine rinnovata con nuove fotografie alla data della scadenza.

La riforma complessiva così attuata mira a sopprimere l'ambigua distinzione tra un titolo di soggiorno a tempo indeterminato e il documento di identificazione con durata limitata a cinque anni.

Ora però il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è sempre anche titolo di identificazione, ma di fatto non è più davvero un titolo di soggiorno a tempo indeterminato, perché di nuovo ogni straniero lungo soggiornante sarà comunque sottoposto all'onere di presentare alla questura la domanda di rinnovo almeno ogni dieci o cinque anni, se minorenne, il che esige la necessità di recarsi personalmente in questura ogni dieci anni per rinnovarlo portando nuove foto.

L'innovazione sembra equiparare il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, in quanto documento di identificazione, alla durata delle carte di identità, oggi prevista proprio in dieci e cinque anni.

Tuttavia, la modifica introdotta appare ambigua e suscettibile di apportare peggioramenti concreti alla condizione giuridica degli oltre due milioni di stranieri extraUE lungo soggiornanti

Infatti, in primo luogo sostituire un titolo di soggiorno a tempo indeterminato, ormai il titolo di soggiorno più diffuso tra gli stranieri extraUE, il che ne conferma l'elevato grado di integrazione sociale, con un titolo di soggiorno di fatto decennale o quinquennale era una richiesta più volte avanzata in sede europea da altri Stati, come la Germania e la Francia che avevano fatto la scelta di permessi di soggiorno Ue per lungosoggiornanti con una durata temporanea invece che a tempo indeterminato, come peraltro consente la direttiva UE sul permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo.

In secondo luogo, la modifica potrebbe comportare un enorme disagio per la condizione concreta di vita di milioni di stranieri che ne sono titolari. Milioni di stranieri torneranno a fare lunghissime e defatiganti attese presso le questure o i commissariati di p.s. e/o saranno costretti a presentare alle Poste o *on line* domande di rinnovo con sessioni di rinnovo lungamente protratte a causa delle scarse disponibilità del personale delle questure che sarà sottoposto a operazioni amministrative

molto rilevanti con una nota scarsità di organico. Sarà poi difficoltoso il ritorno in Italia di chi si trovi in uno Stato extraUE e sia in possesso di un titolo di soggiorno scaduto che comporta permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti: non essendo stato rinnovato il titolo di soggiorno essi potranno servirsi del sistema dei visti e magari richiedere il visto di reingresso.
In terzo luogo, se è vero che la scadenza non comporta revoca, è vero anche che l'occasione del rinnovo del documento scaduto darà l'opportunità alle questure stesse di effettuare il controllo sistematico su ogni permesso per lungosoggiornanti, soprattutto per verificare l'eventuale sussistenza delle ipotesi più frequenti di revoca, come quelle del soggiorno fuori dalla UE per più di dodici mesi consecutivi o di assenza dal territorio italiano da più di sei anni dopo il rilascio del p.s. UE per lungo soggiornanti da parte di altri Stati UE.
In quarto luogo le nuove norme comporteranno la caducazione immediata della validità del loro titolo di soggiorno in Italia a chi si trovi fuori dall'UE da più di dieci anni dal 1° febbraio 2022. Automaticamente quel titolo non avrà alcun valore, né si potrebbe chiederne il rinnovo essendo revocato di diritto qualsiasi permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.
Indubbiamente l'operazione consentirà anche la ripulitura dagli schedari amministrativi e dai conteggi statistici molti stranieri che erano titolari di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ma che non si trovavano nella UE da più di dieci anni o comunque erano tornati in patria o si trovano ormai residenti regolarmente in altri Stati UE.

2) Disciplina della proroga dei visti di ingresso di breve soggiorno quale nuovo titolo di soggiorno
L'art. 16 della legge europea introduce nel testo unico delle leggi sull'immigrazione, approvato con d.lgs. n. 286/1998, nuove disposizioni legislative che attuano la facoltà, prevista da norme europee, di disporre la proroga della durata del soggiorno dei titolari di visti di ingresso per brevi soggiorni in presenza di serie circostanze individuali o generali che gli impediscono di lasciare il territorio della UE alla data di scadenza del soggiorno breve autorizzato in base al visto.
In primo luogo, la disciplina generale della proroga del visto è contenuta nel nuovo art. 4-*ter* introdotto nel citato testo unico, in base al quale
1) il questore della provincia in cui lo straniero si trova può prorogare il visto d'ingresso per soggiorni di breve durata fino alla durata massima consentita dalla normativa europea, ai sensi dell'art. 33 del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice europeo dei visti.
2) Lo straniero che richiede tale proroga del visto è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici.
3) La proroga del visto concessa dal questore consente il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale senza la necessità di ulteriori adempimenti.
4) Le informazioni sulla proroga del visto, memorizzate nel sistema di informazione visti (VIS) conformemente all'art. 14 del regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il VIS e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (regolamento VIS), sono registrate negli archivi del Centro elaborazione dati di cui all'art. 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121

Occorre ricordare che il citato art. 33 del regolamento (CE) n. 810/2009, istitutivo del codice comunitario dei visti, entrato in vigore nell'aprile 2010, consente di prorogare il periodo di validità e/o la durata del soggiorno per un periodo massimo di 90 giorni per semestre in presenza di due distinte ipotesi:

a) concessione a titolo gratuito, allorché si ritenga che un titolare del visto abbia dimostrato l'esistenza di motivi di forza maggiore o di ragioni umanitarie che gli impediscono di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del periodo di validità del visto o della durata del soggiorno autorizzato dallo Stato membro;

b) facoltà di concessione previo pagamento di 30 euro, qualora il titolare del visto dimostri l'esistenza di ragioni personali serie che giustifichino la proroga del periodo di validità o della durata del soggiorno.

La norma europea prevede altre importanti disposizioni di applicazione immediata.

1) Salvo diversa decisione dell'autorità che dispone la proroga del visto, la validità territoriale del visto prorogato rimane uguale a quella del visto originario.

2) La proroga del visto assume la forma di un visto adesivo.

In secondo luogo, l'art. 16 della legge europea prevede modifiche agli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 286/1998;

1) al comma 1 dell'art. 5 è inserito anche il possesso della proroga del visto quale titolo di soggiorno; la disposizione non comprende espressamente tra i titoli che consentono il soggiorno il visto per ingresso di breve durata, mentre la modifica prevista vi include la sua proroga;

2) al comma 8-*bis* dell'art. 5 la proroga del visto è inserita nella norma penale contro la contraffazione dei titoli di soggiorno e dei documenti necessari per ottenerli;

3) all'art. 6, comma 10, si aggiunge il diniego della proroga del visto tra i provvedimenti impugnabili di fronte al giudice amministrativo;

4) all'art. 13, comma 2, lett. b) la mancata presentazione della richiesta della proroga del visto o la sua revoca o il suo annullamento o il suo rifiuto o la scadenza di validità della proroga del visto sono aggiunti tra i presupposti che legittimano il provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal prefetto nelle ipotesi di ingresso o soggiorno irregolari.

3) Ampliamento dell'accesso dei cittadini extraUE all'assistenza sociale

L'art. 3 della legge europea reca disposizioni relative alle prestazioni sociali accessibili ai cittadini di Paesi extraUE titolari di alcune categorie di permessi di soggiorno per lavoro, studio e ricerca, per sopperire alla procedura di infrazione n. 2019/2100.

In particolare, si riforma l'art. 41, d.lgs. n. 286/1998 che si illustra riportando la sintesi delle considerazioni fatte dall'avv. Guariso sul sito ASGI.

Resta la medesima regola generale introdotta fin dal 1998: nell'accesso a tutte le prestazioni anche economiche di assistenza sociale il medesimo trattamento previsto per i cittadini si applica anche agli stranieri extraUE titolari di permesso di soggiorno di almeno un anno «diversi da quelli di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*» e non qualificabili quindi come permesso unico lavoro ai sensi dell'art. 5, comma 8.1., ma si precisa che sono fatti salvi i due commi successivi (di cui si dirà subito) e che l'equiparazione è estesa ai minori indipendentemente, nel loro caso, dalla durata del permesso di soggiorno.

In proposito occorre osservare che, benché il citato comma 8.1. sia stato introdotto proprio dal d.lgs. di recepimento della direttiva 2011/98, l'ambito di applicazione del «permesso unico lavoro» di diritto nazionale non è esattamente sovrapponibile all'ambito di applicazione della direttiva 2011/98. Infatti, il citato comma 8.1. prevede che i permessi che, pur consentendo di lavorare, non sono qualificabili come «permesso unico lavoro» sono i seguenti:

- i permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, anche se rilasciati ai titolari di protezione internazionale;
- i permessi per protezione internazionale;
- i permessi per protezione sociale (*ex* art. 18, d.lgs. n. 286/1998);
- i permessi per vittime di violenza domestica (*ex* art. 18-*bis*, d.lgs. n. 286/1998);
- i permessi per calamità (art. 20-*bis*, d. lgs. n. 286/1998);
- i permessi per particolare sfruttamento lavorativo (*ex* art. 22 co. 12-*quater,* d.lgs. n. 286/1998);
- i permessi per protezione speciale rilasciati ai sensi dei commi 1 e 1.1. dell'art. 19 (cioè ai sensi dei due commi richiamati dall'art. 32 co. 3 d.lgs. 25/08 a sua volta richiamato dall'art. 5, comma 8.1., d.lgs. n. 286/1998);
- i permessi per lavoro stagionale (*ex* art. 24, d.lgs. n. 286/1998);
- i permessi per lavoro autonomo (*ex* art. 26, d.lgs. n. 286/1998);
- alcuni particolari permessi rilasciati ai lavoratori «fuori quota» (*ex* art. 27, d.lgs. n. 286/1998).

Per tutti costoro vale quindi la regola generale sopra richiamata, sicché se il loro permesso di soggiorno ha la durata di almeno un anno (come nel caso delle vittime di violenza domestica o nel caso del permesso per lavoro autonomo) è garantita la parità di trattamento, mentre se il permesso è di durata inferiore (si pensi al permesso per calamità naturali) lo straniero resta escluso dalla parità di trattamento, salvo disposizioni più favorevoli relative alla singola prestazione.

Per i titolari di permesso unico lavoro il regime è invece diverso e vorrebbe evidentemente avvalersi – limitatamente all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 12 lett. e) direttiva 2011/98, cioè quello delle prestazioni di sicurezza sociale di cui al regolamento 883/04 – delle facoltà di deroga previste dall'art. 12, comma 2, lett. b) della direttiva stessa. Ciò però significa

che se solo con la nuova norma è esercitata la facoltà di deroga, fino ad ora detta facoltà non era mai stata esercitata, sicché fino al 2022 l'obbligo di parità di trattamento era pienamente vigente e applicabile, come infatti le citate sentenze della Corte UE hanno confermato.

Ai sensi del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 41, la equiparazione ai cittadini italiani dei titolari di permesso unico lavoro opera limitatamente alle prestazioni di sicurezza sociale non allorché lo straniero sia titolare di un permesso di soggiorno di almeno un anno, ma in presenza di due diversi requisiti: l'avvenuto svolgimento di attività lavorativa per almeno 6 mesi e la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da rendere agli uffici del lavoro ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 150/2011.

Per le prestazioni familiari (che sono un «sottogruppo» rispetto a quello più ampio delle prestazioni di sicurezza sociale) si prevede poi un regime ancora diverso: l'equiparazione opera «esclusivamente» (così precisa la norma) in favore dei titolari di permesso unico lavoro e in presenza di un permesso che autorizzi lo svolgimento di attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi o di un permesso per motivi di ricerca che autorizzi a soggiornare per un periodo superiore a sei mesi. L'introduzione dell'avverbio «esclusivamente» pare non casuale e potrebbe comportare effetti del tutto illogici.

Tralasciando in questa sede la situazione dei ricercatori (regolata dalla direttiva 2016/801/UE) una prima contraddizione emerge tra il comma 1 e il comma 1-*bis* dell'art. 41 cioè tra la condizione «generale» del titolare di permesso di almeno un anno e condizione del titolare di permesso unico lavoro che ha lavorato per almeno sei mesi.

Consideriamo ad esempio la condizione dei cittadini di Paesi extra UE che chiedono di accedere a prestazioni di invalidità.

Come noto, queste prestazioni erano rimaste prive di una disciplina specifica dopo le sentenze di incostituzionalità del requisito del possesso di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; era tuttavia rimasto vigente (e in effetti applicato dall'INPS) il requisito di cui all'art. 41, che peraltro contraddiceva il carattere essenziale della prestazione che la Corte aveva via via riconosciuto e proprio perciò la giurisprudenza di merito ha talvolta ritenuto di superare anche il limite dell'art. 41, riconoscendo le prestazioni di invalidità anche a titolari di permesso di soggiorno di durata inferiore all'anno.

Ora, quindi, anche queste prestazioni (che certamente rientrano nell'ambito delle prestazioni di sicurezza sociale, essendo l'invalidità prevista alla lett. c) dell'art. 3 del regolamento 883/04) sarebbero interessate dalla modifica dell'art. 41, con esiti che tuttavia suscitano perplessità: così ad esempio un titolare di permesso per lavoro autonomo che chiede di accedere alla indennità di accompagnamento sarà soggetto (non essendo titolare di permesso unico lavoro) al comma 1 e dunque dovrà avere un permesso di almeno un anno (come accade già oggi); ma il suo connazionale titolare di un permesso per motivi familiari potrà accedere alla stessa prestazione solo se ha

lavorato almeno 6 mesi e se dichiara la sua disponibilità al lavoro (comma 1-*bis*), il che è ovviamente illogico per prestazioni di invalidità, salvo che si interpreti le nuove norme nel che, anche per i titolari di permesso unico lavoro, la condizione di cui al comma 1-*bis* deve intendersi di miglior favore e che pertanto, se manca il requisito dei sei mesi di lavoro, resta comunque applicabile il requisito del possesso di un permesso di soggiorno della durata di almeno un anno: la norma prevede espressamente che il comma 1 si applica solo a chi ha un permesso diverso da quello di cui al comma 1-*bis*, ma deve essere interpretata nel senso indicato, perché altrimenti sarebbe irragionevole la distinzione che finirebbe per richiedere la disponibilità al lavoro a chi non può darla.

Peraltro, soprattutto per le prestazioni di invalidità, la riforma pare non recuperare la nozione di «bisogno primario e assoluto» e di conseguente risposta altrettanto assoluta che si ricava dalle sentenze della Corte Costituzionale e che avrebbe dovuto indurre – indipendentemente dalla esistenza di un vincolo eurounitario – a riconoscere le prestazioni a prescindere dalla durata del titolo di soggiorno: ma l'occasione è stata sprecata lasciando così aperto il problema sollevato dalla giurisprudenza di merito.

In ogni caso il nuovo testo dell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998 entrato in vigore il 1° febbraio 2022 comporta l'abrogazione implicita dell'art. 80, comma 19 l. 388/2000, in base al principio generale previsto dall'art. 15, secondo comma, disp. prel. cod. civ., la norma del 2000 per assoluta incompatibilità con la norma successiva: anche se l'art. 80, comma 19, cit. appare formalmente vigente, ma non vi è dubbio che le nuove norme generali previste dal nuovo testo dell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998 comportano il superamento della previgente regola generale prevista nell'art. 80, comma 19, l. n. 388/2000 che era ispirata all'idea che la maggior parte delle prestazioni di assistenza sociale spettassero soltanto agli stranieri lungo soggiornanti e che per oltre 20 anni ha escluso dalle prestazioni sociali più del 40% degli stranieri regolarmente soggiornanti.

A completamento della riforma il comma 3 dell'art. 3 della legge europea novelle modifica alcune disposizioni concernenti l'assegno di maternità di base e l'assegno di maternità per lavori atipici e discontinui e cioè gli artt. 74 e 74 del d.lgs. n. 151/2001 (recante il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

L'art. 74 prevede che per ogni figlio nato (dal 1° gennaio 2001, o per ogni minore in affidamento preadottivo o in adozione senza affidamento dalla stessa data) sia concesso – qualora le risorse economiche del nucleo familiare non siano superiori ad una determinata soglia – un assegno di maternità alle donne residenti, cittadine italiane o UE o in possesso di carta di soggiorno (si legga, a seguito della riformulazione operata dalla novella: permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; o carta di soggiorno per i familiari del cittadino UE non aventi la cittadinanza di uno Stato membro dell'UE o carta di soggiorno permanente per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, *ex* art. 17 del Testo unico).

