Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 3, Novembre 2018

«Se fosse tuo figlio riempiresti il mare di navi di qualsiasi bandiera. Vorresti che tutte insieme a milioni facessero da ponte per farlo passare. Premuroso, non lo lasceresti solo, faresti ombra per non far bruciare i suoi occhi, lo copriresti per non farlo bagnare dagli schizzi d'acqua salata.
Se fosse tuo figlio ti getteresti in mare uccideresti il escatore che non presta la barca, urleresti per chiedere aiuto, busseresti alle porte de governi per rivendicare la vita.
Se fosse tuo figlio oggi saresti a lutto, odieresti il mondo, odieresti i porti pieni di navi attraccate. Odieresti chi le tiene ferme e lontane da chi, nel frattempo sostituisce le urla con acqua di mare. Se fosse tuo figlio li chiameresti vigliacchi disumani, gli sputeresti addosso. Dovrebbero fermarti, tenerti, bloccarti, vorresti spaccargli la faccia, annegarli tutti nello stesso mare.
Ma stai tranquillo, nella tua tiepida casa non è tuo figlio, non è tuo figlio. Puoi dormire tranquillo e soprattutto sicuro. Non è tuo figlio.
È solo un figlio dell'umanità perduta, dell'umanità sporca, che on fa rumore. Non è tuo figlio, non è tuo figlio.
Dormi tranquillo, certamente non è il tuo».

(Sergio Guttilla, Capo Scout Agesci nel gruppo Bolognetta1, Dedicata ai 100 morti in mare, in attesa di una nave che li salvasse, 29 VI 2018)

ASGI
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

md Magistratura democratica

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

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

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati. ISSN 1972-4799 via delle Pandette 35, 50127 Firenze

Indice

Editoriale, di *Luca Masera*

Saggi

Il contributo dell'Unione europea alla *governance* internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei *Global Compacts*,
di *Daniela Vitiello*

La riforma Orlando-Minniti a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate,
di *Maria Cristina Contini*

Il "Governo Giallo-Verde" di fronte all'islam: l'eredità della XVII legislatura,
di *Alessandro Ferrari*

Condannato ma protetto contro espulsione. Un'intersezione fra diritto penale e della protezione internazionale,
di *Alberto di Martino e Barbara Occhiuzzi*

Visti d'ingresso negati ai coniugi: poteri delle autorità diplomatiche e diversità culturali,
di *Ornella Fiore*

Commenti

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018,
di *Eugenio Castronuovo*

Le modifiche introdotte dal decreto legislativo 22 dicembre 2017, n. 220 in materia di tutela dei minori stranieri non accompagnati e nella procedura di esame della domanda di protezione internazionale,
di *Noris Morandi*

Diniego dello *status* di rifugiato per motivi di ordine pubblico, espulsione e legami familiari: quale equilibrio. Nota a sentenza Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 maggio 2018, nelle cause riunite C-331/16 e C-366/16, casi *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-331/16), e *H.F. c. Belgische Staat* (C-366/16)8,
di *Giuseppe Sciascia*

Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a "cerchi concentrici" sul caso *Coman c. Romania* della Corte di giustizia,
di *Simone Penasa*

Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali,
di *Alberto Guariso*

Rassegna di giurisprudenza europea
(periodo 1 maggio 2018 – 31 agosto 2018)
Corte europea dei diritti umani
Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare – Art. 10: Libertà di espressione – Art. 14: Divieto di discriminazione – Art. 1, Protocollo 7: Diritto e garanzie procedurali in caso di allontanamento.
Corte di giustizia dell'Unione europea
Regolamento Dublino III: presa in carico di richiedente protezione internazionale – Rimpatrio di familiare straniero di cittadino dell'Unione e diritto al ricongiungimento familiare – Cumulo di decisioni di *status* e di rimpatrio – Direttiva procedure e limiti alla discrezionalità degli Stati membri nell'individuazione dei paesi di origine sicuri – Particolari categorie di richiedenti protezione internazionale – Familiari cittadini di Stato terzo e limiti alla circolazione di cittadini dell'Unione – Circolazione dei cittadini dell'Unione e prestazione di malattia transfrontaliera.

Rassegna di giurisprudenza italiana
Allontanamento e trattenimento
Espulsioni profili sostanziali: Espulsione amministrativa ed espulsione giudiziale: differenze ontologiche e ricadute sul termine per il divieto di reingresso – L'espulsione dello straniero inottemperante a pregresso ordine di allontanamento emesso in esecuzione di un'espulsione dichiarata illegittima in sede giurisdizionale – La mancata concessione del termine per la partenza volontaria ed i limiti della sua sindacabilità – Divieto di espulsione in pendenza della domanda di protezione internazionale – Divieto di espulsione a seguito del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari – Obbligo del giudice di valutare la legittimità del decreto espulsivo solo con riferimento alla fattispecie contestata dall'amministrazione. *Profili procedurali:* Condizioni per la declaratoria della cessata materia del contendere – Procura conferita da soggetto non identificato. *Trattenimento:* garanzie del contradditorio – udienza di convalida – avviso al difensore. *Misure alternative al trattenimento*: garanzie del contradditorio – udienza di convalida – avviso al difensore – proroga del trattenimento, motivazione, presenza del trattenuto, termini – provvedimento presupposto – precedente detenzione.

Ammissione e soggiorno
Rinnovo del permesso di soggiorno per attesa occupazione – Contributo per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno – L'ostatività delle condanne.

Asilo e protezione internazionale

Lo status di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – La protezione umanitaria nel procedimento della protezione internazionale – Diritto intertemporale *post* decreto legge n. 113/2018 –La protezione umanitaria diretta – La revoca delle misure di accoglienza.

Cittadinanza e apolidia
Acquisto della cittadinanza per elezione – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.

Famiglia e minori
Diritto di soggiorno del cittadino di Paese terzo familiare di cittadino dell'Unione europea che non abbia esercitato il diritto alla libera circolazione –Ricongiungimento familiare e condanne dello straniero – Individuazione del tutore del minore non accompagnato – Permesso di soggiorno per lavoro a favore di un minore affidato diventato maggiorenne che non sia mai stato titolare di un permesso di soggiorno durante la minore età – *Kafalah* e nomina di un tutore – Art. 31, co. 3, Testo unico e tutela dell'ordine pubblico.

Non discriminazione
Requisiti di residenza – Pensione di invalidità civile – Bonus bebè – Assegno di natalità – Assegno per il nucleo familiare – Assegno sociale –Ticket sanitario – Formazione professionale – Diritti di segreteria per certificazione alloggiativa – Lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione – Discriminazione per molestie.

Penale
Le previsioni di cui all'art. 12, co. 3 TU: circostanze aggravanti o ipotesi autonome di reato?

Osservatorio europeo
(periodo 1 maggio 2018 – 31 agosto 2018)
Atti di indirizzo
Procedure in corso
Atti adottati
Varie

Osservatorio italiano
«*Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*» di ASGI

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali
(periodo 1 maggio 2018 – 31 agosto 2018)
Fornitura e manutenzione di unità navali alla Libia per il contrasto dell'immigrazione irregolare.
Rassegna delle circolari delle amministrazioni statali
Chiarimenti sul requisito della residenza e sulla possibilità per i cittadini dell'Unione europea di rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità ad un impiego – L'interpretazione restrittiva della protezione umanitaria da parte del nuovo Ministro dell'interno-Profili di criticità e di legittimità – La

direttiva del nuovo Ministro dell'interno sui servizi di accoglienza per richiedenti asilo – Le procedure di notificazione degli atti e provvedimenti delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della Commissione nazionale per il diritto di asilo – L'agenda digitale per la convocazione dei soggetti coinvolti nelle pratiche dello Sportello unico per l'immigrazione delle prefetture.

Recensioni e materiali di ricerca
Recensione a: Cristina Cattaneo, Marilisa D'Amico (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo,* FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 128, di *Elena Caruso*

Segnalazioni bibliografiche
Riviste e siti internet
Documenti e rapporti

EDITORIALE

LUCA MASERA

Editoriale

Nelle settimane appena trascorse due vicende hanno attirato l'attenzione nel dibattito pubblico in tema di immigrazione: si tratta di vicende tra loro molto diverse, ma che vanno insieme a delineare un quadro assai preoccupante delle prospettive che si aprono per il prossimo futuro. È iniziato in queste settimane il percorso parlamentare di conversione di un importante decreto-legge in materia di «immigrazione e sicurezza» che introduce una serie di novità di rilievo in svariati settori del diritto dell'immigrazione: dall'accoglienza al trattenimento amministrativo, dalla disciplina in tema di asilo a quella sulla cittadinanza. Ad un'analisi puntuale del decreto sarà dedicato il prossimo numero di questa Rivista. Già una prima lettura mostra comunque con evidenza una serie di profili di illegittimità costituzionale e di contrarietà alle fonti sovranazionali: si pensi, in particolare, alla scelta di eliminare la previsione della protezione umanitaria di cui all'art. 5, co. 6, d.lgs. 286/98, che – come precisato dallo stesso Presidente della Repubblica in un inusuale messaggio di accompagnamento della firma del decreto – entra in palese tensione con l'art. 10 Cost. e con l'ampia figura dell'asilo costituzionale ivi delineata; o alla scelta di prevedere la possibilità che la commissione di certi reati legittimi la revoca della cittadinanza non trasmessa *iure sanguinis*, con una gravissima precarizzazione del vincolo più forte che lega l'individuo alla comunità in cui si trova a vivere, e trasmettendo tra le righe il messaggio (razzista) che chi acquista la cittadinanza non è comunque un cittadino come i veri italiani: è cittadino sino a che si comporta bene. Per una puntuale disamina dei profili di illegittimità che emergono dalla lettura del testo al momento dell'inizio dell'*iter* parlamentare del decreto, rinviamo ai lavori curati da Asgi e disponibili sulla *home page* della Rivista.

L'aspetto che ci pare forse più grave di tutto l'impianto normativo è tuttavia rappresentato della scelta di sottrarre i richiedenti asilo all'inserimento del sistema SPRAR, che è destinato dall'entrata in vigore del decreto ai soli titolari di qualche forma di protezione, mentre i richiedenti, nei lunghi mesi che precedono la definizione del loro *status*, saranno ospitati all'interno dei grandi Centri di accoglienza straordinari (CAS). Tra un sistema come quello dello SPRAR (costruito su progetti di piccole dimensioni che spesso riescono davvero ad avviare un processo di inserimento dei migranti nel tessuto sociale) ed il sistema dei CAS (fondato su grandi strutture ove non vi è modo di costruire alcun percorso personalizzato, e ove le cronache giudiziarie mostrano come spesso le cifre importanti attirino gli interessi di operatori disonesti, se non direttamente legati alla criminalità organizzata), il legislatore opta con decisione per quest'ultimo. Una scelta irragionevole, che trova spiegazione solo alla luce della logica complessiva dell'intervento di riforma, volto a ridurre i diritti dei migranti e dei richiedenti asilo, rendendo sempre più difficile il loro percorso di integrazione. Con la riforma dello SPRAR tale obiettivo viene perseguito in modo esplicito. Si rinuncia ad uno strumento di integrazione che aveva mostrato di funzionare, e si condannano alla marginalità e all'esclusione migliaia di individui, perché l'obiettivo politico che si persegue è proprio quello

di mostrare che nessuna integrazione è possibile, e che l'unico approccio possibile al fenomeno migratorio è quello repressivo e securitario. Non ci si fa allora scrupolo di procedere ad una riforma che sicuramente creerà problemi anche di ordine pubblico, visto che si nega ai richiedenti asilo una reale prospettiva di inserimento sociale, invocando proprio quell'esigenza di sicurezza, che solo una reale politica di integrazione è in grado nel lungo periodo di garantire.
Contestualmente all'approvazione del decreto si colloca la vicenda relativa a Riace, che si articola intorno a due differenti episodi: il procedimento penale a carico del sindaco Domenico Lucano per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ai sensi dell'art. 12 TU, e la decisione dell'autorità amministrativa di escludere dal sistema SPRAR i progetti di accoglienza attivi nel territorio comunale.
La scelta di chiudere i progetti in corso a Riace ci pare perfettamente coerente con le linee ispiratrici del decreto-legge, che abbiamo appena tratteggiato. Come giustificare la scelta radicale di escludere dal sistema SPRAR un'esperienza che negli anni ha conseguito risultati importanti – non solo per gli stranieri coinvolti nei progetti, ma anche per i cittadini italiani che hanno potuto approfittare della rinascita di un borgo altrimenti avviato verso un progressivo spopolamento –, se non nell'ottica di contrastare l'idea di fondo che l'integrazione è possibile e può essere foriera di benefici per tutti, e non solo per gli stranieri? Il provvedimento che esclude Riace dallo SPRAR si fonda su una serie di irregolarità amministrative che vengono reputate ostative alla prosecuzione dei finanziamenti da parte dello Stato: ma anche ammettendo che queste irregolarità sussistano, non vi era davvero altro modo per porvi rimedio, che procedendo ad un brutale azzeramento di un'esperienza ritenuta non solo in Italia, ma anche all'estero, un modello di come l'immigrazione possa diventare anche un motore di sviluppo delle comunità ospitanti?
La vicenda penale non può certo essere ascritta alle politiche governative, vista l'indipendenza di cui gode nel nostro ordinamento la magistratura (anche inquirente), ma fa sorgere anch'essa gravi motivi di preoccupazione. Non vogliamo qui entrare nel merito delle accuse mosse al sindaco di Riace, di cui solo gli sviluppi processuali potranno mostrare la fondatezza. Il dato generale che preoccupa è la constatazione di come negli ultimi mesi la magistratura penale stia utilizzando la fattispecie di cui all'art. 12 TU non più solo per perseguire le condotte delle organizzazioni criminali che gestiscono il traffico di esseri umani, ma anche per criminalizzare condotte di aiuto ai migranti irregolari mosse da esclusive finalità umanitarie. Anche nella prospettazione accusatoria, infatti, non si ipotizza che il sindaco abbia agito per interessi personali o perseguendo indebite finalità lucrative; come nel caso dei procedimenti aperti nei confronti delle ONG che svolgono attività di soccorso in mare, anche nella vicenda di Riace la contestazione del reato avviene pur riconoscendo che lo scopo che muoveva il sindaco era esclusivamente quello di aiutare i migranti. Ciò è reso possibile dal fatto che, come noto, la fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare non prevede come elemento di fattispecie la finalità di ingiusto profitto, che rappresenta solo una circostanza aggravante di una condotta penalmente rilevante quali che siano gli scopi perseguiti dall'agente. In realtà,

proprio i casi relativi alle ONG mostrano come non manchino nell'ordinamento gli strumenti (in particolare, in relazione a quelle vicende, lo stato di necessità) che consentono al giudice di escludere la rilevanza penale di condotte pur tipiche ai sensi dell'art. 12 TU, quando tali condotte siano finalizzate ad impedire il concretizzarsi di situazioni gravemente pregiudizievoli per i diritti dei migranti. Certo la vicenda di Riace presenta rilevanti profili di diversità rispetto ai soccorsi in mare, ma il dato comune è evidente: si criminalizzano condotte solidaristiche, invocando il mancato rispetto delle regole da parte degli autori di tali condotte. Ma può considerarsi proprio di uno Stato democratico un diritto penale che, in nome del rispetto della legalità amministrativa, arriva a perseguire condotte che mirano solo a tutelare dei soggetti in condizione di minorità civile e sociale? In una recente decisione del *Conseil Constitutionnel* francese (dec. n. 2018-717/718, del 6 luglio 2018) l'incriminazione di condotte solidaristiche rispetto alla permanenza e alla circolazione degli stranieri irregolari è stata dichiarata incostituzionale per contrasto con il principio di fraternità; tale principio non è direttamente invocabile nel nostro ordinamento, ma certo non mancano gli strumenti tecnici per dare rilievo anche nel nostro sistema penale alle motivazioni solidaristiche che stanno alla base di una certa condotta. La natura cautelare dei provvedimenti sino ad ora emanati (anche per quanto riguarda le ONG, tutti i provvedimenti emessi sono relativi all'adozione di misure cautelari, in quei casi di natura reale) non ha consentito una distesa trattazione di tali questioni; ma qualora tali vicende abbiano sviluppi in sede di merito, i giudici non potranno non confrontarsi con tematiche che toccano le fondamenta di un sistema penale democratico che si vuole posto a tutela in primo luogo dei diritti fondamentali degli individui.

L'approvazione del decreto-legge e le vicende di Riace compongono insieme un quadro che non può non destare preoccupazione per chi abbia a cuore la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri. Da un lato il Governo riduce gli spazi normativi e gestionali per un reale percorso di integrazione dei richiedenti protezione presenti nel nostro Paese; dall'altro in alcuni distretti giudiziari si aprono procedimenti penali che mirano a criminalizzare condotte di cui pur si riconosce la finalità umanitaria. Nei prossimi mesi non mancheranno le occasioni per riflettere sulle criticità del decreto, facendone valere nelle sedi più opportune i numerosi profili di illegittimità; così come non mancheranno le occasioni, anche processuali, per valutare sino a che punto è legittima l'incriminazione di condotte solidaristiche. La posta in gioco non sono solo i diritti degli stranieri, ma la stessa idea di società e di comunità che caratterizzerà gli anni a venire. Il momento è senza dubbio difficile, ma questa Rivista non si sottrarrà al compito di provare a indicare le soluzioni tecniche più efficaci per porre un argine alla deriva cui stiamo assistendo, e per riportare le politiche normative e giudiziarie in tema di immigrazione sulla strada di un confronto razionale e umano con gli enormi problemi che vi sono sottesi.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

IL CONTRIBUTO DELL'UNIONE EUROPEA ALLA *GOVERNANCE* INTERNAZIONALE DEI FLUSSI DI MASSA DI RIFUGIATI E MIGRANTI: SPUNTI PER UNA RILETTURA CRITICA DEI *GLOBAL COMPACTS*

di Daniela Vitiello

Abstract: *Il presente scritto analizza il contributo dell'Unione alla governance internazionale dei flussi di massa di migranti e rifugiati. L'analisi tiene conto sia dell'apporto diretto, offerto dall'Unione ai negoziati, sia dell'apporto indiretto, derivante dall'utilizzo dei modelli cooperativi sviluppati dall'Unione come fonte d'ispirazione per le soluzioni accolte nei Global Compacts. Siffatta disamina restituisce un'immagine dettagliata degli elementi di frizione della nuova governance delle mass migrations con l'obiettivo della Dichiarazione di New York di istituire «a more equitable sharing of the burden and responsibility for hosting and supporting the world's refugees» (par. 68). Al contempo, mostra che i caratteri del nuovo partenariato europeo sulla migrazione si inseriscono in una dinamica globale di riposizionamento dei diritti dello straniero rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana. Rispetto a tale tendenza, esistono nell'ordinamento giuridico dell'Unione strumenti giuridici idonei a evitare un ulteriore svilimento dei diritti di chi fugge in massa, che possono e devono essere mobilitati affinché il contributo dell'Unione alla governance internazionale dei flussi di massa di migranti e rifugiati sia coerente con i valori, i principi e gli obiettivi del processo di integrazione europea.*

Abstract: *This paper analyses the Union's contribution to the global governance of large flows of migrants and refugees. The analysis considers both the Union's direct involvement in the negotiations and its indirect contribution deriving from the use of EU cooperative models as a source of inspiration for the solutions adopted in the Global Compacts. This appraisal returns a detailed image of the inconsistencies between the new global governance of mass migrations and the goal – set forth in the New York Declaration – to establish «a more equitable sharing of the burden and responsibility for hosting and supporting the world's refugees» (para. 68). At the same time, it shows that the features of the EU partnership framework on migration align with a global trend aimed at repositioning aliens' rights with respect to State control on human mobility. Legal instruments exist in the EU order to avoid further demeaning of the rights of those fleeing en masse. They can and must be mobilised to ensure that the Union's contribution to the global governance of large flows of migrants and refugees is consistent with EU values, principles and objectives.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL CONTRIBUTO DELL'UNIONE EUROPEA ALLA *GOVERNANCE* INTERNAZIONALE DEI FLUSSI DI MASSA DI RIFUGIATI E MIGRANTI: SPUNTI PER UNA RILETTURA CRITICA DEI *GLOBAL COMPACTS*

di Daniela Vitiello*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Dichiarazione di New York del 2016 e i suoi precedenti: un inquadramento sistematico della problematica dicotomia rifugiato-migrante economico. – 3. Il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare: tutto cambia affinché nulla cambi? – 4. Il patto globale sui rifugiati: verso una distribuzione più equa delle responsabilità in materia d'asilo? – 5. Le analogie tra la *governance* internazionale ed europea dei flussi di massa di rifugiati e migranti: a) i profili di criticità formale. – 6. *(segue)* b) i profili di criticità sostanziale. – 7. Il recepimento del patto globale sulla migrazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: a) le basi giuridiche di diritto sostanziale. – 8. *(segue)* b) la base giuridica procedurale. – 9. L'Unione europea quale laboratorio per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi*: considerazioni a margine della Risoluzione di Hyderabad. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Il processo negoziale che ha condotto all'elaborazione dei *Global Compacts* è stato avviato con la Dichiarazione di New York sui rifugiati e i migranti, adottata all'unanimità dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 19 settembre 2016[1]. La Dichiarazione opera una ricognizione delle norme di diritto internazionale applicabili ai migranti e ai rifugiati che fuggono in massa (*mass migrants*)[2], cui seguono due sezioni, che rinviano alla disciplina settoriale dell'immigrazione e dell'asilo, e altrettanti allegati, che definiscono gli strumenti per la realizzazione degli obiettivi settoriali. L'allegato I istituisce un «quadro di risposta globale per i rifugiati» (*comprehensive refugee response framework*) e ne affida lo sviluppo all'Alto Commissariato per i rifugiati (UNHCR), attraverso la redazione di un «patto globale sui rifugiati» (*Global Compact on Refugees*) da presentare all'Assemblea Generale dell'ONU nella relazione annuale per il 2018. L'allegato II è il punto di partenza

* L'autrice è assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. L'autrice ringrazia Nicole Lazzerini, Andrea Spagnolo e i *referees* per i preziosi consigli.

1. Assemblea Generale ONU, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, UN Doc. A/RES/71/1, 19.9.2016 (nel prosieguo: Dichiarazione di New York).

2. Come noto non esiste una definizione giuridica di *mass migrant* nel diritto internazionale. La definizione che emerge dalla Dichiarazione di New York include nel proprio ambito di applicazione *ratione personarum* i rifugiati (come definiti nella Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, UNTS 1954, vol. 189, n. 2545, p. 150) e gli altri stranieri che fuggono in massa dal Paese di origine o di residenza abituale. In tal senso, v. già OIM, *Glossary on Migration*, Geneva, 2004, p. 40; M.D. Chamberlain, *The Mass Migration of Refugees and International Law*, in *Fletcher Forum*, 1983, p. 93 ss., pp. 103-104.

del negoziato intergovernativo coordinato dall'Organizzazione internazionale sulle migrazioni (OIM), nella nuova veste istituzionale di agenzia specializzata delle Nazioni Unite[3], per la predisposizione di un «patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare» (*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*)[4], che sarà adottato formalmente durante una conferenza intergovernativa di Marrakech, il 10-11 dicembre 2018[5].

L'elaborazione dei due patti, avvenuta tra i mesi di gennaio e luglio 2018[6], ha ricevuto l'apporto di numerosi attori a vario titolo coinvolti nella gestione delle migrazioni di massa. Tra le organizzazioni internazionali che vi hanno partecipato, l'Unione europea ha svolto un ruolo di primo piano[7], ulteriormente rafforzatosi in seguito all'abbandono del negoziato da parte dell'amministrazione statunitense[8]. Il contributo dell'Unione alla *governance* internazionale delle migrazioni di massa costituisce un ambito di analisi di particolare interesse nel momento presente, in cui la politica comune dell'immigrazione e il sistema comune europeo di asilo (SECA) sono il vero pomo della discordia europea[9], e la "famigerata" riforma del regolamento di Dublino rappresenta la spada di Damocle del processo di integrazione[10].

Tale contributo è l'oggetto della presente analisi, che considera sia l'apporto *diretto* offerto dall'Unione ai negoziati sia l'influenza che più *indirettamente* hanno esercitato sui

3. Assemblea Generale ONU, *Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration*, UN Doc. A/RES/70/296, 25.7.2016. In argomento, Parlamento europeo, *Briefing – A Global Compact on Migration. Placing Human Rights at the Heart of Migration Management*, 2017, p. 3 ss. Sul ruolo dell'OIM nel processo negoziale v. *amplius*, C. Carletti, M. Borraccetti, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, p. 7 ss., p. 24 ss.

4. Sulle modalità negoziali cfr. Assemblea Generale ONU, *Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/71/280, 6.4.2017.

5. Assemblea Generale ONU, *Modalities for the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/72/244, 24.12.2017.

6. La prima bozza (c.d. *zero draft*) del patto globale sui rifugiati è stata pubblicata il 31.1.2018, mentre quella del patto globale sui migranti è del 5.2.2018. Per quanto riguarda la bozza finale (c.d. *final draft*), quella del patto globale sui rifugiati è del 26.6.2018, mentre quella del patto globale sui migranti è dell'11.7.2018. Tutti i testi sono accessibili *online*. Nel prosieguo, i testi definitivi dei due patti sono richiamati rispettivamente *Global Compact on Refugees* e *Global Compact on Migration*.

7. Come noto, l'Unione gode dello *status* di osservatore alle Nazioni Unite, come definito nella risoluzione dell'Assemblea Generale ONU, *Participation of the European Union in the Work of the United Nations*, UN Doc. A/RES/65/276, 3.5.2011.

8. *Statement Attributable to the Spokesperson for the President of the General Assembly, Brenden Varma, on the Decision by the United States Government to Disengage from the Process Leading to the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, New York, 2017, accessibile *online*.

9. C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 361 ss.

10. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 28 ss., p. 37 ss.; D. Thym, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in questa *Rivista*, 1.2017, p. 1 ss.

Global Compacts i modelli cooperativi sviluppati dall'Unione nelle relazioni con i Paesi terzi. L'analisi offre numerosi spunti di riflessione giuridica attorno alle traiettorie e alle priorità della *governance* internazionale delle migrazioni di massa e, al contempo, concorre all'individuazione dei punti di attrito tra i modelli cooperativi proposti dall'Unione in sede internazionale e i principi ordinatori dell'azione interna ed esterna dell'Unione nel settore dell'immigrazione e dell'asilo. L'analisi si conclude con una riflessione attorno alle possibili alternative in grado di consentire una tutela effettiva e sostenibile dei *mass migrants* nell'epoca globale.

2. La Dichiarazione di New York del 2016 e i suoi precedenti: un inquadramento sistematico della problematica dicotomia rifugiato-migrante economico

La Dichiarazione di New York è stata presentata come uno spartiacque nello sviluppo del regime giuridico delle migrazioni internazionali[11]. In effetti, essa ha posto la "questione migratoria" tra le priorità dell'agenda internazionale, suggellando un indiscusso successo del multilateralismo in sede ONU dopo una serie di vistosi fallimenti.

Gli ingredienti di questo successo – ovvero la natura non vincolante della Dichiarazione e il coordinamento dei negoziati per i *Global Compacts* da parte di organismi di natura tecnica con *expertise* specifica – non sono particolarmente innovativi. Tuttavia, due elementi hanno concorso a rafforzarne l'impatto: la natura ibrida del risultato finale e il tempismo. Quanto al primo elemento, benché i patti globali rientrino nel *soft law*, la previsione della loro adozione formale (nell'un caso attraverso una conferenza intergovernativa, nell'altro in seno all'Assemblea Generale ONU) li rende una sorta di *soft law* "rafforzato". Quanto al secondo elemento, la presentazione della Dichiarazione di New York come la risposta unitaria della comunità internazionale a una delle più gravi crisi migratorie internazionali[12] ha contribuito a rappresentarla come una manifestazione pregnante dell'*opinio iuris* degli Stati in relazione all'importanza di consolidare la *governance* delle migrazioni di massa.

Al di là dell'importanza simbolica della Dichiarazione, il suo contenuto appare largamente ricognitivo del diritto internazionale vigente e privo di velleità di sviluppo

11. Tra i numerosi documenti che definiscono la Dichiarazione «a turning point», «a milestone» e «a landmark political declaration» cfr. Global Forum on Migration and Development, *A Dialogue on Global Migration Compact*, Bangladesh, 14.11.2016; UNHCR, *The New York Declaration for Refugees and Migrants. Answers to Frequently Asked Questions*, accessibile *online*; UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees: Key Elements of the Roadmap*, accessibile *online*.

12. La Dichiarazione è stata elaborata sulla base del rapporto del Segretario Generale ONU, *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants*, su cui cfr. *Resolutions and Decisions adopted by the General Assembly during its Seventieth Session, 15 September – 23 December 2015*, UN Doc. A/70/49 (Vol. II), p. 14.

progressivo della disciplina internazionale delle migrazioni. In particolare, resta impregiudicata la dicotomia tra lo *status* giuridico di rifugiato e la condizione di migrante economico – dicotomia la cui *ratio* logico-giuridica sbiadisce a mano a mano che la migrazione di massa porta alla ribalta i vuoti di tutela in cui incorrono quei *mass migrants* che non integrano i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di forme di protezione complementare, quale la protezione sussidiaria a livello europeo[13]. La Dichiarazione di New York non nega rilevanza alla questione: i parr. 52 e 53 prendono espressamente in considerazione la condizione dei migranti che, pur non avendo accesso alla protezione internazionale, non possono essere allontanati in ragione della loro vulnerabilità (elemento soggettivo) ovvero delle condizioni del Paese di provenienza (elemento oggettivo). Tuttavia, si limita ad auspicare lo sviluppo di linee guida non vincolanti, per i primi, e la concessione di forme di protezione temporanea, ai secondi, senza prevedere per questi ultimi alcuna forma di cooperazione internazionale, neppure su base volontaria.

Al contempo, la dicotomia rifugiato-migrante economico viene rafforzata, tanto concettualmente quanto strutturalmente, dalla separazione dei due *Compacts*, la cui complementarità[14] non comporta un avanzamento nella ricostruzione di un diritto individuale alla migrazione in presenza di condizioni che ne rendano l'esercizio indispensabile alla difesa del supremo valore della dignità umana. Al contrario, proprio su questo punto la Dichiarazione riflette l'ampia spaccatura della comunità internazionale, che è alla base della frammentazione della vigente disciplina internazionale delle migrazioni[15]. Ne consegue che la protezione dei migranti "in fuga" continui a essere il risultato di un composito mosaico di norme pattizie sui diritti umani, tra le quali si tende a far confluire anche quelle che si occupano dei rifugiati.

Il ricorso al diritto internazionale dei diritti umani per la tutela dei *mass migrants* presenta però due limiti. Il primo riguarda l'ambito di applicazione *essenzialmente* territoriale dei trattati internazionali sui diritti umani[16], che limita la protezione ai migranti che restano "intrappolati" nei Paesi terzi in seguito a intese più o meno

13. In argomento, A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, p. 669 ss.

14. *Global Compact on Migration*, par. 3.

15. T.A. Aleinikoff, *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*, in *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, a cura di R. Cholewinski, R. Perruchoud, E. MacDonald, The Hague, 2007, p. 467 ss.

16. Sulla nozione di «giurisdizione» nei trattati sui diritti umani, cfr. *ex multis*, G. Gaja, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 23 ss.; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Torino, 2002.

formalizzate con Stati contraenti, volte a ostacolare l'esercizio del loro diritto di lasciare quel Paese[17]. Il secondo concerne il trattamento degli stranieri entro la giurisdizione territoriale dello Stato parte. Infatti, pur basandosi sull'universalismo dei diritti e sul divieto di discriminazione, i trattati sui diritti umani consentono alle parti contraenti – per giustificati motivi e nel rispetto del principio di proporzionalità – di differenziare il trattamento dello straniero in funzione della natura e della solidità del legame che esso vanta con lo Stato ospitante[18].

D'altra parte, in assenza di un trattato generale sulla migrazione di massa, nessuno dei tentativi più o meno recenti di riportare a unità almeno taluni aspetti della frammentaria disciplina delle migrazioni internazionali ha prodotto un impatto soddisfacente a livello universale. Sono andate, ad esempio, disattese le aspettative di adozione di un protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, volto a disciplinare la "protezione temporanea" per coloro che fuggono da contesti di guerra e violenza generalizzata[19], mentre perdura il *désistement* della comunità internazionale in relazione alla gestione *uti universi* dell'immigrazione regolare per motivi di lavoro[20].

Un risultato più tangibile è stato ottenuto con il Progetto di articoli sulla protezione delle persone espulse e in via di espulsione, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 2014, dopo dieci anni di gestazione[21]. Esso codifica in maniera convincente la protezione contro il respingimento nella duplice veste di: a) divieto di allontanamento dello straniero verso territori in cui possa essere perseguitato in ragione delle proprie

17. In argomento, T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 235 ss., p. 260 ss.

18. Consiglio d'Europa, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention of Human Rights*, Human Rights Files 8/2001. Sulla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. ad es., *Biao c. Danimarca*, ric. 38590/10, sentenza del 25.3.2014, par. 79. In argomento, U. Villani, *Linee di tendenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, a cura di F. Marcelli, Napoli, 2013, p. 273 ss., p. 274.