Sono ricompresi ora, per effetto della novella, altresì i soggetti di cui al novello comma 1-*ter* qui introdotto nell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998 (cioè: stranieri titolari di permesso unico lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi; gli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare per un periodo superiore a sei mesi).
L'art. 75, d. lgs. n. 151/2001 ha per oggetto l'assegno di maternità per lavori atipici e discontinui, ed è novellato in egual modo rispetto all'art. 74.

4) Il divieto di discriminazione per nazionalità
Il divieto di discriminazioni per nazionalità è previsto già espressamente nell'ordinamento italiano nell'art. 43 d.lgs. n. 286/1998 che identifica i fatti e atti discriminatori che possono essere impediti mediante l'apposita azione civile antidiscriminatoria prevista dall'art. 44 d.lgs. n. 286/1998.
Tuttavia, il divieto di discriminazione per nazionalità non era previsto espressamente tra i fattori discriminatori nella norma nazionale che attua la direttiva UE contro le discriminazioni.
L'art. 1 della legge europea interviene con rilevanti modifiche nella materia. In proposito si sintetizzano alcune riflessioni pubblicate dall'avv. Guariso sul sito ASGI.
Il legislatore ha scelto di introdurre i correttivi richiesti dalla procedura di infrazione nel d.lgs. 216/2003 che recepisce la direttiva 2000/78, aggiungendo ai fattori ivi indicati (età, orientamento sessuale, religione, convinzioni personali, disabilità) il fattore «nazionalità».
Peraltro, poiché l'art. 3, comma 2, della direttiva 2000/78 prevede che la stessa direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità è evidente che convogliare in un unico atto legislativo nazionale due direttive, l'una contenente detta esclusione e l'altra volta a reprimere proprio le discriminazioni per nazionalità, si prospettava fin dall'inizio piuttosto ardita.
Inoltre l'introduzione di un divieto di discriminazione per nazionalità (senza ulteriori specificazioni) in occasione del recepimento di una direttiva sulla libera circolazione dei soli cittadini dell'Unione comporta un evidente discrasia, perché la finalità dichiarata dal legislatore, la collocazione della modifica in sede di legge europea e di chiusura della citata procedura di infrazione e la nuova rubrica assegnata allo stesso d.lgs. 216/2003 farebbero concludere che il fattore è richiamato solo con riferimento alla nazionalità dei cittadini UE.
Tuttavia il tenore letterale della disposizione e, soprattutto, il fatto che il nuovo fattore è aggiunto, senza specificazioni, a un elenco che non riguarda i soli cittadini UE (ovviamente il divieto di discriminazione, ad es. per età o religione o orientamento sessuale non riguarda i soli cittadini UE) dovrebbe invece concludere che il soggetto che il legislatore italiano ha voluto tutelare è lo straniero in quanto tale, cioè il soggetto connotato da una determinata cittadinanza, sia essa di paese UE o non UE.

È poi altrettanto pacifico che la direttiva 2000/78 ha come ambito di applicazione esclusivamente quello lavorativo (pur latamente inteso) mentre il divieto di discriminazione tra cittadini dell'UE opera in un ambito molto più vasto e comprende tutte quelle situazioni che possono costituire, anche indirettamente, un ostacolo alla libera circolazione. Perciò la convergenza delle due direttive in un'unica norma di recepimento ha comportato l'esigenza di uniformare i campi di applicazione: e siccome il meno sta nel più, il campo di applicazione è divenuto quello della direttiva avente il campo più ampio (cioè la direttiva 2014/54) superando le originarie limitazioni contenute nella direttiva 2000/78 e quindi nel testo originario del d.lgs. n. 216/2003.

La gran parte delle modifiche introdotte dalla legge europea consiste soltanto nell'aggiunta della parola «nazionalità» a tutti gli elenchi di fattori contenuti in vari passaggi del d.lgs. n. 216/2003. Tra i vari elenchi così modificati spicca quello dell'art. 15 l. 300/1970 il cui secondo comma si applica ora anche ai patti o atti diretti a fini di discriminazione di nazionalità, sicché il licenziamento o il demansionamento o la mancata assunzione o l'atto, comunque, pregiudizievole per lo straniero è collocato nello Statuto dei lavoratori.

La seconda modifica di rilievo riguarda gli ambiti di applicazione dei divieti.

All'elenco contenuto nell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003 che nel testo originario coincideva con quello contenuto nella direttiva 2000/78 sono ora aggiunti gli ambiti contenuti nella direttiva 2014/54 che mira ad intervenire su qualsiasi ostacolo, anche indiretto, alla mobilità dei cittadini dell'Unione.

Così, tra i nuovi ambiti di applicazione, alcuni sono strettamente connessi alla condizione di lavoratore e avrebbero quindi potuto trovare spazio anche nella direttiva 2000/78 («salute e sicurezza, reintegro professionale, ricollocamento»; «iscrizione alle organizzazioni sindacali ed eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori»; «assistenza fornita dagli uffici di collocamento»). Altri due ambiti però esulano del tutto dall'ambito lavorativo («accesso all'alloggio» e «accesso a vantaggi sociali e fiscali») e sono inseriti nella direttiva 2014/54 perché l'esclusione del migrante dall'uno o dall'altro ambito (ad es. requisiti restrittivi di residenza nell'accesso all'alloggio) costituisce un ostacolo alla libertà di circolazione.

Ora però di tale estensione può sicuramente avvalersi anche il cittadino extra UE che non gode della libertà di circolazione, ma che potrà far valere come «discriminazioni vietate» anche quegli ostacoli nell'accesso all'uno o all'altro ambito che determinano, direttamente o indirettamente, una restrizione non consentita dalla legge. L'estensione non aggiunge molto circa l'alloggio a quanto già prevede l'art. 43, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998, ma molto aggiunge l'estensione ai «vantaggi sociali e fiscali».

Infatti la CGUE pronunciandosi con riferimento all'art. 7, comma 2 regolamento 492/11 (ma già in precedenza con riferimento al regolamento 1612/68) ha dato di questa nozione una interpretazione ampia, affermando che costituiscono «vantaggi sociali» i «vantaggi che, connessi

o meno con un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in ragione principalmente del loro *status* obiettivo di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale e la cui estensione ai cittadini di altri Stati membri risulta quindi atta a facilitare la loro mobilità all'interno dell'Unione e pertanto, la loro integrazione nello Stato membro ospitante» (sentenza 18.12.2019 in causa C-447/18, UB, punto 47). Dal punto di vista oggettivo ha così incluso nella nozione varie prestazioni assistenziali come il reddito garantito alle persone anziane in Belgio, l'indennità denominata «minimo di mezzi di esistenza», pure prevista dalla legislazione belga; l'assegno speciale di vecchiaia in Francia; l'assegno per adulti con disabilità in Belgio.

Dunque, l'estensione è importante, anche perché la direttiva 2000/78 (e dunque il d.lgs. 216/2003 nel testo previgente) non si applicava a materie di questo tipo essendo anzi espressamente esclusa l'applicazione della stessa «ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale».

Occorre anche considerare che l'estensione degli ambiti di applicazione, benché sia effetto dell'inserimento del nuovo fattore, non è affatto limitata al nuovo fattore, ma riguarda l'intero d.lgs. n. 216/2003: ne nasce così (ad es.) una «discriminazione per orientamento sessuale» (o per convinzioni personali o per età ecc.) nell'accesso all'alloggio e nell'accesso ai vantaggi sociali, che finora era del tutto ignorata dall'ordinamento.

5) I nuovi compiti dell'UNAR sulle discriminazioni dei lavoratori fondate sulla nazionalità

Infine, l'art. 1 della legge europea sopperisce ad un'altra contestazione contenuta nella procedura di infrazione, cioè la mancanza di un organismo «per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità di trattamento dei lavoratori dell'Unione e dei loro familiari», ai sensi dell'art. 4 della direttiva.

I relativi compiti sono stati assegnati all'UNAR (peraltro disciplinato nell'ambito del d.lgs. 215/2003 cioè delle norme riguardanti il divieto di discriminazione per razza e origine etnica), ma con esplicito e limitato riferimento all'ambito di applicazione della direttiva 54 e dunque alla assistenza «indipendente, giuridica o di altra natura, ai lavoratori dell'Unione europea e ai loro familiari». Si tratta di un compito rilevante per situazioni come quella del requisito decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza che certamente costituisce violazione della parità di trattamento nell'accesso ai vantaggi sociali e che ben potrebbe ora vedere un intervento, per quanto solo in sede di consultiva, dell'UNAR.

Dunque, all'UNAR è assegnato anche il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti dei lavoratori che esercitano il diritto alla libera circolazione all'interno dell'UE.

I compiti dell'UNAR con particolare riferimento alle discriminazioni nei confronti dei lavoratori fondate sulla nazionalità, sono i seguenti:
a) prestare o assicurare che sia prestata assistenza indipendente, giuridica o di altra natura, ai lavoratori dell'UE e ai loro familiari, fatti salvi i loro diritti e i diritti delle associazioni e delle organizzazioni o di altri soggetti giuridici preposti alla tutela dei loro diritti secondo l'ordinamento italiano;
b) fungere da punto di contatto nei confronti di punti di contatto equivalenti in altri Stati membri dell'UE al fine di cooperare e di scambiare informazioni utili;
c) realizzare o commissionare indagini e analisi indipendenti riguardo a restrizioni e ostacoli ingiustificati al diritto di libera circolazione o alla discriminazione basata sulla nazionalità dei lavoratori dell'Unione europea e dei loro familiari;
d) assicurare la pubblicazione di relazioni indipendenti e formulare raccomandazioni su ogni questione connessa alle restrizioni, agli ostacoli o alla discriminazione di cui alla lett. c);
e) pubblicare informazioni pertinenti sull'applicazione a livello nazionale delle norme dell'UE sulla libera circolazione dei lavoratori.

6) Documenti di viaggio europei per il rimpatrio degli stranieri
L'art. 17 della legge europea introduce nell'art. 1 del d.lgs. n. 286/1998 un nuovo comma 6-*bis* che prevede che il documento di viaggio europeo per il rimpatrio di stranieri extraUE, il cui soggiorno è irregolare, previsto dal regolamento (UE) 2016/1953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, è rilasciato dal questore sulla base del modello conforme approvato con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale (da adottarsi entro il 1° maggio 2022).

7) Inammissibilità delle domande di protezione internazionale presentata dai titolari di protezione sussidiaria riconosciuta in altri Stati UE
L'art. 14 della legge europea modifica l'art. 29, d.lgs. n. 25/2008, sui casi di inammissibilità della domanda di concessione dello *status* di protezione internazionale a cittadini di paesi terzi. Al fine di tenere conto di quanto evidenziato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (cause riunite C-297/17, C-318/17 e C-319/17) si prevede ora che è inammissibile la domanda nel caso in cui al richiedente sia stata riconosciuta da parte di un altro Stato membro non più soltanto lo *status* di rifugiato, ma lo status rifugiato o la protezione sussidiaria.
La CGUE nella decisione concernente tali cause aveva infatti affermato che la direttiva UE 2013/32 non osta a che uno Stato membro eserciti la facoltà di respingere come inammissibile una domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato perché al richiedente è già stata concessa da un altro Stato membro la protezione sussidiaria, quando le prevedibili condizioni di vita in cui

si troverebbe sottoposto tale richiedente quale beneficiario di una protezione sussidiaria in tale altro Stato membro non lo esporrebbero ad un grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante, nell'accezione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La circostanza che i beneficiari di tale protezione sussidiaria non ricevano, in quello Stato membro, nessuna prestazione di sussistenza, o siano destinatari di una siffatta prestazione in misura molto inferiore rispetto agli altri Stati membri, pur senza essere trattati diversamente dai cittadini di tale Stato membro, può indurre a dichiarare che tale richiedente sarebbe esposto a un siffatto rischio soltanto se detta circostanza comporta la conseguenza che quest'ultimo si troverebbe, in considerazione della sua particolare vulnerabilità, indipendentemente dalla sua volontà e dalle sue scelte personali, in una situazione di estrema deprivazione materiale.
Poiché prima della modifica all'art. 29, d.lgs. n. 25/2008, i casi di inammissibilità erano contemplati soltanto per chi era stato riconosciuto rifugiato da altro Stato, mentre ciò non valeva per la protezione sussidiaria. La modifica mira ad evitare che persone a cui è stata riconosciuta la protezione sussidiaria in altri Stati UE possano presentare domanda di protezione internazionale in Italia (che ora sarà dichiarata inammissibile) per usufruire di prestazioni sociali più vantaggiose rispetto allo Stato membro che aveva inizialmente riconosciuto tale protezione.

Incremento di 3000 posti del Sistema di accoglienza e integrazione da destinare ai cittadini afghani

L'art. 7 del *decreto-legge 8.10.2021, n. 139* (pubblicato su G.U., n. 241 del 8.10.2021), convertito con modificazioni dalla *legge 3.12.2021, n. 205*, prevede che per far fronte alle eccezionali esigenze di accoglienza dei richiedenti asilo, in conseguenza della crisi politica in atto in Afghanistan, al fine di consentire l'attivazione di ulteriori 3.000 posti nel Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), la dotazione del Fondo nazionale per le politiche e per i servizi dell'asilo di cui all'art. 1-*septies* del d.l. 30.12.1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28.2.1990, n. 39, è incrementata di 11.335.320 euro per l'anno 2021 e di 44.971.650 euro per ciascuno degli anni 2022 e 2023 e a tali oneri si provvede mediante corrispondente utilizzo delle risorse iscritte, per i medesimi anni, nello stato di previsione del Ministero dell'interno, relative all'attivazione, la locazione e la gestione dei Centri di trattenimento e di accoglienza per stranieri.

La legge di modifica della giustizia civile non riforma le giurisdizioni in materia di immigrazione, asilo, discriminazioni e cittadinanza nella, ma modifica la competenza territoriale delle sezioni territoriali per l'immigrazione per i giudizi sulle domande di accertamento dello stato di cittadinanza

La *legge 26.11.2021, n. 206* (pubblicata in GU n. 292 del 09.12.2021) prevede la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di

risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.
Si deve purtroppo constatare che la grande riforma abbozzata nelle disposizioni della delega legislativa volutamente esclude ogni intervento concernente le procedure giudiziarie in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza, così come quelle in materia di discriminazioni.
Anzitutto la legge delega prevede due riferimenti utili alle tematiche in materia di immigrazione e discriminazione:
1) il solo riferimento (molto residuale) ai temi delle discriminazioni si riduce ai soli licenziamenti discriminatori e infatti il testo dell'art.1, co. 11 che riforma le controversie in materia di lavoro indica tra l'altro il seguente principio e criterio direttivo: «c) le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, ove non siano proposte con ricorso ai sensi dell'articolo 414 del codice di procedura civile, possano essere introdotte, ricorrendone i presupposti, con i rispettivi riti speciali di cui agli articoli 38 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, stabilendo che la proposizione dell'azione, nell'una o nell'altra forma, preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso»;
2) il solo riferimento all'immigrazione è escludente, nel senso che si conferma il mantenimento del vigente assetto delle giurisdizioni in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza.
Infatti, nel testo del comma 24 dell'art. 1 che istituisce il nuovo «tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie» si prevede al comma 1, la seguente lettera c):
«c) attribuire alle sezioni circondariali del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie le competenze assegnate al regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, dall'articolo 403 del codice civile e dai titoli I e I-bis della legge 4 maggio 1983, n. 184, oltre a tutte le competenze civili attribuite al tribunale ordinario nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, ad esclusione delle cause aventi ad oggetto la cittadinanza, l'immigrazione e il riconoscimento della protezione internazionale, nonché quelle riguardanti la famiglia, l'unione civile, le convivenze, i minori e tutti i procedimenti di competenza del giudice tutelare, nonché i procedimenti aventi ad oggetto il risarcimento del danno endo-familiare».
La legge, dunque, conferma l'accordo politico implicito di escludere dalla riforma i temi delle giurisdizioni in materia di immigrazione, asilo, cittadinanza, nonché in materia di discriminazioni.
La mancata armonizzazione nell'ambito del progetto di riforma così ambizioso delle sezioni specializzate in materia di immigrazione appare però davvero disarmonica rispetto all'intera riforma prefigurata nella legge e suscettibile di creare non pochi problemi applicativi anche con la nuova sezione o tribunale per le persone.
Peraltro, il decreto legislativo riformerebbe la giustizia civile fondandola su una discriminazione implicita e irrazionale e di dubbia legittimità costituzionale: «persone» sarebbero soltanto le

persone di cittadinanza italiana, come se la condizione giuridica delle persone straniere o apolide o l'acquisto della cittadinanza non influisca sullo stato delle persone non italiane.
Insomma, appare davvero un po' irrazionale che la legge prevedeva una riforma complessiva dell'assetto delle giurisdizioni in materia civile, ma espressamente escluda da ogni riforma anche quella giurisdizione che riguarda 5,5 milioni di persone straniere, il cui assetto ha enormi disarmonie anche costituzionali e internazionali sia nella giurisdizione ordinaria (divisa oggi tra magistrati ordinari, a loro volta distinti tra tribunale ordinario e, sezioni specializzate del tribunale ordinario in materia di immigrazione, protezione internazionale e libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei, e magistrati onorari, cioè i giudici di pace) sia nei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa.
Tuttavia, la materia potrebbe essere oggetto del prossimo disegno di legge di iniziativa del Governo di riforma della magistratura ordinaria, la cui commissione di studio ha suggerito di rivedere anche le competenze dei giudici di pace in materia di immigrazione, anche se con una soluzione di dubbia costituzionalità, cioè quella di destinare magistrati onorari a trattare questi temi all'interno delle sezioni specializzate. Peraltro, sul punto il Governo non ha ancora neppure predisposto alcun testo.
La legge prevede però altre direttive di delega legislativa che potrebbero essere fin da subito attuate in modo da semplificare i procedimenti in materia civile, in particolare nell'art. 1, co. 17, che consentirebbe numerose semplificazioni, in attuazione del quale sarebbero infatti adottabili norme di modifica del c.p.c. e di altre norme (incluse quelle consolari) che equiparino italiani, italiani all'estero e stranieri nelle procedure di conferimento della procura, di autenticazione delle procure e delle firme nei consolati o prima e dopo di essi.
Da ultimo si deve però segnalare che nelle disposizioni della legge di immediata applicazione una si applica ai giudizi in materia di cittadinanza.
Infatti, l'art. 1, co. 36 aggiunge all'art. 4, co. 5, del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, la previsione secondo cui quando l'attore risiede all'estero le controversie di accertamento dello stato di cittadinanza italiana sono assegnate avendo riguardo al comune di nascita del padre, della madre o dell'avo cittadini italiani. Il comma 37 specifica che la disposizione del comma 36 si applica ai procedimenti instaurati a decorrere dal centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge, e cioè dal 9 giugno 2022.

L'accesso degli stranieri al nuovo assegno unico e universale per i figli a carico. Profili di illegittimità costituzionale

Il *decreto legislativo 29.12.2021, n. 230* (pubblicato in G.U., n. 309 del 30.12.2021) ha istituito l'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega conferita al Governo ai

sensi della legge 1.4.2021, n. 46 carico, che costituisce un beneficio economico attribuito, su base mensile, per il periodo compreso tra marzo di ciascun anno e febbraio dell'anno successivo, ai nuclei familiari sulla base della condizione economica del nucleo.

Il nuovo assegno accorpa e assorbe gli assegni per il nucleo familiare e altre prestazioni.

L'art. 3 disciplina i requisiti soggettivi dell'accesso alla prestazione, il che riguarda anche gli stranieri.

Infatti, l'assegno è riconosciuto a condizione che al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata del beneficio il richiedente sia in possesso congiuntamente dei seguenti requisiti di cittadinanza, residenza e soggiorno:

a) sia cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea, o suo familiare, titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero sia cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o sia titolare di permesso unico di lavoro autorizzato a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi o sia titolare di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzato a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi;

b) sia soggetto al pagamento dell'imposta sul reddito in Italia;

c) sia residente e domiciliato in Italia;

d) sia o sia stato residente in Italia per almeno due anni, anche non continuativi, ovvero sia titolare di un contratto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato di durata almeno semestrale.

Rispetto alla legge n. 46/2021 il decreto legislativo apporta qualche miglioramento perché, pur essendo ovviamente vincolato alla legge delega, interviene su aspetti che si ponevano in palese contrasto con la direttiva UE 2011/98: la durata minima del permesso di soggiorno richiesto è così passata da 1 anno a 6 mesi.

È rimasta tuttavia la limitazione al solo «permesso unico di lavoro» che rende la previsione conforme alla direttiva UE 2011/98, ma così esclude tutti i titolari di permessi di soggiorno che, ai sensi del comma 8.2. dell'art. 5 d. lgs. n. 286/1998, non sono riconducibili al «permesso unico lavoro», cioè i titolari di permesso per lavoro autonomo, per protezione speciale, per lavoro stagionale, per casi speciali, il che priva l'assegno, per i soli stranieri, di quel carattere di universalità che il legislatore voleva perseguire.

In proposito i profili critici dal punto di vista costituzionale appaiono dunque numerosi.

L'espressione «permesso unico lavoro» intende sicuramente richiamare (anche se non espressamente) il permesso unico lavoro previsto dal d.lgs. n. 40/2014 di recepimento della direttiva UE 2011/98.

Perciò tale dizione dell'art. 3 escluderebbe dall'assegno unico i familiari extra UE di cittadini dell'Unione, perché la citata direttiva li esclude espressamente dal suo ambito di applicazione (cfr.

art. 3, comma 2 lett. *a)*, il che però violerebbe anche l'art. 2, comma 1, lett. *f)* della legge di delegazione legislativa che prevede espressamente il diritto dei familiari.

Sempre per l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 98 cit. e dunque del «permesso unico lavoro» sarebbero esclusi dall'assegno anche i titolari di protezione internazionale (cfr. art. 3, comma 2 lett. *g*) della direttiva); costoro invece, pur non essendo titolari di «permesso unico lavoro», hanno sicuramente diritto alla prestazione per effetto del vincolo di parità di trattamento con i cittadini dello stato ospitante in materia di assistenza sociale, previsto dall'art. 29 della direttiva 2011/95, attuata dall'art. 27, d. lgs. n. 251/2007.

Ancora per lo stesso motivo l'attuale formulazione esclude dall'assegno anche i titolari di permesso per lavoro autonomo (cfr. art. 3, comma 2, lett. *k* della direttiva).

Tra l'altro i titolari di protezione e i familiari di cittadini UE sono inclusi in tutte le prestazioni assistenziali di recente istituzione (assegno di natalità, reddito di cittadinanza ecc.) e dunque l'esclusione appare ancora più irragionevole.

Inoltre, l'esclusione dei titolari di permesso per lavoro autonomo appare particolarmente irragionevole e ingiustificata, proprio perché il nuovo assegno unico «universale» è istituito proprio per estendere la prestazione oltre i limiti soggettivi del previgente assegno per il nucleo familiare riconoscendola ai lavoratori autonomi, mentre l'art. 3 escluderebbe – senza alcuna logica motivazione – tutti i lavoratori autonomi stranieri. La situazione dei titolari di permesso per lavoro autonomo è particolarmente illogica se si considera non solo che la novità dell'assegno unico era proprio l'estensione a categorie che sinora non disponevano di aiuti alla famiglia (come appunto i lavoratori autonomi), ma anche che un titolare di permesso per lavoro autonomo può svolgere lavoro subordinato (senza necessità di convertire il permesso) e ciononostante continuerebbe a non percepire l'assegno che avrebbe invece percepito, sino ad oggi, per il solo fatto di lavorare: l'assegno universale sostituirà infatti, dal 1.3.2022, anche gli assegni al nucleo familiare spettanti fino ad oggi a tutti i lavoratori e i disoccupati titolari di NASPI.

Analoga irrazionalità riguarda pure un titolare di permesso per protezione speciale che sino ad oggi percepiva gli assegni per il nucleo familiare, ma che da marzo 2022, pur continuando a lavorare, non percepirà più nulla, non avendo un titolo di soggiorno che gli consente di accedere all'assegno.

Infine, si ritiene che, proprio per il carattere universale della prestazione, vadano inclusi – indipendentemente dalla qualificazione del permesso posseduto come «permesso unico lavoro» – tutti i titolari di un permesso di soggiorno che consente lo svolgimento di attività lavorativa e/o di un permesso di soggiorno convertibile in permesso per lavoro (che è di per sé garanzia di una prospettiva di stabilità del cittadino straniero) ai sensi dell'art. 6, commi 1 e 1-*bis* d.lgs. n. 286/1998.

Una circolare dell'INPS che prevedesse una interpretazione conforme alla Costituzione e alle norme europee delle nuove norme potrebbe rimediare ad alcune delle illegittimità e irrazionalità del decreto.
Altrimenti è prevedibile un lungo contenzioso giurisdizionale che potrebbe avere un esito scontatamente di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, se si considera la costante giurisprudenza costituzionale sul tema della parità coi cittadini nell'accesso degli stranieri regolarmente soggiornanti alle prestazioni di assistenza sociale.
Vi sono peraltro altri dubbi interpretativi meritevoli di chiarimento.
Uno è quello che riguarda l'art. 3, comma 1 che prevede che i requisiti di accesso devono permanere per l'intero periodo di erogazione, anche se si dovrebbe ritenere che cessati i sei mesi di contratto il titolare dovrebbe continuerà a percepire l'assegno, trattandosi di un requisito di accesso (sostitutivo dei due anni idi residenza) perché una volta avuto accesso alla prestazione il diritto dovrebbe perdersi soltanto al termine dell'anno di validità delle certificazioni reddituali.

Limitazioni agli ingressi degli stranieri durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus

Dal settembre 2021, come durante tutti i precedenti mesi, ulteriori ordinanze del Ministro della salute e decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, emanati sulla base dei poteri conferiti dalle norme legislative concernenti lo stato di emergenza di livello nazionale instaurato per contenere e prevenire la pandemia da Coronavirus-19 (che nel frattempo con altro decreto-legge è stato prorogato al 31 marzo 2022), hanno disposto misure che limitano la possibilità di ingresso in Italia delle persone (cittadini o stranieri) provenienti da altri Stati, sulla base dei rischi sanitari derivanti dall'andamento della pandemia e delle campagne vaccinali in atto in quegli Stati.
Le misure man mano adottate sono state a loro volta poi via via modificate ed integrate alla luce dell'andamento della pandemia e della campagna vaccinale.
In particolare, il *regime per gli spostamenti in entrata e in uscita da Stati o territori esteri* è stato più volte modificato da ultimo dalle ordinanze del Ministro della salute 22.10.2021, 26.11.2021 e 14.12.2021.
Dal 16 dicembre 2021 e fino alla cessazione dello stato di emergenza e comunque non oltre il 31 gennaio 2022, con l'*ordinanza del Ministro della salute 14.12.2021* (pubblicata in G.U. Serie Gen. n. 297 del 15.12.2021) è stato disposto che chi fa ingresso in Italia provenendo dai Paesi inclusi nell'elenco C dell'Allegato 20 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 2 marzo 2021 deve compilare il *Passenger Locator Form*, presentare la certificazione verde Covid-19 di vaccinazione o guarigione (o certificazione equipollente) ed effettuare un test (molecolare nelle 48 ore antecedenti l'ingresso nel territorio nazionale, oppure antigenico nelle 24 ore antecedenti all'ingresso nel territorio nazionale) con esito negativo. In caso di mancata presentazione della

certificazione verde Covid-19 di vaccinazione o guarigione, e fermo restando l'obbligo del test sopra citato, è obbligatorio sottoporsi alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario di 5 giorni, al termine del quale è obbligatorio sottoporsi a tampone (molecolare o antigenico).
È stata anche aggiornata la lista dei Paesi inclusi nell'elenco D dell'Allegato 20. Chi proviene da questi Paesi deve: compilare il *Passenger Locator Form*, presentare la certificazione verde Covid-19 di vaccinazione (o certificazione equipollente) ed effettuare un test (molecolare nelle 72 ore antecedenti l'ingresso nel territorio nazionale, oppure antigenico nelle 24 ore antecedenti all'ingresso nel territorio nazionale) con esito negativo. Il termine del test molecolare è ridotto a 48 ore per gli ingressi da Regno Unito. In caso di mancata presentazione della certificazione verde Covid-19 di vaccinazione (solo da USA, Canada e Giappone si può presentare la certificazione di guarigione in alternativa alla vaccinazione), e fermo restando l'obbligo del test sopra citato, è obbligatorio sottoporsi alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario di 5 giorni, al termine del quale è obbligatorio sottoporsi a tampone (molecolare o antigenico).
Il regime degli ingressi da Sudafrica, Lesotho, Botswana, Zimbabwe, Malawi, Mozambico, Namibia, Eswatini, previsto dall'ordinanza del Ministro della salute del 26 novembre 2021, viene inoltre prorogato fino alla cessazione dello stato di emergenza e comunque non oltre il 31 gennaio 2022.

Programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori extraUE nel territorio dello Stato per l'anno 2021

Il *decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 21.12.2021* (pubblicato in G.U. 17.1.2022) stabilisce che a titolo di programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori extraUE per l'anno 2021, sono ammessi in Italia, per motivi di lavoro subordinato stagionale e non stagionale e di lavoro autonomo, i cittadini extraUE entro una quota complessiva massima di 69.700 unità.
Il decreto presenta alcune novità e formalmente riguarda il 2021, ma in realtà si applicherà dal 2022 o, più esattamente, ammette soltanto domande che saranno presentate entro due mesi dalla pubblicazione del decreto cioè entro il 18 marzo 2022.
Le quote per lavoro subordinato, stagionale e non stagionale, previste dal decreto, sono poi ripartite dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali tra gli Ispettorati territoriali del lavoro, le Regioni e le Province autonome.
Trascorsi 90 giorni dalla data di pubblicazione del decreto (14.3.2022), qualora il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rilevi quote significative non utilizzate tra quelle previste dal decreto, può effettuarne una diversa suddivisione sulla base delle effettive necessità riscontrate nel mercato del lavoro, fermo restando il limite massimo complessivo.
La quota complessiva di 69.700 unità è ripartita in due quote distinte:

A) 27.700 per lavoro subordinato o per lavoro autonomo.
Nell'ambito di tale quota (con domande da presentarsi a partire dal 27.1.2022):
1) sono ammessi in Italia 100 stranieri extraUE residenti all'estero, che abbiano completato programmi di formazione ed istruzione nei Paesi d'origine ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 286/1998;
2) è consentito l'ingresso in Italia a 100 lavoratori di origine italiana per parte di almeno uno dei genitori fino al terzo grado in linea diretta di ascendenza, residenti in Venezuela;
3) è autorizzata la conversione in permessi di soggiorno per lavoro subordinato di:
a) 4.400 permessi di soggiorno per lavoro stagionale;
b) 2.000 permessi di soggiorno per studio, tirocinio e/o formazione professionale;
c) 200 permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciati ai cittadini di Paesi terzi da altro Stato membro dell'UE;
4) è autorizzata la conversione in permessi di soggiorno per lavoro autonomo di:
a) 370 permessi di soggiorno per studio, tirocinio e/o formazione professionale;
b) 30 permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, rilasciati ai cittadini di Paesi terzi da altro Stato membro dell'UE.
5) È consentito l'ingresso in Italia per motivi di lavoro autonomo di 500 stranieri extraUe residenti all'estero, appartenenti alle seguenti categorie:
a) imprenditori che intendono attuare un piano di investimento di interesse per l'economia italiana, che preveda l'impiego di risorse proprie non inferiori a 500.000 euro, nonché la creazione almeno di tre nuovi posti di lavoro;
b) liberi professionisti che intendono esercitare professioni regolamentate o vigilate, oppure non regolamentate ma rappresentate a livello nazionale da associazioni iscritte in elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni;
c) titolari di cariche societarie di amministrazione e di controllo espressamente previsti dal decreto interministeriale 11 maggio 2011, n. 850;
d) artisti di chiara fama o di alta e nota qualificazione professionale, ingaggiati da enti pubblici o privati, in presenza dei requisiti espressamente previsti dal decreto interministeriale 11 maggio 2011, n. 850;
e) cittadini stranieri che intendono costituire imprese «start-up innovative» ai sensi della legge 17 dicembre 2012, n. 221, in presenza dei requisiti previsti dalla stessa legge e che sono titolari di un rapporto di lavoro di natura autonoma con l'impresa.
6) sono ammessi per ingressi per lavoro subordinato non stagionale soltanto 20.000 stranieri, i quali però potranno essere assunti soltanto nei settori dell'autotrasporto merci per conto terzi, dell'edilizia e turistico alberghiero e soltanto se sono cittadini dei Paesi che hanno sottoscritto o stanno per sottoscrivere specifici accordi di cooperazione in materia migratoria, così ripartiti:

a) 17.000 lavoratori subordinati non stagionali cittadini di Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Herzegovina, Corea del Sud (Repubblica di Corea), Costa d'Avorio, Egitto, El Salvador, Etiopia, Filippine, Gambia, Ghana, Giappone, Guatemala, India, Kosovo, Mali, Marocco, Mauritius, Moldova, Montenegro, Niger, Nigeria, Pakistan, Repubblica di Macedonia del Nord, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudan, Tunisia, Ucraina;
b) n. 3.000 lavoratori subordinati non stagionali cittadini di Paesi con i quali nel corso dell'anno 2022 entrino in vigore accordi di cooperazione in materia migratoria (con domande da presentarsi a partire dal 1.2.2022).