19. UNHCR, *Roundtable on Temporary Protection, 19-20 July 2012. Summary Conclusions on Temporary Protection*, San Remo, 20.7.2012, par. 29. Cfr. altresì, Id., *International Protection Considerations with regard to people fleeing the Syrian Arab Republic, Update I*, 2012, par. 5.

20. Si pensi alla Convenzione ONU sulla tutela dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (UN Doc. A/RES/45/158, 18.12.1990), che ha ricevuto un numero assai limitato di ratifiche peraltro provenienti soltanto dai Paesi di origine dei flussi. In argomento, R. Cadin, *Protection "of" or "from" Migrants? The Failure of Western Countries to Ratify the UN Convention on Migrant Workers' Rights*, in *KoreEuropa*, 2014, accessibile *online*.

21. *Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with Commentaries* (nel prosieguo: Progetto di articoli), UN Doc. A/69/10, 2014, par. 45. Un precedente può essere rinvenuto nelle *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers (Rapporteurs: MM. L.-J.-D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar)*, elaborate dall'Institut de Droit international nella sessione di Ginevra del 1892. In argomento, C. Tomuschat, *Expulsion of Aliens: The International Law Commission Draft Articles*, in *Grenzüberschreitendes Recht — Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, a cura di G. Jochum, W. Fritzemeyer, M. Kau, Müller, 2013, p. 662 ss.

caratteristiche personali[22], ovvero b) divieto di allontanamento dello straniero che rischi una condanna a morte[23] o l'esposizione a tortura e/o trattamenti inumani e degradanti[24]. Meno convincente è la definizione della condizione giuridica del migrante, che oscilla vistosamente tra il paradigma del riconoscimento dei diritti umani universali[25] e quello della concessione di taluni benefici agli stranieri, subordinata al "diritto" statale di determinarne le condizioni di ingresso, permanenza e allontanamento[26]. Per questo motivo, il progetto è stato etichettato dalla dottrina come un esempio di codificazione "al ribasso"[27].

Al di là della valutazione dei contenuti del progetto, ai nostri fini esso si pone come precedente per valutare l'apporto dell'Unione europea alla *governance* internazionale delle migrazioni. Tale apporto si è concretizzato, dal punto di vista formale, nell'ostilità dell'Unione all'utilizzo del Progetto di articoli come base di partenza per l'adozione di una convenzione internazionale[28]. Dal punto di vista sostanziale, il bilanciamento accolto dal Progetto di articoli tra le prerogative statali e le posizioni giuridiche degli stranieri riproduce a grandi linee quello contenuto nella direttiva dell'Unione sui rimpatri[29].

L'influenza del diritto dell'Unione ha riguardato soprattutto la configurazione di una potestà di differenziare il regime espulsivo di alcune categorie di migranti[30], che trova conforto nell'eccezionalismo della disciplina della mobilità intra-europea dei cittadini dell'Unione[31] e si riflette nell'ermeneutica del divieto di discriminazione di cui all'art. 18

22. Cfr. il Progetto di articoli, art. 6, lett. b), in rapporto ai rifugiati, e art. 23, par. 1, in rapporto alla più generale categoria degli stranieri.

23. *Ivi*, art. 23, par. 2.

24. *Ivi*, art. 24.

25. Assemblea Generale ONU, *Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live*, UN Doc. A/RES/40/144, 13.12.1985.

26. Progetto di articoli, art. 3.

27. D. Kanstroom, *Deportation as a Global Phenomenon: Reflections on the Draft Articles on the Expulsion of Aliens, in Harvard Human Rights Journal ILC Forum Essays*, 2016, p. 1 ss.; W. Kidane, *Missed Opportunities in the International Law Commission's Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, *ivi*, p. 1 ss.; G.L. Neuman, *Human Rights and the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, *ivi*, p. 1 ss.

28. In argomento, T. Molnar, *EU Migration Law Shaping International Migration Law in the Field of Expulsion of Aliens: The Empire Strikes Back?*, in *Pécs Journal of International and European Law*, 2017, p. 40 ss.

29. Commissione del diritto internazionale, *Eighth Report on the Expulsion of Aliens, by Mr Maurice Kamto, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN/4/651, 22.3.2012, par. 34. Il richiamo è alla dir. 2008/115/CE del 16.12.2008.

30. Si rinvia alla giurisprudenza della Corte giust. in relazione ai casi di espulsione dei lavoratori stranieri che hanno titolo a risiedere in uno Stato membro dell'Unione in base ad accordi di associazione. Cfr. ad es. *Nazli c. Stadt Nürnberg*, causa C-340/97, sentenza del 10.2.2000, ECLI:EU:C:2000:77, punto 29; *Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, causa C-97/05, sentenza del 14.12.2006, ECLI:EU:C:2006:780, punti 33-34. Sulla funzione del principio di non discriminazione in questo ambito si rinvia a A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Dir. Un. eur. Parte speciale*, a cura di G. Strozzi, Torino, 2017, p. 64 ss., p. 159 ss.

31. Cfr. ad es. *Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during its Sixty-Sixth Session, Prepared by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/650, 20.1.2012, par. 17; *Déclaration de la Commission Européenne à l'Assemblée Générale des Nations Unies*, *Rapport de la Commission du droit international –*

TFUE[32]. Siffatta limitazione dell'ambito di applicazione personale del divieto di discriminazione su base nazionale, riconosciuta anche nella giurisprudenza della Corte EDU[33], osta altresì a un'interpretazione evolutiva della clausola generale di non discriminazione di cui all'art. 19 TFUE che includa lo *status* migratorio tra le caratteristiche soggettive suscettibili di tutela[34].

D'altra parte, la potestà di differenziare le condizioni di ingresso e di permanenza degli stranieri è uno strumento negoziale chiave dell'azione esterna dell'Unione in materia migratoria, che è preposto, su basi di reciprocità, a migliorare la capacità di controllo dei flussi migratori[35].

3. Il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare: tutto cambia affinché nulla cambi?

Il patto globale sulla migrazione è definito come «a non-legally binding, cooperative framework that builds on the commitments agreed upon by Member States in the New York Declaration for Refugees and Migrants»[36]. L'ambizione del patto è quella di rafforzare la cooperazione internazionale nel governo delle migrazioni di massa, al fine di rendere la migrazione più sicura, ordinata e regolare. A tal fine, il patto dispone un catalogo di ventitré obiettivi e altrettante azioni, che delineano cinque macro-settori in cui la cooperazione internazionale appare prioritaria[37]: lo scambio delle informazioni sulla

l'expulsion des étrangers, 27.10.2009, accessibile *online*. Sul diritto derivato applicabile nell'ordinamento giuridico dell'Unione, cfr. in particolare la dir. 2004/38/CE del 29.4.2004. Cfr. altresì la giurisprudenza della Corte giust. sviluppatasi a partire da *Gerardo Ruiz Zambrano*, causa C-34/09, sentenza del 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:124, punto 42. In argomento, C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, p. 167 ss.

32. Come noto, nel Trattato di Lisbona la clausola generale di non discriminazione in base alle caratteristiche fisiche dell'individuo, di cui all'art. 19, par. 1, TFUE, trova applicazione anche nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi, mentre il divieto di cui all'art. 18 TFUE ha un ambito di applicazione limitato, *ratione personarum*, in funzione della cittadinanza europea. Cfr. ad es. Corte giust., *Vatsouras e Koupatantze*, cause riunite C-22/08 e C-23/08, sentenza del 4.6.2008, ECLI:EU:C:2009:344, punto 52. Sul principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; C. Favilli, N. Lazzerini, *Discrimination(s) as emerging from petitions received*, European Parliament, 2017.

33. Tra le numerose sentenze rilevanti, cfr. ad es. Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, ric. 12313/86, sentenza del 18.2.1991, par. 49; *C c. Belgio*, ric. 21794/93, sentenza del 7.8.1996, par. 38.

34. Cfr., a tal proposito, la sentenza della Corte suprema britannica nei casi *Taiwo v Olaigbe and Onu v Akwiwu* [2016] UKSC 31, on appeal from [2014] EWCA Civ 279.

35. Si pensi agli accordi sulla facilitazione dei visti e agli altri accordi di associazione e partenariato che garantiscono ai cittadini dei Paesi terzi forme di protezione "rafforzata" contro l'allontanamento, il cui valore negoziale sarebbe azzerato da uno sviluppo progressivo del diritto internazionale che andasse nel senso di liberalizzare la mobilità umana internazionale. In argomento, P. García Andrade, I. Martín, *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration*, 2015, p. 9 ss., reperibile *online*.

36. *Global Compact on Migration*, par. 7.

37. Accanto a questi obiettivi, ve ne sono poi altri il cui conseguimento dipende prevalentemente dalla dimensione interna delle politiche di immigrazione, come la razionalizzazione delle procedure di determinazione dello *status* delle

migrazione[38], la riammissione, il contrasto allo *smuggling* e al *trafficking*[39], la gestione integrata, sicura e coordinata delle frontiere esterne[40], inclusa la predisposizione di forme di coordinamento internazionale delle attività di *search and rescue*[41] e, infine, il mutuo riconoscimento delle qualifiche, il trasferimento delle rimesse e la portabilità dei diritti previdenziali[42].

Il presupposto della cooperazione internazionale è che nessuno Stato può conseguire in misura sufficiente l'obiettivo di una gestione efficace del fenomeno della *mass migration* che, a motivo della portata e degli effetti, può essere meglio gestito a livello internazionale[43], mediante un *whole-of-government-and-society approach*, ovvero un processo decisionale composito e inclusivo di tutte le voci degli *stakeholders* interessati[44]. Al contempo, il rafforzamento della cooperazione internazionale passa attraverso la raccolta e la condivisione di informazioni, dati e buone prassi, necessari a orientare le scelte attraverso la costruzione di un complesso sistema informativo internazionale (c.d. *regulation by information*) che aspira alla prevedibilità delle dinamiche migratorie[45] e, in ultima istanza, alla completa tracciabilità della mobilità umana[46].

La condivisione dell'informazione diviene, quindi, la necessaria premessa per lo sviluppo di un «common understanding» del fenomeno migratorio, in grado di cementare l'unità d'intenti della comunità internazionale rispetto alle sfide ad esso legate[47]. Tale unità d'intenti è sorretta dal principio della "responsabilità condivisa" nella gestione delle migrazioni di massa, che appare come uno sviluppo interessante del principio della "responsabilità collettiva" della comunità internazionale per i richiedenti asilo[48], su cui si tornerà nel paragrafo che segue.

---

persone migranti, l'accesso al lavoro del migrante e la sua inclusione sociale. Per una disamina esaustiva, si rinvia a C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 19 ss.

38. *Global Compact on Migration*, obiettivi 1 e 3, v. specialmente il par. 17, lett. b).

39. *Ivi*, obiettivi 9 e 10.

40. *Ivi*, obiettivo 11.

41. *Ivi*, obiettivo 8.

42. *Ivi*, obiettivi 18, 19, 20, 22.

43. *Ivi*, par. 11: «No country can address the challenges and opportunities of this global phenomenon on its own. With this comprehensive approach, we aim to facilitate safe, orderly and regular migration, while reducing the incidence and negative impact of irregular migration through international cooperation and a combination of measures put forward in this Global Compact».

44. *Ivi*, par. 15.

45. *Ivi*, parr. 7-15-27.

46. *Ivi*, par. 26, lett. d), i), e j).

47. *Ivi*, parr. 9-15.

48. L'espressione «responsabilità condivisa» è utilizzata, in questa sede, come sinonimo di «responsabilità collettiva» della comunità internazionale per la protezione dei diritti umani e, quindi, in un'accezione preventiva, che va distinta dalla responsabilità internazionale *ex post facto* ai sensi dei progetti di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (UN Doc. A/56/10, 2001) e delle organizzazioni internazionali (UN Doc. A/CN.4/L.778, 2011). In

La *governance* delle migrazioni di massa viene qualificata alla stregua di un bene pubblico internazionale[49], da cui discende in capo agli Stati «an overarching obligation to respect, protect and fulfil the human rights of all migrants, regardless of their migration *status*»[50]. La centralità dell'individuo in movimento e della sua tutela effettiva, indipendente dallo *status* migratorio[51], contribuisce a orientare la cooperazione internazionale verso l'obiettivo di evitare che la migrazione sia un atto disperato[52], circostanza che è ritenuta responsabile dell'insicurezza, dell'irregolarità e del disordine che caratterizzano le *mass migrations* nell'epoca attuale. In altre parole, la cooperazione internazionale nella gestione della mobilità internazionale di massa ambisce a incidere sui fattori strutturali che sono in grado di accrescere la vulnerabilità del migrante, inducendolo a scelte disperate, ad esempio sui mezzi con cui emigrare.

Ovviamente, nell'obiettivo di minimizzare l'impatto dei «factors that *compel* people to leave»[53] è insita la qualificazione della migrazione di massa del Ventunesimo secolo come *prevalentemente* "involontaria", ovvero non integrante i requisiti tradizionali della migrazione "economica". Eppure, tale presa d'atto non è parte di uno sforzo teoretico di definizione dello statuto giuridico del *mass migrant*, che vada nel senso del riconoscimento di una forma di protezione "surrogata"[54] a coloro che sono *costretti* a scappare dal Paese di origine, ma che non integrano i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale. Al contrario, essa si inserisce nel progetto di contenere la mobilità internazionale involontaria mediante la rivitalizzazione della cooperazione allo sviluppo, ossia attraverso investimenti in programmi che accelerino il raggiungimento dei *Sustainable Development Goals*[55].

---

argomento, A. Nollkaemper, D. Jacobs, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual framework*, in *Michigan Journal of International Law*, 2013, p. 359 ss., p. 366 ss.

49. Già nel rapporto sullo sviluppo umano del 1994, l'UNDP aveva portato come esempio di minaccia transnazionale a un bene pubblico internazionale – ovvero, la sicurezza umana, presupposto della pace tra le nazioni – la migrazione irregolare e di massa. Nel medesimo rapporto si sottolineava che un'azione efficace di controllo dei flussi migratori non potesse ridursi a forme di cooperazione amministrativa, finalizzate alla prevenzione delle partenze, necessitando un impegno concreto da parte degli Stati destinatari dei flussi nel contrasto ai differenziali di benessere, che costituiscono la prima causa della migrazione incontrollata. In argomento, I. Kaul, I. Grunberg, M.A. Stern, *Defining Global Public Goods*, in *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, a cura di I. Kaul, L. Goulven, M.A. Stern, New York, 1999, pp. 509 ss.

50. *Global Compact on Migration*, par. 11.

51. *Ivi*, par. 15.

52. *Ivi*, par. 13: «Migration should never be an act of desperation».

53. *Ivi*, obiettivo 2 (corsivo aggiunto).

54. Sul c.d. *surrogacy principle*, v. J.C. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014, p. 292.

55. Tra essi, il *Global Compact on Migration* richiama: l'eliminazione della povertà, la sicurezza alimentare, la salute, l'istruzione, la crescita economica inclusiva, le infrastrutture, lo sviluppo urbano e rurale, la lotta alla disoccupazione, la lotta alle discriminazioni di genere, la prevenzione dei disastri ambientali, la tutela della *rule of law* e dei diritti umani.

La lotta al sottosviluppo è, quindi, ritenuta lo strumento chiave per assicurare, nel medio-lungo periodo, che «desperation and deteriorating environments do not compel [people] to seek a livelihood elsewhere through *irregular* migration»[56]; mentre, nel breve periodo, la cooperazione si articola nei summenzionati cinque macro-settori prioritari, in cui già esiste una disciplina di diritto internazionale pattizio che ruota attorno ai cardini del contrasto all'immigrazione irregolare e dell'obbligo di riammissione[57].

Quest'ultimo obbligo diviene cruciale nel *Global Compact on Migration*, che lo rafforza ponendo l'enfasi sul diritto individuale di fare ritorno nel proprio Paese[58] e sulla responsabilità dello Stato di origine dei flussi di proteggere i propri cittadini[59]. L'enfasi sulla responsabilità di proteggere appare funzionale a un cambiamento di paradigma nella cooperazione in materia di riammissione, inteso a ottenere che siffatta cooperazione non sia assoggettata a condizioni ovvero a "ricatti" negoziali da parte dei Paesi di origine[60]. Al contempo, il patto attribuisce rilevanza internazionale alla condizione di irregolarità amministrativa dei *sans papiers* nel diritto interno[61], favorendo l'affermazione di una presunzione di irregolarità di tutta la migrazione "spontanea", in quanto *per definizione* non sicura e non ordinata[62].

In presenza di limitati canali legali di immigrazione e asilo, questo approccio legittima un'ulteriore compressione del diritto di ciascun individuo di lasciare qualsiasi Paese, aggravando l'onere della prova che le motivazioni del viaggio (o della fuga) rientrino tra quelle per cui il diritto internazionale contempla forme di protezione "surrogata". Da tale impostazione discende altresì la pressoché totale assenza di riferimenti alla cooperazione internazionale in materia di redistribuzione dei *mass migrants*, che pure sarebbe il necessario corollario della responsabilità collettiva della comunità internazionale nei loro

56. *Global Compact on Migration*, par. 18.

57. Sulla natura dell'obbligo dello Stato di riammettere i propri cittadini e sul suo rapporto con il diritto individuale di fare ritorno nel proprio Paese cfr. G. Noll, *Rejected Asylum Seekers: The Problem of Return*, in *International Migration*, 1999, p. 267 ss.

58. *Global Compact on Migration*, par. 37.

59. Sui rapporti tra la responsabilità di proteggere e il diritto dei rifugiati cfr. B. Barbour, B. Gorlick, *Embracing the Responsibility to Protect: A Repertoire of Measures Including Asylum for Potential Victims*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008, p. 533 ss.

60. In tal senso, v. EU Statement, *United Nations Global Compact for Migration: General Statement on the Zero Draft, New York*, EEAS Doc. 180307/2, accessibile *online*. In argomento, E. Guild, K.T. Weatherhead, *Tensions as the EU negotiates the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 6.7.2018, www.eumigrationlawblog.eu.

61. E. Guild, *The UN's Engagement with: Unsafe, Disorderly and Irregular Migration*, in *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza? Atti del XXII Convegno SIDI*, a cura di G. Nesi, Napoli, 2018, p. 623 ss., p. 631 ss.

62. V. *amplius*, M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 50 ss.

confronti[63]. Infatti, la sicurezza della migrazione – in quanto sicurezza "umana" – non può che discendere dalla protezione delle persone in fuga, che dipende a sua volta dell'efficacia della cooperazione internazionale in materia di *burden & responsibility sharing* molto più che dalla natura ordinata e regolare dei flussi.

Prevedere meccanismi atti a garantire forme di redistribuzione dei *mass migrants* avrebbe creato un'osmosi tra la disciplina internazionale delle migrazioni e il regime giuridico della protezione internazionale, attraverso l'estensione *ratione personarum* dell'ambito applicativo del quarto *considerando* del preambolo della Convenzione sullo *status* di rifugiato del 1951[64]. Inoltre, avrebbe valorizzato il riconoscimento, contenuto nel patto, che il successo dell'approccio basato sul principio della responsabilità condivisa riposa «on *mutual trust*, determination and *solidarity* of States to fulfill the objectives and commitments contained in this Global Compact»[65]. Al contrario, l'instaurazione di un nesso logico-giuridico tra il principio della responsabilità condivisa e quelli della fiducia reciproca e di solidarietà – che, meglio di qualsiasi altro elemento del *Global Compact*, testimonia dell'influenza esercitata dal diritto dell'Unione sull'articolazione del patto – pare più un esercizio retorico che un impegno concreto.

D'altra parte, quand'anche vi fosse stata la volontà politica di porre in essere forme di cooperazione internazionale realmente basate sui principi di solidarietà e fiducia reciproca, questi ultimi non avrebbero potuto assolvere alla medesima funzione che svolgono nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Come noto, infatti, nel diritto dell'Unione, il principio di solidarietà è un principio di applicazione generale nell'ambito delle politiche che governano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia[66], che esprime la volontà degli Stati membri di gestire *uti universi* le frontiere esterne dell'Unione e di rispondere *in solido* alle sfide globali[67]. La condivisione delle responsabilità intra-europee nella materia dell'immigrazione e dell'asilo riposa, quindi, sul principio di solidarietà inteso come

63. J. Welsh, *Fortress Europe and the Responsibility to Protect: Framing the Issue*, in *EUI Forum*, 17-18 November 2014, www.eui.eu.

64. Come noto, ai sensi di tale *considerando*, «the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries» e il problema dei rifugiati è «international in scope and nature and cannot therefore be achieved without international co-operation».

65. *Global Compact on Migration*, par. 14 (corsivo aggiunto).

66. In questi termini si esprime l'art. 80 TFUE. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all'art. 80 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, Milano, 2014, p. 497 ss.; G. Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; V. Moreno-Lax, *Solidarity's Reach: Meaning, Dimensions, and Implications for EU (External) Asylum Policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740 ss.; D. Thym, E. Tsourdi, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: Constitutional and operational dimensions*, *ivi*, p. 605 ss.

67. Comunicazione della Commissione *sul rafforzamento della solidarietà all'interno dell'UE in materia di asilo. Un programma dell'UE per una migliore ripartizione delle responsabilità e maggiore fiducia reciproca*, COM(2011) 835 def., 2.12.2011, p. 1.

espressione e, al contempo, strumento di realizzazione di una forma di federalismo solidale, in un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»[68]. Il consolidamento di questo ordinamento presuppone, a sua volta, la leale cooperazione di tutti gli attori coinvolti nell'attuazione del diritto dell'Unione[69], accompagnata dalla mutua fiducia circa il rispetto del diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali.

La presunzione del rispetto dei diritti fondamentali, che è alla base del mutuo riconoscimento[70], sorregge l'intera impalcatura dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[71] come spazio giuridico fondato sulla *rule of law* e protetto da un sistema giurisdizionale diffuso e profondamente integrato[72]. Ne discende che gli Stati membri non possono condizionare la cooperazione intra-europea alla verifica sistematica del rispetto dell'*acquis communautaire* e che solo in presenza di circostanze eccezionali, accertate in sede giurisdizionale come idonee a compromettere i diritti fondamentali delle persone, può essere interrotto il libero fluire delle decisioni amministrative e giudiziarie[73]. Anche in

68. Corte giust., *van Gend & Loos*, causa 26/62, sentenza del 5.2.1963, ECLI:EU:C:1963:1, punto 23. In argomento, U. Villani, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.

69. Art. 4, par. 3, TUE. Sul principio di leale cooperazione nell'ambito delle politiche europee di immigrazione v. C. Favilli, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia: dall'inerzia all'urgenza con scarsa leale cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 2011, p. 693 ss.

70. In argomento, C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013; K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, p. 525 ss.; K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The European Union: A Constitutional Perspective*, in *Oxford Principles of European Union Law*, a cura di R. Schütze, T. Tridimas, Oxford, 2018, p. 103 ss.; S. Montaldo, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, p. 965 ss.

71. Corte giust., *N. S. e M. E.*, cause riunite C-411/10 e C 493/10, sentenza del 21.12.2011, ECLI:EU:C:2011:865, punto 83; parere 2/13 del 18.12.2014 sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 181. V. anche Avvocato generale Colomer, *Bourquain*, causa C-297/07, conclusioni dell'8.4.2008, ECLI:EU:C:2008:206, punto 45; Avvocato generale Mengozzi, *Markus Stoß*, cause riunite C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, conclusioni del 3.3.2010, ECLI:EU:C:2010:109, punto 104.

72. Sul rispetto dello stato di diritto cfr. Corte giust., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16, sentenza del 27.2.2018, ECLI:EU:C:2018:117, su cui v. M. Parodi, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, p. 1 ss. Più in generale, sulla *rule of law* nell'ordinamento giuridico dell'UE, cfr. T. von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, p. 1311 ss.; R. Mastroianni, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, a cura di E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo, Bari, 2017, p. 605 ss.

73. Corte giust., *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, sentenza del 5.4.2016, ECLI:EU:C:2016:198; *LM*, causa C-216/18 PPU, sentenza del 25.7.2018, ECLI:EU:C:2018:586, punto 75, su cui cfr. A. Frąckowiak-Adamska, *Mutual Trust and Independence of the Judiciary after the CJEU Judgment in LM – New Era or Business as Usual?*, in *EU Law Analysis*, 15.8.2018, www.eulawanalysis.blogspot.com. Sul bilanciamento tra la tutela effettiva dei diritti fondamentali e il principio di mutua fiducia nel sistema di Dublino, cfr. Corte giust., *C.K., H.F., A.S. c. Repubblica di Slovenia*, causa C-578/16 PPU, sentenza del 16.2.2017, ECLI:EU:C:2017:127, punto 73. In argomento, P. Mengozzi, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei*

quest'ultimo caso, tuttavia, la solidarietà tra gli Stati membri non dovrebbe venir meno, anzi dovrebbe rafforzarsi in ragione delle difficoltà che impediscono allo Stato membro interessato di ottemperare ai propri obblighi in materia di tutela dei diritti fondamentali[74].

In altri termini, il principio di solidarietà non è oggetto, nell'ordinamento dell'Unione, di un sinallagma che ne condiziona l'operatività al corretto esercizio delle competenze attribuite al singolo Stato membro[75]; né la sua funzione può essere ridotta a quella della "mutua assistenza" tra gli Stati parti di un'alleanza militare difensiva[76]. Esso si manifesta in tutte le dimensioni della cooperazione intra-europea[77]: in ambito normativo, attraverso l'armonizzazione e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali[78]; in ambito finanziario, negli strumenti compensativi dell'onere sostenuto da alcuni Stati membri nell'attuazione delle politiche europee *uti universi*[79]; in ambito operativo, attraverso la delega alle agenzie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della funzione di coordinamento degli aspetti tecnici della cooperazione[80]; e, infine, negli strumenti di redistribuzione dei richiedenti asilo e dei migranti[81]. Precondizione per l'operazionalizzazione del principio di solidarietà nel diritto dell'Unione è la condivisione dei principi, dei valori e degli obiettivi su cui poggiano le politiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Al contrario, nell'ambito del patto globale sulla migrazione, la precondizione per la rivitalizzazione della cooperazione allo sviluppo è l'intensificazione degli sforzi dei Paesi di origine e transito dei flussi nelle attività di contenimento e diversione delle *mass migrations*. L'assoggettamento del principio di condivisione delle responsabilità a un

---

diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 1 ss.; C. Rizcallah, *The Dublin System: the ECJ Squares the Circle between Mutual Trust and Human Rights Protection?*, in *EU Law and Policy*, 20.2.2017, www.eulawanalysis.blogspot.com.

74. Si rinvia, ad es., a Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09, sentenza del 21.1.2011, parr. 338-350, che assume i toni di una chiara stigmatizzazione del *deficit* di solidarietà da parte del Belgio rispetto all'incapacità del sistema d'asilo ellenico di sopportare l'onere dei flussi diretti verso la Grecia.

75. In argomento, P. De Bruycker, E. Tsourdi, *The Bratislava Declaration on migration: European irresponsibility instead of solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 27.9.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

76. Infatti, la clausola di mutua assistenza di cui all'art. 42, par. 7, TUE, è solo una delle espressioni del principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico dell'Unione, come chiarito anche dalla previsione della clausola di solidarietà, di cui all'art. 222, par. 1, TFUE. Sulla solidarietà come valore nell'azione esterna dell'Unione in ambito PESC, cfr. C. Morviducci, *I valori dell'azione esterna nella prassi PESC*, in *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, a cura di E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci, Torino, 2016, p. 53 ss., p. 57 ss. In generale, U. Villani, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 1 ss.

77. G. Noll, *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague-Boston-London, 2000, p. 263 ss.

78. T.M. Moschetta, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, 2018.

79. L. den Hertog, *EU Budgetary Responses to the 'Refugee Crisis'. Reconfiguring the Funding Landscape*, CEPS Paper No. 93/2016.

80. E. Chiti, *Decentralised Implementation: European Agencies*, in *Oxford Principles*, cit., p. 748 ss. Più in generale, J. Alberti, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018.

81. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*, cit., p. 28 ss.

approccio cooperativo basato sulla condizionalità e sul volontarismo svuota di qualsiasi significato il richiamo alla mutua fiducia. Peraltro, l'attuale crisi del processo di integrazione europea ha coinciso proprio con la contestazione sistematica del principio di solidarietà[82] e non può escludersi che lo sviluppo del quadro cooperativo internazionale indebolisca ulteriormente le premesse giuridiche e politiche della cooperazione intra-europea. Invero, come si argomenterà nelle pagine che seguono, l'azione esterna dell'Unione nell'ambito del principale foro multilaterale a livello universale è stata concepita come strumentale a trovare un punto di bilanciamento *esterno* tra la solidarietà e la responsabilità, nell'impossibilità materiale di consolidare un consenso *interno* sul rapporto tra questi due principi in sede di riforma del sistema di Dublino.

4. Il patto globale sui rifugiati: verso una distribuzione più equa delle responsabilità in materia d'asilo?

A partire dalla Dichiarazione sull'asilo territoriale del 1967[83], l'espressione "solidarietà internazionale" è stata costantemente richiamata come fondamento giuridico del principio della responsabilità collettiva della comunità internazionale nei confronti dei rifugiati[84], di cui la protezione contro il *refoulement* è l'estrinsecazione più tangibile[85]. Come sostenuto da Grahl-Madsen,

«the rule of *non-refoulement* is an expression of the collective responsibility of the community of States, stated already by Grotius and Vattel, that persons seeking asylum shall be able to find an abode somewhere. If a particular State finds that the burden imposed upon it by the influx of asylum-seekers is too heavy to bear alone, the remedy

82. Corte giust., *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, sentenza del 6.9.2017, ECLI:EU:C:2017:631. In argomento, F. Cherubini, *La Corte di Giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: riflessioni sulla politica d'asilo dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 923 ss.; H. Labayle, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum seekers confirmed by the Court of Justice (6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council)*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11.9.2017, www.eumigrationlawblog.eu. In generale, sulla crisi del processo di integrazione europea legata alla crisi migratoria, cfr. *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, a cura di M. Savino, Napoli, 2017.

83. Assemblea Generale ONU, *Declaration on Territorial Asylum*, UN Doc. A/6716, 14.12.1967, art. 3.

84. G.S. Goodwin-Gill, *The 1967 Declaration on Territorial Asylum*, in *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2012, p. 7 ss.

85. Così, *ex multis*, E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge, 2003, p. 89 ss., p. 119. *Contra*, K. Hailbronner, *Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 857 ss.

should not be to turn the asylum-seekers away, but to enlist the cooperation of other States»[86].

Eppure, il *burden-sharing* non ha ricevuto il necessario sostegno per affermarsi come obbligo giuridico internazionale nel governo dei flussi di massa di rifugiati.

Il *Global Compact on Refugees* pone la condivisione delle responsabilità in materia di asilo al cuore del piano d'azione per la realizzazione del quadro di risposta globale sui rifugiati "di massa". Punto di partenza è il riconoscimento che «[t]he predicament of refugees is a common concern of humankind»[87] e che i Paesi che ospitano i rifugiati «make an immense contribution from their own limited resources to the *collective good*, and indeed to the cause of humanity»[88].

Due sono i principi ordinatori della cooperazione in materia di *burden and responsibility-sharing*: il principio di umanità[89] e quello di solidarietà internazionale[90]. Il primo principio viene riconosciuto come il presupposto assiologico degli obblighi pattizi e consuetudinari in materia di protezione internazionale. Esso è fonte di ispirazione di una «*needs-driven* humanitarian assistance»[91] e di meccanismi di «*group-based* protection» per la gestione degli «international protection *needs*» nel contesto di flussi di massa di rifugiati[92]. Il secondo principio anima le iniziative di supporto ai Paesi particolarmente toccati (c.d. «countries particularly affected»[93] o «concerned host countries»[94]) in considerazione della specificità delle sfide poste dai movimenti di massa di rifugiati e, in particolare, dalla natura composita e non omogenea dei flussi[95].

A questa dichiarazione di intenti segue l'enunciazione degli obiettivi da realizzare attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale che, non senza qualche contraddizione con i principi appena enunciati, si focalizzano sull'espansione del ricorso

86. A. Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*, Stockholm-London-New York, 1980, p. 54.

87. *Global Compact on Refugees*, par. 1.

88. *Ivi*, par. 14. Secondo i dati forniti dall'UNHCR, più della metà dei rifugiati mondiali ha trovato accoglienza e protezione in soli dieci Paesi (africani), oltre il novanta percento del *budget* dell'Agenzia ONU è finanziato da soli dieci Paesi e il novanta per cento delle opportunità di *resettlement* è fornito da soli tre Paesi. Cfr. UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees: Thematic Discussion Two. Introductory Remarks by Daniel Endres*, 17.10.2017.

89. Sul principio di umanità e sulla sua collocazione nel sistema delle fonti di diritto internazionale v. E. Carpanelli, *General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept*, in *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, a cura di Laura Pineschi, Cham, 2015, p. 46 ss.

90. *Global Compact on Refugees*, par. 5.

91. *Ivi*, par. 32 (corsivo aggiunto).

92. *Ivi*, par. 61 ss. (corsivo aggiunto).

93. *Ivi*, parr. 4, 11, 12, 65.

94. *Ivi*, par. 20 ss.