B) 42.000 per lavoro stagionale, i quali potranno essere assunti, come prevedono le norme in vigore, soltanto nei settori agricolo e turistico-alberghiero e soltanto se sono cittadini dei medesimi Stati sopra indicati alla lett. a) e con domande da presentarsi a partire dal 1.2.2022.
Nell'ambito di tale quota:
- è riservata una quota di 1.000 unità per i lavoratori extraUE cittadini dei medesimi Stati, che abbiano fatto ingresso in Italia per prestare lavoro subordinato stagionale almeno una volta nei cinque anni precedenti e per i quali il datore di lavoro presenti richiesta di nulla osta pluriennale per lavoro subordinato stagionale;
- è riservata una quota di 14.000 unità per i lavoratori extraUE cittadini dei medesimi Stati le cui istanze di nulla osta all'ingresso in Italia per lavoro stagionale anche pluriennale, siano presentate dalle organizzazioni professionali dei datori di lavoro di Cia, Coldiretti, Confagricoltura, Copagri, Alleanza delle cooperative (Lega cooperative e Confcooperative). Tali organizzazioni assumono l'impegno a sovraintendere alla conclusione del procedimento di assunzione dei lavoratori fino all'effettiva sottoscrizione dei rispettivi contratti di lavoro, ivi compresi gli adempimenti di comunicazione previsti dalla normativa vigente.

Nuove modalità di svolgimento del test di conoscenza della lingua italiana richiesto per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo
Il *decreto del Ministro dell'interno 7.12.2021* (pubblicato in G.U. n. 36 del 12.02.2022) riforma la disciplina delle modalità di svolgimento del test di conoscenza della lingua italiana richiesto dall'art. 9 d.lgs. n. 286/1998 per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e dal 27 febbraio 2022 abroga e sostituisce il decreto ministeriale 4.06.2010.
In primo luogo, l'art. 1, co. 3, esclude da ogni dimostrazione della conoscenza della lingua italiana:
1) i figli minori degli anni quattordici, anche nati fuori dal matrimonio, propri e del coniuge;
2) lo straniero affetto da gravi limitazioni alla capacità di apprendimento linguistico derivanti dall'età, da patologie o da handicap, attestate mediante certificazione rilasciata dalla struttura sanitaria pubblica. A tal fine l'art. 4, co. 3 del decreto prevede che tale straniero deve allegare la

certificazione rilasciata dalla struttura sanitaria pubblica alla documentazione richiesta dall' art. 16, d.p.r. n. 394/1999.

In secondo luogo, l'art. 4 esenta dallo svolgimento della prova di conoscenza della lingua italiana chiunque documenti altrimenti la conoscenza della lingua italiana perché si trovi in una delle seguenti condizioni:

a) è in possesso di un attestato di conoscenza della lingua italiana che certifica un livello di conoscenza non inferiore al livello A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue approvato dal Consiglio d'Europa, rilasciato dagli enti certificatori riconosciuti, che sono indicati nell'allegato A del decreto (Università degli studi di Roma Tre; Università per stranieri di Perugia; Università per stranieri di Siena; Società Dante Alighieri, Università per stranieri «Dante Alighieri» di Reggio Calabria.). Per garantire il principio dell'autonomia universitaria, anche per il rilascio di certificazioni di lingua italiana da parte di ulteriori istituzioni e per garantire il necessario controllo sulla qualità delle certificazioni stesse, il Ministro dell'università e della ricerca individuerà con proprio decreto le procedure di accreditamento, verifica e monitoraggio del possesso dei requisiti di qualità degli enti certificatori stessi;

b) ha frequentato un corso di lingua italiana presso i Centri provinciali per l'istruzione degli adulti di cui all' art. 1, co. 632, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modifiche e integrazioni, ed ha conseguito, al termine del corso, un titolo che attesta il raggiungimento di un livello di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue, approvato dal Consiglio d'Europa;

c) ha ottenuto, nell'ambito dei crediti maturati per l'accordo di integrazione di cui all'art. 4-*bis* lgs. n. 286/1998, il riconoscimento di un livello di conoscenza della lingua italiana non inferiore al livello A2 del Quadro comune di riferimento europeo per la conoscenza delle lingue, approvato dal Consiglio d'Europa;

d) ha conseguito il diploma di scuola secondaria di primo o secondo grado presso un istituto scolastico appartenente al sistema italiano di istruzione di cui all' art. 1, l. n. 62/200 o ha conseguito, presso i centri provinciali per l'istruzione di cui alla lettera b), il diploma di scuola secondaria di primo o di secondo grado, ovvero frequenta un corso di studi presso una Università italiana statale o non statale legalmente riconosciuta, o frequenta in Italia il dottorato o un master universitario;

e) è entrato in Italia ai sensi dell'art. 27, co. 1, lett. a), c), d), e q), d. lgs. n. 286/1998 e svolge una delle attività indicate nelle disposizioni medesime.

Il comma 2 precisa che nei casi previsti dalle lett. a), b) e d) lo straniero deve allegare alla documentazione richiesta dall' art. 16, d.p.r. n. 394/1999 per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, copia autentica dei titoli di studio o professionali conseguiti e dei certificati di frequenza richiesti. Nei casi previsti dalle lettere c) ed e) lo straniero deve

allegare alla documentazione richiesta per il rilascio del permesso di soggiorno una dichiarazione sul titolo di esonero posseduto.

In terzo luogo, l'art. 3 del decreto disciplina le modalità di svolgimento del test di conoscenza della lingua italiana

1) Lo straniero presenta, con modalità informatiche, la richiesta di partecipazione al test di conoscenza della lingua italiana alla prefettura territorialmente competente in base al domicilio del richiedente. La richiesta contiene, a pena di inammissibilità, l'indicazione delle generalità del richiedente, i dati relativi al titolo di soggiorno, compresa la scadenza e la tipologia, i dati del documento valido per l'espatrio, e l'indirizzo presso cui lo straniero intende ricevere la convocazione per lo svolgimento della prova.

2) La prefettura convoca, entro sessanta giorni dalla richiesta, lo straniero per lo svolgimento del test di conoscenza della lingua italiana, indicando il giorno, l'ora ed il luogo in cui lo straniero si deve presentare.

3) Il test si svolge, previa identificazione dello straniero a cura del personale della prefettura ed esibizione della convocazione, con modalità informatiche, ed è strutturato sulla comprensione di brevi testi e sulla capacità di interazione, in conformità ai parametri adottati, per le specifiche abilità, dagli enti di certificazione sopra indicati.

Il contenuto delle prove che compongono il test, i criteri di assegnazione del punteggio e la durata della prova sono stabiliti in collaborazione con un ente di certificazione compreso tra quelli sopra indicati, a seguito di apposita convenzione da stipulare con il Ministero dell'interno. Alla stipula della convenzione si provvede nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Per superare il test il candidato deve conseguire almeno l'ottanta per cento del punteggio complessivo.

4) A richiesta dell'interessato il test può essere svolto con modalità scritte di tipo non informatico, fermi restando l'identità del contenuto della prova, i criteri di valutazione ed il limite temporale, fissati per il test svolto con modalità informatiche.

5) Il risultato della prova è comunicato allo straniero ed è inserito a cura del personale della prefettura nel sistema informativo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno. ln caso di esito negativo, lo straniero può ripetere la prova, previa nuova presentazione della richiesta.

Ai fini del rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, la questura verifica la sussistenza del livello di conoscenza della lingua italiana attraverso il riscontro dell'esito positivo del test riportato nel sistema informativo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno.

Il prefetto territorialmente competente individua in ambito provinciale le sedi per lo svolgimento del test, anche attraverso accordi con gli enti locali e le istituzioni scolastiche.

I consigli territoriali per l'immigrazione anche attraverso accordi con enti pubblici e privati e con associazioni attive nel campo dell'assistenza agli immigrati, nell'ambito delle risorse statali e comunitarie disponibili, promuovono progetti di informazione per illustrare le modalità di attestazione della conoscenza della lingua italiana ai fini del rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e progetti per la preparazione al test.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle Amministrazioni statali

Cittadinanza italiana

Riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis* a discendenti di cittadini italiani che l'avevano perduta

La *circolare Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Direzione centrale per i diritti civili, la cittadinanza e le minoranze del 6.10.2021, prot. n. 6497* precisa elementi importanti concernenti il riconoscimento della cittadinanza italiana ai discendenti di antenati italiani prendendo lo spunto da sentenze che concernenti le richieste di riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis* a discendenti di cittadini italiani che l'avevano perduta durante la grande naturalizzazione operata dalla legge del Brasile nel 1880.

La circolare ricorda che la Corte d'appello di Roma con due pronunce sulla base di richieste dell'avvocatura dello Stato già per due volte ha affermato che, per il caso di un cittadino italiano emigrato in Brasile a fine XIX secolo (nel periodo della Grande Naturalizzazione Brasiliana del 1889), «si desume inequivocabilmente l'accettazione tacita dell'avvenuto acquisto della cittadinanza brasiliana e soprattutto ... la contestuale rinuncia tacita a quella italiana alla luce del disposto di cui all'art. 11 del C. C. del 1865».

È stata pertanto respinta la domanda di riconoscimento *iure sanguinis* della cittadinanza dei discendenti dell'avo sulla base dell'avvenuta interruzione della linea di trasmissione.

Sulla base di questa interpretazione giurisprudenziale assai controversa e controvertibile (si veda questa *Rivista* n. 3.2020 nella Rassegna - Cittadinanza) la circolare prescrive ai Comuni di dare priorità alle domande di riconoscimento della cittadinanza italiana nelle quali il dante causa non sia uno degli italiani interessati alla grande naturalizzazione attuata in Brasile nel 1880, in attesa che l'orientamento giurisprudenziale sopra citato si consolidi magari con una sentenza della Corte suprema di cassazione.

Questa opinabile conclusione è accompagnata pure dall'invito a fornire risposta alle tante domande di chiarimento, anche provenienti da avvocati, concernenti tali casi accantonati suggerendo agli

ufficiali di stato civile di opporre l'esigenza di effettuare approfondimenti alla luce degli orientamenti innovati della Corte d'appello romana.
Si prescrive infatti di utilizzare i medesimi elementi informativi in caso di diffide legali per istanze nelle quali è vantata discendenza da dante causa interessato dalla Grande Naturalizzazione Brasiliana del 1889: in particolare gli Ufficiali di Stato Civile potranno – senza rigettare le istanze – segnalare la necessità di rinvio per ulteriori approfondimenti, opponendo l'esigenza di tener conto dell'orientamento delle predette sentenze della Corte d'appello.
La discutibile conclusione è pure motivata dall'esigenza di utilizzare al meglio le risorse disponibili per concentrarsi su altre domande, così salvaguardando il buon andamento dell'amministrazione prescritto dall'art. 97 Cost.
Infine, la circolare suggerisce l'opportunità ai Comuni di effettuare sempre un controllo della regolare iscrizione anagrafica nel Comune prima di esaminare ogni domanda di riconoscimento della cittadinanza *iure sanguinis* viste le numerose irregolarità verificatesi nella prassi.

Salute

Equipollenza delle certificazioni vaccinali rilasciate in Stati extraUE
Ulteriori provvedimenti nel 2021 hanno stabilito equipollenze delle certificazioni vaccinali estere che tanto hanno riguardato gli stranieri durante la pandemia.
Infatti, con *circolare Ministero della salute – Direzione generale della prevenzione sanitaria del 23.9.2021, prot. n. 42957* si è disposto che ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) del d. l n. 127/2021 e per le finalità previste dalla normativa sulle certificazioni verdi COVID-19, i seguenti vaccini, somministrati dalle autorità sanitarie nazionali competenti estere, sono riconosciuti come equivalenti a quelli effettuati nell'ambito del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2:
- vaccini per i quali il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio è lo stesso dell'Unione europea;
- Covishield (Serum Institute of India), prodotti su licenza di AstraZeneca;
- R-CoVI (R-Pharm), prodotto su licenza di AstraZeneca;
- Covid-19 vaccine-recombinant (Fiocruz), prodotto su licenza di AstraZeneca.
Si precisa anche che anche tali vaccini sono considerati validi ai fini dell'emissione della Certificazione verde COVID-19 a favore dei cittadini italiani (anche residenti all'estero) ai i loro familiari conviventi e ai cittadini stranieri che dimorano in Italia per motivi di lavoro o studio, indipendentemente dal fatto che siano iscritti al Servizio sanitario nazionale o al SASN (Assistenza Sanitaria al Personale Navigante), nonché tutti i soggetti iscritti a qualunque titolo al Servizio sanitario nazionale che sono stati vaccinati all'estero contro il SARS-CoV-2.

Inoltre, fatto salvo quanto previsto dalla normativa vigente in materia di ingressi transfrontalieri, le certificazioni di vaccinazione rilasciate dalle autorità sanitarie nazionali competenti estere, a seguito di vaccinazione con vaccini autorizzati da EMA o con i vaccini equivalenti di cui sopra, sono considerate come equipollenti alla certificazione verde COVID-19 per le finalità previste dalla legge.

Tali certificazioni dovranno riportare almeno i seguenti contenuti:

- dati identificativi del titolare (nome, cognome, data di nascita);
- dati relativi al vaccino (denominazione e lotto);
- data/e di somministrazione del vaccino;
- dati identificativi di chi ha rilasciato il certificato (Stato, Autorità sanitaria).

Le certificazioni vaccinali, in formato cartaceo e/o digitale, dovranno essere redatte almeno in italiano o inglese o francese o spagnolo o tedesco.

Nel caso in cui il certificato non fosse stato rilasciato in una delle cinque lingue si prescrive che sia accompagnato da una traduzione giurata.

La validità dei certificati vaccinali è la stessa prevista per la certificazione verde COVID-19 (Certificato COVID digitale dell'UE) emessa dallo Stato italiano.

Indicazioni per la dose di richiamo in soggetti vaccinati all'estero con un vaccino non autorizzato da EMA

La *circolare Ministero della salute – Direzione generale della prevenzione sanitaria del 4.11.2021* nell'ambito della campagna di vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 dispone che i soggetti vaccinati all'estero con un vaccino non autorizzato da EMA possono ricevere una dose di richiamo con vaccino a m-RNA nei dosaggi autorizzati per il «booster» (30 mcg in 0,3 mL per Comirnaty di Pfizer/BioNTech; 50 mcg in 0,25 mL per Spikevax di Moderna) a partire da 28 giorni e fino a un massimo di 6 mesi (180 gg.) dal completamento del ciclo primario. Il completamento di tale ciclo vaccinale integrato è riconosciuto come equivalente ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. b) del d.l. 22.04.2021 n. 52, convertito con modificazioni dalla l. 17.6.2021, n. 87.

Superato il termine massimo di 6 mesi dal completamento del ciclo primario con vaccino non autorizzato da EMA, così come in caso di mancato completamento dello stesso, è possibile procedere con un ciclo vaccinale primario completo con vaccino a m-RNA, nei relativi dosaggi autorizzati.

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Accoglienza ai cittadini afghani che hanno collaborato con le Forze Armate della missione internazionale in Afghanistan

La *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Prot. 0024964 del 24.08.2021* - ricorda la necessità di adottare ogni utile iniziativa per assicurare l'accoglienza dei nuclei familiari afghani trasferiti in Italia.

Ai fini dello svolgimento della quarantena si indica di utilizzare le strutture della Difesa, nonché le strutture eventualmente messe a disposizione dalle singole Regioni, ai sensi della vigente normativa emergenziale.

Circa l'accoglienza, a cura delle Prefetture, si ribadisce la necessità dell'immediata individuazione di idonee strutture nell'ambito della rete CAS - nelle more del trasferimento nel Sistema di Accoglienza e Integrazione - e si osserva la disponibilità manifestata da soggetti pubblici e privati a partecipare solidaristicamente all'ospitalità dei cittadini evacuati, in ragione della grave situazione umanitaria in atto.

Al fine di favorire e promuovere il concorso delle istituzioni e della società civile si forniscono le seguenti possibili linee di intervento.

1) Per le eventuali disponibilità all'accoglienza manifestate da enti pubblici, organizzazioni non governative, associazioni del terzo settore, ovvero da enti di culto, si suggerisce di stipulare appositi protocolli d' intesa tra la Prefettura e l'ente interessato, in base ai quali questo ultimo si impegna a provvedere, con le proprie risorse professionali ed economiche a fornire, secondo standard adeguati, ospitalità, accoglienza ed assistenza alle persone beneficiarie, nonché ogni altra attività connessa e strumentale. A sua volta, la Prefettura, nelle forme di legge, dovrà assicurare, nell'ambito delle proprie prerogative istituzionali, a garantire un costante supporto e monitoraggio nell'espletamento delle necessarie procedure amministrative concernenti la presenza dei beneficiari sul territorio nazionale e la richiesta di protezione internazionale.

2) Circa le disponibilità all'accoglienza pervenute da diversi Comuni, ove l'onere economico sia comunque imputato alla Prefettura, si ipotizza la sottoscrizione di accordi di collaborazione ai sensi dell'art. 15 della l. 241 del 1990, tra la Prefettura e l'ente locale, al fine di affidare ai Comuni la gestione dell'accoglienza, secondo la disciplina del sistema CAS, con oneri a carico del Ministero dell'interno ed in conformità a quanto previsto dall'art. 5 del codice dei contratti pubblici, in merito agli accordi tra le pubbliche amministrazioni. Le strutture di accoglienza in tal modo individuate potranno, se del caso, successivamente confluire nel sistema SAI, in relazione alle eventuali possibilità di ampliamento della rete stessa.

3) Circa le manifestazioni solidaristiche pervenute dai singoli cittadini, si suggerisce ai Prefetti di svolgere a livello territoriale, anche in raccordo con i Sindaci, ogni opportuno approfondimento al fine di valutare l'eventuale forma di coinvolgimento ritenuta idonea.

Trasferimenti dell'esame delle domande di riconoscimento della protezione internazionale da una Commissione territoriale all'altra

Con *circolare del Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo - AOO ASILO - 0011 – Prot. 0009349 del 22.09.2021* si intende attuare le norme dell'art. 4, commi 5 e 5-bis d. lgs. n. 25/2008 che danno la facoltà al Presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo di individuare con proprio provvedimento la competenza all'esame delle domande di protezione internazionale.

La circolare indica criteri che mirano a dare uniformità applicativa e parità di trattamento circa il trasferimento della competenza all'esame delle domande da una Commissione territoriale all'altra.

1) la richiesta di trasferimento di competenza per mutamento volontario di residenza/domicilio deve essere riservata ai casi di vulnerabilità e perciò si chiede che le Commissioni territoriali valutino la ricevibilità delle istanze di trasferimento sotto il profilo della completezza della documentazione presentata, del requisito della vulnerabilità, nell'ambito del fascicolo all'interno del sistema Vestanet. Infatti, allorché il richiedente asilo sia stato meramente spostato da un centro di accoglienza ad un altro oppure vi sia stato inserito e non abbia ancora avuto il colloquio personale davanti alla Commissione e non sia stata presa alcuna decisione la competenza si radica nella Commissione territoriale competente in relazione alla sede del centro. Tale cambiamento non necessita della nulla osta della Commissione nazionale, trattandosi di un mero "cambio Vestanet" che deriva direttamente dall'applicazione della norma da parte della Competente Commissione territoriale o della Questura.

2) la Commissione nazionale si ritiene competente al trasferimento del fascicolo in 3 ipotesi:

a) prima istanza, limitatamente al caso in cui ci sia stato un provvedimento (negativo assente, diniego per irreperibilità, fascicolo sospeso) e dunque si sia definitivamente radicata la competenza ovvero la persona sia stata già ascoltata una prima volta e sia necessario provvedere ad una seconda audizione;

b) proposizione di istanza reiterata, previa valutazione dell'ammissibilità da parte della Commissione territoriale di prima istanza;

c) istanza di rinnovo del permesso per motivi umanitari o per protezione speciale, limitatamente ai casi in cui la Commissione territoriale competente necessiti di un approfondimento istruttorio ai fini dell'emissione del parere, purché si tratti di persone vulnerabili.

In tutti questi casi la Commissione nazionale esaminerà l'istanza considerando il criterio della vulnerabilità del richiedente nell'accezione indicata nell'art. 2, lett. h-*bis*) del d.lgs. n. 25/2008, ma si riserva una valutazione caso per caso, tenendo conto della situazione specifica dell'interessato.

Tuttavia, si ricorda che l'istanza motivata di vulnerabilità deve essere corredata di tutti gli elementi al suo supporto, evidenziando le ragioni di impossibilità dello spostamento in concreto, e non limitarsi ad un mero richiamo ad indicatori *per tabulas* che non risultino ancorati alla situazione di fatto, perché in tal caso la domanda risulterebbe incompleta ai fini di un esame di merito.

Si ricorda peraltro che la Commissione nazionale terrà conto di due altre motivazioni, oltre alla vulnerabilità, alle richieste di spostamento

a) esigenze di ordine e sicurezza pubblica che evidenzino l'opportunità di un cambio di competenza nei casi di richiedente asilo detenuto, sottoposto a misure di custodia cautelare o di prevenzione, purché si tratti di istanze motivate e corredate della pertinente documentazione;

b) numero delle pratiche in carico alla Commissione destinataria del trasferimento, poiché la norma è finalizzata a redistribuire il carico delle Commissioni territoriali.

Due diversi tipi di permessi di soggiorno per protezione speciale – Profili di illegittimità costituzionale della non convertibilità del permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato a seguito di istanza presentata direttamente al questore

La *comunicazione del Centro elaborazione dati della Polizia di Stato del 15.11.2021* informa dell'avvenuta modificazione delle diciture dei permessi di soggiorno per protezione speciale a seguito della circolare della Commissione nazionale per il diritto di asilo del 19.7.2021 (si veda l'Osservatorio italiano n. 3/2021 di questa *Rivista*): oltre al permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato dal questore su richiesta della Commissione territoriale sulla protezione internazionale nei casi indicati nell'art. 32 d.lgs. n. 25/2008, si dispone di inserire nel Centro elaborazione dati del Ministero dell'interno un distinto permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato dal questore su richiesta direttamente presentata dallo straniero nelle ipotesi previste nell'art. 19, comma 1.2. d.lgs. n. 286/1998, come modificata dal d.l. n. 130/2020, previo parere della medesima Commissione territoriale.

Tuttavia si prescrive che in quest'ultima ipotesi il permesso di soggiorno, rilasciabile soltanto col pagamento di 50 euro e soltanto ai maggiori di 16 anni, consente il lavoro, ma non è convertibile in permesso di soggiorno per lavoro ai sensi dell'art. 6, comma 1-*bis*, lett. a) d.lgs. n. 286/1998, come modificato dal d.l. n. 130/2020.

In effetti tale ultima disposizione letteralmente consente la convertibilità espressamente soltanto al titolare del permesso di soggiorno per protezione speciale rilasciato allo straniero che si trova nella prima ipotesi, con esclusione dei casi in cui la protezione speciale sia stata riconosciuta perché lo straniero si trova in una delle situazioni che rientrano nelle cause di diniego o di esclusione della protezione internazionale previste negli artt. 10, comma 2, 12, comma 1, lett. b) e c) e 16 d.lgs. n. 251/2007.

Peraltro, si deve osservare che la ragionevolezza di una simile distinzione concernente la convertibilità in permesso di lavoro dei due tipi diversi tipi di permessi di soggiorno per protezione speciale appare di dubbia legittimità costituzionale.
In particolare, pare violato il principio di eguaglianza di trattamento di situazioni identiche garantita dall'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza manifesta di una simile distinzione tra stranieri, ai quali è riconosciuto un permesso di soggiorno per protezione speciale, i cui presupposti legislativi previsti nell'art. 19 d. lgs. n. 286/1998 sono fondati su norme costituzionali e internazionali che hanno il medesimo rango nella gerarchia delle fonti del diritto. Tali presupposti si riferiscono a ipotesi identiche in cui il rimpatrio dello straniero è vietato sulla base dei medesimi presupposti previsti dallo stesso art. 19 d.lgs. n. 286/1998 e coi medesimi fondamenti, derivanti da obblighi internazionali e costituzionali.
In tal senso appare priva di ragionevole giustificazione che la non convertibilità del permesso di soggiorno per protezione speciale dipenda soltanto dal fatto che il permesso di soggiorno per protezione speciale sia stato rilasciato per effetto di una domanda presentata direttamente dallo straniero al questore e non all'interno della procedura di esame delle domande di protezione internazionale.

Obbligo per ogni Commissione territoriale per la protezione internazionale di svolgere il colloquio personale che abbia presentato domanda reiterata ammissibile anche ai fini del riconoscimento della protezione speciale

La *circolare della Commissione nazionale per il diritto di asilo del 25.11.2021, prot. 0011406* a completamento della sua importante circolare del luglio 2021 (si veda l'Osservatorio italiano n. 3.2021 di questa *Rivista*) ricorda che l'omissione del colloquio personale è un'eccezione consentita soltanto nelle ipotesi indicate nell'art. 12, comma 2 e 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, sicché allorché una domanda reiterata sia stata ritenuta ammissibile sulla base di nuovi elementi rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale è importante procedere all'ascolto personale del richiedente proprio in ragione del precedente rigetto della domanda di protezione internazionale.
Pertanto anche per le istanze reiterate fondate su nuovi elementi riconducibili ai presupposti per il riconoscimento della protezione speciale che abbiano superato il vaglio di ammissibilità del Presidente della Commissione territoriale è necessario procedere ad un esame valutativo caso per caso per verificare, anche grazie all'udizione del richiedente, che i nuovi ed ulteriori elementi posti a sostegno della domande reiterata non siano stati già oggetto di una precedente domanda reiterata e non siano stati già oggetto di una precedente valutazione presso la stessa o altra Commissione dopo la modifica normativa intervenuta con il d.l. n. 130/2020 o prima di essa.

In ogni caso si ricorda che la necessità di procedere nuovamente all'audizione del richiedente anche in relazione ad una istanza reiterata ritenuta ammissibile e fondata, anche se solo per profili attinenti al riconoscimento della protezione speciale discende ed è coerente col tipo di esame pieno e completo che caratterizza tutte le procedure in materia di protezione internazionale che non può essere limitato neppure per importanti esigenze di economia procedurale delle Commissioni territoriali.

Infatti, tale esame, come quello effettuato in sede di prima istanza, impone al funzionario istruttore di esaminare nel merito la posizione complessiva del richiedente, al fine di non ancorare definitivamente la nuova richiesta di protezione al *nomen* dato dal richiedente e non precludere eventualmente il riconoscimento di forme di protezione maggiore, quali potrebbero discendere dall'espletamento di un colloquio personale.

Pertanto, l'audizione del richiedente si rende necessaria anche nel caso di domande reiterate ai sensi dell'art. 29 d.lgs. n. 25/2008 che siano ritenute ammissibili e che, in base alla documentazione allegata, appaiono *prima facie* fondate circa il riconoscimento della protezione speciale ai sensi dell'art. 19, comma 1 e 1.1.d.lgs. n. 286/1998, come da ultimo modificato dalla legge n. 173/2020.

Ammissibilità delle domande di protezione speciale collegate a domande di protezione internazionale pendenti in via amministrativa o in via giudiziaria

La *circolare della Commissione nazionale per il diritto di asilo del 7.12.2021, prot. 0011823*, si pronuncia sulla procedura da seguire nell'ipotesi, non disciplinata a livello legislativo, che uno straniero presenti presso una questura istanza di permesso di soggiorno per protezione speciale ai sensi dell'art. 19, comma 2, secondo periodo d.lgs. n. 286/1998, ma lo stesso abbia già formalizzato istanza di protezione internazionale sulla quale la competente Commissione territoriale non si sia ancora pronunciata oppure risulti ricorrente contro la decisione già assunta dalla Commissione stessa.

Dopo aver ricordato le due procedure potenzialmente distinte e parallele che possono condurre al riconoscimento della protezione speciale si individua una soluzione in modo da garantire razionalità al sistema e di tutelare il diritto del richiedente a richiedere la protezione speciale riconosciuto all'interessato dalle nuove norme riformate dal d.l. n. 130/2020.

In proposito la circolare delinea risposte diverse per due ipotesi distinte.

a) Nell'ipotesi in cui, al momento della presentazione dell'istanza diretta di protezione speciale alla questura, la procedura di protezione internazionale risulti ancora pendente innanzi ad una Commissione territoriale la seconda istanza deve considerarsi assorbita nella prima, il che consente al richiedente un'immediata valutazione da parte della Commissione territoriale sulla

sussistenza della protezione sussidiaria, salvo il riconoscimento della più ampia protezione internazionale.
In tale ipotesi tenendo presente il diritto del richiedente di trasmettere ogni ulteriore documentazione alla Commissione (art. 31, d.lgs. n. 25/2008) le questure avviseranno che l'istanza alla questura di rilascio della protezione speciale è inammissibile in pendenza della procedura di decisione della domanda di protezione internazionale, ma che la documentazione che egli ritenga di sottoporre all'attenzione della Commissione ai fini dell'eventuale riconoscimento – almeno – della protezione speciale sarà integralmente e prontamente trasmessa alla Commissione e da essa valutata soltanto in caso di mancato riconoscimento della protezione internazionale ai fini del possibile invio degli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale.
b) Nell'ipotesi in cui, al momento della presentazione dell'istanza diretta di protezione speciale alla questura, la procedura di protezione internazionale avviata in precedenza dall'istante si trovi in fase di contenzioso innanzi all'autorità giurisdizionale, fermo restando il diritto di ottenere il riconoscimento della protezione speciale a livello giudiziario si consente comunque la presentazione dell'istanza in sede amministrativa anche in considerazione della durata di anni dei giudizi sui ricorsi giurisdizionali, la quale espone lo straniero al rischio, a lui non imputabile, che le condizioni che gli avrebbero potenzialmente garantito in un determinato momento il riconoscimento della protezione speciale su parere della Commissione territoriale (p.es. situazioni lavorative o sanitarie o attinenti a condizioni familiari) vengano meno o mutino in maniera sostanziale nel tempo non breve dei giudizi.
Si conclude pertanto che la mera constatazione che nell'ambito della procedura di protezione internazionale il giudice possa anch'egli valutare in via residuale la sussistenza dei presupposti per la protezione speciale non può far ritenere inammissibile l'istanza diretta di protezione speciale presso una questura, perché tale istanza deve ritenersi ammissibile al fine del riconoscimento diretto della protezione speciale, fermo restando che sarà il giudice ad individuare definitivamente l'eventuale sussistenza dei requisiti per la sussistenza dello *status* di protezione internazionale.