95. *Ivi*, par. 12, ove si riconosce che «[s]ome may be large movements involving both refugees and others on the move; others may involve refugees and internally displaced persons; and, in certain situations, external forced displacement may result from sudden-onset natural disasters and environmental degradation».

alle presunzioni di sicurezza dei Paesi terzi e sul rientro volontario assistito dei rifugiati[96]. Infine, per quanto riguarda le modalità di raggiungimento dei suddetti obiettivi, il *Global Compact on Refugees* prevede che essi siano resi operativi mediante contributi volontari, la determinazione del *quantum* essendo lasciata a «*each State* and relevant stakeholder, taking into account their *national realities*, *capacities* and *levels of development*, and respecting *national policies and priorities*»[97].

Muovendo da queste premesse, il *Global Compact on Refugees* individua i meccanismi di livello universale e regionale in grado di stimolare la solidarietà internazionale nella gestione dei flussi di massa di rifugiati. A livello universale, si prevede l'istituzionalizzazione del dialogo sul *burden-sharing*, attraverso l'organizzazione, da parte dell'UNHCR, e d'intesa con uno o più Stati, di un *Global Refugee Forum*[98]. Il primo *forum* è previsto per il 2019 e i successivi avranno luogo a cadenza quadriennale; in quella sede, saranno concordati gli impegni degli Stati per quanto riguarda le quote di *resettlement*[99], l'assistenza finanziaria, tecnica e materiale ai Paesi particolarmente interessati e rese note le politiche adottate dagli Stati a livello nazionale per dare attuazione al patto globale. Si tratterà, naturalmente, di impegni assunti *su base volontaria*; tuttavia è plausibile che il monitoraggio del contributo offerto dai singoli Stati funga da deterrente rispetto a condotte non cooperative (c.d. *naming and shaming*).

Il *Compact* prevede altresì l'instaurazione di intese – bilaterali o multilaterali – volte a fornire supporto in situazioni specifiche di afflusso massiccio di rifugiati o di sfollamento protratto[100]. In questi casi, gli Stati che ospitano i rifugiati potranno chiedere l'attivazione di una piattaforma di supporto (*Support Platform*), ovvero di un *forum* diretto dall'UNHCR che vedrà la partecipazione dei rifugiati e degli Stati coinvolti[101]. Tra le opzioni previste nell'ambito della piattaforma di supporto vi è l'organizzazione di una conferenza di solidarietà (*Solidarity Conference*), volta a cementare il sostegno

96. *Ivi*, par. 7. Si noti che gli obiettivi della prima bozza erano ben più ambiziosi, riguardando, il rafforzamento dei meccanismi internazionali di condivisione delle responsabilità, nonché dei sistemi di asilo nazionali e della risposta globale al problema dei rifugiati; l'avanzamento delle condizioni socio-economiche dei rifugiati e delle comunità di accoglienza, e infine, la condivisione degli sforzi per risolvere le situazioni di sfollamento prolungato.

97. *Global Compact on Refugees*, par. 4 (corsivo aggiunto).

98. *Ivi*, parr. 17-19.

99. Come noto, la procedura di "reinsediamento" o di "trasferimento diretto" (c.d. "*resettlement*" o "*third-country settlement*") è qualificata alla stregua di una soluzione durevole (c.d. "*durable solution*") di tipo straordinario, coordinata dall'UNHCR ai sensi dell'art. 9 del proprio Statuto, in base alla quale i rifugiati *prima facie* vengono trasferiti dallo Stato di prima accoglienza a uno Stato terzo, che ne accetta la responsabilità su base volontaria. Le altre due soluzioni durevoli identificate dall'UNHCR sono il rientro volontario ("*voluntary repatriation*") e l'integrazione nel Paese di accoglienza ("*local integration*"). Cfr. UNHCR, *Resettlement Handbook*, Geneva, 2011, p. 28 ss.; *Global Compact on Refugees*, par. 85 ss.

100. *Ivi*, parr. 20-21.

101. *Ivi*, parr. 22-26.

internazionale attraverso il *fund raising* e la pianificazione della risposta umanitaria alla crisi[102].

Questi strumenti sembrano ispirati all'esperienza della gestione della crisi indocinese del 1989, che vide l'adozione di un piano d'azione (*Comprehensive Plan of Action*) nell'ambito del quale i rifugiati più vulnerabili ottenevano una corsia preferenziale per il *resettlement*, in modo da evitare la formazione di ingorghi o "code" di persone in attesa di essere redistribuite tra gli Stati che si erano resi disponibili ad accoglierli[103].

In generale, il *Global Compact* si presenta come un valido strumento di *stocktaking* delle buone pratiche e delle esperienze pregresse. Il problema è che le condizioni politiche internazionali appaiono assai diverse rispetto al passato, anche recente, sicché potrebbe trattarsi di un bagaglio di modelli cooperativi non più pienamente fruibile[104]. Una presa d'atto della fluidità della situazione attuale traspare dall'enfasi sulla necessità di costruire un quadro fattuale *condiviso*, attraverso la raccolta sistematica di dati, statistiche e informazioni sui rifugiati, inclusa la predisposizione di studi volti a determinare l'onere relativo dell'asilo per i Paesi interessati dai flussi[105]. La creazione di un *common understanding* del fenomeno che si intende regolare è, invero, la necessaria premessa per il corretto funzionamento del principio di condivisione delle responsabilità in materia di asilo. Tuttavia, il *common understanding* che il patto globale intende costruire contraddice vistosamente i principi ordinatori di umanità e di solidarietà internazionale, che presiedono alla sua elaborazione.

Una lettura sistematica del *Compact* suggerisce che il patto operi un riposizionamento dei diritti dei rifugiati rispetto alla potestà statale di controllo della mobilità umana, che passa attraverso un'ulteriore marginalizzazione del *resettlement* a scapito della cooperazione allo sviluppo volta a *prevenire* la fuga di massa e a favorire il rientro volontario dei rifugiati.

Per quanto riguarda il rapporto tra la sovranità statale e i diritti dei rifugiati, l'elemento che desta maggiore preoccupazione è l'affermazione di una *narrativa dei*

---

102. *Ivi*, par. 27.

103. L'accordo fu concluso tra alcuni Paesi occidentali e i Paesi del sud-est asiatico alla fine della guerra del Vietnam. La selezione dei rifugiati avveniva attraverso una sorta di "*triage*" che consentiva una costante rivalutazione dei bisogni dei beneficiari della procedura di *resettlement*. In argomento, A. Betts, *To Deal with the Refugee Crisis You Need to Understand the Cause*, in *The Conversation*, 23 April 2015, www.theconversation.com; J. McAdam, *Australia and Asylum Seekers*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, p. 435 ss.; M. Ineli-Ciger, *An Examination of the Comprehensive Plan of Action as a Response to Mass Influx of 'Boat People': Lessons Learnt for a Comprehensive Approach to Migration by Sea*, in *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, a cura di V. Moreno-Lax, E. Papastavridis, Leiden, 2016, p. 408 ss.

104. In argomento, M. Ineli-Ciger, *Will the Global Compact on Refugees Address the Gap in International Refugee Law Concerning Burden Sharing?*, in *EJIL: Talk!*, 20.6.2018, www.ejiltalk.org.

105. *Global Compact on Refugees*, parr. 45 ss.

bisogni, che non riguarda soltanto i gruppi particolarmente vulnerabili, ovvero portatori di bisogni differenziati, in funzione additiva, ovvero di tutela "rafforzata"[106]. Al contrario, la *narrativa dei bisogni* diviene funzionale a declassificare i diritti dei rifugiati a posizioni giuridiche il cui godimento dipende dalle condizioni della fuga, ovvero dalla circostanza che la fuga riguardi una collettività di persone in luogo del singolo individuo[107]. Si tratta, dunque, di un approccio diametralmente opposto rispetto a quello portato avanti dalla Corte EDU nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Corte aveva definito i richiedenti asilo come "gruppo vulnerabile", invocando una protezione rafforzata "generalizzata" a tutto il gruppo[108]. Nel patto, invece, la nozione di vulnerabilità sviluppata dal contenzioso internazionale sui diritti umani viene utilizzata per individuare i gruppi di rifugiati i cui diritti non dovrebbero essere soggetti al bilanciamento con la tenuta dello Stato di fronte agli afflussi di massa[109].

Altro elemento del patto globale che sembrerebbe avallare una ridefinizione a ribasso degli *standard* di protezione internazionale dei rifugiati di massa è il richiamo alla complementarità tra la protezione internazionale e la difesa della sicurezza nazionale da parte degli Stati[110], cui segue il pieno riconoscimento delle «legitimate security concerns of host States» e la predisposizione di forme di cooperazione volte a filtrare alla frontiera i rifugiati sospettati di minacciare la sicurezza nazionale. Quest'ultima, da limite alla protezione internazionale, soggetto a interpretazione restrittiva[111], diviene il principio-guida delle politiche di asilo.

La complementarità tra protezione internazionale e sicurezza nazionale riflette il definitivo passaggio a un approccio contenitivo dei flussi di massa di rifugiati, come

106. In argomento, F. Ippolito, *La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale*, in *Migrazioni e diritto internazionale*, cit., p. 447 ss.

107. Esemplificativo di questo approccio è il *favor* del patto globale per strumenti di identificazione "di gruppo" dei rifugiati, che vanno necessariamente a scapito del diritto a un esame individuale della situazione dei componenti del gruppo. Cfr. *Global Compact on Refugees*, par. 61. L'identificazione "di gruppo", se utilizzata come preludio per un *revival* dell'asilo "su base nazionale" riporterebbe in auge concezioni desuete dell'asilo, come quelle dominanti all'epoca della Società delle Nazioni, che limitavano il beneficio della protezione a determinate nazionalità. Ciò sarebbe particolarmente grave nelle attuali condizioni storiche di estrema fluidità dei fattori di crisi a livello internazionale. Sull'asilo al tempo della Società delle Nazioni, cfr. C.M. Skran, *Historical Development of International Refugee Law*, in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary – Part One*, a cura di A. Zimmermann, Oxford, 2011, p. 3 ss.

108. Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 263.

109. Emblematico è il caso della detenzione dei minori stranieri non accompagnati, che è regolarmente prevista dal patto globale, benché se ne auspichi il ricorso solo come *ultima ratio*. Cfr. *Global Compact on Refugees*, par. 60.

110. *Global Compact on Refugees*, par. 56.

111. Cfr. l'art. 3, par. 2, della Dichiarazione sull'asilo territoriale, cit., ove si consentiva di limitare l'applicazione del principio di *non-refoulement* soltanto «for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, *as in the case of a mass influx of persons*» (corsivo aggiunto). In argomento, A. Grahl-Madsen, *op. cit.*, p. 61.

confermato peraltro dall'enfasi che il patto dedica al *diritto* di rientro dei rifugiati nel Paese di origine. Il patto invita la comunità internazionale ad attivarsi per promuovere l'effettivo godimento di questo diritto nel rispetto dell'obbligo di *non-refoulement*, la cui funzione viene ridotta a garanzia dell'accesso all'informazione e a condizioni dignitose di allontanamento[112].

Al sostanziale svilimento della funzione del divieto di respingimento nell'ambito della procedura di rientro volontario dei rifugiati fa da contraltare il silenzio del patto globale in relazione al diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, anche il proprio, che è il necessario corollario del diritto umano a tornare nel proprio Paese. In una prospettiva di sviluppo progressivo dello *ius migrandi*, il modello che il patto propone è quello di un diritto debole in uscita – non essendo la cooperazione internazionale orientata a rendere effettivo un "diritto alla fuga" dalla persecuzione o dai maltrattamenti[113] – e forte in entrata, ovvero in rapporto al rientro del rifugiato.

Nella misura in cui il rientro volontario diviene la principale soluzione al problema dei rifugiati, si modificano i rapporti tra gli Stati "produttori" di rifugiati e i Paesi di destinazione.

Infatti, nel paradigma della Convenzione di Ginevra, la protezione offerta dalla comunità internazionale è qualificata come "surrogata" e "umanitaria", nel senso che essa trova applicazione allorquando l'individuo non possa ricevere protezione da parte dello Stato di cittadinanza (o di residenza abituale, per gli apolidi)[114]. Al contempo, la responsabilità collettiva della comunità internazionale nei confronti dei rifugiati prescinde dall'accertamento della responsabilità dello Stato produttore dei flussi per la violazione del dovere di protezione dei propri cittadini[115], concretizzandosi nella facoltà di opporre agli altri Stati la decisione di concedere l'asilo e nel divieto di collaborare con il Paese che perseguita il rifugiato[116].

112. *Global Compact on Refugees*, par. 87.

113. Sulla configurabilità di un diritto alla fuga, derivante dal diritto di lasciare il proprio Paese e dall'obbligo di *non-refoulement* in capo allo Stato di destinazione dei flussi, cfr. V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford, 2017, p. 341 ss.

114. V. Chetail, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marín, Oxford, 2014, p. 19 ss., p. 24 ss.

115. In argomento, V. Gowlland-Debbas, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés*, *Droit d'asile et des réfugiés*, in *Droit d'asile et des réfugiés*, a cura di A. Pedone, Paris, 1997, p. 93 ss.; R. Hofmann, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, in *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, p. 694 ss.; W. Czaplinski, P. Sturma, *La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1994, p. 156 ss.; L.T. Lee, *The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum,* in *American Journal of International Law*, 1986, p. 532 ss.

116. In tal senso si esprimono il preambolo e l'art. 1 della Dichiarazione sull'asilo territoriale, cit.

Nel paradigma declinato dal *Global Compact*, invece, si invita la comunità internazionale ad adoperarsi per cooperare con il Paese dal quale il rifugiato fugge al fine di rimuovere i fattori strutturali che ne ostacolano il rientro volontario. In questo modo, viene posta in secondo piano la responsabilità collettiva della comunità internazionale *verso* i rifugiati, con il conseguente rischio di ampliare lo iato tra l'enunciazione teorica del principio di solidarietà internazionale e la prassi. Tale rischio emerge chiaramente dalla disciplina dei rapporti tra la comunità internazionale e i Paesi "particolarmente toccati" dai flussi, espressione che non è definita nel patto globale, ma che pare riferibile ai Paesi di accoglienza limitrofi ai focolai di produzione dei flussi di massa. Rispetto a questi Paesi, gli altri Stati sono responsabili per la predisposizione di forme di *burden-sharing* più incisive; eppure, la solidarietà rimane su di un piano di pura volontarietà, *in funzione delle capacità e delle risorse dei Paesi che la offrono*.

L'insistenza sulla natura volontaria della solidarietà internazionale nei confronti dei Paesi particolarmente interessati dai flussi è probabilmente legata al rilievo che la prassi di tali Paesi assume nella formazione della consuetudine internazionale[117] e pare intesa a escludere che il patto globale dia luogo a forme avanzate di *burden sharing*, che vadano al di là dell'aspetto meramente finanziario. D'altra parte, il *favor* del patto per un approccio al *burden-sharing* che concentri la solidarietà sull'aspetto finanziario rischia di incoraggiare una "ghettizzazione" dei rifugiati nel sud del mondo, in aperta contraddizione con la concettualizzazione della protezione internazionale come bene pubblico globale[118].

5. Le analogie tra la *governance* internazionale ed europea dei flussi di massa di rifugiati e migranti: a) i profili di criticità formale

L'Unione europea ha giocato un ruolo di primo piano nel processo negoziale che ha condotto all'adozione del testo definitivo del patto globale sulla migrazione e offerto un contributo fattivo alle consultazioni coordinate dall'Alto Commissariato per il patto globale sui rifugiati. L'influenza europea si è dispiegata a due livelli: in primo luogo, sulla formazione di una "coscienza politica" della necessità di una presa di posizione unitaria a

117. Cfr. Corte int. giust., *North Sea Continental Shelf Cases*, sentenza del 20.2.1969, *ICJ Reports 1969*, p. 3 ss., par. 73, dove si sottolinea l'importanza della prassi degli Stati "maggiormente toccati" nella formazione della consuetudine. Analogamente, cfr. Corte int. giust., *Fisheries Case, (Regno Unito c. Norvegia)*, sentenza del 18.12.1951, *ICJ Reports 1951*, p. 116 ss., p. 138. In argomento, E. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, p. 368; J.-M. Henckaerts, L. Doswaldbeck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge, 2005.

118. E.R. Thielemann, T. Dewan, *The Myth of Free-Riding: Refugee Protection and Implicit Burden-Sharing*, in *West European Politics*, 2006, p. 351 ss.

livello universale per una *governance* più efficiente dei flussi di massa di rifugiati e migranti; in secondo luogo, sulla definizione formale e contenutistica dei *Global Compacts*.

Per quanto riguarda l'opportunità di adottare i *Global Compacts*, la rappresentante speciale dell'ONU per le migrazioni internazionali non ha fatto mistero di come la "crisi" migratoria europea abbia contribuito a catalizzare un ampio consenso in seno all'Assemblea Generale dell'ONU sull'urgenza di una *governance* coordinata del fenomeno delle migrazioni di massa[119], che opponga al proliferare delle istanze sovraniste e xenofobe la riaffermazione solenne dei diritti dei migranti e dei rifugiati, ma anche delle prerogative e delle responsabilità statali nel controllo delle frontiere esterne.

Per quanto concerne la forma e i contenuti dei *Global Compacts*, essi presentano vistose analogie con gli strumenti cooperativi adottati dall'Unione in attuazione dell'agenda europea sulla migrazione[120]. Tali analogie riguardano, in primo luogo, il *nomen*. L'espressione "*Global Compact*" non è, invero, sconosciuta alla prassi delle Nazioni Unite, essendo stata utilizzata, ad esempio, per qualificare l'iniziativa onusiana di un partenariato tra le grandi multinazionali in materia di responsabilità sociale d'impresa[121]. Il suo impiego in relazione al prodotto finale di un processo negoziale a livello principalmente intergovernativo appare, invece, una novità. Un precedente è chiaramente individuabile, invece, a livello regionale europeo, dove la proposta italiana di un *Migration Compact*[122] ha avuto immediato seguito con l'adozione da parte dell'Unione europea di un quadro di partenariato per la migrazione[123].

Questo nuovo quadro è costruito attorno al "prototipo" della Dichiarazione UE-Turchia[124], intesa quale laboratorio sperimentale di «nuovi modi per mettere ordine nei

119. A. Rasper, *Louise Arbour: European Migrant Crisis 'Generated a Consciousness'*, in *DM – Made for Minds*, 13.7.2018, www.dw.com.

120. Cfr. le due ultime relazioni della Commissione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2018) 250 final, 14.3.2018 e COM(2018) 301 final, 16.5.2018. In termini simili, G. Almeida, K. Bamberg, *The UN Summit for Refugees and Migrants: A Mirror of the Current EU Migration Policy?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 24.11.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

121. L'idea fu lanciata nel 1999 dall'allora Segretario Generale ONU, Kofi Annan, che propose un patto globale tra l'organizzazione universale e le imprese presenti al World Economic Forum di Davos sulla responsabilità sociale d'impresa. Cfr. *Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labour, Environment, in Address to World Economic Forum in Davos*, Press Release SG/SM/6881, 1999. V. anche Assemblea Generale ONU, *Towards Global Partnerships: A Principle-Based Approach to Enhanced Cooperation between the United Nations and All Relevant Partners*, UN Doc. A/RES/68/234, 20.12.2013.

122. *Italian Non-Paper – Migration Compact. Contribution to an EU Strategy for External Action on Migration*, 15.4.2016, reperibile *online*.

123. Comunicazione della Commissione, *sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 final, 7.6.2016 (nel prosieguo: "quadro di partenariato UE"). I Paesi terzi individuati ai fini della conclusione di questi patti sono indicati nella quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di partenariato, COM(2017) 471 final, 6.9.2017.

124. Sulla Dichiarazione UE-Turchia, cfr. *ex multis*, C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M.

flussi migratori e salvare vite, producendo effetti immediati»[125]. Esso ambisce all'istituzione di partenariati solidi e affidabili con i Paesi terzi di origine e di transito dei flussi, basati sulla fiducia reciproca e sulla condivisione delle responsabilità[126]. Tali partenariati prevedono la conclusione di patti "su misura" ("*compacts*"), nonché «l'uso di mezzi di pressione»[127] e la mobilitazione di «elementi di competenza degli Stati membri» a sostegno dell'approccio europeo[128].

Nella prassi, i *compacts* sinora conclusi dall'Unione si presentano come allegati a decisioni dei consigli di associazione istituiti da accordi internazionali conclusi dall'Unione europea nel quadro dell'approccio globale dell'Unione alla migrazione e alla mobilità (GAMM)[129]. Ad essi la nuova strategia europea associa la conclusione di intese politiche, come le "agende comuni sulla migrazione e la mobilità"[130], i "comunicati congiunti" nell'ambito del dialogo di alto livello sulla migrazione[131], gli "accordi operativi" tra

---

Marchegiani, L. Marotti, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in questa *Rivista*, 1-2.2016, p. 59 ss.

125. Quadro di partenariato UE, p. 2.

126. In questi termini si esprime la Dichiarazione di Malta che funge altresì da anello di congiunzione tra il quadro di partenariato sulla migrazione e il piano d'azione di La Valletta del 2015, che istituisce il fondo fiduciario per l'Africa. Cfr. *Malta Declaration by the Members of the European Council on the External Aspects of Migration: Addressing the Central Mediterranean Route*, Statements and Remarks 43/17, punti 4 e 7.

127. Quadro di partenariato UE, p. 6.

128. Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2016, EUCO 26/16, p. 2. In argomento, ci sia consentito rinviare al nostro articolo in questa *Rivista*, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, 3-4.2016, p. 9 ss.

129. Questo è il caso dei *compacts* conclusi dall'Unione con i paesi limitrofi alla Siria, ovvero il Libano e la Giordania, che assieme alla Turchia sopportano l'onere maggiore dell'accoglienza dei profughi siriani. Cfr. la dec. 1/2016 del Consiglio di associazione UE-Libano dell'11.11.2016, adottata sulla base dell'art. 76 dell'accordo euromediterraneo tra l'Unione europea e il Libano del 17.6.2002, al fine di fissare le *Partnership Priorities* nell'attuazione dell'accordo, UE-RL 3001/16. V. anche dec. 2016/2310/UE del 17.10.2016 relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di Consiglio di associazione istituito dall'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e il Regno hascemita di Giordania, dall'altra, in merito all'adozione delle priorità del partenariato UE-Giordania. In argomento, M. Panizzon, *Trade and Migration: A Typology of the Linkage in EU Trade and Association Agreements?*, in *Pathways Towards Legal Migration Into the EU: Reappraising Concepts*, a cura di A. Geddes, E. Guild, S. Carrera, M. Stephan, Brussels, 2017, p. 128 ss.

130. È il caso di Nigeria ed Etiopia, Paesi con i quali sono state concluse *Common Agendas on Migration and Mobility* nel 2015 e che in seguito all'adozione del quadro di partenariato sono stati individuati come Paesi "pilota" in ragione della relativa stabilità interna e dell'importanza di tali Paesi dal punto di vista dei flussi che vi transitano (nel primo caso) ovvero della "produzione" netta di rifugiati (nel secondo caso). Sugli sviluppi della cooperazione cfr. i *Factsheets*: *Nigeria, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017*; *Ethiopia, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017*, entrambi accessibili *online*. In argomento, C. Castillejo, *The EU Migration Partnership Framework. Time for a Rethink?*, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik Discussion Paper 28/2017, p. 24 ss.

131. Si pensi ai comunicati congiunti adottati nel 2016 dall'Unione europea con il Mali e l'Afghanistan, che in nulla si distinguono da accordi internazionali per contenuti e forma, ma le cui modalità di negoziato e conclusione sono assimilabili a quelle della Dichiarazione UE-Turchia. A differenza della Dichiarazione UE-Turchia, però, in ambo i casi le istituzioni dell'Unione hanno riconosciuto l'imputabilità all'Unione stessa dei comunicati congiunti, pur negando agli stessi valore giuridico vincolante. Cfr. Mali-EU Joint Communiqué on the High Level Dialogue on Migration, as part of

l'Agenzia Frontex e le autorità competenti dei Paesi terzi di transito per il distaccamento di ufficiali di collegamento[132] e i "piani d'azione" per il sostegno (essenzialmente finanziario) alla cooperazione tra gli Stati membri frontalieri e Paesi terzi di transito con cui l'Unione non può o non vuole intrattenere forme dirette di cooperazione istituzionalizzata[133].

Questi strumenti "atipici" di partenariato prendono il posto dei classici accordi di riammissione o di facilitazione del visto. Molti di essi condividono con i *Global Compacts* l'espressa qualificazione di atti formalmente non vincolanti e quindi in grado di bypassare l'*iter* procedurale per l'adozione degli accordi internazionali. Al contempo, si atteggiano ad atti integrativi o di dettaglio di norme contenute in accordi internazionali ovvero sono

---

the follow-up to the Valletta Summit, Bamako, 15.4.2016; Joint Way Forward on Migration Issues, 2.10.2016. Sugli sviluppi della cooperazione col Mali, cfr. il *Factsheet: Mali, Action and Progress Under the Migration Partnership Framework, June 2016-June 2017*, accessibile online. La cooperazione con l'Afghanistan, invece, si inserisce nella strategia dell'Unione per i paesi situati sulla via della seta, tra cui anche il Bangladesh (con cui esistono forme stabili di cooperazione operativa), il Pakistan (che intrattiene relazioni bilaterali con numerosi Stati membri) e l'Egitto (che è legato all'Unione da un accordo di associazione). In argomento, L. Limone, *EU-Afghanistan "Joint Way Forward on Migration Issues": Another "Surrealist" EU Legal Text?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 11 April 2017, www.free-group.eu; N. Koenig, M.W. Franke, *One Year On: What Lessons from the EU-Turkey "Deal"?*, in *Jacques Delors Institut Blog*, 17.3.2017, www.delorsinstitut.de. Più in generale, sull'impatto dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione, cfr. F. Trauner, S. Deimel, *The Impact of EU Migration Policies on African Countries: The Case of Mali*, in *International Migration*, 2013, p. 20 ss.

132. È il caso del Niger, già integrato nel dispositivo europeo di sicurezza attraverso l'operazione civile *EUCAP Sahel Niger* e la costruzione di un Centro polifunzionale ad Agadez per il controllo e la gestione dei flussi migratori, che ha ricevuto di recente gli ufficiali di collegamento di Frontex. È altresì il caso del Senegal, ove è stata istituita una cellula di analisi dei rischi della comunità di *intelligence* Africa-Frontex nell'ambito della cooperazione con l'Agenzia. In argomento, A. Stocchiero *et al.*, *Partnership or Conditionality? Monitoring the Migration Compacts and EU Trust Fund for Africa*, Concord Italy, 2018; C. Bauloz, *The EU Migration Partnership Framework: an External Solution to the Crisis?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 31.1.2017, www.eumigrationlawblog.eu.

133. È il caso della Libia e della Tunisia, Paesi che intrattengono stabili relazioni bilaterali con l'Italia e con i quali l'Unione collabora attraverso il supporto offerto a tale Stato membro. Per quanto riguarda la Libia, cfr. il par. 4 delle conclusioni del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione del 15 dicembre 2016, la lett. i) della già citata Dichiarazione di Malta e il piano d'azione sulle misure a sostegno dell'Italia e per ridurre la pressione sulla rotta del Mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà, SEC(2017) 339, 4.7.2017. V. anche il *Factsheet: EU - Libya Relations*, accessibile *online*. Per quanto riguarda la Tunisia, v. il par. 4.6 della comunicazione della Commissione e dell'Alto Rappresentante, *Intensificare il sostegno dell'UE alla Tunisia*, JOIN(2016) 47 final, 29.9.2016. Si noti che la Dichiarazione UE-Turchia ha fatto da apripista anche rispetto a questo modello di cooperazione "mediata" tra l'Unione e i Paesi terzi di importanza strategica per la difesa delle frontiere europee, attraverso la pressione esercitata dall'Unione sulla Grecia al fine di addivenire a una modifica della propria legislazione interna funzionale a rendere più spedita l'attuazione della Dichiarazione. Rispetto alla Dichiarazione, nei casi suesposti, peraltro, la "mediazione" avviene per il tramite della cooperazione bilaterale dello Stato membro in assenza di un *engagement* formale dell'Unione o della collettività degli Stati membri, come la Dichiarazione UE-Turchia. In questo modo, la mobilitazione di «elementi di competenza degli Stati membri» a sostegno del quadro di partenariato consente all'Unione di aggirare più facilmente la responsabilità internazionale derivante dalla cooperazione con Stati terzi in cui la tutela dei diritti fondamentali è ben al di sotto degli *standard* europei. Il principio di leale cooperazione, quindi, da limite all'azione esterna degli Stati membri dell'Unione negli ambiti di competenza concorrente, viene riconfigurato come presupposto per l'assunzione da parte di questi ultimi di impegni internazionali funzionali alla realizzazione delle politiche dell'Unione laddove vincoli "costituzionali" o limiti "politici" ostacolino un'azione diretta dell'Unione.

redatti in modo da esprimere un chiaro *animus contrahendi* o ancora – soprattutto nell'ambito della cooperazione operativa – delineano la cornice giuridica all'interno della quale possono essere dispiegate attività fortemente intrusive dei diritti fondamentali dei migranti e dei rifugiati. Lo iato tra la pretesa natura *soft* di questi strumenti e la crescente incidenza che essi sono in grado di dispiegare sui diritti fondamentali rende più gravosa l'incertezza sulla loro qualificazione giuridica, mettendo in luce il crescente *deficit* di *accountability* nell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione e asilo.

D'altra parte, l'espansione della "zona grigia", sottratta al controllo politico e giurisdizionale, non è il prodotto casuale di un'eterogenesi dei fini. La *ratio* del nuovo approccio europeo al partenariato in materia di immigrazione e asilo è, infatti, proprio quella di accrescere l'*efficacia* della cooperazione con i Paesi terzi volta al contenimento dei flussi di massa, dando «priorità assoluta alla realizzazione di rimpatri rapidi e operativi»[134] ed evitando «il rischio che l'attuazione pratica venga ritardata da negoziati tecnici per un accordo formale a tutto tondo»[135].

L'enfasi sull'efficacia della cooperazione, e sulla necessità che essa produca risultati tangibili ed immediati, caratterizza anche il contributo dell'Unione ai *Global Compacts*, pensati come «Programme[s] of Action of result-oriented commitments»[136], in grado di superare i limiti della cooperazione "tradizionale" sulle migrazioni[137]. La natura *soft* dei *Global Compacts* viene, quindi, presentata come un valore aggiunto[138] nella prospettiva del passaggio dalla mera "gestione" *uti singuli* a una più ambiziosa "*governance*" *uti universi* della migrazione di massa[139]. L'ambizione, tuttavia, non è quella dello sviluppo progressivo dello *ius migrandi* internazionale[140] – nel qual caso si sarebbe evidentemente optato per un

134. Quadro di partenariato UE, p. 8.

135. Comunicazione della Commissione, *prima relazione sui progressi compiuti relativamente al nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 700 final, 18.10.2016, p. 3.

136. *EU Input to the UN Secretary-General's Report on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Making Migration Work for All*, UN Doc. A/72/643, 12.12.2017, p. 1.

137. *Ibidem*: «The future Global Compact on Migration should be a non-legally binding document resulting from an intergovernmental process, at the same time going beyond the declaratory nature of the New York Declaration by setting forth specific priorities and actions/chapters and linking them to a follow-up and monitoring mechanism».

138. In tal senso, *EU Priorities at the United Nations and the 73rd United Nations General Assembly (September 2018 – September 2019)*, Doc. 10056/18, 25.6.2018, p. 3.

139. Sui concetti di "gestione" e "*governance*" migratoria cfr. Global Migration Group, *Input to the Secretary-General's Issue Brief. Issue Brief #3, International Cooperation and Governance of Migration in All Its Dimensions Including at Borders, On Transit, Entry, Return, Readmission, Integration and Reintegration*, accessibile *online* (nel prosieguo: "*Issue Brief #3*").

140. Ciò trova conferma nella dichiarazione resa dal rappresentante dell'Unione durante la terza consultazione formale per il patto globale sui rifugiati: «In line with the non-binding nature of the Compact, it is clear that no legal obligations can arise from it, neither for host countries, nor for donors, resettlement countries or other actors. The Compact seeks to foster comprehensive responses through a cooperative framework and an improved system of burden- and responsibility-sharing». Cfr. *Global Compact on Refugees – 3rd Formal Consultations on Draft 1*, Doc.180416/3,

progetto di articoli, alla stregua di quello sulla protezione dei diritti umani delle persone espulse o in via di espulsione[141] – bensì dell'avanzamento di forme fluide e de-proceduralizzate di cooperazione tra attori statuali, organizzazioni internazionali e altri enti non statuali, sovente privi di legittimazione democratica eppur dotati di incisivi poteri di fatto[142].

Questo processo di de-formalizzazione della cooperazione internazionale è il vero tratto distintivo della nuova *governance* internazionale ed europea delle migrazioni di massa. Esso è stato avallato, a livello universale, come soluzione all'*impasse* del multilateralismo tradizionale, ovvero di «situations where a large number of states are unable to reach agreement through formal processes»[143], e, a livello europeo, come strategia di ottimizzazione del GAMM, basata sulla conclusione di intese "leggere", caratterizzate dalla commistione degli obiettivi e degli strumenti d'azione[144].