Ingresso e soggiorno

Impossibilità di registrazione anagrafica di contratti di convivenza tra italiani e stranieri extraUE non regolarmente soggiornanti – Aspetti di illegittimità
Una *circolare Ministero dell'interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali del 21.9.2021 n. 78/21* si pronuncia circa le richieste di registrazione presso gli Uffici di Anagrafe, di contratti di convivenza stipulati tra cittadini italiani e cittadini extra UE sprovvisti di permesso

di soggiorno, per i quali alcuni Tribunali avrebbero disposto l'iscrizione anagrafica degli stranieri sottoscrittori di un contratto di convivenza, benché irregolarmente soggiornanti.
La circolare si fonda su un recente parere dell'Avvocatura generale dello Stato concernente la registrazione – effettuata da un Comune – dell'accordo di convivenza tra una cittadina italiana e un cittadino extraUE sprovvisto del permesso di soggiorno.
Si ricorda che il parere ha preso innanzitutto in esame le disposizioni della legge n. 76/2016 recante «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» e in particolare, l'art. l, comma 36, che prevede che ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile.
Il successivo comma 37 stabilisce che, ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e alla lett. b) del co. l dell'art. 13 del regolamento di cui al d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223.
Il comma 50 dispone che «i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimonio/i relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.».
Il comma 51, poi, prescrive che «i/contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.».
Il comma 52 statuisce, inoltre, che ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al Comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223.
Infine, il comma 53 prevede che «il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo.
Il contratto può contenere:
a) l'indicazione della residenza;
b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
c) il regime patrimonio/e della comunione dei beni, di cui alla sezione II/ del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile».
Afferma l'Avvocatura generale che «dalla disciplina surrichiamata, emerge come la registrazione del contratto di convivenza sia solo l'ultimo di una serie imprescindibile di atti, così riassumibili:

- un legame affettivo di coppia (requisito);
- la costituzione della convivenza di fatto attraverso la dichiarazione registrata all'anagrafe, e quindi la regolarità del soggiorno dei richiedenti (atto costitutivo);
a cui si aggiunge, eventualmente, il contratto di convivenza concluso davanti ad un legale e la registrazione di quest'ultimo, utile per l'opponibilità ai terzi.».

Pertanto, conclude l'Avvocatura, «alla registrazione del contratto di convivenza non può essere certamente riconosciuto il carattere di debita attestazione, dal momento che, a monte, manca la preliminare regolarità del soggiorno in Italia» del soggetto extraUE «necessaria per concludere il contratto stesso».

Quest'ultimo, in particolare, non può essere considerato un componente della famiglia anagrafica, «in quanto privo di valido documento di soggiorno e quindi irregolare sul territorio dello Stato».

L'Avvocatura generale dello Stato conclude le proprie osservazioni, evidenziando come il «requisito della dichiarazione anagrafica previsto dal predetto comma 37 dell'art. 1 della legge n.76/2016, sia posto dall'ordinamento al fine di consentire la puntuale identificazione di tutti i soggetti stranieri che circolano sul territorio dello Stato, e quindi, a tutela di un interesse generale, quale quello della sicurezza e dell'ordine pubblico.».

La circolare implicitamente suggerisce dunque agli Uffici anagrafici comunali di non procedere alla registrazione di questo contratto di convivenza con straniero che si trova in Italia in situazione di soggiorno irregolare.

Tuttavia, questo tipo di conclusione appare discutibile perché e eventuali dinieghi di registrazioni di contratti di convivenza tra persone, le quali abbiano tra di loro un'effettiva convivenza di fatto lungamente vissuta in Italia o all'estero e in qualsiasi modo documentabile, potrebbero comportare caso per caso, in mancanza di qualsiasi tipo di preclusione connessa con l'ordine pubblico o la sicurezza o la sanità, una violazione al loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 CEDU.

La presentazione delle domande di nulla-osta al lavoro e delle domande di conversione dei permessi nell'ambito delle quote 2011

La *circolare dei Ministeri dell'interno, del lavoro e della previdenza sociale e delle risorse agricole, prot. n. 0000116 del 5.1.2022* illustra i contenuti del d.p.c.m. 21.12.2021 per la programmazione delle quote di ingresso per lavoro concernenti il 2021 (già illustrato sopra) e prescrive le istruzioni per la loro applicazione.

A) Modalità di presentazione delle istanze e modulistica concernenti il lavoro subordinato e autonomo

A partire dalle ore 9,00 del 12 gennaio 2022 sarà disponibile l'applicativo per la precompilazione dei moduli di domanda all'indirizzo

https://nullaostalavoro.dlci.interno.it, che saranno trasmessi, esclusivamente con le consuete modalità telematiche, per le categorie dei lavoratori per lavoro non stagionale ed autonomo, compresi nelle quote indicate all'art. 3, comma 1, lett. *a*) e all'art. 4 del d.p.c.m. 21.12.2021, dalle ore 9,00 del 27 gennaio 2022, decimo giorno successivo alla data di pubblicazione del citato decreto nella G.U.

Per le categorie dei lavoratori di cui all'art. 3, comma 1, lett. *b*) – cittadini di Paesi con i quali, nel corso dell'anno 2022, entrino in vigore accordi di cooperazione in materia migratoria – le istanze potranno essere trasmesse a partire dalle ore 9,00 del quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dell'accordo di cooperazione sulla G.U.

Tutte le domande potranno essere presentate fino al 17 marzo 2022.

La circolare ricorda che la procedura concernente le modalità di accesso al sistema dello Sportello unico richiede il possesso di un'identità SPID, come illustrato con circolare del Ministero dell'interno n. 3738 del 4 dicembre 2018.

Pertanto, prerequisito necessario per l'inoltro telematico delle domande sul sito https://nullaostalavoro.dlci.interno.it è il possesso della citata identità SPID da parte di ogni utente, utilizzando possibilmente, lo stesso indirizzo e-mail usato per l'identità SPID, quale nome utente.

Eseguito l'accesso sopra descritto, le modalità di compilazione dei moduli e di invio delle domande sono identiche a quelle da tempo in uso e le caratteristiche tecniche sono reperibili sul manuale utente pubblicato sull'home page dell'applicativo.

Durante la fase di compilazione e di inoltro delle domande, sarà fornita assistenza agli utenti attraverso un servizio di help desk, che potrà fornire ragguagli tecnici e sarà raggiungibile tramite un modulo di richiesta di assistenza utilizzando il link «Help Desk», sull'home page dell'applicativo, disponibile per tutti gli utenti registrati.

I modelli da utilizzare per l'invio della domanda sono i seguenti:

- Modelli A e B per i lavoratori di origine italiana residenti in Venezuela,
- Modello VA conversioni dei permessi di soggiorno per studio, tirocinio e/o formazione professionale in permesso di lavoro subordinato,
- Modello VB conversioni dei permessi di soggiorno per lavoro stagionale in lavoro subordinato,
- Modello Z conversione dei permessi di soggiorno per studio, tirocinio e/o formazione professionale in lavoro autonomo,
- Modello LS conversioni dei permessi di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciati da altro Stato membro dell'UE in permesso di lavoro subordinato,
- Modello LS1 conversioni dei permessi di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciati da altro Stato membro dell'UE in permesso di lavoro subordinato domestico,

- Modello LS2 conversioni dei permessi di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciati da altro Stato membro dell'UE in lavoro autonomo,
- Modello BPS richiesta nominativa di nulla osta riservata all'assunzione di lavoratori che hanno partecipato a programmi di formazione e di istruzione nei Paesi di origine (*ex* art. 23 del d.lgs. n. 286/1998),
- Modello B2020 richiesta nominativa di nulla osta riservata all'assunzione di lavoratori da adibire nei settori dell'autotrasporto, dell'edilizia e turistico-alberghiero.

Tutti gli invii, compresi quelli generati con l'assistenza delle associazioni o dei patronati, saranno gestiti dal programma in maniera singola, domanda per domanda e non «a pacchetto». L'eventuale spedizione di più domande mediante un unico invio verrà gestita come una serie di singole spedizioni, in base all'ordine di compilazione, e verranno generate singole ricevute per ogni domanda. Le domande saranno trattate sulla base del rispettivo ordine cronologico di presentazione.

Nell'area del singolo utente sarà, inoltre, possibile visualizzare l'elenco delle domande regolarmente inviate.

Allo stesso indirizzo http://nullaostalavoro.dlci.interno.it, nell'area privata dell'utente, sarà possibile visualizzare lo stato della trattazione della pratica presso lo Sportello unico immigrazione.

B) Gestione delle procedure per i lavoratori subordinati non stagionali

a. *Istanze per lavoro subordinato non stagionale nei settori dell'autotrasporto merci per conto terzi (modello B2020)*

Si precisa che, per il settore dell'autotrasporto merci per conto terzi, l'istanza di nulla osta per lavoro subordinato è ammessa soltanto in favore di lavoratori conducenti, muniti di patenti professionali equivalenti alle patenti di categoria CE, cittadini dei Paesi compresi nell'elenco di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), che rilasciano patenti di guida equipollenti alla categoria CE e convertibili in Italia sulla base di vigenti accordi di reciprocità (attualmente esistenti con: Albania, Algeria, Marocco, Moldova, Repubblica di Macedonia del Nord, Sri Lanka, Tunisia, Ucraina).

Per un aggiornamento sugli accordi vigenti con alcuni Paesi terzi si veda il seguente link del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti:
http://www.mit.gov.it/come-fare-per/patenti-mezzi-e-abilitazioni/patenti-mezzistradali/conversione-patente-estera.

Tali lavoratori, titolari di una patente di guida extraUE, potranno condurre veicoli immatricolati sul territorio italiano, a nome di impresa che effettua trasporti in conto terzi, fino ad un anno dall'acquisizione della residenza in Italia. Trascorso un anno, è necessario convertire la patente.

L'impresa che effettua trasporti, ai fini della presentazione della relativa istanza di nulla osta, deve essere:
- iscritta all'Albo degli autotrasportatori di cose per conto di terzi (di cui alla legge n. 298/1974) della provincia di appartenenza;
- iscritta al Registro Elettronico Nazionale (R.E.N.) di cui al regolamento CE n. 1071/2009;
- in possesso di licenza comunitaria, in corso di validità, in caso di trasporti internazionali.

La durata del contratto di lavoro sarà a tempo determinato della durata massima di un anno. Se, invece, il lavoratore è già in possesso della Carta di Qualificazione del Conducente (CQC), in corso di validità, la durata del contratto di lavoro potrà essere anche a tempo indeterminato.
In caso di trasporti internazionali l'impresa, successivamente alla comunicazione di assunzione agli Enti competenti e al rilascio da parte della questura del permesso di soggiorno al lavoratore, dovrà richiedere all'Ispettorato territoriale del lavoro il rilascio dell'attestato di conducente.

b. Istanze per articolo 23 del TU immigrazione (modello B-PS)

Gli Ispettorati territoriali del lavoro, per le istanze relative ai lavoratori che hanno partecipato a programmi di formazione e di istruzione nei Paesi di origine (*ex* art. 23 del d.lgs. n. 286/1998), pervenute agli Sportelli unici per l'immigrazione (SUI), a valere sulle quote di cui all'art. 4, comma 1 del decreto, provvederanno a riscontrare sulla lista pubblicata nell'home page del sistema SILEN (nella parte relativa alla documentazione), la presenza dei nominativi dei lavoratori stranieri distinti per Paese di appartenenza. Solo nell'ipotesi di riscontro positivo procederanno a richiedere – per il tramite dell'Ispettorato nazionale del lavoro – alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali le relative quote, fornendo gli elementi anagrafici identificativi dei lavoratori richiesti. Le stesse saranno assegnate direttamente sul sistema SILEN.
Si ricorda agli uffici l'importanza di comunicare alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione l'avvenuto rilascio del nulla osta al lavoro o l'eventuale diniego dello stesso, con relativa motivazione.

c. Conversioni permessi di soggiorno in lavoro subordinato

Nel caso di conversione in lavoro subordinato, il lavoratore dovrà presentare, al momento della convocazione presso lo Sportello unico, la proposta di contratto di soggiorno sottoscritta dal datore di lavoro – valida come impegno all'assunzione da parte dello stesso datore di lavoro – utilizzando il modello disponibile sul sistema, ricevuto insieme alla lettera di convocazione.
Successivamente, il datore di lavoro sarà tenuto ad effettuare la comunicazione obbligatoria di assunzione (Mod. UNILAV) secondo le norme vigenti e a darne copia al lavoratore, che dovrà

inserirla nel plico postale per la richiesta di conversione del permesso di soggiorno in lavoro subordinato da inoltrare alla questura competente.
Per i casi di conversione di un permesso di soggiorno da stagionale a lavoro subordinato (Modello VB), come già disposto dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 16.12.2016, si ricorda che è possibile convertire il permesso di soggiorno per lavoro stagionale in permesso di soggiorno per lavoro subordinato, ferma la disponibilità di quote, solo dopo almeno tre mesi di regolare rapporto di lavoro stagionale (comma 10, art. 24, d.lgs. n. 286/1998) ed in presenza dei requisiti per l'assunzione con un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato. A tal fine, gli Ispettorati territoriali del lavoro dovranno verificare la presenza dei requisiti per la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, l'avvenuta assunzione in occasione del primo ingresso per lavoro stagionale, la durata dello stesso rapporto di lavoro stagionale, nonché i relativi pagamenti contributivi agli Enti competenti effettuati a favore del lavoratore nel periodo considerato.
Con riferimento al settore agricolo, le cui prestazioni lavorative dei lavoratori stagionali sono effettuate «a giornate» e non a mesi, ai fini della conversione dovrà risultare una prestazione lavorativa media di almeno 13 giorni mensili, nei tre mesi lavorativi (per un totale di 39 giornate), coperti da regolare contribuzione previdenziale.

d. Conversioni permessi di soggiorno in lavoro autonomo
Ai fini della conversione del permesso di soggiorno da studio, tirocinio e/o formazione professionale e permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato dell'UE a lavoro autonomo, si dovrà tener conto delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 81/2015, come modificato da ultimo dalla legge 96/2018, alla disciplina dei contratti di lavoro, con particolare riguardo ai rapporti di collaborazione (art. 2) e ai contratti a progetto (art. 52).
In tali ipotesi, lo Sportello Unico acquisirà il parere del competente Ispettorato Territoriale del Lavoro.

e. Ingresso per start-up innovative
Per quanto concerne l'ingresso per le start-up innovative si allegano le linee guida predisposte dal Ministero dello sviluppo economico d'intesa con il Ministero degli affari esteri, il Ministero dell'interno e il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nonché i relativi modelli di candidatura.
Lo straniero che intende chiedere la conversione del permesso di soggiorno ai fini della costituzione di una start-up innovativa dovrà richiedere al Comitato tecnico Italia *start-up visa* il nulla osta

secondo le modalità indicate nelle richiamate linee guida ed esibire allo Sportello unico per l'immigrazione la certificazione di nulla osta rilasciata dal predetto Comitato.
Il Comitato, nel caso di conversione, non dovrà richiedere alla questura il nulla osta provvisorio in quanto gli accertamenti di competenza verranno effettuati all'atto del rinnovo del permesso di soggiorno.
Questa certificazione sostituisce la certificazione della Camera di commercio di cui all'art. 39, co. 3, d.lgs. 286/1998. Rimane invariata l'esibizione dell'ulteriore documentazione prevista.
Per ogni ulteriore chiarimento sulla procedura relativa alle start-up innovative potrà essere consultato il sito del Ministero dello sviluppo economico.