Questa commistione – anche nota come approccio "integrato" o "intersettoriale"[145] – mira a superare gli steccati giuridici delle diverse forme di cooperazione che (direttamente o indirettamente) sono in grado di influenzare il governo dei flussi migratori attraverso strumenti atipici, ibridi o di natura tecnica, che sfuggono ai "lacci e lacciuoli" che imbrigliano le forme di cooperazione tradizionale. L'assenza di forma diviene, quindi, una precisa opzione politica, funzionale a portare avanti una «"de-giurisdizionalizzazione" delle procedure di tutela dei diritti dei migranti»[146] e dei rifugiati, tanto a livello regionale quanto a livello universale.

6. *(segue)* b) i profili di criticità sostanziale

Le analogie tra gli strumenti cooperativi adottati dall'Unione in attuazione dell'agenda europea sulla migrazione e i *Global Compacts* non si esauriscono agli aspetti formali. Invero, possono enuclearsi cinque ambiti nei quali l'approccio "integrato" europeo ha

11.4.2018; *EU Remarks – United Nations: UNHCR Briefing on the Global Compact on Refugees*, Doc. 180413/13, 13.4.2018.

141. V. *supra*, par. 2.

142. A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 139 ss., www.costituzionalismo.it.

143. Issue Brief #3, p. 3.

144. In argomento, R.A. Wessel, *'Soft' International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles?*, Draft paper, presented at the ECPR SGEU Conference, Paris 13-15.6.2018, accessibile *online*; P. García Andrade, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *European Papers*, 2016, p. 115 ss.

145. V. ad es. la comunicazione della Commissione, *agenda europea sulla sicurezza*, COM(2015) 185 final, 28.4.2015, p. 4.

146. In questi termini, G. Cataldi, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare*, in *Migrazioni e diritto internazionale*, cit., p. 585 ss., p. 600.

rappresentato la pietra di paragone nell'elaborazione delle proposte e delle soluzioni contenute nei due patti globali.

Il primo ambito è quello dell'informazione, che assurge a principale strumento di governo e di contenimento delle migrazioni di massa. L'ambizione della completa tracciabilità della mobilità umana attraverso le moderne tecniche di raccolta e condivisione delle informazioni appare centrale in entrambi i *Compacts* e si pone in piena continuità con la costruzione dei c.d. "*smart borders*" a livello europeo, oltre che con l'elaborazione giuridica del concetto di interoperabilità[147].

Il secondo ambito è quello della cooperazione operativa volta alla prevenzione e alla deterrenza degli attraversamenti non autorizzati alle frontiere esterne. Come noto, nel diritto dell'Unione, tale cooperazione mira alla «istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne»[148], il cui funzionamento riposa sulla «responsabilità condivisa dell'Agenzia e delle autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere»[149]. Tanto il concetto di gestione integrata delle frontiere esterne quanto quello di responsabilità condivisa sono trasposti *de plano* nel testo del patto globale sulla migrazione[150] e messi al servizio dell'approccio preventivo al contrasto dell'immigrazione irregolare. La cooperazione internazionale per una gestione integrata dei confini viene presentata come «an important element of security for States»[151], che rafforza la potestà statale di *prevenire* gli attraversamenti non autorizzati delle frontiere esterne[152] e di *limitare* l'accesso dei rifugiati alle procedure di riconoscimento dello *status* «subject to the safeguard that they will have access to, and enjoyment of, protection elsewhere»[153]. L'efficacia della gestione integrata delle frontiere si lega, quindi, a doppio filo alla ricerca di forme di "protezione altrove", che facciano salvo – almeno formalmente – il divieto di *refoulement*[154].

147. High-Level Expert Group on Information Systems and Interoperability, Final Report, May 2017, Ref. Ares(2017)2412067, 11.05.2017.

148. Articolo 77 TFUE, su cui A. Adinolfi, *Commento all'art. 77 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 474 ss.

149. Reg. 2016/1624/UE del 14.9.2016, *cons.* 6 e art. 5.

150. Sul concetto di *Integrated Border Management* v. Commissione europea, *Thematic Global Evaluation of the European Union's Support to Integrated Border Management and Fight Against Organised Crime. Final Report*, vol. I, 2013, p. 13 ss.

151. Dichiarazione di New York, par. 24.

152. *Ibid.*: «We reaffirm that, in line with the principle of non-refoulement, individuals must not be returned at borders. We acknowledge also that, while upholding these obligations and principles, States are entitled to take measures to prevent irregular border crossings».

153. *Ivi*, par. 70.

154. Sui tentativi di relativizzare il principio anche a livello europeo, peraltro, cfr. Parlamento europeo, *Situazione dei migranti in Libia, intervento dell'on. Barbara Spinelli, a nome del gruppo GUE/NGL*, discussione n. 16, 12.12.2017.

Il terzo ambito riguarda la cooperazione internazionale nella prevenzione e nel contrasto allo *smuggling* e al *trafficking*, che assume un rilievo del tutto primario tra le forme di cooperazione considerate nel patto globale sulla migrazione[155], cui fa da contraltare l'indebolimento dell'impegno collettivo alla creazione di percorsi migratori sicuri e legali[156]. Il paradosso è, quindi, quello di un *Compact* in cui l'obiettivo di una mobilità umana "sicura, ordinata e regolare" non è perseguito in via principale attraverso la creazione di canali regolari d'immigrazione, bensì per il tramite della lotta contro le reti criminali transnazionali che prolificano proprio grazie all'assenza di canali regolari. Il fine dichiarato della lotta è quello di distruggere il modello di *business* di queste reti, a causa del quale «refugees and migrants in large movements are at greater risk»[157]. Il pericolo in cui incorrono i migranti nell'affidarsi ai trafficanti e ai facilitatori per giungere nei Paesi di destinazione è quindi esorcizzato ingaggiando una vera e propria "*war on smuggling*", sul modello di quella lanciata dall'Unione con l'operazione *EUNAVFOR Med (Sophia)*[158]. L'enfasi sulla prevenzione e il contrasto dello *smuggling* e del *trafficking* viene, quindi, presentata come una "risposta umanitaria" agli afflussi massicci[159] e, nondimeno, contribuisce a spostare il *focus* dalla sicurezza umana alla sicurezza delle frontiere.

Il quarto ambito è quello della cooperazione allo sviluppo, che viene subordinata alle finalità della *governance* delle migrazioni di massa, in particolare alla riammissione dei migranti, al rientro volontario dei rifugiati e al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dei Paesi di transito dei flussi[160]. Tale subordinazione è descritta, in uno dei documenti con cui l'Unione ha contribuito alle consultazioni per il patto globale sui rifugiati, come parte di «a new development-oriented approach to forced displacement and protracted crises, with a focus on reducing aid-dependence and fostering self-reliance»[161]. Questo approccio, che guarda alle cause profonde delle migrazioni e mira a intervenire sui

155. *Ivi*, par. 36: «We welcome reinforced technical cooperation, on a regional and bilateral basis, between countries of origin, transit and destination on the prevention of human trafficking and migrant smuggling and the prosecution of traffickers and smugglers».

156. Sul punto, il linguaggio usato dalla Dichiarazione di New York è particolarmente evanescente, riferendosi genericamente a «well-managed migration policies [which] may include the creation and expansion of safe, regular pathways for migration» (*ivi*, Annex II, par. III.8).

157. *Ivi*, par. 35.

158. Cfr. la dec. 2015/778/PESC del 18.5.2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (*EUNAVFOR Med*). In argomento, F. De Vittor, *I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico di migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?*, in *SIDI Blog*, 27.4.2015, www.sidiblog.org.

159. V. Moreno-Lax, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, p. 1 ss.

160. *Global Compact on Migration*, obiettivo 21.

161. *Global Compact on Refugees, Fifth Thematic Session, Third Panel: In What Ways Can Regional Institutions Contribute to Comprehensive Refugee Responses?*, Doc. 171115/11, 15.11.2017, p. 3.

push factors attraverso la cooperazione allo sviluppo, incorre tuttavia nel limite di un impiego massiccio della condizionalità (c.d. "*more for more principle*") per esigenze di contenimento e diversione dei flussi di massa di migranti e rifugiati.

Anche nei *compacts* negoziati dall'Unione europea nell'ambito del quadro di partenariato sulla migrazione l'uso della condizionalità "migratoria" travalica i confini degli strumenti tradizionali, come la politica dei visti[162]. La condizionalità si estende all'aiuto allo sviluppo e finanche alla politica commerciale, che divengono funzionali a garantire l'effettività della cooperazione dei Paesi terzi nel contenimento delle partenze dei rifugiati[163]. Di conseguenza, l'obiettivo primo e principale della cooperazione europea per lo sviluppo sostenibile dei Paesi di origine e di transito dei flussi migratori finisce per traslare dalla riduzione della povertà[164] alla immobilizzazione dei rifugiati di massa nel Paese di transito. Lo "sviamento" della cooperazione allo sviluppo è dunque particolarmente pernicioso, non solo in quanto si pone in contrasto con il fine assegnato a tale cooperazione dal Trattato di Lisbona[165], ma anche perché lo sostituisce con un fine che appare in netto contrasto con un diritto umano di fondamentale rilevanza nella *governance* delle *mass migrations*: quello di lasciare qualsiasi Paese[166].

Infine, l'ultimo ambito è quello degli strumenti di condivisione dell'onere migratorio e dell'asilo. I *Global Compacts* riaffermano con solennità i principi di mutua fiducia, responsabilità condivisa e di solidarietà[167] e, al contempo, non ne offrono una definizione giuridicamente rilevante, né delimitano l'ambito di operatività degli stessi, ad esempio, in relazione a quelli che il patto globale sui rifugiati definisce come «[a]rrangements for burden- and responsibility-sharing»[168]. Emblematicamente, il patto globale sui rifugiati propone la conclusione di accordi tra l'UNHCR e gli Stati "particolarmente toccati", intesi a favorire il ritorno volontario dei rifugiati[169], ma non introduce alcun meccanismo,

162. Sulla riforma del sistema dei visti, volta a introdurre «stricter conditions for processing visas when a partner country does not cooperate sufficiently on the readmission of irregular migrants», cfr. *Remarks by Commissioner Avramopoulos on the Reform of the EU Visa Policy. Progress Made on Migration and the Facility for Refugees in Turkey*, SPEECH/18/2001, 14.3.2018.

163. Parlamento europeo, *Briefing – Growing Impact of EU Migration Policy on Development Cooperation,* 2017.

164. V. gli artt. 3, par. 5, TUE; 21, par. 2, lett. d), TUE; 208, par. 1, TFUE.

165. Sul problema della coerenza di queste intese con il diritto dell'Unione cfr. A. Adinolfi, *Alcune riflessioni sulla reazione dell'Unione europea alle violazioni dei diritti umani in Turchia e sui possibili strumenti di contrasto*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, cit., p. 223 ss., p. 227.

166. N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 591 ss. In generale, V. Chetail, *The Transnational Movement of Persons Under General International Law – Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, in *Research Handbook on International Law and Migration*, a cura di V. Chetail, C. Bauloz, Cheltenham, 2014, p. 1 ss.

167. Dichiarazione di New York, par. 11: «We acknowledge a shared responsibility to manage large movements of refugees and migrants in a humane, sensitive, compassionate and people-centred manner».

168. *Global Compact on Refugees*, p. 4.

169. *Ivi*, par. 88.

neppure di emergenza, per il *resettlement* dei rifugiati[170]; anzi, prevede che «all efforts under the global compact will align with the existing multilateral resettlement architecture» e ridimensiona le aspettative sulla possibilità di rinvigorire la solidarietà internazionale nella condivisione dell'onere dell'asilo[171].

Analogamente, nelle nuove forme di partenariato in materia di asilo sviluppate dall'Unione europea a partire dalla Dichiarazione UE-Turchia, i principi di mutua fiducia e responsabilità condivisa vengono "esternalizzati"[172] al fine di legittimare un utilizzo strumentale del principio di solidarietà, dietro cui si cela la dismissione delle responsabilità europee in materia di asilo. Emblematica di questo approccio è la "riconversione" della funzione del *resettlement*, che da espressione tipica della solidarietà internazionale diviene – nella Dichiarazione UE-Turchia – strumento di deterrenza e contenimento dell'arrivo spontaneo di richiedenti asilo in Europa.

La cifra del contributo dell'Unione all'elaborazione dei patti globali passa, dunque, attraverso un atteggiamento fortemente conservativo rispetto ad alcuni elementi della precedente gestione delle migrazioni di massa – come la dicotomia tra rifugiato e migrante economico e l'obbligo di riammissione – cui si accosta l'esportazione sul piano internazionale dei principi che regolano la cooperazione intra-europea in materia di immigrazione e asilo[173].

Tuttavia, in questo passaggio i principi ordinatori dell'azione "interna" dell'Unione in materia di immigrazione e asilo perdono la funzione assolta nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Così, il principio solidarietà – da norma-base di un ordinamento quasi-

170. Principale elemento di rilievo è l'elaborazione di una strategia triennale da parte dell'UNHCR per cercare di espandere le quote del *resettlement* (*ivi*, par. 91).

171. *Ivi*, par. 90.

172. In tal senso, la quota di richiedenti che gli Stati membri si erano originariamente impegnati ad accogliere a beneficio all'Ungheria nell'ambito del programma di *relocation* intra-UE è stata ridestinata, a seguito del rifiuto ungherese di beneficiare di tale programma, al *resettlement* dei rifugiati dalla Turchia all'UE, con conseguente "esternalizzazione" di un meccanismo di solidarietà emergenziale basato sull'art. 78, par. 3, TFUE e preposto alla cooperazione tra gli Stati membri. Cfr. S. Peers, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24.9.2015, www.eulawanalysis.blogspot.com.

173. Eloquente sul punto è la Dichiarazione conclusiva del *summit* UE-Africa 2017, che appare come l'esempio perfetto della schizofrenia di un dispositivo sanzionatorio delle migrazioni di massa fondato su modelli avanzati di delega delle responsabilità, malcelati dalla logica delle "responsabilità condivise". Cfr. *Remarks by President Donald Tusk opening the 5th African Union-European Union Summit in Abidjan*, Statements and Remarks 708/2017, 29.11.2017; African Union-European Union Summit 2017, *Declaration: Investing in Youth for Accelerated Inclusive Growth and Sustainable Development*, Doc. AU-EU/Decl. 1(V), 29-30.11.2017. Cfr. in particolare il par. 10, che contiene un chiaro richiamo terminologico al patto globale sulla migrazione e all'importanza di «effectively managing irregular migration in a spirit of genuine partnership and shared responsibility, *in full respect of national law*» (corsivo aggiunto); il par. 15, ove la cooperazione UE-UA in materia migratoria viene direttamente collegata alla strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea; i parr. 69-75, che delineano le priorità della cooperazione in materia migratoria: preservazione della vita umana dei migranti attraverso la c.d. "*war on smuggling*" e la prevenzione dei flussi e protezione dei migranti *manifestamente* vulnerabili.

federale – si riduce a forma di assistenza volontaria perlopiù finanziaria ai Paesi specialmente toccati, fornita sulla base di condizionalità in materia di riammissione, controllo dei confini e prevenzione delle partenze; il principio di responsabilità condivisa, da norma cardine nell'articolazione di una risposta *uti universi* alle sfide globali, diviene funzionale al *burden-shifting*; infine, il principio di fiducia reciproca, da strumento di realizzazione della leale cooperazione tra tutti gli attori coinvolti nell'attuazione delle politiche europee, diviene il lasciapassare per l'affermazione di presunzioni generalizzate di sicurezza dei Paesi terzi ai fini dell'esternalizzazione dell'asilo[174]. Le ripercussioni di questo processo di "esternalizzazione" dei principi ordinatori dell'azione "interna" dell'Unione in materia di immigrazione e asilo rischiano, però, di ricadere drammaticamente sulla cooperazione intra-europea, contribuendo all'affermazione del paradigma della solidarietà volontaria, differenziata e condizionata, anche nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione[175].

7. Il recepimento del patto globale sulla migrazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: a) le basi giuridiche di diritto sostanziale

L'esternalizzazione dei principi ordinatori dell'azione "interna" dell'Unione in materia di immigrazione e asilo potrebbe essere il prezzo da pagare per l'assenza di un consenso europeo in ordine alla relazione tra solidarietà e responsabilità. D'altra parte, la partecipazione attiva dell'Unione europea al processo negoziale relativo all'adozione dei patti globali non risponde alla sola volontà politica di contribuire alla riforma della

174. Quest'affermazione merita una precisazione. Come noto, infatti, nel diritto dell'Unione, le presunzioni di sicurezza dei Paesi terzi ai fini dell'asilo svolgono una funzione endo-procedurale, ossia che si esaurisce nell'ambito delle procedure di determinazione dello *status* dei cittadini di Paesi terzi. Si tratta, peraltro, di presunzioni relative, la cui applicabilità al caso di specie deve essere valutata nell'ambito dell'esame individuale delle domande d'asilo. Di conseguenza, ad es., la circostanza che la Turchia sia considerata un "Paese terzo sicuro" non osta alla decisione che, nel singolo caso di specie, vi siano fondati motivi per ritenere che un richiedente asilo non possa essere rimandato in Turchia. Questo non può avvenire, invece, nell'ambito delle forme di partenariato che mirano a interdire le partenze dei richiedenti asilo, come la Dichiarazione UE-Turchia (cfr. *ivi*: «Turkey will take any necessary measures to prevent new sea or land routes for illegal migration opening from Turkey to the EU»). In tal caso, la presunzione di sicurezza del paese terzo si assolutizza, in quanto svolge una funzione eso-procedurale, con effetti *ipso facto* indiscriminati e, quindi, incompatibili con il diritto dell'Unione. Né la natura *soft* dell'intesa può essere addotta per aggirare gli obblighi in capo all'Unione e agli Stati membri in materia di rispetto dei diritti fondamentali. Come sottolineato dal Mediatore europeo proprio in relazione alla Dichiarazione UE-Turchia, infatti, la legittimità di qualsiasi forma di partenariato deve essere valutata *ex ante* alla luce di un'analisi d'impatto sui diritti fondamentali. Cfr. *Decision of 18.1.2017 in the joint inquiry into complaints 506-509-674-784-927-1381/2016/MHZ against the European Commission concerning a human rights impact assessment in the context of the EU-Turkey Agreement*, par. 25.

175. Cfr. in particolare J.C. Juncker, *The State of the Union 2016: Towards a Better Europe – A Europe that Protects, Empowers and Defends*, 14 September 2016, ove la solidarietà intra-europea è ridotta a mero dovere morale che sprigiona «from the heart» e «cannot be forced». In argomento, A. Michailidou, H.-J. Trenz, *European Solidarity in Times of Crisis: Towards Differentiated Integration*, ARENA Working Paper 5/2018, p. 7 ss.

governance internazionale delle *mass migrations*. Essa va contestualizzata in una fase storica di aperta contestazione delle politiche europee di immigrazione e asilo[176], i cui rischi sono ben evidenziati dalle conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018[177], dalla diffusa tendenza alla criminalizzazione dell'assistenza umanitaria[178] e dalla chiusura dei porti italiani alle imbarcazioni – private ma anche statali – che trasportano migranti e rifugiati soccorsi in mare nel corso di operazioni di *search and rescue*[179].

In relazione al patto globale sulla migrazione, questi rischi si sono concretizzati allorquando l'Ungheria ha abbandonato il negoziato con la motivazione dell'inconciliabilità delle posizioni ungheresi sull'immigrazione con quelle espresse nel *Compact*[180]. Alla decisione ungherese la Commissione ha reagito con il deferimento di tale Paese alla Corte di giustizia per violazione del diritto dell'Unione in materia di rimpatrio e protezione internazionale, nell'ambito di una procedura di infrazione avviata nel dicembre 2015[181]. Più in generale, a fronte del rischio di frammentazione dell'unità della rappresentanza

176. M. Savino, *La crisi dei migranti: l'Europa oltre gli Stati-nazione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 729 ss.

177. Conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, Press Release 421/18, 29.06.2018. In argomento, M. Di Filippo, *Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018*, in *SIDI Blog*, 9.7.2018, www.sidiblog.org.

178. In argomento, L. Fekete, *Migrants, Borders and the Criminalisation of Solidarity in the EU*, in *Race & Class*, 2018, p. 65 ss. Contro la criminalizzazione della solidarietà si segnala l'iniziativa dei cittadini europei "*Welcoming Europe*" (ECI(2018)000001), presentata il 15.2.2018 e sostenuta dai cittadini di sedici Stati membri.

179. J.C. Hathaway, *Refugees in Orbit – again!*, in *Verfassungsblog*, 11.6.2018, www.verfassungsblog.de; M. Savino, *The Diciotti Affair: beyond the Populist Farce*, *ivi*, 2.9.2018; F. Vassallo Paleologo, *Un mare di abusi, il consenso contro le leggi, prima la salvaguardia della persona*, in *Blog dell'Associazione Diritti e Frontiere (ADIF)*, 23.8.2018, www.a-dif.org.

180. M. Specia, *Hungary Pulls Out of U.N. Global Migration Agreement*, in *The New York Times*, 18.7.2018, www.nytimes.com. Sulla reazione istituzionale a livello europeo, cfr. *Speech by High Representative/Vice-President, Federica Mogherini, at the European Parliament plenary session on the Progress on the UN Global Compact for safe, regular and orderly migration and UN Global Compact on refugees*, Doc. 180313/20, 13.03.2018.

181. *Migration and Asylum: Commission Takes Further Steps in Infringement Procedures against Hungary*, IP/18/4522, 19.7.2018. Si noti che la procedura riguarda numerosi profili della vigente legislazione ungherese in materia di immigrazione e asilo. Quanto all'abbandono del negoziato in sede ONU, in base alla giurisprudenza di Lussemburgo potrebbe dedursi una violazione del diritto dell'Unione (in particolare dei principi di unità della rappresentanza internazionale dell'Unione e di coerenza), derivante dal mancato rispetto, da parte dell'Ungheria, del principio di leale cooperazione. In particolare, la giurisprudenza della Corte ha ricavato da tale principio un dovere di stretta collaborazione tra Stati membri e istituzioni, che pone in capo agli Stati membri obblighi procedurali di informazione e consultazione con la Commissione *prima* di procedere all'esercizio dell'azione esterna. Cfr. ad es. Corte giust., parere 2/91 del 19.3.1993, ECLI:EU:C:1993:106, punti 36 ss.; *Commissione c. Irlanda* (*MOX Plant*), causa C-459/03, sentenza del 30.5.2006, ECLI:EU:C:2006:345, punto 182; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-266/03, sentenza del 2.6.2005, ECLI:EU:C:2005:341, punti 57-58, 63; *Commissione c. Germania*, causa C-433/03, sentenza del 14.7.2005, ECLI:EU:C:2005:462, punti 63-64, 71. Più in generale, sulla situazione in Ungheria v. da ultimo Parlamento europeo, *Resolution of 12.9.2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL))*, P8_TA-PROV(2018)0340.

esterna dell'Unione[182], conseguente al *disengagement* ungherese, le modalità di recepimento del patto globale sulla migrazione nell'ordinamento europeo possono essere lette come un riflesso dell'esigenza di ripristinare un approccio unitario e condiviso alle politiche europee di immigrazione e asilo, nel tentativo di ingabbiare le spinte centrifughe di alcuni Stati membri rispetto a una gestione *uti universi* delle *mass migrations*[183].

A tal fine, la Commissione non ha mancato di sottolineare che l'«approccio unificato dell'UE ha portato a un progetto di patto globale sulla migrazione che tiene ampiamente conto dell'*acquis* e della politica dell'UE e rispecchia il suo obiettivo di promuovere soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite»[184]. Di conseguenza, «è di fondamentale importanza preservare l'unitarietà della posizione dell'UE per garantire che il testo definitivo del patto globale sulla migrazione sia in linea con l'*acquis* e con la politica dell'UE»[185].

Dunque, benché il patto sia qualificato alla stregua di uno strumento che «non crea né intende creare obblighi giuridici ai sensi del diritto nazionale o internazionale»[186], la Commissione ha ritenuto opportuno presentare «eccezionalmente» due proposte di decisione contenenti l'autorizzazione del Consiglio ad approvare, per conto dell'Unione, il patto globale sulla migrazione al termine del processo negoziale.

La *ratio* della proposta di due decisioni per l'adozione dello stesso patto riposa sull'applicazione differenziata delle norme del titolo V TFUE rispetto a Regno Unito, Irlanda e Danimarca[187]. Dal momento che la base giuridica delle proposte di decisione è rappresentata dall'art. 16 TUE, in combinato disposto con gli artt. 79 e 209 TFUE, gli Stati sopra richiamati parteciperanno all'adozione della decisione fondata sugli artt. 16 TUE e 209 TFUE, ma non a quella basata sugli artt. 16 TUE e 79 TFUE.

Al di là delle questioni legate all'integrazione differenziata, l'adozione di due distinte decisioni, con distinte basi giuridiche di diritto sostanziale, è auspicabile per garantire l'autonomia alla politica dell'Unione nel settore della cooperazione allo sviluppo e

182. Corte giust., *Commissione c. Svezia* (*PFOS*), causa C-246/07, sentenza del 20.4.2010, ECLI:EU:C:2010:203, punti 71-73.

183. Per simili rilievi, C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 33 ss.

184. Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad approvare, a nome dell'Unione, il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, COM(2018) 167 final, 2018/0079 (NLE), 21.3.2018, *cons.* 11.

185. Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione ad approvare, a nome dell'Unione, il patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare nell'ambito della politica relativa all'immigrazione, COM(2018) 168 final 2018/0078 (NLE), 21.3.2018, *cons.* 12.

186. Cfr. p. 3 di ambo le proposte citate alle due note che precedono.

187. Cfr. i protocolli 21 e 22 allegati al Trattato di Lisbona. In argomento, E. Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018. Sulla possibilità di *opt in* da parte del Regno Unito, cfr. House of Commons, *Documents considered by the Committee on European Scrutiny on 4 July 2018, item 8, EU approval of the Global Compact on Migration*, accessibile *online*.

rimettere al centro il suo obiettivo principale, ovvero «la riduzione e, a termine, l'eliminazione della povertà»[188]. Come si è visto, infatti, una delle conseguenze del nuovo approccio "integrato" al partenariato con i Paesi terzi basato sui *compacts* è l'aperta strumentalizzazione della cooperazione allo sviluppo ai fini del contenimento dei flussi migratori[189]. Tale deriva potrebbe essere contenuta proprio grazie alla netta separazione, in fase di recepimento del patto globale, degli impegni relativi alla cooperazione allo sviluppo, volta a contrastare le cause profonde delle migrazioni, da quelli più propriamente inquadrabili nell'ambito della cooperazione internazionale per il controllo dei flussi migratori. Mantenere gli steccati giuridici elevati dai Trattati tra questi due ambiti dell'azione esterna dell'Unione[190], evitando di cedere alla chimera di un approccio "olistico", sarebbe peraltro perfettamente coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione. In particolare, non osterebbe a un approccio "settoriale" la decisione della Corte relativa alla controversia tra Commissione e Consiglio sulla base giuridica dell'accordo UE-Filippine, laddove si afferma che «la migrazione, compresa la lotta contro l'immigrazione clandestina, [...] sono integrati nella politica di sviluppo definita nel consenso europeo»[191]. Invero, nelle motivazioni della sentenza si chiarisce che la relazione tra sviluppo e politiche migratorie è tale per cui le seconde devono contribuire alla realizzazione del primo, ossia, *in primis*, alla riduzione della povertà, vista come «la più efficace risposta a lungo termine alla migrazione forzata e clandestina»[192]. D'altra parte, la giurisprudenza di Lussemburgo non ha mancato di sottolineare che la qualificazione di un accordo come «accordo di cooperazione allo sviluppo» prescinde dalla presenza nell'accordo di clausole riguardanti materie specifiche, come quella migratoria, «purché tali clausole non comportino obblighi di una tale portata [da costituire] scopi distinti da quelli della cooperazione allo sviluppo»[193].

188. Articolo 208 TFUE.

189. Tale approccio è definito nel «consenso europeo in materia di sviluppo», contenuto nella dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione europea (2017/C 210/01), il cui par. 40 afferma: «L'UE e i suoi Stati membri adotteranno un approccio più coordinato, olistico e strutturato alla migrazione, massimizzando le sinergie e applicando il necessario effetto leva tramite l'uso di tutti gli strumenti, i mezzi e le politiche pertinenti dell'UE, tra cui lo sviluppo e il commercio».

190. Come noto, la cooperazione allo sviluppo è espressamente regolata nella parte V (azione esterna), titolo III, TFUE, mentre l'ambito dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione e asilo è disciplinato in maniera espressa (come nel caso dell'art. 79, par. 3, e dell'art. 78, par. 2, lett. g), TFUE) o implicitamente derivabile dalle norme della parte III (politiche e azioni interne dell'Unione), titolo V TFUE.

191. Corte giust., *Commissione c. Consiglio*, causa C-377/12, sentenza dell'11.6.2014, ECLI:EU:C:2014:1903, punto 49.

192. *Ibidem*.

193.Corte giust., *Portogallo c. Consiglio*, causa C-268/94, sentenza del 3.12.1996, ECLI:EU:C:1996:461, punto 39; *Commissione c. Consiglio*, causa C-91/05, sentenza del 20.5.2008, ECLI:EU:C:2014:1903, punto 72. In

La vera sfida nell'attuazione del *Global Compact* da parte dell'Unione sarà, quindi, quella di assicurare la coerenza[194] e la compatibilità del nuovo modello "integrato" di cooperazione allo sviluppo con le disposizioni dei Trattati che lo regolano: *in primis*, con gli artt. 208 e 209 TFUE e, più in generale, con i principi ordinatori dell'azione esterna dell'Unione[195]. Solo in questo modo l'Unione potrà offrire un contributo fattivo alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile figuranti nell'agenda 2030[196].

8. *(segue)* b) la base giuridica procedurale

Passando dal profilo dei contenuti a quello della procedura per il recepimento del patto globale, occorre sottolineare che il richiamo alla base giuridica di cui all'art. 16 TUE è giustificato dalla natura non vincolante del *Global Compact*, che esclude il ricorso al procedimento di cui all'art. 218 TFUE[197]. Invero, quest'ultimo rappresenta una specifica applicazione, nell'ambito della conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, del principio dell'equilibrio istituzionale[198] riflesso nelle disposizioni del titolo III TUE, che assegna al Consiglio la «funzione di definizione e il coordinamento delle politiche» (art. 16 TUE) e alla Commissione quella di assicurare «la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati» (art. 17, par. 1, TUE). E, difatti, le modalità prescelte per il recepimento del *Global Compact* sono coerenti con quelle previste per l'esercizio del *treaty-making power* da parte dell'Unione, dal momento che la procedura descritta nelle due proposte di decisione del Consiglio riflette *mutatis mutandis* quella di cui al par. 7 dell'art. 218 TFUE, sulle modifiche a un accordo internazionale adottate con procedura semplificata.

Il problema della modalità di recepimento del patto globale si pone tuttavia in relazione al rispetto delle prerogative del Parlamento europeo nell'azione esterna dell'Unione. Infatti, pur privo di effetti giuridici vincolanti, il patto globale riguarda settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria ed è idoneo a incidere sul quadro istituzionale della cooperazione allo sviluppo dell'Unione, la cui attuazione ben può presentare ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione[199]. Orbene, se si fosse

---

argomento, G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010, p. 133 ss.; P. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 376 ss.

194. Sul principio di coerenza cfr. l'art. 21 TUE e l'art. 7 TFUE. In argomento, A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009.

195. Cfr. l'art. 3, par. 5, TUE e l'art. 21 TUE, soprattutto il par. 2, lett. b), d) e h).

196. Assemblea Generale ONU, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1, 25.9.2015, in particolare l'obiettivo 10.7.

197. In questi termini, C. Carletti, M. Borraccetti, *op. cit.*, p. 36 ss.

198. Articolo 13, par. 2, TUE.

199. Articolo 218, par. 6, punti iii), iv), v), TFUE.

trattato di un accordo internazionale, il rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare avrebbe richiesto l'*approvazione* (e non la mera consultazione) del Parlamento europeo ai fini della formazione della volontà dell'Unione, escludendo l'ipotesi di conclusione dell'accordo in forma semplificata. C'è da chiedersi, dunque, se il rispetto delle norme interne sulla competenza a stipulare accordi internazionali, che sono il riflesso dell'equilibrio istituzionale europeo, non imponga particolari cautele procedurali all'atto dell'adozione di strumenti di *soft law* negli ambiti materiali in cui la procedura dell'art. 218 TFUE richiede l'approvazione parlamentare[200].

Sul punto, si rileva in via preliminare che nell'ordinamento dell'Unione il rispetto delle forme assume una rilevanza costituzionale[201]. Occorre, quindi, guardare alla relazione che intercorre tra il procedimento di cui all'art. 218 TFUE e i principi strutturali che regolano i rapporti inter-istituzionali nell'ordinamento giuridico europeo, primo fra tutti il principio dell'equilibrio istituzionale. Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla conclusione di accordi *soft* o "amministrativi" da parte della Commissione[202], il procedimento di cui all'art. 218 TFUE riflette, sul piano esterno, la distribuzione dei poteri tra le istituzioni europee, che regola l'esercizio delle competenze normative sul piano interno. Di conseguenza, benché l'ambito di applicazione di tale procedimento sia limitato alla conclusione di accordi giuridici vincolanti dell'Unione[203], il riparto dei poteri delle istituzioni dell'Unione in relazione alla conclusione degli stessi deve trovare applicazione anche per la cooperazione in ambito *soft*. Questo perché la natura di *soft law* o di *hard law* degli impegni internazionali assunti dall'Unione non incide sulla competenza a stipulare, né sulla titolarità e sul riparto dei poteri tra le istituzioni e gli Stati membri[204].

Nel silenzio dei trattati, quindi, la procedura da seguire per la conclusione di atti internazionali di natura *soft* deve essere tale da garantire l'integrale rispetto dei principi strutturali e degli obiettivi dell'ordinamento giuridico dell'Unione[205]. Nella misura in cui la

200. In argomento, P. García Andrade, *The Role of the European Parliament in the Adoption of Non-Legally Binding Agreements with Third Countries*, in *The Democratization of EU International Relations Through EU Law*, a cura di J.S. Vara, S.R. Sánchez-Tabernero, London, 2018, p. 115 ss.

201. Cfr. ad es. Avvocato generale Mengozzi, *Gestoras Pro Amnistía e Segi c. Consiglio*, cause riunite C-354/04 P e C-355/04 P, conclusioni del 26.10.2006, punto 101. In argomento, *ex multis*, E. Cannizzaro, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.

202. Corte giust., *Francia c. Commissione*, causa C-233/02, sentenza del 23.3.2004, ECLI:EU:C:2004:173, punto 40; *Consiglio c. Commissione*, causa C-409/13, sentenza del 14.4.2015, ECLI:EU:C:2015:217, punto 64.

203. Cfr. l'art. 216, par. 2, TFUE.

204. Cfr. Avvocato generale Alber, *Francia c. Commissione*, causa C-233/02, conclusioni del 25.9.2003, ECLI:EU:C:2003:503, punto 66; Avvocato generale Tesauro, *Francia c. Commissione*, causa C-327/91, conclusioni del 16.12.1993, ECLI:EU:C:1993:941, punti 22-33-34.

205. In particolare, deve contribuire a «consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale» e «promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale» (cfr. l'art. 21, par. 2, lett. b), e h), TUE), il che impedisce, in linea di principio, la

rappresentanza esterna dell'Unione è ancorata al riparto delle competenze sul piano interno e al criterio di delimitazione materiale tra *ex* pilastri, gli artt. 16 e 17 TUE devono essere interpretati riflettendo questi presupposti[206]. Analogamente, il ruolo di co-legislatore e co-decisore del Parlamento europeo, nell'ambito rispettivamente della procedura legislativa ordinaria e del procedimento ordinario di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, deve condurre a una valorizzazione della funzione di controllo politico di cui all'art. 14 TUE al fine di garantire l'effettivo rispetto dell'equilibrio istituzionale esterno in relazione alla conclusione di intese politiche non vincolanti con i Paesi terzi.

In quest'ottica, la circostanza che il Parlamento abbia trovato il modo di esprimersi sui patti globali (peraltro, in maniera generale, e su entrambi) mediante una risoluzione dell'aprile 2018[207] non pare di per sé sufficiente a sanare il *deficit* di partecipazione democratica nel procedimento di adozione del patto globale sulla migrazione. Anzi, l'insistenza dell'Unione, nella fase del negoziato, sulla natura non vincolante del patto globale sulla migrazione, associata alle modalità del suo recepimento nell'ordinamento interno, paiono riflettere proprio quella tendenza a un uso abusivo del diritto morbido con l'intento di ridurre l'*accountability* della *governance* delle *mass migrations*.

I rischi insiti nella c.d. "*softication*"[208] delle relazioni esterne dell'Unione sono stati sviscerati dalla dottrina, soprattutto in relazione alla cooperazione tra l'Unione europea e la Turchia, lanciata con la Dichiarazione del marzo 2016[209]. Ciò non è stato sufficiente, tuttavia, a indurre la Corte di giustizia a una pronuncia di merito sulla legittimità della Dichiarazione, nell'ambito dei ricorsi di impugnazione dell'ordinanza del Tribunale del 28

---

conclusione di intese con paesi terzi governati da regimi dittatoriali che compiono violazioni sistematiche dei diritti fondamentali. Cfr. in tal senso, Tribunale, *Fronte Polisario c. Consiglio*, causa T-512/12, sentenza del 10.12.2015, punto 241, ove si stabilisce un dovere di preventiva valutazione d'impatto sui diritti fondamentali dell'azione esterna dell'Unione – questione lasciata impregiudicata dalla successiva giurisprudenza della Corte giust. che ribalta la decisione del Tribunale.

206. In questo senso, cfr. la nota del servizio giuridico del Consiglio, *Procedure to be followed for the conclusion by the EU of Memoranda of Understanding, Joint Statements and other texts containing policy commitments, with third countries and international organisations*, LIMITE 5707/13, 1.2.2013.

207. Parlamento europeo, risoluzione del 18.4.2018 sui progressi relativi ai patti mondiali delle Nazioni Unite sui rifugiati e per una migrazione sicura, ordinata e regolare (2018/2642(RSP)), P8_TA-PROV(2018)0118.

208. T. Gammeltoft-Hansen, E. Guild, V. Moreno-Lax, M. Panizzon, I. Roele, *What Is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017, pp. 9 e 32.

209. V. *ex multis*, M. den Heijer, T. Spijkerboer, *Is the EU Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?*, in *EU Law Analysis*, 7.4.2016, www.eulawanalysis.blogspot.com; M. Gatti, *La Dichiarazione UE-Turchia sulla Migrazione: Un Trattato Concluso in Violazione delle Prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 20.4.2016, www.rivista.eurojus.it; O. Corten, M. Dony, *Accord Politique ou Juridique: Quelle Est la Nature du "Machin" Conclu entre l'UE et la Turquie en Matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10.6.2016, www.eumigrationlawblog.eu.

febbraio 2017[210]. Al contrario, l'ordinanza con cui ha dichiarato inammissibili i ricorsi mostra chiaramente la rinuncia della Corte a giocare un ruolo di primo piano nel contrasto alla de-formalizzazione dell'azione esterna dell'Unione e, al contempo, la volontà di arroccarsi nella *turris eburnea* di uno strumentale formalismo per evitare di ingerirsi in dibattiti dal pregnante sapore politico[211].

Tuttavia, neppure il formalismo della Corte può servire a negare che anche forme di partenariato *soft* possono incidere sui principi strutturali dell'Unione e sui diritti fondamentali. Invero, la qualificazione di un'intesa internazionale come atto "politico", non vincolante sul piano internazionale, non implica che essa non sia produttiva di effetti giuridici nell'ordinamento dell'Unione, ben potendo incidere in modo determinante sul contenuto della normativa adottata dal legislatore europeo in relazione all'ambito materiale dell'intesa internazionale[212]. Ciò trova conferma nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, nella sentenza resa sul ricorso di annullamento del Consiglio contro la decisione della Commissione relativa alla firma di un *addendum* al *memorandum of understanding* tra l'Unione e la Svizzera, volto a regolare la partecipazione di tale Stato al mercato interno "allargato"[213]. La Commissione aveva adottato la decisione senza essere a ciò previamente autorizzata dal Consiglio, quest'ultimo avendo meramente autorizzato la prima a negoziare. La Commissione aveva agito sulla base della considerazione che la firma di un *addendum* non vincolante costituisse un mero atto di rappresentanza esterna dell'Unione che non richiedeva, quindi, l'autorizzazione[214]. La Corte annullò la decisione della Commissione, rilevando che il principio dell'equilibrio istituzionale non potesse essere disatteso in ragione della natura non vincolante dell'*addendum*, ovvero soddisfatto dalla sussistenza del mandato a negoziare[215].

210. Impugnazione proposta il 21.4.2017 da NF, NG, NM avverso le ordinanze del Tribunale del 28.2.2017, cause T-192/16 (ECLI:EU:T:2017:128), T-193/16 (ECLI:EU:T:2017:129), T-257/16 (ECLI:EU:T:2017:130). Sulle ordinanze del Tribunale, cfr. T. Spijkerboer, *Bifurcation of Mobility, Bifurcation of Law. Externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, in *Journal of Refugee Studies*, 2017, p. 216 ss.

211. Corte giust., *NF, NG, NM c. Consiglio europeo*, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, ord. del 12.9.2018, ECLI:EU:C:2018:705. In argomento, P.-A. Van Malleghem, *C.J.U.E., Aff. jointes C-208/17 P à C-210/17 P, ordonnance du 12 septembre 2018, NF, NG et NM, ECLI:EU:C:2018:705*, in *Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen*, 4.10.2018, www.uclouvain.be.

212. Avvocato generale Sharpston, *Consiglio c. Commissione*, causa C-660/13, conclusioni del 26.11.2015, ECLI:EU:C:2015:787, punto 61. Si vedano anche i punti 62 ss., ove l'Avvocato generale sottolinea che, indipendentemente dalla natura dell'intesa, se l'atto con cui è adottata è viziato di incompetenza allora sarà produttivo di effetti giuridici e quindi impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE.

213. Corte giust., *Consiglio c. Commissione*, causa C-660/13, sentenza del 28.7.2016, ECLI:EU:C:2016:616.

214. *Ivi*, punto 35.

215. *Ivi*, punti 36-46.

9. L'Unione europea quale laboratorio per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi*: considerazioni a margine della Risoluzione di Hyderabad

Due sono i nodi giuridici che impediscono ai *Global Compacts* di costituire un genuino punto di partenza per lo sviluppo progressivo dello *ius migrandi* internazionale. Il primo è rappresentato da un retaggio del passato, ovvero la dicotomia rifugiato-migrante economico; il secondo concerne uno sviluppo recente, che incide sull'ermeneutica tradizionale del rapporto tra solidarietà e responsabilità nell'ambito del *burden-sharing*.

Per quanto riguarda la prima questione, si è detto che, nonostante l'ambizione sistematica degli estensori della Dichiarazione di New York, i *Global Compacts* mantengono e rafforzano la dicotomia tra lo *status* giuridico di rifugiato e la condizione di migrante economico. Tale dicotomia risulta superata da una realtà in cui le cause dello sfollamento internazionale sono tali e tante da sfuggire alle maglie larghe del paradigma della "protezione surrogata" come elaborato negli anni Cinquanta del secolo scorso, e spesso anche alle forme di protezione complementare[216]. Eppure, l'introduzione nel gergo della cooperazione internazionale della nozione di "*mass migrants*" non assume alcun rilievo in relazione alla ridefinizione degli *status* giuridici delle persone che compongono il gruppo dei *mass migrants*.

Assume rilievo, invece, in relazione alle priorità della cooperazione internazionale volta al governo dei flussi di massa, che sono quelle tipiche delle politiche migratorie e di controllo dei confini. Vi è, quindi, il rischio che i patti globali rafforzino la tendenza, già ampiamente in atto, a "gestire" i flussi di massa – che includono anche i rifugiati – con gli strumenti tipici del diritto migratorio, al fine di perseguire obiettivi tipici delle politiche di controllo e contrasto all'immigrazione irregolare[217]. Un tale sviluppo non solo non

216. Si può riportare l'esempio della protezione sussidiaria nel diritto dell'Unione, che come noto è regolata dalla dir. 2011/95/UE del 13.12.2011. Benché tale *status* sia riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi che, se allontanati, possano subire un danno grave derivante da violazioni qualificate dei propri diritti fondamentali, esso non copre tutte le ipotesi in cui può trovare applicazione la protezione contro il *refoulement*. Vi sono, quindi, casi in cui può prospettarsi un'interdizione dal respingimento di individui che non integrano le condizioni per il riconoscimento di nessuno dei due *status* di protezione internazionale e la cui presenza nel territorio di uno Stato membro è meramente "tollerata". La legittimità di tale condizione, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, è stata recentemente confermata dalla Corte giust., *MP c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-353/16, sentenza del 24.4.2018, ECLI:EU:C:2018:276, riguardante un cittadino dello Sri Lanka vittima di *stress* post-traumatico da tortura, che non poteva essere allontanato per il conseguente rischio di acutizzazione della malattia, ma non era neppure eleggibile alla protezione sussidiaria, non sussistendo un rischio reale e attuale che potesse subire nuovamente tortura nel Paese di origine. Peraltro, il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri la facoltà di escludere tali stranieri, la cui presenza è meramente tollerata, dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di contrasto all'immigrazione irregolare (cfr. ad es. la dir. 2009/52/CE del 18.6.2009, art. 3, par. 3).

217. Eloquente in proposito è la dichiarazione del rappresentante dell'Unione europea sulla prima bozza del patto globale sulla migrazione, secondo cui: «since the aim of the Global Compact is to enhance international cooperation on safe, orderly and regular migration *and reduce irregular migration* – and the negative implications it has for countries of origin, transit, and destination as well as for migrants themselves – , the text should better distinguish between

porterebbe a una razionalizzazione dell'"eclettismo normativo" dell'attuale disciplina internazionale delle migrazioni, ma finirebbe per legittimare approcci selettivi alla tutela dei rifugiati in virtù della dimensione dei flussi e della tenuta degli Stati di accoglienza. Ciò potrebbe condurre nel lungo periodo alla "de-giuridicizzazione" della protezione internazionale, mediante la trasformazione dei diritti individuali in bisogni e degli obblighi internazionali in doveri morali. In questo processo, il principio di *non-refoulement* verrebbe fatto oggetto di bilanciamento con la sovranità statale e – svuotato della sua funzione di norma abilitante al godimento dell'asilo – diverrebbe un vacuo baluardo retorico dietro cui si stagliano poderose le nuove forme di cooperazione internazionale per il contenimento dei flussi.

Il diritto dell'Unione ha in sé gli strumenti per opporsi a questi foschi presagi e, al contempo, condizionare positivamente gli sviluppi internazionali. Ciò non perché, al netto delle difficoltà politiche, non vi siano ostacoli giuridici interni. Invero, la persistenza della dicotomia rifugiato-migrante economico nella *governance* delle *mass migrations* e, al contempo, la proliferazione di forme di cooperazione internazionale volte alla prevenzione dei flussi di massa, connota anche il diritto dell'Unione. Anzi, è da qui che parte la sperimentazione dei modelli cooperativi che ispirano le soluzioni accolte nei *Global Compacts* e che ambiscono a realizzare una delega integrale delle responsabilità in materia di immigrazione e asilo[218].

Tuttavia, l'ordinamento dell'Unione è anche quello in cui trovano spazio gli strumenti più avanzati di protezione internazionale[219], che temperano l'asimmetria tra il diritto di uscita e quello di ingresso e permanenza dello straniero "in fuga". La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, infatti, sancisce solennemente il diritto soggettivo all'asilo[220], corredato dalla protezione contro il respingimento e dal divieto assoluto di espulsioni collettive[221]. Letti in combinato con il principio di effettività della tutela, questi diritti fanno scaturire obblighi positivi in capo agli Stati membri, che sono tenuti a garantirne l'effettivo godimento da parte dei titolari. Da ciò derivano una serie di garanzie definite dal diritto secondario, tra le quali il "diritto di rimanere" nelle more della procedura di

regular and irregular migrants. *It should avoid any language that might be interpreted as justification or even an incentive for irregular migration*». Cfr. EU Statement, cit. (corsivo aggiunto).

218. G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11.9.2017, www.sidiblog.org.

219. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*, cit., p. 30, ove il diritto dell'Unione in materia d'asilo viene rappresentato come uno "sviluppo progressivo" della disciplina internazionale.

220. Articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 1714 ss.

221. Articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali. In argomento, A. Adinolfi, *Commento all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali*, in F *Commentario breve ai Trattati*, cit., p. 1717 ss.

determinazione dello *status*[222]. Inoltre, il principio di effettività della tutela implica, in principio, l'estensione della protezione contro il *refoulement* a tutti coloro che fuggono da una situazione che lede qualsiasi diritto umano, nella misura in cui la gravità della lesione raggiunga la soglia minima del "trattamento degradante". Infine, dall'applicazione del principio all'azione esterna dell'Unione discende l'obbligo di considerare l'impatto sui diritti fondamentali delle forme di partenariato con i Paesi terzi volte al governo dei flussi[223].

Ne consegue che le forme di cooperazione internazionale che limitano l'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo, in funzione del contenimento delle *mass migrations*, si pongono *ipso facto* in contrasto con il diritto di *cercare* asilo, inteso come il presupposto per il godimento *effettivo* della protezione internazionale[224]. Naturalmente, la ricerca dell'asilo attraverso il percorso migratorio che consente all'individuo di varcare una frontiera internazionale è già uno degli elementi qualificanti lo *status* di rifugiato in base alla Convenzione di Ginevra[225]; ma è soltanto nello spazio giuridico europeo che la sua tutela può essere garantita da un sistema giurisdizionale multilivello, basato sul principio di effettività.

È quindi opportuno che la Corte di giustizia dismetta il *self-restraint* sinora dimostrato, in relazione all'interpretazione dell'art. 18 della Carta[226] e delle garanzie

222. Dir. 2013/32/UE del 26.6.2013, art. 9. In argomento, M. Savino, *The Right to Stay as A Fundamental Freedom? The Demise of Automatic Expulsion in Europe*, in *Transnational Legal Theory*, 2016, p. 1 ss.

223. V. *supra*, nota 205.

224. Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 3.10.2017, parr. 120-122, su cui G. Cellamare, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.

225. Institute de Droit International, Session de Bath – 1950, *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*, Rapporteurs MM. Arnold Raestad et Tomaso Perassi, 11.9.1950, art. 1, ove l'istituto dell'asilo viene definito come «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu *qui est venu la rechercher*» (corsivo aggiunto). Analogamente, v. l'art. 14, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, UN Doc. A/810, 10.12.1948, e l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, su cui G.S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection, A paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR*, Global Consultations, 2001.

226. Cfr. ad es., Corte giust., *Ferooz Qurbani*, causa C–481/13, sentenza del 17.7.2014, ECLI:EU:C:2014:2101, punti 24-25, ove la Corte si è dichiarata incompetente a interpretare l'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 nel diritto dell'Unione, nonostante il rinvio operato dal diritto primario e il richiamo alle sue disposizioni da parte delle norme di diritto derivato dell'Unione. V. anche Corte giust., *X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, sentenza del 7.3.2017, ECLI:EU:C:2017:173, punti 48-49, ove si esclude dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione una domanda di visto di breve durata presentata presso la rappresentanza di uno Stato membro in un Paese terzo al fine di accedere alla protezione internazionale nello Stato membro summenzionato. Per una diversa visione, cfr. Avvocato generale Mengozzi, *X e X c. Belgio*, conclusioni del 7.2.2017, ECLI:EU:C:2017:93, punti 49-70 e 76-88. In argomento, N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 178 ss.

procedurali nell'ambito dell'esame accelerato delle domande d'asilo[227], per abbracciare un'ermeneutica della protezione internazionale che sia più in linea con il principio di effettività della tutela. Al contempo, non debbono attribuirsi alla Corte le responsabilità del legislatore europeo; sicché la riforma del SECA, attualmente in corso, dovrebbe ambire a colmare quei vuoti di tutela che creano situazioni di limbo giuridico, il cui costo economico, politico e sociale non è più sostenibile.

Una fonte di ispirazione, per il legislatore europeo, potrebbe provenire dalla recente Risoluzione dell'Institut de droit international sulla questione degli esodi di massa, che pare un interessante punto di partenza per il superamento della dicotomia rifugiato-migrante economico[228]. La Risoluzione adotta una definizione di *mass migration* che aggira siffatta dicotomia spostando il fuoco dall'elemento soggettivo della scelta migratoria (la fuga dalla persecuzione *versus* la ricerca di migliori opportunità lavorative) all'elemento oggettivo delle *modalità* migratorie (ovvero alla dimensione collettiva e quantitativa del fenomeno)[229].

Ciò consente, in primo luogo, di individuare con una certa chiarezza il contenuto e i limiti della libertà di circolazione dei migranti in massa, che discendono dal diritto di lasciare qualsiasi Paese, anche il proprio, e di farvi ritorno[230]. A tale diritto non può che corrispondere il dovere degli Stati di non ostacolarne il godimento mediante forme di cooperazione volte a contenere le partenze.

In secondo luogo, viene in evidenza il divieto di *refoulement*, nella duplice veste proposta dal Progetto di articoli in materia di espulsione, ovvero di norma applicabile ai soli rifugiati ai sensi del diritto di Ginevra[231] e di norma che vieta l'allontanamento di tutti i *mass migrants* verso territori ove sussista un rischio reale di una lesione "qualificata" di un qualsivoglia diritto umano, ovvero di una lesione che raggiunga la soglia minima di gravità[232].

227. Cfr. ad es. Corte giust., *Moussa Sacko*, causa C–348/16, sentenza del 26.7.2017, ECLI:EU:C:2017:591, su cui v. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge*, cit., p. 35.

228. Institute de Droit International, Session de Hyderabad – 2017, *Mass Migration*, Rapporteur M. Maurice Kamto, 9.9.2017 (nel prosieguo: Risoluzione di Hyderabad), art. 22. Il fulcro della Risoluzione è proprio la disciplina del percorso migratorio attraverso la ricostruzione degli obblighi dello Stato di origine, del paese di transito, di quello di destinazione e di quello in cui il migrante ottiene effettivamente l'asilo o altra forma di protezione (cfr. *ivi*, art. 2).

229. *Ivi*, art. 3: «For the purposes of the present draft Resolution, the following definitions shall apply: (a) "Mass migrants", persons who collectively, in large number, leave their country for refuge or settlement in another country».

230. *Ivi*, artt. 4-5.

231. *Ivi*, art. 6.

232. *Ivi*, art. 14.

Vengono, quindi, richiamati gli obblighi (positivi) che sono espressione del principio di umanità[233], tra cui: il dovere di rendere assistenza ai migranti in viaggio, in particolar modo a coloro che si trovino in pericolo in mare; la protezione rafforzata dei soggetti vulnerabili; il divieto di espulsione collettiva dei *mass migrants*, da cui discende l'obbligo di esame della situazione individuale di ciascun migrante, e, infine, il diritto di accesso all'istruzione e alla formazione in attesa della determinazione dello *status*.

La Risoluzione dell'Institut de droit international, peraltro, offre spunti interessanti anche in relazione alla seconda questione posta in apertura di questo paragrafo, ovvero quella del rapporto tra solidarietà e responsabilità nell'ambito della *governance* delle *mass migrations*. Nella prassi attuale dell'Unione europea, che trova riscontro nei *Global Compacts*, tale rapporto è viziato da un approccio strumentale alla solidarietà, teso alla dismissione delle responsabilità degli Stati destinatari dei flussi, nei confronti degli stranieri in fuga. Nella Risoluzione dell'Institut de droit international, invece, la relazione tra solidarietà e responsabilità è articolata in modo da realizzare al contempo l'obiettivo della tutela dei *mass migrants* e quello di una più equa redistribuzione delle responsabilità in materia di esodi di massa[234].

Ai sensi della Risoluzione, l'allocazione delle responsabilità in materia di esodi di massa dovrebbe dipendere dal grado di coinvolgimento nella "produzione" del flusso di massa, allorquando sia chiaramente individuabile un nesso tra l'esodo e la violazione di norme di diritto internazionale[235]. Dalla responsabilità internazionale dello Stato di origine per l'esodo causato da un illecito internazionale discenderebbe, quindi, un obbligo di compensazione nei confronti della comunità internazionale[236]. A tale obbligo, però, dovrebbe fare da corollario un dovere di solidarietà della comunità internazionale nei confronti dello Stato che ospita il flusso di massa[237], che trovi espressione nella conclusione di accordi per la redistribuzione dei *mass migrants*[238] e per la riammissione "organizzata" dei migranti che non abbiano titolo per restare[239].

---

233. *Ivi*, artt. 7-15. V. anche il *cons.* 6 del preambolo, secondo cui le situazioni di afflusso massiccio devono essere trattate «in accordance with elementary considerations of humanity». Sul ricorso al principio di umanità per estendere l'ambito di applicazione personale del diritto internazionale dei rifugiati, cfr. già UNHCR, *Note on International Protection (submitted by the High Commissioner)*, UN Doc. A/AC.96/777, 9.9.1991, par. 56: «even where situations are not specifically covered by international refugee conventions, refugees, asylum-seekers and displaced persons are, nevertheless, protected by the general principles of international law, the humanitarian practices of international organizations, the principle of humanity, and guarantees of fundamental human rights».

234. Risoluzione di Hyderabad, art. 17.

235. *Ivi*, art. 19.

236. *Ivi*, *cons.* 9.

237. *Ivi*, art. 18.

238. *Ivi*, art. 16, in base al quale la determinazione della sicurezza di un Paese dovrebbe essere lasciata a un organismo internazionale indipendente, operante in base a criteri prestabiliti.

239. *Ivi*, art. 21.

Al di là delle difficoltà cui si andrebbe incontro nella verifica della sussistenza di un nesso di causalità tra l'esodo e la condotta dello Stato di origine ai fini dell'attribuzione della responsabilità internazionale per mancata protezione delle persone[240], ad avviso di chi scrive, l'interesse primario per questa impostazione deriva piuttosto dal superamento della logica della solidarietà "volontaria" e "condizionata", su cui si fonda l'attuale cooperazione internazionale tra il nord e il sud del mondo, nonché dalla riaffermazione della responsabilità collettiva degli Stati nei confronti dei *mass migrants*.

10. Conclusioni

Nelle pagine che precedono il contributo diretto e indiretto dell'Unione europea ai *Global Compacts* è stato analizzato mettendo in evidenza l'esistenza di ampi spazi di *cross-fertilisation*, ma anche il rischio che la retorica della *governance* globale dei movimenti di massa di migranti e rifugiati produca un effetto "*boomerang*" nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Affinché i *Global Compacts* non si trasformino nell'ennesima occasione mancata sarà necessario valorizzare, in sede di attuazione, la circostanza straordinaria che per la prima volta una larghissima maggioranza degli Stati della comunità internazionale abbia convenuto le regole di cooperazione per la gestione delle migrazioni di massa.

In tal senso, il contesto giuridico dell'Unione si presenta come un naturale laboratorio per sperimentare nuovi modelli cooperativi che attualizzino il contributo potenziale dei patti e, al contempo, minimizzino il rischio che la loro adozione si trasformi in un'occasione politica per rinegoziare al ribasso gli *standard* di protezione internazionale vigenti nell'Unione europea. Ciò è particolarmente auspicabile in quanto una rinegoziazione di tal fatta travolgerebbe necessariamente alcuni dei principi strutturali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il cui snaturarsi comprometterebbe irreparabilmente il carattere di specialità e unicità del processo di integrazione europea.

Due sono, in particolare, i punti su cui la "sperimentazione" giuridica dovrebbe insistere per garantire che la gestione delle *mass migration* sia politicamente e materialmente sostenibile e, allo stesso tempo, sia coerente con i principi fondamentali e i presupposti assiologici dell'Unione europea. La prima questione ruota attorno alla dicotomia rifugiato-migrante economico, mentre la seconda concerne l'ermeneutica del rapporto tra solidarietà e responsabilità. Su queste questioni, alcuni spunti di riflessione possono essere tratti da una lettura critica della Risoluzione di Hyderabad dell'Institut de droit international, che offre un punto di bilanciamento interessante tra l'obiettivo della

240. In argomento, G. Vicini, *Illecito internazionale e diritto dei rifugiati: la responsabilità dei paesi di origine e dei paesi di asilo*, in *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, a cura di A. Spagnolo, S. Saluzzo, Milano, 2017, p. 89 ss., p. 93 ss.

tutela dei *mass migrants* e quello di una più equa redistribuzione delle responsabilità in materia di esodi di massa.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

LA RIFORMA "ORLANDO-MINNITI" A UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE. I MOLTI DUBBI E LE POCHE CERTEZZE NELLE PRASSI DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE

di Maria Cristina Contini

Abstract: *Il 17 agosto 2017 è entrato in vigore il d.l. n. 13/2017 che ha per la prima volta istituito sezioni specializzate nelle materie dell'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea alle quali ha attribuito competenze in materia di apolidia e cittadinanza. Il decreto ha anche rivoluzionato la procedura di impugnazione del diniego delle domande di protezione internazionale istituendo una procedura camerale speciale caratterizzata dal contraddittorio solo cartaceo, trattazione in udienza pubblica solo eventuale e con eliminazione della possibilità di appellare i decreti decisori emessi dal Tribunale in composizione collegiale, ora impugnabili solo davanti alla Corte di Cassazione. In considerazione della rilevanza, anche in termini numerici, del contenzioso in materia di protezione internazionale il saggio analizza esclusivamente le problematiche interpretative e applicative che le sezioni specializzate hanno affrontato in relazione alla procedura di esame delle domande di asilo, senza occuparsi delle pur interessanti questioni che la giurisprudenza di merito ha affrontato con riferimento alle impugnazioni delle decisioni di trasferimento adottate dalla c.d. "Autorità Dublino", attribuite dalla riforma alla giurisdizione del giudice ordinario, e nelle controversie in materia di apolidia e cittadinanza. Tra i molti punti critici del nuovo sistema si è scelto di esaminare quelli che quotidianamente ricorrono nella trattazione dei procedimenti ex art. 35 bis introdotto dal d.l. n.13/2017. Il decreto legge non è stato, ad oggi, interamente attuato dal Ministero dell'interno che non ha ancora messo a disposizione i sistemi di videoregistrazione del colloquio svolto durante la fase amministrativa. Viene anche affrontata la dibattuta questione della istituzione, ad opera del d.l. n. 13/2017, di riti diversi per le domande di protezione internazionale e umanitaria, oltre ai problemi interpretativi posti dalla disposizione che regola i criteri in base ai quali il giudice di primo grado deve esaminare la domanda di sospensione del decreto decisorio che ha rigettato la domanda di protezione nel caso in cui sia stata impugnata in Cassazione. A conferma della criticità degli argomenti oggetto del saggio sono state esaminate due recentissime pronunce: la sentenza n. 17717/2018 della Corte di Cassazione sull'obbligo per il giudice di fissare dell'udienza quando non è disponibile la videoregistrazione del colloquio e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della sezione specializzata di Milano sulla sospensiva "caso per caso" e non automatica degli effetti del diniego di protezione a fronte dell'impugnazione in Cassazione. Le problematiche che vengono illustrate evidenziano come il*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

diritto della protezione internazionale sia una materia complessa e sofisticata destinata a uscire dal ruolo marginale che in questi anni è stato riservato, in generale, al diritto degli stranieri.

Abstract: *On 17 August 2017, l.d. n. 13/2017 entered into force. The law-decree established specialized sections on immigration, international protection, and free movement of EU citizens, to which it assigned competence in the field of statelessness and citizenship. The decree also constituted a revolution in terms of the appeal procedure consequent to the refusals of the applications for international protection through the institution of a special chamber procedure which is characterized by paper-only cross-examination, eventual-only public hearing, and elimination of the possibility of appealing the decisional decrees issued by the Court in collegial composition (now it is possible to appeal only before the Court of Cassation). Considered the importance, especially in numerical terms, of the procedure concerning international protection, the essay exclusively analyzes the interpretative and applicative problems that the specialized sections have faced in relation to the procedure for examining asylum applications and does not address the interesting questions that the case-law has dealt with reference to the appeals of the transfer decisions adopted by the so-called "Dublin authorities", attributed by the reform to the jurisdiction of the ordinary judge, and in disputes relating to statelessness and citizenship. Among the several critical points of the new system, it was decided to examine those that occur daily in the treatment of the procedures pursuant to article 35bis as introduced by the new l.d. n. 13/2017. To date, the law-decree has not yet been fully implemented by the Ministry of Interior: it has not yet made available the video recording systems for the interviews carried out during the administrative phase. It is further addressed the argued issue of the institution by l.d. n. 13/2017 of different rites for applications for international and humanitarian protection, as well as the interpretative problems posed by the provision that regulates the criteria according to which the Court of first instance must examine the request for suspension of the decisional decree that rejected the request for protection in the event in which this has been challenged before the Court of Cassation. To confirm the critical nature of the topics under discussion there are two recent decisions: Sentence 177717/2018 of the Court of Cassation on the obligation for the judge to set a hearing when the videotaping of the interview is not available, and the preliminary reference to the Court of Justice by the specialized Section of Milan on the suspension "case-by-case" and not automatic to the effects of the denial for protection against the Appeal before the Court of Cassation. The illustrated problems highlight how the right to international protection is a complex and sophisticated subject, which is destined to emerge from the marginal role that in recent years has been reserved to the rights of foreigners.*

LA RIFORMA "ORLANDO-MINNITI" A UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE. I MOLTI DUBBI E LE POCHE CERTEZZE NELLE PRASSI DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE

di Maria Cristina Contini*

SOMMARIO: 1) Le questioni di costituzionalità. – 2) Riconoscimento della protezione internazionale e della protezione umanitaria: riti diversi per azioni diverse? – 3) Spunti per l'interpretazione dell'art. 3 comma 1 lettere c) e d), d.l. n. 13/2017. – 4) Il rito camerale speciale istituito con l'art. 35-*bis*, i commi 10 e 11. L'udienza e il colloquio personale. – 5) La videoregistrazione del colloquio, la sua mancanza e le conseguenze nell'interpretazione dell'art. 35-*bis* comma 11. – 6) La sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018. – 7) L'art. 35-*bis* comma 13. La sospensione degli effetti del diniego all'esito della fase giurisdizionale. – 8) L'art. 35-*bis* e il diritto a un rimedio effettivo. Riflessioni conclusive.