A) La presentazione delle domande concernenti il lavoro stagionale
Le istanze che perverranno dalle Organizzazioni datoriali, per conto ed in nome dei datori di lavoro saranno identificate sul sistema SPI e riconoscibili dagli Ispettorati territoriali del lavoro.
La quota di 14.000 unità sarà ripartita a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali agli Ispettorati territoriali del lavoro, sulla base dei dati che il Ministero dell'interno fornirà, relativi alle istanze inviate in ordine cronologico dalle sei associazioni. Con apposita direttiva del Ministro del lavoro e delle politiche sociali all'Ispettorato nazionale del lavoro saranno date indicazioni sull'istruttoria di tali istanze.
Come previsto dal citato art. 6, co. 4 del d.p.c.m., tali Organizzazioni dovranno sovraintendere alla conclusione del procedimento, fino alla sottoscrizione del contratto di soggiorno e alla comunicazione di assunzione agli Enti competenti.
Il ruolo delle Associazioni datoriali non si limiterà, infatti, all'inoltro delle istanze per conto del datore di lavoro, ma potranno procedere, per conto del datore di lavoro, alla trasmissione dell'eventuale documentazione richiesta dallo Sportello unico ad integrazione di quanto dichiarato e, con apposita delega del datore di lavoro e documento di legittimazione alla rappresentanza dell'Associazione, alla successiva stipula del contratto di soggiorno con attivazione della comunicazione obbligatoria di assunzione. Copia di detta comunicazione verrà data al lavoratore, che dovrà inserirla nel plico postale per la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno.
Da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sarà successivamente effettuato un monitoraggio del comportamento delle associazioni datoriali, sulla base dei dati relativi ai rapporti di lavoro effettivamente attivati (attraverso controlli con il sistema delle comunicazioni obbligatorie).
La restante quota di 28.000 unità (di cui 1.000 riservate per richieste di nulla osta stagionale pluriennale) sarà ripartita sempre a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali agli Ispettorati territoriali del lavoro con apposita circolare, sulla base del fabbisogno scaturito dalle

consultazioni effettuate a livello locale anche con le Regioni, parti sociali e organizzazioni sindacali.
Nell'ambito delle medesime quote, è confermata la possibilità di presentazione di domande a favore di lavoratori che siano già entrati in Italia per lavoro stagionale almeno una volta nei cinque anni precedenti. Tali stranieri maturano, in base all'art. 24, co. 9 del d.lgs. n. 286/1998 un diritto di precedenza per il rientro in Italia per ragioni di lavoro stagionale presso lo stesso o altro datore di lavoro, rispetto a coloro che non hanno mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro, ove abbiano rispettato le condizioni indicate nel permesso di soggiorno e siano rientrati nello stato di provenienza alla scadenza del medesimo.

Modalità di presentazione delle istanze e modulistica degli ingressi per lavoro stagionale
A partire dalle ore 9,00 del 12 gennaio 2022 sarà disponibile l'applicativo per la precompilazione dei moduli di domanda all'indirizzo https://nullaostalavoro.dlci.interno.it (mod. C-STAG) e saranno trasmesse, esclusivamente con modalità telematiche e previo accesso al sistema con identità SPID, come sopra descritto, per i lavoratori extraUE stagionali, compresi nella quota complessiva indicata al citato art. 6, dalle ore 9,00 del 1° febbraio 2022, quindicesimo giorno successivo alla data di pubblicazione del d.p.c.m. nella G.U. Le domande potranno essere presentate fino al 17 marzo 2022.
Le procedure riguardanti l'accesso degli utenti, l'invio delle domande e la verifica dello stato di avanzamento della pratica sono rinvenibili sul sito internet del Ministero dell'interno (www.interno.gov.it).
Durante la fase di compilazione e di inoltro delle domande, sarà fornita assistenza agli utenti attraverso un servizio di help desk, che potrà fornire ragguagli tecnici e sarà raggiungibile tramite un modulo di richiesta di assistenza utilizzando il link «Help Desk», sull'home page dell'applicativo, disponibile per tutti gli utenti registrati.
Tutti gli invii, compresi quelli generati con l'assistenza delle associazioni o dei patronati, verranno gestiti dal programma in maniera singola, domanda per domanda e non «a pacchetto». L'eventuale spedizione di più domande mediante un unico invio verrà gestita come una serie di singole spedizioni, in base all'ordine di compilazione, e verranno generate singole ricevute per ogni domanda.
Le domande saranno trattate sulla base del rispettivo ordine cronologico di presentazione.
Nell'area del singolo utente sarà, inoltre, possibile visualizzare l'elenco delle domande regolarmente inviate.

2. *Istruttoria delle domande di nulla-osta al lavoro stagionale*

Riguardo l'istruttoria relativa alle domande di lavoro stagionale nonché alle richieste di lavoro stagionale pluriennale, si ribadiscono le istruzioni già diramate agli Uffici territoriali del lavoro con la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 16.12.2016, con riferimento, in particolare, all'individuazione sia dei settori occupazionali «agricolo e turistico alberghiero» (art. 24, co. 1 d.lgs. n. 286/1998), che delle ulteriori ipotesi di rifiuto del nulla osta al lavoro (art. 24, co. 12 d.lgs. n. 286/1998).
Si precisa, inoltre, che nel settore occupazionale «agricolo» rientrano anche le istanze relative all'ingresso di lavoratori extraUE stagionali/pluriennali inquadrati quali «operai florovivaisti», come da CCNL di riferimento del 19 giugno 2018.
Si richiama, inoltre, la procedura del silenzio assenso per le richieste di nulla osta al lavoro stagionale e stagionale pluriennale a favore degli stranieri già autorizzati almeno una volta nei cinque anni precedenti a prestare lavoro stagionale presso lo stesso datore di lavoro, nonché l'adempimento dell'obbligo della comunicazione obbligatoria di assunzione contestuale alla sottoscrizione del contratto di soggiorno.

3. Protocolli di intesa per il lavoro stagionale
Le associazioni di categoria di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 394/99, firmatarie dei protocolli stipulati con questi Ministeri, potranno inviare le istanze per conto dei datori di lavoro che aderiscono alle rispettive associazioni. I protocolli sono aperti all'adesione di altre associazioni interessate.
Gli accreditamenti già rilasciati agli operatori segnalati dalle associazioni di categoria firmatarie del protocollo per le domande relative ai precedenti decreti sono confermati.
Per l'accreditamento di altri operatori (sia delle stesse associazioni che di quelle che aderiranno durante l'anno), ogni Direzione nazionale dovrà presentare, in formato elettronico, alle prefetture-UTG i modelli 7 e 8, come già indicato nella circolare del 4 dicembre 2018.
Le prefetture, dopo aver disposto gli accertamenti ritenuti opportuni, trasmetteranno, con il proprio parere, i citati modelli alla Direzione centrale per le politiche migratorie – autorità Fondo asilo, migrazione e integrazione del Ministero dell'interno, all'indirizzo di posta elettronica politicheimmigrazione@pecdlci.interno.it.

Lavoro

Chiarimenti sul distacco transnazionale dei lavoratori e sul regime sanzionatorio

Il d.lgs. n. 122/2020 ha recepito la direttiva europea n. 957 del 28 giugno 2018 che ha modificato la direttiva 96/71/CE in materia di distacco transnazionale dei lavoratori. Il decreto di recepimento, a sua volta, ha interpolato il d.lgs. n. 136/2016 che già disciplinava compiutamente la materia.

Esso prevede una disciplina specifica per le ipotesi di doppi distacchi o distacchi a catena di lavoratori somministrati, un rafforzamento del nucleo delle tutele già previste dalla legislazione vigente per i lavoratori distaccati, nonché l'ampliamento del livello di tutele per i lavoratori coinvolti in distacchi di lunga durata.
Si segnala la *circolare n. 2/2021 dell'Ispettorato nazionale del lavoro – Direzione generale del 19.10.2021* che illustra le novità del d.lgs. n. 122/2020 e che con particolare riguardo alle nuove fattispecie di illecito che presidiano il corretto adempimento degli obblighi informativi e amministrativi connessi alla fattispecie del distacco a catena e a tutte le altre disposizioni che possano avere ricadute sull'attività di vigilanza.

Assistenza sociale

Riconoscimento del diritto alle prestazioni assistenziali, a sostegno della famiglia, di inclusione sociale e di invalidità civile ai cittadini britannici residenti in Italia a seguito della Brexit
La *circolare INPS – Direzione centrale inclusione sociale e invalidità civile del 18.10.2021, n. 154* dopo avere richiamato le novità introdotte dai Trattati tra UE e Regno unito conseguenti alla sua uscita dalla UE ricorda che alla luce di tali nuove norme devono considerarsi equiparati ai cittadini dell'Unione europea i cittadini del Regno Unito residenti nel territorio italiano entro il 31 dicembre 2020, i quali mantengono i diritti connessi al soggiorno legale in Italia anche per il periodo successivo a tale data e non devono costituire un nuovo *status* di soggiorno, ai fini dell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale o al mantenimento delle prestazioni già in godimento.
Si precisa che tale criterio si applica ai fini del riconoscimento del diritto alle seguenti prestazioni:
- prestazioni assistenziali a sostegno della famiglia (assegno di natalità, *bonus* asilo nido e contributo per l'introduzione di forme di supporto presso la propria abitazione, premio alla nascita, assegno temporaneo, ecc.);
- assegno sociale di cui alla legge 8 agosto 1995, n. 335;
- prestazioni di invalidità civile (invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità);
- prestazioni di inclusione sociale e contrasto alla povertà (reddito di cittadinanza, pensione di cittadinanza, reddito di emergenza, reddito di libertà).
Pertanto si prescrive che, qualora nei confronti dei suddetti cittadini risulti accertato il requisito della residenza anagrafica entro e non oltre il 31 dicembre 2020 (attraverso le verifiche automatizzate sull'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente - ANPR o altri archivi anagrafici), non dovrà richiedersi l'esibizione di ulteriori titoli di soggiorno legale diversi da quelli già posseduti a tale data.

Si ricorda che invece nei confronti dei cittadini del Regno Unito non residenti nel territorio nazionale entro il 31 dicembre 2020, che presentino istanza per le citate prestazioni, si applicheranno le disposizioni dettate in materia di documenti di soggiorno per i cittadini extraUE.
Resta inteso che ai cittadini del Regno Unito legalmente soggiornanti in Italia, e ai loro familiari, potranno essere riconosciute le sopra elencate prestazioni assistenziali, ove gli stessi risultino in possesso di tutti gli altri requisiti previsti dalla legge italiana per ognuna di esse.
Si ricorda anche che, a partire dal 1° gennaio 2021, i cittadini britannici che risultano residenti in Italia alla data del 31 dicembre 2020, possono richiedere presso la questura di residenza un documento di soggiorno in formato digitale (art. 18, par. 4, dell'Accordo di recesso).
Le informazioni per il rilascio del suddetto documento sono contenute nel *vademecum* realizzato dal Ministero dell'interno e disponibile sul sito web del medesimo Dicastero.
In linea con le indicazioni fissate a livello di Unione europea, il nuovo documento digitale garantisce un più agevole riconoscimento dei diritti previsti dall'Accordo di recesso in favore dei cittadini britannici che hanno fissato la loro residenza in Italia prima del 31 dicembre 2020, fatta salva in ogni caso l'applicazione nei loro confronti della normativa vigente in materia di diritto di soggiorno e diritto di soggiorno permanente (cfr. art. 19 d.lgs. n. 30/2007).
Si precisa che tale documento rappresenta un diritto per i cittadini del Regno Unito (se ricorrono le condizioni), ma non costituisce un obbligo. I diritti acquisiti prima del recesso dall'Unione europea sono, infatti, garantiti dall'Accordo sul recesso e non dal possesso del suddetto documento, potendo i cittadini britannici dimostrare di essere legalmente residenti in Italia entro il 31 dicembre 2020 anche tramite altri validi documenti di riconoscimento di cui risultino titolari.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Amato F., *Genere, sesso, migrazione*, Roma, DeriveApprodi, 2022.

Bettini R., *Migrazioni alle frontiere europee*, Roma, Armando Editore, 2022.

Braschi S., *Il concetto di "stato di bisogno" nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro,* in *Dir. pen. contemp*, 2021, n. 1.

Boldrini L., intervista a cura di Camilli E., *Una storia aperta. Diritti da difendere, diritti da conquistare*, Torino, Gruppo Abele, 2021.

Bonetti P., *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente* 2021, n. 2.

Bonvicini C., *Mediterraneo. A bordo delle navi umanitarie*, Torino, Einaudi, 2022.

Buffa F., Centonze S., *La famiglia dei cittadini dei paesi terzi ed i divieti di discriminazione in due recenti pronunce della Corte di Giustizia,* in *www.questionegiustizia.it*, 17.12.2021.

Buscemi M., Voli F., *Atti di tortura e ricorsi interstatali: prospettive nell'ambito della Convenzione ONU contro la tortura, e oltre*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 3.

Califano L., *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete: nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità del social network*, in *federalismi.it*, 2021, n. 26.

Carlino V., *L'accesso alla tutela giurisdizionale nella procedura per il riconoscimento del diritto di asilo,* Milano, Wolters Kluwer - Cedam, 2021.

Caroli Casavola H. (a cura di), *Le migrazioni e l'integrazione giuridica degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 2021.

Carpanelli E., *Il rapporto tra ricorsi interstatali e individuali dinnanzi alla Corte europea dei diritti umani,* in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 2.

Carsetti M., *Anni di prova. Oltre l'accoglienza: incontri e pratiche con i migranti*, Edizioni dell'Asino, 2022.

Chiarini G., *"Guerra alla droga" o crimini contro l'umanità? Una valutazione processuale del caso delle Filippine davanti alla Corte penale internazionale*, in *Cass, pen.*, 2021, n. 10.

Colaiacovo G., *La nuova disciplina del mandato d'arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. e proc.* 2021, n. 7.

Colucci M., Gallo S., Tailmoun M., *Cittadinanza, un percorso da ricominciare*, in *il Mulino*, *https://www.rivistailmulino.it/a/cittadinanza-un-percorso-da-ricominciare*, 11.2.2022.

Corsi C., *Il rispetto della vita privata nella protezione speciale: tra giurisprudenza delle Corti sovranazionali e riforme legislative interne*, in *Il costituzionalismo mulitilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it,* 2022, n. 4.

Crippa M., *Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 5 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all'apertura di indagini per crimini contro l'umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale,* in *info@sistemapenale.it,* 23 dicembre 2021, n. 93.

Di Florio A., *Protezione umanitaria e protezione speciale. La "vulnerabilità" dopo Cass. SU n. 24413/2021,* in *www.questionegiustizia.it*, 01.10.2021.

Di Nuzzo V., Ne bis in idem *e tutela della vittima di reato: la corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo, 14 gennaio 2021, Sabalic)*, in *Foro it.,* 2021, n. 10.

Ferrajoli L., *Diritti umani, diritto disumano*, in *www.questionegiustizia.it*, 26.10.2021.

Ferri M., *To trust or not to trust in case of indirect refoulement? Una nuova sfida per il principio di fiducia reciproca nel sistema Dublino*, in *www.questionegiustizia.it*, 25.10.2021.

Figone A., *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, Nota a Cass. Civ. SS.UU., 8 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. e dir.*, 2021, n. 11.

Fusci F. (a cura), *Protocollo per l'accoglienza, l'inclusione e l'orientamento degli alunni con background migratorio,* Forum Edizioni, 2022.

Goisis L., *Provvedimento amministrativo discriminatorio: la necessità della disciplina penale contro gli atti di discriminazione razziale*, in *Giur. it.*, 2021, n. 11.