1. Le questioni di costituzionalità

Il d.l. n. 13/2017, fin dalla sua conversione, con l. 13 aprile 2017, n. 46, è stato fortemente criticato per avere introdotto norme giudicate fortemente restrittive del diritto di difesa e discriminatorie, in quanto adottate soltanto per procedimenti che, pur avendo ad oggetto diritti fondamentali, riguardavano la sfera soggettiva di persone prive della cittadinanza italiana ed europea[1].

La nuova procedura per la trattazione delle impugnazioni contro di dinieghi di protezione internazionale prevede infatti un rito camerale "speciale" nel quale l'udienza di comparizione davanti al giudice è solo eventuale e, contro la decisione adottata dal Tribunale, non è più possibile ricorrere in appello, ma soltanto in Cassazione per questioni di legittimità.

Tale riforma è stata inoltre adottata dal legislatore con procedura d'urgenza, benché contenga disposizioni destinate a entrare in vigore diversi mesi dopo il decreto stesso, e disposizioni (come quelle che prevedono la videoregistrazione del colloquio durante la fase amministrativa) che ancora oggi non sono operative, dovendo il Ministero dell'interno dotarsi delle tecnologie necessarie.

* Giudice della sezione specializzata di Milano.

1. Cfr. G. Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimento in materia di protezione internazionale nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro)riforma annunciata*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

A un anno dalla sua entrata in vigore non consta però che le sezioni specializzate abbiamo sollevato davanti alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale, nonostante esse siano state oggetto di eccezione da parte dei difensori.

I giudici di primo grado[2] hanno vagliato, in particolare, le seguenti contestazioni:

- (la violazione degli artt. 77 e 111 della Costituzione ad opera dell'intero d.l. n. 13/2017 (e della relativa legge di conversione) per essere stato adottato in assenza dei requisiti di necessità ed urgenza, come comprovato dal fatto che il testo legislativo conteneva anche norme di non immediata applicazione e norme tra loro assolutamente eterogenee;

- la violazione, ad opera dell'art. 35-*bis* l. 25/08 (introdotto con il d.l. n. 13/17 e dalla legge di conversione n. 46/17) dell'art. 111 Costituzione per avere creato un modello processuale, destinato a risolvere i conflitti attinenti a diritti fondamentali, che ricalca il rito camerale *ex* art. 737 c.p.c. ma che contiene vistose limitazioni al diritto di difesa e delle regole del giusto processo per avere il legislatore previsto che l'udienza di comparizione davanti al giudice sia un adempimento solo eventuale, quantomeno in tutti i casi in cui la videoregistrazione del colloquio sia messa a disposizione del giudice, e per avere previsto che il procedimento di impugnazione del provvedimento amministrativo reso dalla C.T. si svolga con un solo grado di merito.

La prima questione, ossia l'illegittimità dell'intero testo normativo per difetto dei requisiti di necessità e urgenza, è stata ritenuta manifestamente infondata alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale su questo argomento[3].

La Corte ha infatti statuito che, in linea generale, perché il legislatore possa legittimamente accedere alla procedura di decretazione d'urgenza devono effettivamente sussistere i requisiti previsti dall'art. 77 della Costituzione e l'esistenza di tali requisiti possa essere oggetto di verifica da parte del Giudice delle leggi in quanto la loro mancanza darebbe luogo a un vizio *in procedendo* idoneo a travolgere non solo il decreto che sia stato in tal modo adottato, ma anche la conseguente legge di conversione.

La stessa Corte ha tuttavia rigorosamente delimitato il perimetro entro il quale la verifica di tali requisiti può essere condotta, stabilendo che si deve trattare di un difetto evidente che è stato ad esempio ritenuto sussistente in caso di reiterazione, da parte del legislatore, di decreti-legge non convertiti[4].

2. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 20 febbraio 2018 (R.G. 53791/2017) e Trib. Napoli, sez. specializzata, decreto 2 maggio 2018 (R.G. 31151/2017).

3. Cfr. Corte costituzionale n. 29/1995, n. 360/1996, n. 341/2003 e n. 171/2007.

4. Cfr. Corte costituzionale n. 360/1996 e n. 171/2007.

È stata esclusa l'evidente assenza dei presupposti per ricorrere alla decretazione d'urgenza sulla base delle ragioni che avevano spinto il legislatore ad adottare la riforma, esplicitate nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione.

Questo documento prendeva atto, infatti, del vertiginoso aumento negli ultimi anni delle domande di protezione internazionale e delle conseguenti impugnazioni davanti ai Tribunali dei dinieghi delle Commissioni territoriali e alla lunghezza della durata dei relativi procedimenti (comprensivi del grado di appello) e alla evidente difficoltà di dare una risposta in tempi ragionevoli e rispettosi conformi anche alle indicazioni del legislatore europeo[5].

Anche il preambolo del d.l. n. 13/2017 richiama «[...] la straordinaria necessità ed urgenza di prevedere misure per la celere definizione dei procedimenti amministrativi innanzi alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e per l'accelerazione dei relativi procedimenti giudiziari, nel rispetto del principio di effettività, in ragione dell'aumento esponenziale delle domande di protezione internazionale e dell'incremento del numero delle impugnazioni giurisdizionali», della pendenza, davanti ai Tribunali (e alle Corti d'appello) di migliaia di domande di protezione.

Pertanto la scelta del legislatore di ricorrere a un'urgente riforma del settore che avesse l'obiettivo di snellire la procedura e, attraverso l'istituzione di sezioni specializzate, favorisse anche il miglioramento della qualità della procedura e delle decisioni, non poteva essere censurata sotto il profilo della evidente assenza dei requisiti d'urgenza.

Neanche l'esistenza, nel decreto, di disposizioni la cui entrata in vigore era stata espressamente differita, è stata ritenuta sintomo di evidente carenza dei presupposti dell'urgenza.

5. La relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. n.13/2017 così recita: «L'esponenziale aumento delle domande di asilo dirette alle Commissioni territoriali si è tradotto, evidentemente, in un altrettanto esponenziale incremento del numero delle impugnazioni in sede giurisdizionale delle decisioni amministrative [...] l'afflusso eccezionale di migranti impone, pertanto, di velocizzare da un lato i tempi di identificazione delle persone e dall'altro di ridurre i tempi di definizione delle procedure, tanto amministrative quanto giurisdizionali, volte ad accertare lo *status* di persona internazionalmente protetta per chi ne presenta domanda.

A tal fine, le disposizioni del presente decreto sono rivolte a potenziare la capacità e l'efficienza del sistema, con l'obiettivo di comprimere i tempi per la definizione della posizione giuridica dei cittadini stranieri e avviare rapidamente i migranti in arrivo verso le forme di accoglienza previste ovvero verso le misure idonee ad assicurarne il rimpatrio.

Accanto all'obiettivo di accertare più rapidamente il diritto alla protezione internazionale, il provvedimento si propone di intensificare gli strumenti idonei ad assicurare l'effettività dei provvedimenti di espulsione e allontanamento dal territorio nazionale dei cittadini stranieri in condizione di soggiorno irregolare, in particolare attraverso il potenziamento della rete dei Centri di identificazione ed espulsione e nuove risorse finanziarie per l'esecuzione dei rimpatri».

Nella sentenza n. 178/2004[6] la Corte costituzionale aveva già chiarito che non vi è incompatibilità tra il legittimo ricorso alla decretazione d'urgenza e l'adozione di norme la cui entrata in vigore venga parzialmente differita, tutte le volte che tale differimento abbia una propria giustificazione, in genere correlata alla necessità di rendere operativi ed effettivi gli strumenti di tutela introdotti con la decretazione d'urgenza.

Nel caso del d.l. n. 13/2017 l'istituzione delle sezioni specializzate competenti all'esame delle impugnazioni dei dinieghi delle domande di protezione richiedeva, ad esempio, l'adozione di un'ulteriore normativa secondaria (circolari del CSM) che delineasse, a organico invariato dei vari uffici interessati, i profili organizzativi e funzionali delle nuove sezioni.

Era inoltre necessario dotare le Commissioni territoriali di tutti gli strumenti tecnici necessari per procedere alla videoregistrazione del colloquio individuale, per la conservazione e protezione dei relativi dati oltre che per la loro messa a disposizione dei giudici e dei difensori in caso di impugnazione del diniego.

Le questioni attinenti al modello processuale sono state parimenti affrontate sulla base dei precedenti della Corte costituzionale.

In linea generale il Giudice delle leggi ha escluso che il rito camerale possa di per sé essere considerato in violazione del diritto di difesa[7], dato che l'esercizio di tale diritto può essere regolato dal legislatore con modalità differenti che tengano conto delle peculiari esigenze dei vari procedimenti, purché venga rispettato il limite costituito dalla necessità di assicurare lo scopo e la funzione del diritto di difesa in relazione alla tipologia di diritto controverso.

Il rito camerale "speciale" introdotto dall'art. 35-*bis*, d.l. n. 13/2017 prevede che il contraddittorio sia costituito con modalità principalmente (anche se non esclusivamente) cartolari.

Dopo il deposito del ricorso, infatti, viene assegnato un termine entro cui l'amministrazione (Ministero dell'interno) può costituirsi in giudizio e svolgere le proprie controdeduzioni.

6. Il giudizio aveva a oggetto, tra l'altro, la legittimità costituzionale del d.l. 24 aprile 2001, n.150 «Disposizioni urgenti in materia di adozione e procedimenti civili davanti al Tribunale per i minorenni», convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della l. 23 giugno 2001, n. 240, che aveva differito al momento della emanazione di una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per lo stato di adottabilità e alla emanazione di nuove disposizioni nei procedimenti di cui all'art. 366 c.c., l'entrata in vigore delle disposizioni processuali della legge 28 marzo 2001, n. 149.

7. Con sentenza n. 103/1985 – richiamando precedenti e conformi arresti – la Corte costituzionale ha stabilito che «la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse ... non è per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa».

La Commissione territoriale può, costituendosi nello stesso termine tramite un proprio funzionario, partecipare al giudizio depositando una memoria difensiva con cui sostiene le ragioni del rigetto e partecipando all'udienza di trattazione.

Nella prassi è molto rara la partecipazione attiva della Commissione al giudizio di impugnazione.

La Commissione, anche quando non si costituisca formalmente in giudizio ha il dovere di mettere a disposizione del Tribunale i documenti della fase amministrativa.

In concreto l'amministrazione trasmette, in via telematica, all'autorità giudiziaria il modello contenente la formalizzazione della domanda di protezione, il verbale di audizione e tutti i documenti (comprese fotografie, memorie, documentazione medica) di cui il richiedente asilo ha inteso avvalersi, comprese le eventuali traduzioni, e la decisione adottata.

Le informazioni sul Paese di origine utilizzate dalla Commissione vengono messe a disposizione, in genere, mediante citazione della fonte all'interno della motivazione del provvedimento conclusivo, molto più raramente vengono trasmessi i documenti informativi nella loro interezza.

Spetta ancora alla difesa il diritto di replica e non sono previsti termini di decadenza che facciano scattare preclusioni né per la fase delle allegazioni, né per la proposizione di mezzi istruttori.

Inoltre il giudice può, tutte le volte che ciò sia necessario, fissare udienza di comparizione delle parti per il compimento dell'attività istruttoria ritenuta necessaria ai fini della decisione.

Con sentenza n. 190/2013 la Corte costituzionale[8] (richiamando la precedente sentenza n. 10/2013) ha ribadito che «nella disciplina degli istituti processuali vige il principio della discrezionalità e insindacabilità delle scelte operate dal legislatore, nel limite della loro non manifesta irragionevolezza» in quanto «la Costituzione non impone un modello vincolante di processo» e ha affermato «la piena compatibilità costituzionale della opzione del legislatore processuale, giustificata da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione, per il rito camerale, anche in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi».

8. Con la sentenza citata la Corte giudicava della tenuta costituzionale dell'art. 54 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia espropriazione per pubblica utilità) che prevedeva che le controversie aventi ad oggetto l'opposizione alla stima di cui al comma 1 dello stesso art. 54 fossero introdotte, trattate e decise secondo le forme del rito sommario di cognizione non convertibile, risultante dagli artt. 3 del decreto legislativo n. 150 del 2011, 702-*bis* e 702-*ter* c.p.c.).

Anche l'eliminazione del grado di appello per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017, non è stato ritenuto sintomo di sospetta incostituzionalità in relazione al diritto di difesa e al giusto processo *ex* artt. 24 e 111 Costituzione.

È stato osservato che con sentenza n. 190/2013 la Corte costituzionale aveva già escluso l'incompatibilità con la Costituzione di un modello processuale che non contemplasse il doppio grado di merito posto che «[...] la garanzia del doppio grado di giudizio non gode, di per sé, di una copertura costituzionale, sicché non appare fondato il dubbio prospettato dalle odierne ordinanze relativo ad una compressione del diritto di difesa conseguente al fatto che la pronuncia emessa in primo grado dalla Corte d'appello può essere impugnata solo con il ricorso per Cassazione (ordinanza n. 107 del 2007)».

Né sono stati rilevati evidenti contrasti con la normativa europea di riferimento, posto che la previsione di un doppio grado di giudizio di merito, in materia di protezione internazionale non è previsto neppure dalla direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 che non lo indica tra i requisiti del rimedio effettivo, in attuazione dei principi sanciti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La questione di legittimità costituzionale inerente l'eliminazione del grado di appello è stata, dal Tribunale di Napoli, ritenuta non rilevante in quanto in quello specifico caso non era stato evidenziato dai difensori l'impatto pratico che avrebbe avuto la questione da loro sollevata nel giudizio di primo grado, pur osservandosi che la questione avrebbe potuto eventualmente essere riproposta nel corso del giudizio di Cassazione alla luce delle difese che la parte avrebbe potuto proporre in secondo grado, ove non fosse stato eliminato il grado d'appello.

Le argomentazioni dei giudici di merito a sostegno della manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità finora sollevate, riproposte in sede di legittimità, sono state confermate dalla recentissima sentenza della Corte di Cassazione, I sezione civile, n. 17717/2018[9].

2. Riconoscimento della protezione internazionale e della protezione umanitaria: riti diversi per azioni diverse?

L'art. 3, co. 1 d.l. n. 13/2017 indica le materie attribuite alla competenza delle sezioni specializzate e distingue, per quanto qui di rilievo, tra «le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» e «le controversie in materia di riconoscimento della protezione

9. Della quale si parlerà più diffusamente nel paragrafo 6.

umanitaria nei casi di cui all'art. 32 comma 6 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25».

Il comma 4-*bis* del citato art. 3 stabilisce che sono soggette al rito camerale speciale (decisione in forma collegale, udienza eventuale) solo le controversie di cui all'art. 3 co. 1 lett. c), pertanto per le controversie di cui alla lettera d) devono essere trattate con il rito ordinario, con decisione assunta dal Tribunale in composizione monocratica, soggetta ad appello, oltre che a ricorso per Cassazione.

La formulazione dell'art. 3 co. 1 lett. c) e d) ha indotto alcuni interpreti a ritenere che sia stata formalizzata dal legislatore la distinzione tra le azioni volte al riconoscimento della protezione internazionale (e quindi finalizzate al riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero della protezione sussidiaria) e le azioni volte al riconoscimento della (sola) protezione umanitaria, per le quali il legislatore, pur avendone attribuito la competenza alle sezioni specializzate, avrebbe tuttavia scelto riti diversi caratterizzati, per il giudizio di protezione internazionale, dalla previsione di uno speciale rito camerale, dall'assenza di un secondo grado di merito giurisdizionale con impugnazione diretta in Cassazione della decisione negativa del Tribunale[10].

Questa interpretazione dell'art. 3 co. 1 lett. c) e d) ha portato a ritenere che il legislatore abbia formalizzato una distinzione tra domande di riconoscimento della protezione internazionale e domande di riconoscimento della protezione umanitaria e che,

10. Presso la sezione specializzata di Milano la (apparente) ambiguità testuale di tale disposizione ha dato luogo, nella prima fase di applicazione della nuova procedura, a prassi differenti per la tipologia delle forme di impugnazione scelte e per la tipologia di domande formulate in sede di impugnazione del diniego della Commissione territoriale.

Sono state registrate nella pratica, diverse scelte difensive:

1) impugnazione del diniego con un unico atto corredato di conclusioni differenziate, ossia con richiesta al Tribunale di pronunciarsi in composizione collegiale sulla domanda di protezione internazionale e in forma monocratica sulla domanda di protezione umanitaria (richiesta ritenuta inammissibile posto che il Collegio era investito dell'intera domanda di protezione), cfr. Trib. Milano sez. specializzata decreto 24 gennaio 2018 (R.G. 54144/2017);

2) impugnazione del diniego con due atti separati, uno con la forma del rito speciale camerale (*ex* art. 35-*bis* d.l. n. 13/2017) e un altro nelle forme dell'art. 702-*bis* c.p.c., il primo contenente esclusivamente domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato e/o protezione sussidiaria, il secondo contenente esclusivamente il riconoscimento della protezione umanitaria (il Presidente di sezione ha proceduto d'ufficio, prima dell'assegnazione, alla riunione dei due procedimenti, sia per avere ritenuto unitaria la domanda, sia per identità dell'atto impugnato e tale provvedimento è stato confermato e fatto proprio dal Collegio in sede di decisione), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 21 marzo 2018 (R.G. 42071/2017);

3) impugnazione del diniego con un solo atto ma con conclusioni "limitate" alla protezione umanitaria (la questione è stata ritenuta di competenza della sezione specializzata in composizione collegiale, in quanto l'impugnazione del diniego di protezione investe il giudice dell'intera domanda, compresa anche quella di protezione internazionale), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 24 gennaio 2018 (R.G. 42139/2017);

4) impugnazione del diniego con atto di citazione, secondo il rito ordinario di cognizione, basate sull'assunto secondo cui la domanda di protezione umanitaria sarebbe soggetta al rito ordinario che sarebbe prevalente sul rito camerale speciale, *ex* art. 40 c.p.c. (la questione è stata risolta con la conversione del rito da ordinario a speciale, con atto del Presidente o del Collegio, previa verifica della tempestività dell'impugnazione secondo le regole dell'art. 35-*bis*, d.l. n. 13/2017), cfr. Trib. Milano, sez. specializzata ordinanza 14 luglio 2018 (R.G. 9205/2018);

pertanto, sia rimessa alla difesa la scelta, di fronte al diniego della Commissione, di adire il Tribunale per ottenere le c.d. "protezioni maggiori" o la protezione umanitaria.

I Tribunali che hanno aderito a questa interpretazione, nel caso in cui il diniego di protezione internazionale venga impugnato, nelle forme di cui all'art. 35-*bis*, con conclusioni limitate al riconoscimento della sola protezione umanitaria procedono, con provvedimento collegiale, alla conversione del rito (da camerale speciale a ordinario nei casi in cui la controversia venga introdotta nelle forme dell'art. 35-*bis*) non ritenendo che la sezione specializzata sia in questo caso investita della domanda di protezione internazionale, e rimettono la causa davanti al giudice monocratico perché proceda nelle forme ordinarie alla valutazione della ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria[11].

Il procedimento, in tali casi, dopo la conversione del rito prosegue, in genere, nelle forme del processo sommario di cognizione[12].

Occorre però chiedersi se sia effettivamente possibile distinguere le "domande" di protezione internazionale dalla "domanda" di protezione umanitaria, se queste prassi siano conformi al dettato legislativo e, cosa non meno importante, se questa distinzione sia rispettosa del diritto a un rimedio effettivo che deve essere assicurato al richiedente protezione nella fase giurisdizionale che segue al diniego da parte dell'autorità amministrativa secondo quanto previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 46 della direttiva procedure.

---

11. In questo senso Trib. Bologna sez. specializzata decreto 1 maggio 2018; Trib. Genova, sez. specializzata decreto 16 marzo 2018; Trib. Caltanissetta, sez. specializzata decreto 29 settembre 2017; in senso esplicitamente contrario Trib. Palermo, sezione specializzata decreto 21 febbraio 2018 e Trib. Cagliari, sezione specializzata decreto 18 dicembre 2017, orientamenti ricordati da D. Belluccio, *Protezione internazionale e permesso di soggiorno per motivi umanitari*, incontro di studi *Il nuovo rito in base alla l. n. 46/2017: problematiche interpretative e applicative*, Bari, 18/19 maggio 2018.

12. Si deve qui anche evidenziare la problematica insita nella conversione del rito da camerale speciale a rito sommario di cognizione. Infatti l'art. 1 d.lgs. n.150/2011 stabilisce che ai fini dell'applicazione del decreto stesso i riti si distinguono in rito ordinario di cognizione, rito sommario e rito del lavoro ed è prevista, solo in questo decreto, la possibilità per il giudice di procedere alla conversione di questi tre riti quando ricorrano le condizioni dell'art. 4 dello stesso decreto. Non è prevista in generale la possibilità di convertire il rito camerale in uno dei tre riti in questione, né la possibilità di procedere in senso inverso.

Tuttavia come statuito da Cass. 5 aprile 2016, n. 6543: «La nullità della sentenza e del procedimento non possono essere dichiarate, se la parte non deduca e dimostri che dalla erronea adozione del rito – nella trattazione della controversia – le sia derivata una lesione del diritto di difesa, a meno che quanto lamentato possa essere immediatamente colto dal contenuto complessivo del ricorso». (Nella specie, osserva la Suprema Corte, parte ricorrente non pone in discussione il provvedimento di conversione del rito quale disposto in appello con ordinanza, né pone in discussione che vi sia stata una implicita riconversione del rito da parte del giudice di primo grado, ma si duole – piuttosto – che tale provvedimento di riconversione, implico o esplicito che fosse, non potesse essere emesso. Posta in questi termini, la questione si riduce a quella della erroneità o meno della implicita riconversione del rito, senza che – peraltro – la parte abbia indicato alcuno specifico pregiudizio conseguente a tale errore).

In generale per domanda di protezione in senso processuale si intende la richiesta di dichiarare l'esistenza del diritto a non essere respinti dal Paese di ingresso sulla base di determinate allegazioni di fatto, che spetta al richiedente svolgere e rispetto alle quale gode di un'attenuazione dell'onere della prova.

Correlativamente l'amministrazione e il giudice devono cooperare con il richiedente nella ricerca delle prove o comunque dei riscontri dei fatti posti a fondamento della domanda.

Spetta poi al decisore (e quindi in prima battuta alla Commissione territoriale e poi al Tribunale in sede di impugnazione) la qualificazione giuridica della domanda, che si traduce nella individuazione della forma giuridica di protezione appropriata rispetto ai fatti che risulteranno accertati, all'esito della valutazione di credibilità[13].

Le fattispecie in presenza delle quali gli Stati sono tenuti a riconoscere lo *status* di protezione internazionale hanno derivazione e disciplina sovranazionale, mentre le condizioni per il riconoscimento della protezione umanitaria sono dettate dalle norme del diritto interno[14], ma il fondamento di entrambe è comune, essendo costituito dall'obbligo degli Stati firmatari della Convenzione di Ginevra sui rifugiati e della Carta dei diritti dell'uomo di rispettare l'obbligo di *non refoulement*, ossia di non respingere un cittadino straniero verso un Paese nel quale vi è il fondato rischio di subire trattamenti inumani o degradanti ovvero la pena di morte.

La conferma della comune radice giuridica della protezione internazionale e della protezione umanitaria si ritrova nella nota problematica della necessità per gli stati dell'Unione europea di individuare la forma di protezione più appropriata nelle ipotesi in cui venga accertato che il richiedente, pur avendo una situazione personale che lo espone, nel Paese di origine, al rischio di atti persecutori per uno dei motivi di cui all'art. 8 "decreto qualifiche" ovvero di pena di morte o trattamenti disumani, si trova in una condizione di non meritevolezza, essendo incorso in una causa di esclusione.

In tal caso lo Stato membro non può esimersi dal rispettare il principio di *non refoulement* ed è conseguentemente tenuto a riconoscere e regolarizzare la posizione di quel richiedente attraverso una forma "minima" di protezione prevista e regolata dal diritto interno[15].

---

13. Cfr. *Evidence and credibility assessment in the context of the CEAS. A judicial analysis* (produced by IARLJ Europe under contract to EASO).

14. Per la ricostruzione dell'istituto della protezione umanitaria si veda la fondamentale Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, e M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018.

15. Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018; P. Papa, *L'inclusione per non meritevolezza. I motivi di sicurezza e di pericolo. Il principio di non refoulement e il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, *n.* 2.2018; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018.

Se dunque la domanda di protezione implica l'attribuzione al giudice del potere/dovere di individuare quale sia la forma di protezione giuridicamente riconoscibile, una volta che siano stati accertati determinati fatti, appare evidente l'impossibilità di separare, in sede di impugnazione del diniego di protezione internazionale, le azioni volte al riconoscimento della protezione internazionale da quelle volte al riconoscimento della protezione umanitaria.

Infatti la "domanda" deve essere identificata nell'insieme delle allegazioni di fatto poste dal richiedente asilo a fondamento della richiesta di rispettare, nei suoi confronti, l'obbligo di *non refoulement*.

In caso di diniego da parte dell'autorità amministrativa, il giudice dell'impugnazione, in ossequio al principio del diritto a un ricorso effettivo, garantito in questa materia dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere dotato dei poteri processuali necessari ad esercitare il potere/dovere di riesame completo di tale domanda, sia dal punto di vista dei fatti che dal punto di vista della loro qualificazione giuridica[16].

L'art. 46 della direttiva procedure prevede infatti, al comma 3, che «per conformarsi al paragrafo 1 gli Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso l'esame delle domande di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado».

Vi sono quindi plurime ragioni che indicano in modo convergente che il processo di impugnazione contro il diniego di una domanda di protezione deve svolgersi (quantomeno nel primo grado di merito successivo al diniego della C.T.) davanti a un giudice dotato non solo di idonei poteri/doveri di cooperazione istruttoria ma anche del potere/dovere di riesaminare integralmente la domanda (sia in punto di fatto che di diritto) e di qualificarla d'ufficio in modo da poter riconoscere la forma di protezione più appropriata per la concreta situazione del richiedente, anche sulla base di nuove "evidenze" oltre che di informazioni aggiornate sul Paese di origine.

16. Cfr. Cass. 16 luglio 2015, n. 14998: «In tema di protezione internazionale dello straniero, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 14, lett. b) e c), d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, non è onere del richiedente fornire una precisa qualificazione giuridica della tipologia di misura di protezione invocata, ma è onere del giudice, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente e astrattamente sussumibile in entrambe le tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione». (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che aveva escluso il riconoscimento della protezione sussidiaria per non avere il richiedente specificamente dedotto l'esistenza del rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti, una volta rientrato in patria).

Basta pensare alle ipotesi, che nella pratica si possono verificare, di un radicale mutamento, in peggio, delle condizioni del Paese di origine nel periodo compreso tra il diniego da parte della C.T. e il momento della decisione da parte del Tribunale e quindi anche della possibile erroneità della scelta della difesa di insistere solo per il riconoscimento della protezione "minima".

Consentire, allora, che tale giudizio si svolga nelle forme ordinarie (e quindi o nella forma del giudizio ordinario di cognizione, ovvero, nelle forme di cui all'art. 702-*bis* e ss. c.p.c. con decisione del Tribunale in forma monocratica) significa devolvere la cognizione della controversia a un giudice privo degli ampi poteri previsti dall'art. 46 della direttiva procedure e che non potrebbe, a pena di non violare l'attribuzione del Collegio, decidere se, alla luce dei fatti accertati e delle informazioni aggiornate sul Paese di origine, vi siano le condizioni per il riconoscimento di una delle forme di protezione internazionale.

Infatti il giudice monocratico, procedendo nelle forme del rito sommario e secondo la previsione dell'art. 3 co. 1 lett. d) potrebbe riconoscere (o negare) soltanto la protezione umanitaria, essendogli preclusa dalla lettera c) della stessa norma la cognizione delle cause di inclusione nelle fattispecie di protezione internazionale[17].

Dunque, l'interpretazione dell'art. 3, co. 1 lett. c) conforme all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE e al diritto a un rimedio effettivo dovrebbe portare a ritenere che nella "domanda per il riconoscimento della protezione internazionale" rientrino tutte le controversie che hanno ad oggetto l'impugnazione del diniego da parte della C.T., a prescindere dalle conclusioni concretamente formulate nel ricorso.

3. Spunti per l'interpretazione dell'art. 3, comma 1, lettere c) e d), d.l. n.13/2017

L'art. 3, al comma 1 lett. c) attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate «le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 [...]».

Mentre al comma 1 lett. d) attribuisce alla competenza delle sezioni specializzate «le controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, comma 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25».

Le due lettere dell'art. 3 disciplinano indubbiamente controversie diverse tra loro in quanto solo quelle di cui alla lettera c) sono soggette al rito camerale "speciale" delineato

17. L'irrazionalità di un sistema che preveda, a seconda della scelta difensiva dell'interessato, del tutto casuale, di concludere per l'una o l'altra forma di protezione, due riti diversi dei quali uno con due gradi di giudizio di merito e l'altro no, è stato evidenziato da M. Acierno e M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

dall'art. 35-*bis* che prevede che il decreto, soggetto solo a ricorso per Cassazione, sia emessa dal Tribunale in composizione collegiale.

Per le ragioni che si sono esposte al paragrafo precedente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale «di cui all'art. 35 decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» non dovrebbe essere precluso al giudice valutare se, sulla base dei fatti accertati all'esito della valutazione di credibilità, non potendosi riconoscere, per qualsiasi ragione, una delle forme di protezione "maggiori" (o per carenza di cause di inclusione o per esistenza di cause di inclusione e anche di cause di esclusione) vi siano gli estremi per riconoscere, invece, la forma di protezione residuale costituita dalla protezione umanitaria[18].

Vi sono ulteriori ragioni che portano ad escludere che le «controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, comma 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25» siano le stesse di cui al comma 1 lett. c) dell'art. 3.

Infatti i casi in cui la C.T. decide *ex* art. 32 co. 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 sono quelli nei quali la C.T. accoglie la domanda riconoscendo l'esistenza di motivi di carattere umanitario.

L'art. 32 co. 3, d.lgs. 20 gennaio 2008, n. 25 dispone che:

«Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

È dunque conforme al dettato normativo sostenere che le controversie di cui all'art. 3, co. 1 lett. d) sono quelle che hanno ad oggetto il mancato rilascio, il diniego di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari il cui diritto è stato già riconosciuto in favore del richiedente a seguito di decisione assunta dalla C.T. *ex* art. 32 co. 3, d.lgs. n. 25/2008.

Si potrebbe obiettare che se così fosse, l'impugnazione contro il diniego di rilascio, di rinnovo o contro la revoca non dovrebbe avere ad oggetto il "riconoscimento" della protezione umanitaria, in quanto il riconoscimento del relativo diritto c'è già stato, per cui l'uso di questa espressione confermerebbe la volontà del legislatore di disciplinare due

18. Tale affermazione è oggi ulteriormente confortata da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455 secondo cui «la protezione umanitaria [...] costituisce una forma di protezione a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplina la protezione internazionale degli stranieri in Italia come rende evidente l'interpretazione letterale dell'art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008 [...] ne discende che la protezione umanitaria è collocata in posizione di alternatività rispetto alle due misure tipiche di protezione internazionale, potendo l'autorità amministrativa e giurisdizionale procedere alla valutazione della ricorrenza dei presupposti della prima soltanto subordinatamente all'accertamento negativo della sussistenza dei presupposti delle seconde [...]».

autonome azioni, una per il «riconoscimento della protezione internazionale» (art. 3 co. 1 lett. c) e una per il «riconoscimento della protezione umanitaria» (art. 3 co. 1 lett. d) esercitabili discrezionalmente dall'interessato, per mezzo del suo difensore, di fronte al diniego della domanda di protezione proposta davanti alla C.T.

Questa ricostruzione si scontra però con il fatto che, come osservato, l'art. 3 co. 1 lettera d) richiama esclusivamente il caso in cui la C.T. abbia riconosciuto la protezione umanitaria per cui una simile interpretazione, nasata sul mero tenore testuale della disposizione, colliderebbe con il fatto che quando la C.T. si pronuncia nel senso di cui all'art. 32 co. 3, d.lgs. n.25/2008 il diritto alla protezione umanitaria viene riconosciuto e non vi dovrebbe essere neppure interesse, in senso processuale, a impugnare il relativo provvedimento, quantomeno sotto il profilo del mancato riconoscimento della protezione umanitaria.

L'oggetto delle controversie che vertono sull'impugnazione dei provvedimenti con cui l'amministrazione decida di negare (con il mancato rilascio, la revoca o con il mancato rinnovo alla scadenza) il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari hanno comunque sempre ad oggetto il «riconoscimento» della protezione a suo tempo operata dall'amministrazione.

Infatti in questi procedimenti, esattamente come accade quando venga impugnato il diniego di protezione *ex* art. 3, co. 1 lett. c), il giudizio verte sul diritto fatto valere dal ricorrente e quindi, nel caso di cui all'art. 3, co. 1 lett. d), sulla permanenza delle condizioni che avevano portato l'amministrazione a riconoscere il diritto del ricorrente a godere del diritto alla protezione umanitaria[19].

La norma si spiega del resto con la necessità di colmare una lacuna legislativa, dato che prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017 non era stata adottata una specifica disciplina del regime delle impugnazioni contro i provvedimenti di revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari, non essendo tali ipotesi contemplate né nel d.lgs. n. 286/98 (e successive modifiche), né nel d.lgs. n. 150/2011 (articoli da 16 a 20)[20].

In sede di impugnazione della revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi umanitari il giudice non è quindi investito dell'intera domanda di protezione (come invece accade nelle impugnazioni di un diniego totale da parte della C.T. *ex* art. 3, co. 1, lett. c) dovendo esclusivamente giudicare sulla permanenza, affermata dal ricorrente e

19. Cfr. in questo senso Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 10 maggio 2018 (R.G. 3747/2018).

20. Prima della riforma, mancando una disciplina specifica, le impugnazioni contro il mancato rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari venivano proposte davanti al giudice ordinario, considerata la natura del diritto fatto valere, nella forma del rito sommario di cognizione.

negata dalla PA, delle ragioni che a suo tempo avevano giustificato il riconoscimento della forma di protezione residuale costituita dalla protezione umanitaria.

Dopo il riconoscimento della protezione umanitaria ogni aspetto è regolato dal diritto interno, sicché le controversie insorte successivamente tra il titolare del diritto a questa forma di protezione e l'amministrazione, vertono su una materia che non ricade nello scopo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, dato che non si controverte più sul diritto di asilo, ma degli obblighi assunti dal singolo Stato per dare piena ed effettiva attuazione al principio di *non refoulement*, per cui in questo tipo di controversie il legislatore non è tenuto ad attribuire al giudice dell'impugnazione quei particolari poteri che, invece, devono essere riconosciuti, in materia di riconoscimento del diritto di asilo, in attuazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Queste controversie, non essendo stato previsto nulla di specifico dal legislatore per quanto riguarda il rito applicabile (nulla disponendo l'art. 3 co. 4-*bis* d.l. n. 13/2017) sono soggette al rito ordinario e devono essere decise dal Tribunale con sentenza di primo grado appellabile.

Nella prassi i difensori utilizzano, per questo tipo di impugnazioni, il rito sommario di cognizione *ex* artt. 702-*bis* e ss., adottato con il d.lgs. n. 150/2011 per tutte le azioni esperibili in materia di diritto degli stranieri.

4. Il rito camerale speciale istituito con l'art. 35-*bis*, i commi 10 e 11. L'udienza e il colloquio personale

L'art. 35-*bis* introdotto dal d.l. n. 13/2017 ha creato un rito camerale "speciale" per la trattazione dei procedimenti aventi ad oggetto le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale.

Il procedimento, di tipo impugnatorio, viene avviato, su istanza di parte, con deposito del ricorso presso la sezione specializzata nel termine di 30 giorni dalla notifica del diniego, ovvero entro 60 giorni se il ricorrente risiede all'estero, salvi i casi di dimidiazione dei termini[21].

La Cancelleria provvede alla notifica al Ministero dell'interno (ovvero, nei casi di cessazione o revoca della protezione internazionale alla Commissione nazionale per il diritto d'asilo) e trasmette l'atto introduttivo al P.M. per le sue conclusioni.

21. Nei casi di cui all'art. 28-*bis* co. 2, d.lgs. n. 25/2008 e nei casi in cui il ricorrente sia trattenuto *ex* art. 6, d.lgs.18 agosto 2015, n. 142.

Nei successivi 20 giorni la parte resistente può costituirsi e depositare una nota difensiva e, entro i 20 giorni successivi, decorrenti dalla scadenza del termine assegnato alla parte resistente, la parte ricorrente può depositare una nota difensiva.

Il rito prevede quindi che il contraddittorio tra le parti del processo si instauri e si completi in modo cartolare, senza che sia attribuita una funzione in tal senso all'eventuale udienza di comparizione delle parti davanti al giudice.

Conseguentemente il comma 9 dell'art. 35-*bis* stabilisce che la trattazione avviene in Camera di Consiglio con decisione da emettere nei quattro mesi successivi al deposito del ricorso (art. 35-*bis* co. 13).

Quindi la regola generale è che la decisione venga emessa in Camera di Consiglio dopo un contraddittorio cartolare e senza trattazione in udienza.

I commi 10 e 11 dell'art. 35-*bis* indicano invece i casi nei quali «è fissata udienza di comparizione delle parti», adempimento che nel rito delineato dalla norma in esame assume carattere eccezionale[22].

La trattazione con udienza è prevista dal legislatore in una serie di ipotesi particolari, che dovrebbero essere caratterizzate dalla necessità di svolgere un'attività istruttoria ulteriore rispetto alla acquisizione dei documenti prodotti dalle parti.

Il comma 10 elenca, quali adempimenti che richiedono la fissazione di udienza, l'audizione dell'interessato, la necessità di chiedere chiarimenti alle parti, la disposizione di CTU e l'assunzione di mezzi di prova.

Il comma 11 prevede che sia fissata udienza quando non sia disponibile la videoregistrazione del colloquio svolto durante la fase amministrativa, o sia stata formulata motivata richiesta da parte dell'interessato e il giudice ritenga che sia effettivamente necessaria una interlocuzione orale con le parti, oppure l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa.

I due commi, pur dedicati entrambi alla individuazione dei casi in cui, in deroga alla regola generale della trattazione puramente cartolare, vi debba essere la comparizione delle parti davanti al giudice disciplinano questo tema, rispettivamente, secondo l'ottica del giudice che deve esercitare i suoi poteri officiosi in adempimento del dovere di cooperazione, e della difesa che sollecita e propone al giudice il compimento di determinate attività istruttorie.

Non consta che siano sorti problemi interpretativi sul comma 10, norma che potrebbe apparire persino superflua, posto che nessuna delle attività in esso elencate potrebbe

22. Come si desume dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" nel comma 10.

essere effettuata senza fissazione di udienza e che è ormai dato acquisito l'esercizio dei poteri di cooperazione istruttoria da parte del giudice.

Maggiori problemi derivano invece dal tenore testuale del comma 11 dell'art. 35-*bis*.

Non è infatti chiaro se residui in capo al giudice qualche discrezionalità nella scelta sul se fissare udienza al verificarsi dei casi in esso previsti, né se vi sia un contenuto necessitato degli adempimenti che all'udienza così fissata debbano essere effettuati.

La disposizione infatti si limita ad affermare che, quando ricorre una delle tre ipotesi previste dalle lettere da a) e c) del comma 11, "è disposta udienza", senza specificare quale sia l'adempimento che a questa udienza debba essere effettuato, o dare indicazioni utili in tal senso, e senza chiarire se vi sia necessità di procedere necessariamente, in ciascuno di questi casi, all'udienza così fissata, ad audizione personale del ricorrente.

Non è neppure prevista una sanzione processuale per il caso in cui tale adempimento venga omesso dal giudice che abbia motivato la decisione di non fissare udienza, valutando la completezza dell'istruttoria, o per il caso in cui il giudice decida di fissare udienza ma stabilisca che non vi è necessità di non ripetere il colloquio personale, così limitando l'adempimento a una interlocuzione con il difensore del ricorrente.

A complicare il lavoro dell'interprete vi è il fatto che i sistemi di videoregistrazione e compilazione del verbale con il sistema di riconoscimento automatico di cui all'art. 14 d.l. n. 13/2017 non sono disponibili, non essendo state ancora adottate e formalizzate le "specifiche tecniche" di cui al comma 8 della norma citata[23].

Pertanto attualmente tutti i procedimenti assoggettati al nuovo rito camerale "speciale" presentano la prima ipotesi contemplata dal comma 11 dell'art. 35-*bis*.

Proprio per questo, nel primo periodo di applicazione dell'art. 35-*bis*, si è posto per tutti i giudici delle sezioni specializzate il problema di stabilire se la decisione dovesse essere preceduta necessariamente, e a prescindere da qualsivoglia valutazione di completezza dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa e in assenza di qualsivoglia segnalazione di incompletezza da parte della difesa, dallo svolgimento di un'udienza e se a questa udienza fosse necessario procedere all'audizione del ricorrente.

5. La video registrazione del colloquio, la sua mancanza, e le conseguenze nell'interpretazione dell'art. 35-*bis* comma 11

Conformemente alla previsione dell'art. 17 della direttiva procedure (2013/32/EU) il legislatore italiano ha recepito, anche se non ancora attuato, la possibilità, prevista dalla

23. L'adozione di questi mezzi avrebbe dovuto essere effettuata con lo strumento del decreto direttoriale da adottarsi dai Ministeri dell'interno e della giustizia, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso art. 14.

normativa dell'Unione, di effettuare la videoregistrazione del colloquio individuale durante la fase amministrativa. I sistemi di videoregistrazione e compilazione del verbale con il sistema di riconoscimento automatico di cui all'art. 14, d.l. n. 13/2017 non sono disponibili, in quanto non sono state ancora adottate e formalizzate le "specifiche tecniche" di cui al comma 8 della norma citata.

Come previsto dall'art. 14 del d.l. n.13/2017 il colloquio viene videoregistrato «con mezzi audiovisivi e trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale».

L'adozione di questa modalità di acquisizione e conservazione delle dichiarazioni del richiedente comporta (o meglio, comporterà in futuro) un indubbio ampiamento della possibilità, per l'interessato, di interloquire sulla qualità di questo fondamentale atto istruttorio, disponendo di molti più mezzi per contestare le modalità con cui le sue dichiarazioni sono state tradotte nella lingua del processo, parlata dal giudice e dal difensore.

Infatti la videoregistrazione consentirà di rendere disponibile preziosi elementi di valutazione che oggi, con la verbalizzazione solo cartacea direttamente in lingua italiana, vanno irrimediabilmente perduti, ossia le dichiarazioni nella lingua originale, la loro traduzione contestuale dell'interprete in lingua italiana, insieme alla verbalizzazione di quanto dichiarato, oltre che alle dinamiche di interazione tra intervistato, intervistatore e interprete.

Questo consentirà di verificare, ai fini dell'impugnazione, se vi siano state lacune, fraintendimenti o significative distorsioni delle dichiarazioni rese dall'interessato a causa, ad esempio, dell'attività dell'interprete ma anche del contegno tenuto dall'intervistatore che potrebbe influenzare non poco l'esito del colloquio[24].

Una volta che le misure tecniche saranno effettivamente adottate, l'indisponibilità della videoregistrazione, che potrebbe anche dipendere da una precisa scelta dell'interessato (secondo quanto previsto dall'art. 14, co. 6-*bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 come modificato dall'art. 6 d.l. n. 13/2017) costituirà un'eccezione, idonea a porre il ricorrente in una posizione difensiva meno favorevole rispetto a coloro che si sono avvalsi della videoregistrazione.

Il nuovo rito camerale è entrato in vigore in un momento in cui le Commissioni territoriali non disponevano (e tutt'ora la situazione è invariata) del sistema di video

24. Cfr. *Intervistare i richiedenti asilo*, UNHCR, https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/.../6intervistare-i-richiedenti-asilo.pdf; *La guida pratica dell'EASO: il colloquio personale*, dicembre 2014, https://www.easo.europa.eu/sites/.../easo-practical-guide-personal-interview-it.pdf.

registrazione del colloquio, che continua ad essere trasfuso in un verbale cartaceo interamente redatto in lingua italiana.

Proprio a causa di questa sfasatura le sezioni specializzate si sono dovute confrontare con una non semplice esegesi dell'art. 35-*bis* co. 11, destinato a disciplinare procedimenti nei quali il documento audiovisivo dovrebbe, invece, essere generalmente disponibile.

Ne sono conseguite, come era prevedibile, interpretazioni e prassi applicative sensibilmente differenti.

Alcune sezioni hanno ritenuto, in sostanza, che l'art. 35-*bis* co. 11, lett. a) preveda un'ipotesi non discrezionale di fissazione di udienza e che tale disposizione, in quanto in vigore, debba trovare applicazione a prescindere dall'adozione dei sistemi di videoregistrazione da parte dell'autorità amministrativa e anche a prescindere da qualsivoglia valutazione di rilevanza delle questioni di fatto poste a base della domanda di protezione e della stessa esistenza di contestazioni da parte della difesa in ordine alla completezza dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa e, in particolare, della qualità dell'intervista[25].

Queste prassi valorizzano il tenore testuale della disposizione: «l'udienza è altresì disposta [...]» e, pur in assenza di una specifica sanzione processuale per il caso di mancata fissazione, hanno ritenuto di non adottare una decisione *de plano* ossia in Camera di Consiglio a seguito di trattazione cartolare, potendo ciò dare luogo a un vizio procedurale rilevabile in sede di legittimità.

Non tutte le sezioni che si sono orientate in questo senso concordano, però, sul fatto che dalla norma si ricavi anche un'indicazione che imponga, oltre alla fissazione di udienza, la ripetizione del colloquio personale, benché sia costante, da parte dei difensori, la richiesta di fissazione di udienza, *ex* art. 35-*bis* co. 11, al solo scopo di ripetere il colloquio individuale per la mancanza di videoregistrazione, anche in assenza di contestazioni specifiche sulla qualità dell'operato della Commissione territoriale nello svolgimento dell'intervista, sulla completezza dei fatti posti a fondamento della domanda di protezione e in assenza di allegazione di fatti nuovi o non indagati dalla Commissione.

La sezione specializzata di Bari, ad esempio, ritiene che il giudice mantenga sempre discrezionalità nel decidere se sia necessario ripetere il colloquio, trattandosi di

25. Si sono orientate in questo senso le sezioni specializzate di Bari, Brescia, Trieste e Bologna. Non vengono citati provvedimenti specifici su questo orientamento, che si traduce, in pratica, in un semplice provvedimento di fissazione di udienza, constatata l'assenza di videoregistrazione. Le ragioni di queste prassi mi sono state illustrate e confermate in via informale da Presidenti e giudici delle sezioni citate, consultati per la redazione di questo scritto.

adempimento che si compie solo se ne ravvisa la necessità, al fine di completare l'istruttoria prima della decisione[26].

La sezione di Trieste, invece, perdurando l'indisponibilità della videoregistrazione, procede alla fissazione di udienza e alla ripetizione del colloquio personale.

Inoltre non tutte le sezioni che hanno optato per la fissazione di udienza in modo automatico delegano tale attività al giudice relatore, essendosi registrato anche l'orientamento della sezione specializzata di Brescia che fissa udienza avanti al Collegio[27].

Altre sezioni hanno adottato una interpretazione significativamente differente, nel senso di ritenere non cogente il disposto del comma 11 lettera a) dell'art. 35-*bis*, sia con riferimento alla fissazione necessaria dell'udienza, sia con riferimento alla ripetizione del colloquio.

In particolare le sezioni di Milano e Napoli hanno proposto una lettura sistematica e non puramente letterale, limitata cioè al solo comma 11 lettera a) dell'art. 35-*bis* che tiene conto del fatto che, come regola generale (comma 9) il rito camerale speciale prevede che la decisione sia assunta, dopo il completamento del contraddittorio cartolare, in Camera di Consiglio e che le ipotesi di cui ai commi 10 e 11 rappresentano un'eccezione a questa regola e quindi come tali devono essere interpretati[28].

Si è inoltre considerato che l'attuale indisponibilità della videoregistrazione dipende dal fatto che le norme che la prevedono (primarie e secondarie) non sono state attuate sicché, oltre a potersi dubitare della concreta applicabilità dell'ipotesi di cui all'art. 35-*bis* co. 11 lett. a), oggi il sistema non differisce affatto, per quanto riguarda il sistema di verbalizzazione del colloquio personale, da quello con cui giudici e difensori si confrontavano *ante* riforma, per cui attualmente la difesa non può avvalersi del descritto ampliamento delle possibilità di contestazione e verifica del verbale di audizione.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento al rito sommario di cognizione previsto per le controversie di protezione internazionale anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017 che prevede, *ex* artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., l'udienza di comparizione delle parti come passaggio essenziale della procedura necessario per il completamento del contraddittorio, aveva preso chiara posizione sul fatto che non vi fosse un diritto "assoluto" del richiedente asilo ad essere ascoltato in fase giurisdizionale.

26. Cfr. S. Casciaro, *La protezione internazionale e umanitaria, Aspetti processuali e sostanziali*, incontro di studio *Il nuovo rito in base alla l. n. 46/2017: problematiche interpretative e applicative*, Bari, 18/19 maggio 2018.

27. Anche per questo orientamento vale quanto precisato alla nota 26.

28. Cfr. Trib. Napoli, sez. specializzata, decreto 9 marzo 2018 (R.G. 29155/2017), Trib. Milano, sez. specializzata decreto 7 giugno 2018 (R.G. 3736/2018), Trib. Torino, sez. specializzata decreto 13 marzo 2018 (R.G. 26197/2017).

Infatti, a fronte del diritto di chiedere di essere nuovamente sentiti, è stata ritenuta altrettanto legittima la decisione del giudice di non procedere a nuovo colloquio, se ritenuto adempimento non necessario a fini istruttori, sicché la mancata ripetizione dell'audizione in fase giurisdizionale non dava luogo a un vizio del procedimento[29].

Le sezioni che hanno ritenuto di poter adottare, in certi casi, la decisione senza fissazione di udienza hanno quindi affermato il mantenimento, anche dopo la riforma, del potere/dovere del giudice di valutare, nel giudizio di protezione internazionale così come in qualsiasi processo civile, la rilevanza degli adempimenti istruttori, officiosi o proposti dalle parti, necessari ai fini della decisione, alla luce della completezza dell'istruttoria e della qualità dell'intervista svolta dalla C.T.

Questo orientamento muove dal presupposto che dal comma 11 dell'art. 35-*bis* non si possa ricavare in via interpretativa l'esistenza di un obbligo per il giudice di procedere in modo automatico alla fissazione di un'udienza, prevista come eventuale nel nuovo procedimento camerale, in quanto, ove non venga individuata la necessità di svolgere una specifica attività istruttoria, si tradurrebbe in un adempimento formale privo di un effettivo scopo alla luce del completamento del contraddittorio cartaceo, salvo evidentemente il caso in cui il giudice ritenga necessario procedere alla ripetizione del colloquio personale.

D'altra parte l'art. 35-*bis* co. 11 non contiene esplicite sanzioni di nullità per il caso di omessa fissazione, la cui rilevanza potrebbe sempre essere valutata, in sede di legittimità, in relazione a specifiche doglianze sulla violazione del diritto di difesa, per non essere state compiute determinate attività necessarie per il suo completo dispiegamento.

6. La sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018

La Suprema Corte, con decisione attesa, ha preso molto di recente[30] posizione sull'interpretazione dell'art. 35-*bis* co. 11 e ha statuito che «in materia di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35-*bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 13 [...] ove non sia disponibile la videoregistrazione con mezzi audiovisivi del richiedente la protezione dinnanzi alla Commissione territoriale, il Tribunale chiamato a decidere del ricorso avverso la decisione adottata dalla Commissione, è tenuto a fissare l'udienza di comparizione delle parti a pena di nullità del suo provvedimento decisorio, salvo il caso

29. Cfr. Cass., 21 novembre 2011, n. 24544; Cass., 19 dicembre 2011, n. 27456; Cass., 18 novembre 2013, n. 25873; Cass., 3 settembre 2014, n. 18633; Cass., 8 giugno 2016, n. 11754 e, per la non idoneità della mancata ripetizione del colloquio a comportare una nullità del procedimento v. Cass., 25 giugno 2014, n. 14338.

30. Pubblicata il 5 luglio 2018, quando il presente scritto era in fase di ultimazione.

dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio»[31].

La sentenza non ha dunque accolto l'orientamento delle sezioni che argomentavano nel senso della non obbligatorietà dell'udienza, ed è giunta alla declaratoria di nullità del decreto decisorio emesso "*de plano*" attraverso un percorso argomentativo che appare a chi scrive formalistico e insoddisfacente, perché si basa su una lettura puramente testuale della norma senza affrontare molte delle questioni che pure gli interpreti si sono posti proprio a causa del tenore letterale dell'art. 35-*bis* co. 11 da collocare e leggere, però, nel complessivo disegno della procedura camerale speciale.

Il provvedimento oggetto del giudizio di Cassazione[32] aveva deciso, nonostante l'indisponibilità della videoregistrazione, di non procedere a un nuovo colloquio personale e di non fissare neppure un'udienza di mera trattazione, in considerazione della «sufficienza della verbalizzazione» delle dichiarazioni rese nel corso della fase amministrativa e quindi della sostanziale inutilità di un adempimento formale quale la comparizione delle parti davanti al giudice senza altra finalità istruttoria.

Nonostante sia rimasta invariata, rispetto al sistema anteriore, la modalità con cui le Commissioni territoriali verbalizzano il colloquio con il richiedente asilo, la Corte ha ritenuto che l'art. 35-*bis* co. 11 lett. a) debba essere immediatamente applicato, con conseguente necessità di fissare l'udienza di trattazione in quanto non vi è disponibilità del documento audiovisivo.

Ha inoltre escluso che sia possibile evitare la fissazione di udienza anche nei casi in cui, come sembra sia accaduto nel caso trattato dalla sezione di Napoli, l'istruttoria della fase amministrativa venga motivatamente ritenuta completa dal giudice e la difesa stessa non alleghi fatti nuovi, non sollevi specifiche doglianze sulla qualità del colloquio e si limiti a insistere per il riesame completo, in fatto e in diritto, della domanda di protezione senza formulare richieste istruttorie diverse dalla mera formale fissazione di udienza quale conseguenza automatica della assenza di videoregistrazione.

La Corte si è infatti limitata a constatare che la disposizione è entrata in vigore e che il testo normativo «non lascia adito [...] al benché minimo dubbio» sul fatto che, mancando la videoregistrazione (per qualsiasi ragione e quindi anche per non essere stata adottata dal Ministero dell'interno), «l'udienza debba essere fissata».

Sul punto ha spiegato che le ipotesi contemplate dal comma 11 si caratterizzano, rispetto a quelle del comma 10, per l'assenza di qualsivoglia discrezionalità in capo al

31. La sentenza affronta anche, dichiarandole non rilevanti e comunque manifestamente infondate, le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla difesa, le stesse di cui si è parlato nel paragrafo 1 del presente scritto.

32. Emesso dal Trib. Napoli, sez. specializzata.

giudice (a parte il caso della «motivata richiesta» da parte dell'interessato se specificamente confutata dal giudice nel provvedimento che non ammette l'atto istruttorio) nella scelta della trattazione con pubblica udienza, senza però fornire, almeno in via interpretativa, quale sia l'esigenza difensiva che debba essere colmata con questo adempimento[33].

Il fatto che la videoregistrazione non sia disponibile in quanto mai adottata è stato ritenuto irrilevante con la seguente motivazione: «è infatti semplicemente assurdo pensare che la mancata adozione delle specifiche tecniche possa ribaltare il chiaro significato della disposizione ormai entrata in vigore».

La Corte ha per la verità affermato che scopo dell'udienza, quando appunto la videoregistrazione (per qualsiasi ragione) manchi, debba essere di consentire «il pieno dispiegamento del contraddittorio attraverso lo svolgimento dell'udienza di comparizione parti».

Non vengono però fornite indicazioni sul come, nel particolare caso in questione, questo dispiegamento debba avvenire attraverso lo svolgimento dell'udienza di comparizione delle parti allorché sia disponibile il verbale delle dichiarazioni rese nella fase amministrativa.

Dopo la pronuncia in esame questa udienza, da fissare necessariamente finché le C.T. non saranno in grado di depositare il documento audiovisivo, rischia di risolversi in un pur adempimento formale tutte le volte che il giudice non ritenga necessario ripetere il colloquio e la difesa non abbia indicato fatti nuovi o l'esistenza di lacune, né abbia criticato la qualità del metodo usato dall'intervistatore, e non sia necessario trattare oralmente la causa.

La sentenza riafferma la differenza tra il diritto all'udienza e il diritto alla ripetizione del colloquio personale e richiama, a sostegno della non obbligatorietà del secondo pur avendo stabilito l'obbligatorietà a pena di nullità della prima, la sentenza della Corte di Giustizia C-348/2016 *Sacko Moussa c. Commissione territoriale di Milano*.

La Corte di Cassazione infatti, pur statuendo che la mancata ripetizione dell'udienza nel caso di mancanza di videoregistrazione determina la nullità della decisione, allo stesso tempo ribadisce il proprio orientamento, formatosi con riferimento alle procedure trattate con il rito sommario *ante* riforma, sulla non necessità della ripetizione del colloquio personale, la cui mancata rinnovazione non determina la nullità della decisione[34].

33. Si deve anche considerare che il procedimento camerale speciale non stabilisce preclusioni, per cui la difesa può sempre, fino alla decisione, integrare i documenti e segnalare il verificarsi di fatti sopravvenuti al deposito del ricorso.

34. Cfr. Cass., 21.11.2012, n. 24544; Cass., 19.12.2011, n. 27456; Cass., 18.10.2013, n. 25873; Cass., 3.9.2014 n. 18633, Cass., 8.6.2016, n. 11754; Cass., 25.6.2014, n. 14338.

Nel far ciò non prende però posizione su quello che, per molti commentatori[35] è il principale aspetto critico della sentenza *Sacko Moussa* ossia cosa si debba intendere, ai fini dell'obbligo di ripetere il colloquio in fase giurisdizionale, per «domanda di protezione internazionale manifestamente infondata».

Nonostante il comma 11 dell'art. 35-*bis* non menzioni mai il colloquio personale, appare però difficilmente contestabile l'esistenza di uno stretto legame tra tutte le tre le ipotesi in presenza delle quali il legislatore prevede che venga fissata udienza[36] e la necessità di interloquire direttamente con la parte ricorrente in vista della acquisizione di nuovi elementi, posto che tutti i casi previsti dal comma 11 ineriscono al colloquio svolto nella fase amministrativa e quindi, in senso ampio, alla disciplina, in fase giurisdizionale, del diritto di essere "sentiti".

La questione non chiarita dalla sentenza *Sacko Moussa* e non affrontata dalla Corte appare quindi di importanza centrale nell'interpretazione e applicazione dell'art. 35-*bis* co. 11, norma introdotta dal legislatore successivamente alla sentenza in questione.

Il diritto di essere sentiti, secondo la normativa europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non si esercita, in fase giurisdizionale, necessariamente con la ripetizione del colloquio personale, né implica il diritto a un'udienza pubblica, tuttavia il suo esercizio è oggettivamente correlato a specifiche esigenze di completamento della raccolta dei fatti rilevanti per la decisione.

La direttiva procedure (2013/32/EU) all'art. 14 prevede che il diritto di essere sentiti, durante la fase amministrativa, si deve inevitabilmente esercitare attraverso il colloquio personale, adempimento che può essere omesso solo in eccezionali, ossia quando «l'autorità accertante» è in grado di riconoscere la protezione «basandosi sulle prove acquisite», ovvero quando si reputi che il richiedente sia incapace o non in grado di sostenere un colloquio personale «a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo», e comunque tutte le volte che il procedimento possa concludersi con una decisione favorevole.

La Corte di Giustizia, con le sentenze 9 febbraio 2017 C-560/2014 *M. c. Irlanda* e 26 luglio 2017 C-348/2106 *Sacko Moussa c. Italia* ha chiarito che la decisione non può essere emessa se non quando l'autorità accertante, nella fase amministrativa, ha raccolto

35. Cfr. C. de Chiara, *Fase amministrativa e fase giurisdizionale; partecipazione del richiedente all'udienza ed ascolto in sede giudiziale: il dovere di cooperazione dell'Autorità e principio dispositivo*, incontro di studio *Il diritto di asilo e alla protezione internazionale* della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 7, 8 e 9 febbraio 2018, e D. Strazzari, *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di protezione internazionale*, in DPCE online 2017, n. 4, vol. 33.

36. E precisamente: mancanza della videoregistrazione del colloquio, richiesta motivata del difensore di ripetizione del colloquio, impugnazione basata su elementi di fatto nuovi, in quanto non dedotti in precedenza.

tutte le informazioni necessarie, ossia con piena cognizione di causa e che l'autorità giurisdizionale può rigettare la domanda di protezione (e quindi confermare la decisione negativa assunta dall'autorità amministrativa) senza procedere a nuova audizione del ricorrente, a condizione che il richiedente asilo sia stato sentito (cioè abbia avuto la possibilità di svolgere un colloquio personale) nella fase amministrativa e che siano disponibili, in fase giurisdizionale, le sue dichiarazioni raccolte con le modalità stabilite dal diritto nazionale, ferma restando per il giudice la possibilità di disporre una ulteriore audizione tutte le volte che tale adempimento appaia necessario per consentire l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della sua domanda, in ossequio al principio del diritto a un ricorso effettivo, stabilito dall'art. 46 della direttiva procedure.

La sentenza *Sacko Moussa*, ha al contempo statuito che l'audizione del ricorrente, in fase giurisdizionale, può essere omessa solo nei casi di manifesta infondatezza della domanda, senza però chiarire se tale principio debba trovare applicazione ai soli e specifici casi di manifesta infondatezza previsti dalla direttiva procedure[37], ovvero se esso possa trovare applicazione anche nei casi non tipizzati di manifesta infondatezza, ad esempio quando vi siano vistose incoerenze intrinseche non chiarite neppure di fronte a specifiche obiezioni dell'intervistatore della fase amministrativa, ovvero il racconto sia palesemente contrario alle pertinenti informazioni sul Paese di origine.

È evidente la differenza tra le due ipotesi, in quanto nel caso di manifesta infondatezza per chiara assenza di elementi di inclusione il giudice potrebbe, in applicazione del principio affermato dalla sentenza *Sacko Moussa*, valutare che, in assenza di fatti nuovi allegati con il ricorso, non vi sia necessità di approfondire la narrazione, in quanto non vi sarebbero comunque elementi che potrebbero portare all'accoglimento della domanda[38].

Il nuovo rito camerale, interpretato nel senso della assenza di un obbligo per il giudice di ripetere il colloquio individuale, non è quindi in contrasto con il quadro legislativo europeo e con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia, dato che in fase giurisdizionale viene mantenuta la possibilità di ripetere il colloquio davanti al giudice.

37. Secondo la trasposizione operata dal legislatore italiano, si tratta dei casi di cui all'art. 28-*bis,* d.lgs. n. 25/2008 e successive modifiche, ossia quando il richiedente abbia sollevato questioni non attinenti con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, quando si tratti di domanda rigettata e reiterata, ovvero di domanda strumentale, presentata quando il richiedente sia stato fermato in posizione di irregolarità o abbia tentato di eludere i controlli di frontiera o al solo scopo di ritardare o ostacolare l'esecuzione di un provvedimento di espulsione.

38. La rilevanza del concetto di «manifesta infondatezza» per l'esercizio del diritto di essere sentiti è confermata dalla proposta di regolamento destinato a sostituire l'attuale direttiva procedure, che all'art. 40 co. 1 lett. a) e b) stabilisce a quali condizioni la manifesta infondatezza della domanda consente allo Stato membro di optare per la procedura di esame accelerata, dalla quale conseguono significative limitazioni qualitative e temporali della procedura stessa; l'attuale versione della proposta è disponibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0467.

Tuttavia la pronuncia della Corte, che riafferma tali principi, avrebbe potuto essere anche un'importantissima occasione per chiarire in che modo il giudice debba cooperare in termini di effettività per consentire, all'udienza prevista dall'art. 35-*bis* co. 11, il pieno dispiegamento del diritto di essere sentiti, in vista del pieno riesame della domanda, e chiarire anche se vi siano, e quali siano, gli specifici oneri della difesa in vista di tale adempimento obbligatorio, valorizzando il fatto che il difensore ha un effettivo contatto con il ricorrente e che proprio per questo si trova nella migliore posizione per segnalare la necessità di completare la raccolta dei fatti necessari per la decisione con il compimento di determinate attività istruttorie, anche eventualmente diverse dalla rinnovazione del colloquio personale, causalmente connesse con la mancanza della videoregistrazione e causate dalla qualità dell'intervista quale emerge dal verbale cartaceo.

Senza questi indispensabili chiarimenti è oggettivamente alto il rischio che l'udienza, pur obbligatoria, si traduca in un adempimento che attua in modo solo formale il diritto di essere sentiti.

7. L'art. 35-*bis* comma 13. La sospensione degli effetti del diniego all'esito della fase giurisdizionale

Il decreto di rigetto emesso dal Tribunale è impugnabile in Cassazione, ma la presentazione del ricorso davanti al giudice di legittimità, diversamente da quanto accade per la proposizione del ricorso davanti al giudice di primo grado, non ha effetto sospensivo automatico dell'efficacia del diniego[39].

L'art. 35-*bis* co. 13 prevede infatti che la sospensione «è disposta» su istanza di parte, quando sussistono «fondati motivi», e di essa è investito lo stesso giudice che ha pronunciato il decreto impugnato.

Non consta che siano sorti dubbi interpretativi circa la competenza del Collegio (e non del giudice in composizione monocratica) a decidere sull'istanza di sospensione, così intendendosi il termine «giudice» utilizzato per designare l'autorità che decide su tale istanza, e sul fatto che anche in questo caso si tratti di un procedimento essenzialmente cartolare con decisione in Camera di Consiglio, senza necessità di fissare udienza, una volta che sia stato completato il contraddittorio sull'istanza di sospensione.