Lazzerini N., *La Corte di Giustizia risponde alla Corte Costituzionale sulla questione dell'esclusione dal bonus bebè e maternità dei cittadini di paesi terzi titolari di permesso unico*, in *https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/28-fonti-comunitarie-e-internazionali*.

Leone C., *Considerazioni in tema di sindacato del giudice amministrativo in materia di diniego di concessione della cittadinanza*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights n. 1, 22.09.2021.

Manna A., *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte Costituzionale e Sezioni unite penali,* in *Dir.pen. proc.*, 2021, n. 12.

Martinelli S., *La chiusura dell'account Facebook di un'associazione: quale tutela?*, in *Giur. it.*, 2021, n. 10.

Marelli P., *Archivi dell'acqua salata. Stragi di migranti e culture pubbliche*, Futura, 2021.

Masala P., *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 2022, n. 1.

Miele R., *Politiche fiscali e dei visti di ingresso per attrarre cervelli e capitali extra UE. La nuova Carta Blu*, in *Immigrazione.it*, 2021, n. 395, 1 novembre 2021.

Minniti E., *L'islam politico e la forma di Stato confessionale*, in *federalismi.it*, 2021, n. 28.

Morozzo della Rocca P., *Filiazione e cittadinanza. Perché lo* ius sanguinis *all'italiana è generoso ma infido*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 4.

Nascosi A., *Gli ordini di protezione civili contro gli abusi familiari a vent'anni dalla loro introduzione*, in *Fam. e dir.*, 2021, n. 12.

Olivetti M., *La Tunisia in stato di eccezione*, in *dpceonline*, 2021, n. 3.

Pasquino T., *Lo straniero in Italia: pluralismo delle norme e delle corti nei rapporti di famiglia e di lavoro*, in *federalismi.it*, 2021, n. 27.

Perazzo C., *Quale rifugio? Razzismo di Stato e accoglienza in Italia. Una lettura antropologica*, Sensibile alle Foglie, 2022.

Petrillo P.L., *Diritti bioculturali e multiculturalismo. Spunti di riflessione a partire dal caso canadese*, in *federalismi.it*, 2021, n. 24.

Piazzolla G., *L'adattamento dell'ordinamento italiano all'istituzione della Procura europea*, in *Cass, pen.*, 2021, n. 10.

Prencipe L., Sanfilippo M. (a cura di), *Migranti, Covid, Mercato del Lavoro 2020-2021: tra paura e speranza*, Centro Studi Emigrazione Roma, febbraio 2022.

Ragni C., *Il contenzioso interstatale sui diritti umani: questioni aperte e prospettive future*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 3.

Richter Mapelli Mozzi M., *Ancora sull'iscrizione anagrafica del convivente di fatto, cittadino straniero privo del permesso di soggiorno*, in *Immigrazione.it*, 2022, n. 399, 1 gennaio 2022.

Risicato L., *Lo scivoloso confine tra commemorazione e apologia del fascista*, in *Giur. it.*, 2021, n. 8/9.

Sagnella A., *Sulle rotte di Ceuta e Melilla. Frontiere e osmosi sul confine ispano-marocchino*, Guida, 2021.

Sardo M., *Respingimenti a catena e tutela cautelare del diritto d'asilo. Le ordinanze del Tribunale di Roma sulle 'riammissioni informali' in Slovenia*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 3.

Sbailò C., *Il fallimento dei fratelli Musulmani e la crescita dell'opinione pubblica nella Ummah. Una lettura della crisi costituzionale tunisina*, in *dpceonline*, 2021, n. 3.

Sesta M., *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*, in *Fam. e dir.*, 2021, n. 11.

Tarantino, *Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità*, in *Dir. pen. contemp.,* 2021, n. 1.

Tommaseo F., *Protezione internazionale e stranieri omosessuali: una difficile ricerca della verità*, in *Fam. e dir.,* 2021, n. 10.

Tormen L., *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive*, nota a Cass. Civ., SS.UU., n. 9006/2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, n. 4.

Triano V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di* status filiationis, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 2021, n. 3.

Trombetta G., *Un caso repubblicano: lo scioglimento di Ordine Nuovo*, in *federalismi.it*, 2021, n. 27.

Varraso G., *La "nuova" identificazione dell'indagato-imputato-apolide o proveniente da Paesi extra UE*, in *Dir, pen. proc.*, 2021, n. 11.

Zirulia S., *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in *sistemapenale.it*, 17 gennaio 2022.

Rapporti, riviste e siti Internet

ASGI, *Fuggire dalla miseria, cercare rifugio in Italia, essere distrutti dallo Stato: quando l'Europa nega l'umano. Libro nero sul Centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino – Corso Brunelleschi*, agosto 2021, https://en.asgi.it/wp-content/uploads/2021/09/asgi_cpr_turin_it.pdf

ASGI, *Unaccompanied minors: critical conditions at italian external and internal borders*, giugno 2021, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/07/ASGI_Unaccompanied-Minors_DEF.pdf

Diritti senza confini, Rubrica nata dalla collaborazione tra le riviste *Diritto Immigrazione e cittadinanza* e *Questione Giustizia, asgi.it/diritti-senza-confini/*

Protecting Rights at Borders. *Pushing back Responsibility. Rights Violations as a "Welcome Treatment" at Europe's borders, aprile 2021.*

Fondazione ISMU, *Ventisettesimo Rapporto sulle migrazioni 2021*, febbraio 2022, scaricabile https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/book/757

Fondazione Leone Moressa, *Rapporto sull'economia dell'immigrazione 2021. Migrazioni, emergenza sanitaria e scenari futuri,* ottobre 2021.

Fondazione Migrantes, *Il diritto d'asilo. Report 2021. Gli ostacoli verso un noi sempre più grande*, Todi, Editrice Tau, 2021.

Centro Studi e Ricerche IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2021*, ottobre 2021.

Caritas Italiana e Fondazione Migrante, *XXX Rapporto Immigrazione 2021. Verso un noi sempre più grande*, ottobre 2021.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 1/2022

RECENSIONE A:

Salvatore Strozza, Cinzia Conti ed Enrico Tucci, *Nuovi cittadini. Diventare italiani nell'era della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2021.

di Ennio Codini

Questo libro propone in modo organico molti dati a proposito dell'accesso alla cittadinanza da parte degli immigrati e dei loro figli con anche interessanti riflessioni.

Si tratta, come subito si precisa nell'introduzione, di uno studio sviluppato *da un punto di vista demografico*. E del resto Salvatore Strozza è professore ordinario di Demografia all'Università di Napoli Federico II mentre Cinzia Conti ed Enrico Tucci sono ricercatori presso l'ISTAT.

Ma i dati e le riflessioni che troviamo nel volume concernono inevitabilmente anche la disciplina dei modi d'acquisto della cittadinanza. Perciò interessano anche i giuristi che di tale disciplina si occupano, specialmente se il loro sguardo la considera in una prospettiva non solo *de iure condito* ma anche *de iure condendo*.

Leggendo, il giurista s'imbatte ad esempio in un dato singolare riguardante le cosiddette seconde generazioni. Nel dibattito è assolutamente centrale la questione dell'opportunità o meno di prevedere una qualche possibilità per i figli degli immigrati nati in Italia d'acquistare la cittadinanza alla nascita quale *alternativa* all'acquisto dopo la maggiore età. Ebbene, chi legge *Nuovi cittadini* con nella mente tale dibattito si stupisce quando alle pagine 42-44 vede messo in evidenza che nel periodo 2011-2019 poco più di 50mila giovani stranieri nati in Italia hanno acquisto la cittadinanza a seguito della maggiore età mentre oltre 360mila sono diventati invece italiani per *iuris communicatio*, ossia per trasmissione da parte dei genitori mentre erano minorenni. Tali dati introducono nel dibattito un elemento comunemente trascurato, ossia la grande rilevanza in termini sia assoluti che relativi della trasmissione nelle famiglie immigrate della cittadinanza italiana dai genitori ai figli. Ciò non

fa certo venir meno l'importanza di discutere dell'opportunità di un acquisto *autonomo* della cittadinanza da parte delle seconde generazioni attraverso forme di *ius soli* o eventualmente di *ius culturae,* ma certamente dà un elemento di contesto importante da considerare.

Non è certo possibile in questa sede dar conto neppure sommariamente di tutti i dati rilevanti per una riflessione giuridica che si possono trovare nel volume. Ci si limiterà a qualche indicazione necessariamente frammentaria.

Un classico tema è costituito dalla rilevanza degli *status* in qualche modo intermedi tra quello del cittadino e quello del comune immigrato: in che misura sono un'*alternativa* alla cittadinanza? A riguardo il libro propone dati da cui emerge un'indicazione abbastanza netta: in Italia oggi la cittadinanza europea sembra essere vissuta dagli stranieri che la posseggono come un'alternativa a quella italiana, lo evidenzia la caduta delle richieste della nostra cittadinanza da parte degli immigrati rumeni a seguito dell'ingresso del loro paese nell'UE; il permesso permanente invece no, esso appare semmai un passaggio verso la cittadinanza. La differenza può spiegarsi con altri dati proposti del libro che evidenziano la forte propensione gli immigrati a trasferirsi in altri paesi dell'UE. Tale forte propensione li porta a guardare alla cittadinanza badando alla sua utilità nella prospettiva di un trasferimento. E allora è chiaro che tale utilità appare ridotta per il comunitario, che ha in quanto tale diritto alla mobilità e al soggiorno nell'UE, sicché questo suo *status* ben può apparirgli un'alternativa alla cittadinanza; mentre è invece elevata per chi ha un permesso permanente, non consentendo in concreto un tale permesso quella facile emigrazione in altro paese dell'Unione che è possibile invece con la cittadinanza, il che spiega il fatto di come, spesso, tale permesso sia concepito come passaggio di un percorso verso la cittadinanza.

Più in generale poi, da sempre, ci si chiede quanto grande sia il valore che gli immigrati e i loro figli attribuiscono alla cittadinanza. Ebbene, a questo proposito i dati proposti dal volume introducono, tra l'altro, una variabile comunemente poco considerata e cioè che tale valore dipende *anche* dalla nazionalità dell'immigrato. Nazionalità diverse mostrano infatti un interesse molto diverso nei confronti della cittadinanza, una propensione molto diversa a chiederla, e questo non solo con riguardo agli immigrati ma anche con riguardo alle seconde generazioni. Nel libro si segnala che in parte ciò dipende da uno specifico fattore di tipo giuridico: l'ammettere oppure no, in seno all'ordinamento del paese d'origine, la doppia cittadinanza. È chiaro, e i dati lo mostrano, che quando l'ottenimento della cittadinanza italiana comporta la perdita di quella del paese d'origine ciò opera come uno specifico fattore capace di indurre a rinunciare o comunque a posticipare l'acquisto. Tuttavia, i dati mostrano anche, e nel libro lo si sottolinea, che tale spiegazione è solo parziale. Al di là di essa emerge infatti ad esempio in modo abbastanza netto che – vi sia oppure no la possibilità di conservare la cittadinanza del paese d'origine – gli immigrati dall'estremo oriente e i loro figli hanno una propensione a chiedere la cittadinanza italiana *molto minore* rispetto agli

immigrati e alle seconde generazioni d'origine africana o mediorientale. Si affaccia così nella mente di chi legge l'ipotesi della rilevanza di una variabile di tipo culturale. E un po' sorprendentemente immigrati che comunemente gli italiani considerano "simili-integrati" come i filippini o i cinesi appaiono in certo modo più "lontani" dei mediorientali o degli africani (spesso invece visti dagli italiani come radicalmente estranei sul piano culturale) in quanto meno propensi a quella piena, formale integrazione nella nostra comunità costituita dall'acquisto della cittadinanza. Finora il nostro ordinamento, al di là del *favor* per i comunitari e i beneficiari d'asilo, non ha in alcun modo dato rilievo all'origine della persona nella disciplina dei modi d'acquisto della cittadinanza, anche per l'assenza di percorsi strutturati ad esempio per la naturalizzazione simili agli *Integrationskurse* tedeschi. Ma, forse, in una prospettiva di riforma del rilievo della cultura di provenienza si dovrebbe in qualche modo tener conto.

Un cenno, per chiudere, ancora a quel che possiamo trovare nel volume a proposito della questione dei modi d'acquisto della cittadinanza per le seconde generazioni. Nel relativo dibattito chi propone lo *ius soli* fa pressoché sempre leva, tra l'altro, su un *sentirsi italiani* dei figli di immigrati nati in Italia a cui dovrebbe corrispondere la cittadinanza. A riguardo, alle pagine 136-137 del libro troviamo dati – tratti da un'indagine del 2015 svolta nelle scuole secondarie – che confermano tale *sentimento* e però anche danno ulteriori elementi importanti in vista di una possibile riforma. Risulta confermato in generale che molti giovani delle seconde generazioni si sentono italiani, anche se la componente che ha dichiarato invece di sentirsi straniera non è trascurabile (essendo intorno al 30%). Emerge anche ancora una volta una particolare "lontananza" di cinesi e filippini, pochi dei quali dicono di sentirsi italiani. Emerge inoltre un dato che dovrebbe far riflettere chi nel proporre una riforma pone l'enfasi sullo *ius soli*: non si riscontra alcuna significativa differenza quanto al senso d'appartenenza derivante dalla nascita in Italia; il sentirsi italiani appare distribuito tra i ragazzi indipendentemente dall'essere nati nel territorio o dall'esservi giunti per ricongiungimento (solo i giunti per ricongiungimento nell'adolescenza si sentono meno degli altri italiani). Dati come questi, a parere di chi scrive, dovrebbero contribuire a portare al centro del dibattito il tema del cosiddetto *ius culturae*. Così come quelli proposti nel volume immediatamente dopo, che evidenziano come il sentirsi italiani sia strettamente legato al *pensare in italiano*, il che inevitabilmente porta a considerare la scuola in quanto luogo essenziale di sviluppo di un tale *pensare* e così ancora una volta lo *ius culturae* che tale luogo valorizza.

Dai pur sommari cenni di cui sopra si ritiene ben emerga quanto un libro come *Nuovi cittadini* possa risultare utile al giurista che si interroga sulla disciplina della cittadinanza.

Sia consentito a ciò aggiungere un auspicio. Come è segnalato anche dagli autori i dati proposti nel volume derivano da fonti e dall'uso di metodi che consentono e ancor più

consentiranno in futuro, col dovuto lavoro e proponendo le giuste domande, di avere molte più informazioni su orientamenti, processi, fattori rilevanti rispetto alla disciplina della cittadinanza. E allora ecco che appare auspicabile non solo uno sviluppo degli studi nella direzione sin qui seguita dagli autori ma anche una qualche integrazione tra il loro lavoro e quello dei giuristi portatori di conoscenze e di domande capaci di arricchire la ricerca dei demografi.

Table of contents

2022 – Volume 6

ISSUE no. 3

Editorial, *Enrica Rigo*

Articles

«As much as you believe yourselves absolved; you're all, forever, involved». Fundamental human rights in the context of the internal and external borders of the European Union
Matteo Astuti, Caterina Bove, Anna Brambilla, Amarilda Lici, Erminia S. Rizzi, Ulrich Stege and Ivana Stojanova

Soft readmission deals: a blank cheque for EU institutions?
Caterina Molinari

Humanitarian protection between past and future
Giacomo Travaglino

Immigration detention between 'restriction' and 'deprivation' of liberty: the ECtHR looking for Godot
Lorenzo Bernardini

Division between jurisdictions and immigration: critical notes on the idea of "jurisdictional nomadism"
Giuseppe Tropea

Dubito, Ergo Iudico. The Methods of Assessing the Age of Unaccompanied Foreign Minors in Italy
Marco Benvenuti

Comments

Jurisdiction on the high seas: between attempted universality and consummated territoriality
Francesca Curi

Overview of European case law
(1 September 2021 – 31 December 2021)
European Court of Human Rights
Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory
(1 September 2021 – 31 December 2021)

Italian observatory
(1 September 2021 – 31 December 2021)

Reviews and research materials
Review to: Salvatore Strozza, Cinzia Conti ed Enrico Tucci, *Nuovi cittadini. Diventare italiani nell'era della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2021, by *Ennio Codini*.