39. Secondo quanto previsto dall'art. 35-*bis* co. 3 la regola dell'effetto sospensivo automatico che deriva dalla proposizione del ricorso davanti al giudice di primo trova alcune eccezioni nei seguenti casi: a) il diniego sia stato adottato nei confronti di persona soggetta a trattenimento a fini di espulsione; b) la domanda di protezione sia dichiarata inammissibile; c) il diniego si fondi su una valutazione di manifesta infondatezza nella specifica ipotesi di cui all'art. 21, comma 1 lett. b)-*bis*; d) quando il diniego sia stato emesso nei confronti di persona colpita da provvedimento di espulsione.

Inoltre appare consolidata l'interpretazione del termine «proposizione» del ricorso nel senso che l'istanza di sospensione viene ritenuta ammissibile solo quando l'interessato abbia dimostrato di avere completato l'*iter* procedimentale previsto dall'art. 369 c.p.c. che impone, a pena di improcedibilità del ricorso per Cassazione, che il ricorrente notifichi l'atto introduttivo alle «parti contro le quali è proposto» e provveda poi al suo deposito presso la «Cancelleria della Corte»[40].

Per quanto riguarda, invece, il termine di 5 giorni indicato dalla norma per la presentazione dell'istanza di sospensione, non risultano decisioni che lo abbiano ritenuto perentorio, mancando del resto una esplicita sanzione di decadenza, che sarebbe richiesta, per la decadenza, dall'art. 152 co. 1 c.p.c.

Il legislatore ha dunque scelto di attribuire al giudice il potere di sospensione caso per caso, così mostrando di voler attuare in modo letterale il disposto dell'art. 46 della direttiva procedure che al comma 5 prevede, per le procedure ordinarie (ossia i casi che non rientrano nelle ipotesi di cui allo stesso art. 46 co. 6) che gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il diritto a un ricorso effettivo (ossia all'impugnazione della decisione negativa sulla loro domanda di protezione) oppure, quando il diritto di ricorso è stato esercitato, a rimanere sul territorio nazionale in attesa del suo esito «quantomeno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado».

Per i gradi successivi (in Italia ora limitati al ricorso per Cassazione) nel procedimento regolato dall'art. 35-*bis* co. 13, il giudice di primo grado è chiamato, su istanza di parte, a valutare caso per caso la richiesta di sospensione.

Il procedimento di sospensione previsto dall'art. 35-*bis* co. 13 presenta molte differenze rispetto a quello previsto dal codice di procedura civile per la sospensione degli effetti dei provvedimenti decisori emessi all'esito di un processo civile ordinario soggetti a ricorso per Cassazione.

L'art. 373, co. 1 c.p.c. infatti stabilisce che la presentazione del ricorso per Cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza ma che «il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione».

Il giudice che ha emesso il provvedimento è in tal caso chiamato a valutare in via cautelare la sussistenza di un grave e irreparabile danno derivante dall'esecuzione della

40. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata, decreto 3 maggio 2018 (R.G. 52501/2017).

decisione, senza che venga richiesta una valutazione anche del c.d. *fumus boni juris*, inerente la possibile fondatezza o meno del ricorso per Cassazione.

Invece l'art. 35-*bis* co. 13 condiziona la possibilità di sospendere gli effetti del diniego di protezione all'esistenza di «fondati motivi», locuzione che rimanda al concetto di *fumus boni juris*, in questo caso consistente nella ragionevole fondatezza del ricorso, senza alcun richiamo, quantomeno esplicito, alla necessità di valutare anche il rischio connesso all'esecuzione del provvedimento[41].

L'art. 35-*bis* co. 13 chiede allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento impugnato di valutare, sia pure sommariamente e con finalità cautelari, le ragionevoli possibilità di accoglimento del ricorso che ha come scopo quello di far cassare la sua stessa decisione.

Anche l'art. 373 c.p.c. attribuisce al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato la competenza ad esaminare la richiesta di sospensione dei suoi effetti, ma oggetto del procedimento è la sola verifica dell'esistenza di un rischio di danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato, valutazione del tutto indipendente dai motivi di impugnazione portati all'attenzione della Corte di Cassazione.

Le regole per la sospensione degli effetti della decisione negativa adottata dal Tribunale in materia di protezione internazionale sono quindi oggettivamente diverse da quelle adottate in generale per tutti gli altri provvedimenti soggetti a ricorso per Cassazione, considerata la chiara volontà del legislatore di non richiamare il procedimento *ex* art. 373 c.p.c. per le sospensive di cui all'art. 35-*bis* co. 13.

L'interpretazione del concetto di «fondati motivi» come limitato alla sola valutazione della ragionevole fondatezza del ricorso per Cassazione, con esclusione di ogni valutazione, da parte del giudice *a quo*, del pericolo che potrebbe derivare dall'esecuzione del decreto di diniego della protezione, accentua la disparità tra i rimedi che l'ordinamento mette a disposizione di coloro che mirano alla sospensione cautelare degli effetti di una decisione di merito impugnata davanti al giudice di legittimità e fa dubitare della effettività di questo rimedio nel quale sarebbe preclusa al giudice ogni valutazione dell'unico requisito richiesto, invece, dall'art. 373 c.p.c.

41. In questo senso si è orientato il Trib. di Napoli, sez. specializzata che, con decreto 20 febbraio 2018 (R.G. 3931/2018), ha esplicitamente interpretato la norma nel senso che il giudizio di sospensione ha ad oggetto soltanto l'apparente fondatezza del ricorso, senza che possa avere alcun rilievo l'aspetto cautelare, ossia la valutazione del rischio che potrebbe derivare al ricorrente dall'esecuzione del provvedimento, proprio a causa della differente formulazione di due disposizioni che, sia pure con riferimento a distinte tipologie di procedimenti, disciplinano entrambe il giudizio di sospensione degli effetti di una decisione che sia stata impugnata davanti al giudice di legittimità; il Trib. Torino, sez. specializzata, con decreto 3 maggio 2018 (R.G. 26197/2017) ha invece evidenziato che non vi è spazio per un giudizio di sospensione basato sulla valutazione del pericolo nel ritardo, come si dovrebbe ricavare dal fatto che l'interessato, ove attinto da provvedimento di espulsione, avrebbe uno specifico rimedio cautelare da far valere in quella sede.

Non si può ignorare la rilevanza che riveste, nel giudizio di sospensione degli effetti del diniego di protezione internazionale, il rischio che può derivare dall'esecuzione del provvedimento impugnato, i cui effetti sono idonei a rimuovere gli ostacoli alle procedure di rimpatrio in un Paese rispetto al quale il richiedente invoca il diritto di *non refoulement* prima che la sua domanda di protezione sia decisa in via definitiva.

Il fatto, poi, che la possibilità di ottenere la sospensione sia collegata alla sola valutazione della ragionevole possibilità che il ricorso per Cassazione possa essere accolto (come appunto sembra ricavarsi dalle disposizioni in esame e dalle prime applicazioni che ne sono state fatte) rischia di contribuire a rendere non effettivo questo rimedio, proprio in quanto la valutazione della tenuta del provvedimento impugnato a fronte dei motivi di impugnazione in sede di legittimità viene rimesso allo stesso giudice che lo ha emesso.

L'istanza di sospensione deve essere decisa dalla stessa sezione specializzata e, in concreto, potrebbe anche essere assegnata allo stesso relatore che ha emesso il provvedimento impugnato e definita con decisione assunta nella medesima composizione del Collegio che ha conosciuto il merito della domanda di protezione.

Non sembra tuttavia che vi siano spazi per affermare che sussista, in questi casi, un'ipotesi di incompatibilità tra il giudice estensore e i componenti del Collegio che avevano deciso il provvedimento impugnato in Cassazione e i giudici chiamati a decidere sulla sospensiva, che possa dare luogo ad un obbligo di astensione ex art. 51 c.p.c., considerata la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che si è formata sul punto.

La Corte costituzionale, con sentenza 23 dicembre 2015, n. 460, ha infatti chiarito che l'obbligo di astensione la cui violazione comporta la nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice, presuppone che il procedimento che si svolge davanti al medesimo ufficio giudiziario sia solo apparentemente bifasico, mentre in realtà esso, per le caratteristiche decisorie potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase, e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi si articola in due momenti, il secondo dei quali assume valore di vera e propria impugnazione e acquista in tal modo i caratteri essenziali di «altro grado del processo».

Il procedimento di sospensione degli effetti di un provvedimento impugnato per Cassazione ha un oggetto nettamente distinto da quello attribuito alla Corte di Cassazione.

E rimesso infatti al giudice *a quo* esclusivamente di valutare la necessità di rinviare l'esecuzione del provvedimento impugnato al momento in cui diventerà definitiva la decisione assunta dalla Suprema Corte, sulla base di elementi che, pur collegati alla regolare instaurazione del giudizio di legittimità, non coincidono con il suo oggetto e, nello specifico caso della sospensiva di cui all'art. 35-*bis* co. 13, si limitano a una valutazione

probabilistica della fondatezza dell'impugnazione, sulla quale tuttavia il giudice che ha emesso il provvedimento, non ha alcun potere decisorio[42].

Quindi, pur non essendo ravvisabile un effettivo conflitto tra l'art. 35-*bis* co. 13 e le regole che, in attuazione dei principi di cui agli artt. 24 e 111 Costituzione, assicurano la terzietà del giudice nel processo civile, resta pur sempre il fatto che la sospensione degli effetti del diniego viene fatta dipendere, solo per i giudizi di protezione internazionale, da una valutazione prognostica di possibile fondatezza dei motivi di impugnazione formulati dalla difesa contro il provvedimento emesso dalla stessa sezione, differentemente da quanto previsto dall'art. 373 c.p.c. per qualsiasi altro giudizio civile.

L'introduzione, avvenuta con l'art. 35-*bis* co. 13, di una disposizione che non assicura l'effetto sospensivo automatico anche per i gradi di impugnazione successivi al primo, che pone molti dubbi interpretativi sull'ambito di valutazione riservato al giudice e che demanda allo stesso giudice di valutare, in sostanza, la correttezza del proprio provvedimento alla luce di motivi di ricorso presentati alla Corte di Cassazione, ha posto seri interrogativi di conformità al diritto a un rimedio effettivo, nel senso indicato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, benché la norma possa dirsi formalmente conforme all'art. 46 della direttiva procedure che impone agli Stati di assicurare "quantomeno" l'effetto sospensivo automatico solo quando venga impugnata la decisione emessa all'esito della fase amministrativa.

Si deve considerare, quanto alla effettività del rimedio, che secondo la normativa italiana vigente il rigetto della domanda di protezione contro un decreto decisorio esecutivo, determina in via automatica l'irregolarità della posizione del richiedente sul territorio nazionale e comporta a suo carico l'obbligo di lasciare questo territorio, con conseguente verificarsi del presupposto per l'emissione di un ordine di espulsione.

L'art. 32 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 al comma 4 stabilisce che quando la C.T. rigetta o dichiara inammissibile la domanda di protezione internazionale, alla scadenza del termine per l'impugnazione, il richiedente asilo ha «l'obbligo di lasciare il territorio nazionale», a meno che non goda degli effetti di un permesso di soggiorno rilasciato ad altro titolo.

42. Cass., SU, 26 gennaio 2011, n. 1883 ha statuito che ai sensi dell'art. 51 n. 4 e 52 c.p.c., è possibile accogliere l'istanza di ricusazione per avere il giudice conosciuto del merito della causa in un altro grado dello stesso processo, ma ha precisato che tale ipotesi non ricorre quando gli stessi componenti del collegio delle Sezioni Unite, già investiti della decisione sul ricorso avverso il provvedimento disciplinare a carico di un magistrato, abbiano deciso sull'impugnazione del provvedimento di sospensione cautelare emesso nei confronti del medesimo incolpato, atteso che la decisione sul provvedimento cautelare attiene ad una serie autonoma sia per presupposti, sia per ambito di cognizione, sia per effetti impugnatori, per cui non è possibile affermare che si tratti di un altro grado dello stesso giudizio.

La stessa disposizione prevede inoltre che alla scadenza del termine per impugnare «si provvede ai sensi dell'art. 13 commi 4 e 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» a meno che non intervenga la sospensione di cui all'art. 35-*bis* commi 3 e 4[43].

Pertanto una volta che il termine per l'impugnazione sia scaduto senza che il relativo diritto sia stato esercitato l'amministrazione «provvede ai sensi dell'art. 13 commi 4 e 5 del Testo unico immigrazione», ossia emette un decreto di espulsione o con accompagnamento coattivo alla frontiera (comma 4) ovvero con assegnazione, su istanza del destinatario, di un termine per la partenza volontaria (comma 5).

Quando l'impugnazione davanti al Tribunale si conclude negativamente l'effetto che si produce è quello di cui all'art. 32 d.lgs. n. 25/2008 (salvo appunto l'ottenimento della sospensiva degli effetti della decisione emessa dal Tribunale).

Conseguentemente, alla scadenza del termine per l'impugnazione in Cassazione ovvero in caso di suo tempestivo esercizio e di rigetto dell'istanza di sospensione, la posizione del richiedente asilo diventa irregolare e l'amministrazione non può che emettere a suo carico un ordine di espulsione ai sensi dell'art. 13 Testo unico immigrazione[44].

Il fatto che il ricorrente, per effetto del meccanismo di sospensione non automatica, ma caso per caso, possa trovarsi nella condizione di essere espulso mentre è ancora pendente l'impugnazione contro il diniego della sua domanda di protezione ha portato la sezione specializzata di Milano a sollevare d'ufficio una questione preliminare interpretativa alla Corte di Giustizia[45].

In via principale il Tribunale dubita della conformità dell'art. 35-*bis* co. 13 all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sotto il profilo del diritto a un rimedio effettivo in quanto non prevede che l'impugnazione contro una decisione di diniego di una domanda di asilo ne determini in via automatica la sospensione degli effetti, anche per i gradi successivi al primo.

Sotto questo profilo viene sottolineato come il diritto ad un ricorso effettivo, anche secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia su questo tema, comprende la possibilità di esercitare il diritto di difesa, di poter contare su un processo equo con parità di armi, di ricorrere a un giudice oltre che la possibilità di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

Cardine del diritto di difesa è poi il diritto al contraddittorio inteso (anche) come diritto delle parti del processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle, il che implica che il suo effettivo esercizio può

43. L'art. 35-*bis* co. 3 e 4 disciplinano le ipotesi in cui, in via eccezionale, la decisione negativa della C.T. non gode, se impugnata, di effetto sospensivo automatico.

44. Questo provvedimento è poi autonomamente impugnabile davanti al Giudice di pace o al Giudice ordinario, a seconda della posizione in cui si trova il richiedente, che ha facoltà di sospenderne gli effetti.

45. Cfr. Trib. Milano, sez. specializzata decreto 9 maggio – 19 giugno, (R.G. 44718/2017).

essere pregiudicato se viene limitata o impedita la possibilità per l'interessato di restare sul territorio nazionale in posizione di regolarità fino al passaggio in giudicato della decisione che definisce la sua domanda di protezione.

Viene quindi sospettata di essere incompatibile con questa ampia, articolata e concreta nozione del diritto di difesa la disposizione che consente che il ricorrente in Cassazione, in caso di diniego dell'istanza di sospensione, divenga a tutti gli effetti di legge un irregolare e sia quindi esposto al concreto rischio di un rimpatrio forzato.

In una simile ipotesi non viene garantita né la possibilità di interloquire con la difesa nell'intero corso del processo, né l'eventuale utilità della sentenza, che potrebbe giungere quando ormai il destinatario si trova fuori dal territorio nazionale[46].

Ulteriore dubbio di non conformità del diritto interno alla normativa dell'Unione europea è costituito, secondo il giudice remittente, dal diritto, ricavabile dall'art. 47 secondo comma della Carta dei diritti fondamentali ad adire un giudice terzo e imparziale nelle materie che, come l'asilo, ricadono nello scopo di applicazione della Carta.

Un giudice terzo e imparziale, in generale, è quello che non ha già conosciuto del merito della controversia nelle fasi precedenti.

Questo requisito, nel sistema delineato dall'art. 35-*bis* co. 13, non sembra essere stato pienamente rispettato (a prescindere dall'esistenza di una causa di astensione secondo il codice di rito) se si accede all'interpretazione secondo cui viene demandato allo stesso giudice che ha emesso il diniego di rivalutare, sia pure sommariamente e nell'ambito di un processo di natura cautelare, la fondatezza della propria decisione alla luce dei motivi di ricorso per Cassazione.

Viene inoltre evidenziato che in tal modo non viene rispettato neppure il principio di equivalenza in quanto, solo nelle controversie in materia di asilo, senza che il legislatore abbia esplicitato la ragione di questa scelta, l'ordinamento italiano prevede che sia lo stesso giudice a riesaminare, in sede di richiesta di sospensione cautelare, sotto il profilo del *fumus boni juris* la possibile fondatezza del ricorso presentato contro la propria decisione, in contrasto con gli strumenti cautelari messi a disposizione delle parti in tutti gli altri procedimenti civili.

L'importanza della garanzia dell'effetto sospensivo collegato alla pendenza di un ulteriore grado di giudizio nelle controversie in materia di asilo è stata avvertita anche in altri ordinamenti che hanno rimesso questioni simili alla Corte di Giustizia ritenendo, evidentemente, non decisivo il fatto che l'art. 46 della direttiva procedure stabilisca in

46. Il diniego del Tribunale potrebbe essere annullato dalla Corte di cassazione per motivi di legittimità in base ai quali venga stabilito che il ricorrente doveva essere sentito nel corso della procedura di primo grado; in una simile ipotesi l'espulsione del richiedente dal territorio sarebbe obiettivamente idonea a compromettere l'utilità del rimedio.

modo chiaro soltanto la garanzia minima costituita dall'effetto sospensivo automatico in caso di impugnazione davanti al giudice del primo grado giurisdizionale.

Al momento del rinvio erano pendenti altri rinvii pregiudiziali sollevati da due Tribunali olandesi[47] che avevano chiesto alla Corte di chiarire se «il diritto dell'Unione europea, che garantisce il diritto a un ricorso effettivo, debba essere interpretato nel senso che gli ordinamenti nazionali devono attribuire un effetto sospensivo automatico alle procedure di ricorso in appello che essi prevedono avverso le decisioni che respingono le domande di asilo e che contengono un obbligo di rimpatrio, qualora l'interessato faccia valere un rischio di violazione del principio di non respingimento».

Il 24 gennaio 2018 l'Avvocato Generale Yves Bot ha presentato, in questi procedimenti riuniti, conclusioni che rivestono un indubbio interesse anche per gli interpreti delle disposizioni adottate in tema di sospensiva dal legislatore del 2017[48].

L'Avvocato Generale ha concluso chiedendo alla Corte di dichiarare che: «né le disposizioni della direttiva 2005/85, né quelle della direttiva 2008/115, né quelle della direttiva 2013/32, e neppure quelle della Carta impongono agli Stati membri di prevedere un effetto sospensivo automatico ad un ricorso in appello, proposto nell'ambito di una procedura avviata avverso un diniego di asilo contenente una decisione di rimpatrio, anche quando la persona sottoposta a tale misura invochi un rischio di violazione del principio di non respingimento».

Ha ricordato che le direttive in materia di asilo «costituiscono norme minime» e che il loro obiettivo è stabilire «un ambito di garanzie idonee ad assicurare il pieno rispetto della Convenzione di Ginevra e dei diritti fondamentali, di cui fa parte il diritto a un ricorso effettivo».

Tuttavia, a parere dell'Avvocato Generale, nessuna norma del diritto dell'Unione impone di garantire un doppio grado di giudizio per cui, se gli Stati membri adottano procedure che constano di più gradi, non per questo sono tenuti, in base alla normativa europea, ad assicurare l'effetto sospensivo automatico dopo il primo grado giurisdizionale.

Ha però anche ricordato che: «quanto all'articolo 46, paragrafo 5, della direttiva 2013/32 dispone che gli Stati membri autorizzano i richiedenti asilo a rimanere nel loro territorio sino alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del loro diritto a un ricorso effettivo contro la decisione di rigetto della loro domanda e, ove tale diritto sia stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso. Soltanto se il diritto

47. Cfr. Cause C-175/2017 e C-180/17, *X c. Belastingdienst/Toeslagen* e *X e Y c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

48. Cfr. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198742&pageIndex=0&doclang=IT&mode =lst&dir=&occ=first&part=1&cid=820739.

interno preveda l'esistenza di una procedura di ricorso in appello o per Cassazione e autorizzi, a tale titolo, il richiedente a rimanere nel territorio nazionale, una procedura di allontanamento non può essere avviata nei suoi confronti».

Sembra potersi ricavare da queste conclusioni che gli Stati membri dovrebbero garantire l'effetto sospensivo automatico quando l'impugnazione abbia ad oggetto un «ordine di rimpatrio» e, al contempo, l'interessato abbia avviato una procedura di impugnazione contro il diniego della domanda di asilo.

L'Avvocato Generale (al punto 45) distingue però nettamente gli ordini di rimpatrio, emessi sulla base della direttiva 2008/2015, dai dinieghi di protezione emessi sulla base della direttiva 2005/85[49] e sembra concludere in modo netto nel senso della assenza di un obbligo, per gli Stati membri, di assicurare in via automatica la sospensione del diniego di impugnazione emesso sulla base della direttiva procedure, impugnata nei gradi successivi al primo.

La questione preliminare sollevata dalla Corte italiana presenta alcune rilevanti differenze rispetto a quelle sollevate dalle Corti olandesi, in quanto il diniego di protezione, nel sistema italiano, comporta la caducazione del titolo di soggiorno temporaneo per richiesta asilo e contiene una intimazione (sia pure generica) al ricorrente di lasciare il territorio nazionale.

I giudici europei potrebbero quindi valutare, tra le altre questioni sollevate dalla sezione di Milano, se il diniego di protezione, nel sistema italiano, abbia anche caratteristiche che lo possano accomunare, in vista della verifica dell'esistenza del diritto a un ricorso effettivo, a un ordine di rimpatrio e trarre dal sistema, come ricostruito dall'Avvocato Generale nelle cause C-175/2017 e C-180/17 la necessità di prevedere, a fronte dell'impugnazione del diniego, che alla presentazione del ricorso consegua la sospensione automatica degli effetti che derivano dal rigetto della domanda di protezione.

8. L'art. 35-*bis* e il diritto a un rimedio effettivo. Riflessioni conclusive

Le prassi che si sono illustrate, almeno fino alla formazione e al consolidamento di un orientamento della Corte di Cassazione sui molti punti controversi che pongono le nuove norme procedurali, non possono essere valutate in termini di maggiore o minore correttezza, in quanto, come si è cercato di esporre, molte norme del d.l. n. 13/2017 pongono seri problemi di interpretazione e coordinamento e non sono quindi tali da fondare soluzioni univoche o inattaccabili.

49. L'Avvocato Generale fa riferimento alle direttive prima della loro rifusione ma il loro contenuto, per quanto qui di interesse, non è mutato.

I protagonisti del processo (difesa, Ministero dell'interno o Commissione territoriale, P.M. e giudice) sono in ogni caso chiamati a operare, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e prerogative, con la massima efficacia, avendo come comune finalità quella di individuare le eventuali carenze dell'istruttoria svolta nella fase amministrativa, così da colmarne le lacune e portare davanti al giudice dell'unico grado di merito, tutte le informazioni necessarie per emettere una decisione che davvero possa tenere conto di tutti gli elementi rilevanti per la domanda di protezione.

È questo lo scopo al quale dovrebbe tendere il giudizio di impugnazione, tenuto conto del principio di effettività sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 46 della direttiva procedure, norme tutte che devono guidare l'interpretazione delle disposizioni della legislazione nazionale in tema di procedura di impugnazione dei dinieghi di protezione internazionale.

La conduzione del procedimento alla luce del principio di effettività si pone allora in un'ottica molto diversa da quella ispirata dalla sola ricerca del percorso maggiormente aderente in termini formali al dettato normativo.

La specificità di ogni procedimento è data dall'inevitabile portato della singolarità della vicenda personale che ne è l'oggetto, per cui ogni volta sarà necessario individuare le specifiche necessità istruttorie, a partire da quanto acquisito nella fase amministrativa, ma anche tenendo conto di quanto lo stesso ricorrente, attraverso il confronto con il suo difensore, porta all'attenzione del giudice che a sua volta individuerà gli ambiti probatori nei quali esercitare il suo dovere di cooperazione.

Non si può tuttavia neppure ignorare il fatto che i tempi ristretti posti dal legislatore (4 mesi dalla presentazione del ricorso) e la rilevantissima consistenza numerica del contenzioso che grava sulle sezioni specializzate, non consentono al giudice di compiere adempimenti processuali o istruttori dei quali non si possa individuare l'effettiva necessità e congruenza con le scelte difensive.

Un ruolo cruciale viene svolto, come si è detto, dal colloquio individuale che costituisce nella stragrande maggioranza dei casi la principale fonte di informazioni alla quale attingere per la decisione della domanda di protezione.

Il colloquio con il richiedente asilo è tuttavia una delle attività più complesse della procedura per la determinazione degli *status* di protezione internazionale, in quanto dovrebbe essere condotto da operatori (interpreti compresi) dotati di formazione specifica e della dovuta capacità tecnica di entrare in un effettivo rapporto di comunicazione con l'interessato così da raccogliere in modo completo e imparziale le informazioni necessarie

per valutare se il richiedente necessiti di protezione[50] operando in modo tale da chiarire eventuali contraddizioni e colmare le lacune del racconto, evitando di condurre il colloquio con domande non adeguate e che possono compromettere definitivamente la credibilità dell'interessato e consentendo al richiedente, su cui incombe il dovere di allegazione e di cooperazione, di esprimere nel miglior modo possibile, le ragioni che stanno a base della domanda di protezione.

Non si deve quindi sottovalutare il fatto che il colloquio, e a maggior ragione la sua ripetizione, espone il ricorrente ad una forte tensione emotiva che ne può minare la capacità di esprimersi e favorire così ulteriori contraddizioni anziché superarle.

Assume allora un ruolo strategico la capacità del difensore nel valutare la qualità del colloquio svolto durante la fase amministrativa e la sua attenzione nel riesaminare gli atti della prima fase con un pieno ed effettivo confronto con il ricorrente prima della stesura del ricorso, anche allo scopo di valutare se esporre il richiedente ai rischi di un nuovo colloquio davanti al giudice (che potrebbe non avere ancora acquisito o padroneggiare le competenze tecniche per l'ottimale svolgimento dell'intervista), di insistere o meno nella scelta di avvalersi di determinati documenti già esaminati dalla C.T. e dalla stessa magari ritenuti non attendibili, ovvero di produrne altri non esaminati dall'autorità amministrativa e di allegare fatti nuovi che potrebbero anche pregiudicare, se non correttamente allegati e spiegati, la valutazione di credibilità del richiedente.

In questa prospettiva si dovrebbe valorizzare l'importanza di un contenuto altamente personalizzato del ricorso, ed attribuire all'udienza *ex* art. 35-*bis* co. 11 la funzione di strumento per l'acquisizione di elementi indispensabili ai fini della decisione, ogniqualvolta sia effettivamente necessario svolgere una ulteriore interlocuzione con la parte ricorrente.

È quindi auspicabile, nonostante l'approccio piuttosto formalistico recentemente suggerito dalla Corte di Cassazione con la sentenza citata sulla portata e funzione del comma 11 dell'art. 35-*bis*, che tutti i protagonisti del procedimento di protezione internazionale attuino le pur non chiare disposizioni processuali contenute nel d.l. n. 13/2017 nel senso più aderente a garantire l'esercizio del diritto a una difesa effettiva, rispettosa del modo in cui la stessa è stata in concreto esercitata, a svantaggio di interpretazioni ispirate alla mera adesione degli atti processuali al dato letterale delle disposizioni che li prevedono.

50. Si richiamano i documenti EASO e UNHCR di cui alla nota n. 25

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

IL "GOVERNO GIALLO-VERDE" DI FRONTE ALL'ISLAM: L'EREDITÀ DELLA XVII LEGISLATURA

di Ferrari Alessandro

Abstract: *L'articolo intende offrire un'aggiornata panoramica sulla "questione musulmana" in Italia letta attraverso il prisma del diritto costituzionale di libertà religiosa. In particolare, saranno esaminate le principali acquisizioni in materia ad opera dei Governi della XVII legislatura, con speciale attenzione al «Patto nazionale per l'Islam italiano» del febbraio 2017. L'adozione di tale testo, infatti, ha collocato la "questione musulmana" su nuovi binari, indicando le possibili linee di azione di ogni futura "politica islamica" italiana. L'articolo pone, dunque, la questione di come la nuova Legislatura ed il nuovo Governo "giallo-verde" si porranno di fronte a tali acquisizioni con cui il confronto appare inevitabile.*

Abstract: *The article aims to offer an updated overwiew of the "Muslim question" in Italy, through the prism of the constitutional right of religious freedom. In particular, the most important steps taken by the Governments of the XVII legislature are examined with a special attention to the* Patto nazionale per l'Islam italiano *of February 2017. The approval of this text has put the "Muslim question" on a new direction, as it has shown the guidelines of action of future Italian "Muslim policy". The article raises the question of how the new legislature and the new "yellow-green" Government will cope with such steps with which confrontation appears unavoidable.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL "GOVERNO GIALLO-VERDE" DI FRONTE ALL'ISLAM: L'EREDITÀ DELLA XVII LEGISLATURA

di Ferrari Alessandro*

SOMMARIO: 1 Premessa. – 2 L'islam in Italia: il panorama. – 3 L'associazionismo musulmano in Italia: mappatura e questioni irrisolte. – 4 La questione musulmana nel corso della XVII legislatura. – 4.1. L'opzione confessionale. – 4.2. L'opzione della bilateralità. – 5. I contenuti del Patto e le sue conseguenze. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'avvio della XVIII legislatura pone un nuovo Governo, che si è definito «del Cambiamento»[1], di fronte ad annose ed ancora irrisolte questioni relative alla gestione normativa delle esigenze religiose dei "musulmani italiani". Dai tempi della Consulta Pisanu-Amato dei Governi Berlusconi I e Prodi I, fino al "Consiglio" riunito dai Ministri Alfano e Minniti con i Governi Renzi e Gentiloni, la "questione musulmana" si è intersecata con il risalente tentativo di superamento dei resti della legislazione sui culti ammessi del 1929-1930 che continua ad inquadrare i gruppi religiosi diversi dal cattolico con lenti istituzionalistiche tardo-ottocentesche[2]. Così, da oltre un decennio, lo stabilizzarsi, anche in Italia, di una significativa presenza musulmana fa discutere di luoghi di culto, imam, intese.

In questi anni, nonostante il cambio dei Governi, la via seguita dal Ministero dell'interno nell'affrontare tali tematiche è stata in gran parte condivisa, indipendentemente dalle maggioranze politiche. Infatti, inaugurato con la Consulta Pisanu-Amato, l'approccio governativo all'"islam italiano" è stato volto all'integrazione dei musulmani, quali fedeli di una confessione religiosa, all'interno della cornice

* Professore associato di diritto ecclesiastico presso l'Università degli studi dell'Insubria.

1. Cfr. https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/associazionerousseau/documenti/contratto_governo.pdf (consultato il 17 agosto 2018).

2. Tra l'abbondante bibliografia in materia cfr., per un primo inquadramento generale, *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti. Atti del Campus di Studio IUS/11 (Stilo 18-21 Maggio 2016)*, a cura di A. Mantineo e S. Montesano, Cosenza, Pellegrini Editore, 2018; *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di C. Cardia e G. Dalla Torre, Torino, Giappichelli, 2015; *Islam e integrazione in Italia*, a cura di A. Angelucci, M. Bombardieri, D. Tacchini, Venezia, Marsilio, 2014; L. De Gregorio, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Tricase (LE), Edizioni Libellula, 2012 e i testi sulla proposta di legge in materia di libertà religiosa elaborata del gruppo di studio Astrid in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 20 del 2018.

personalistica ed universalistica offerta dai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti – a partire dal diritto di libertà religiosa – in armonia con la matrice cattolica della Nazione. Pur tra insufficiente determinazione politica, inerzie legislative, scarso investimento in una pedagogia civica funzionale alla metabolizzazione della stabile presenza musulmana in Italia, ambizioni giurisdizionalistiche, cautele politico-burocratiche e conflittualità tra gruppi musulmani non sempre trasparenti e molto condizionati da logiche "extraterritoriali", tale approccio non è mai stato smentito.

Come la XVIII legislatura si porrà di fronte a tale lascito non è, però, ancora chiaro. Tuttavia, già un primo sguardo al «Contratto per il Governo del Cambiamento» sottoscritto da Luigi di Maio, Capo Politico del MoVimento 5 Stelle e Matteo Salvini, Segretario Federale della Lega, sembrerebbe lasciare intravedere un mutamento di prospettiva rispetto all'orientamento fin qui seguito[3]. Innanzitutto, la "questione musulmana" e la stessa "questione religiosa" compaiono soltanto in coda al n. 13 del "Contratto", intitolato *Immigrazione: rimpatri e stop al business*. Lo scarto rispetto alla precedente impostazione "costituzionalistica", che considerava la presenza musulmana in una prospettiva di stabile integrazione, mediata attraverso l'accesso, progressivamente più completo, ai diritti fondamentali, appare con evidenza. Inoltre, il "Contratto" esprime, legittimandola, una visione "eccezionalista" dell'islam, tesa a considerare questa esperienza religiosa come un *unicum monstruosum*, irriducibile a categorie generali. È quanto traspare dalla specifica attenzione del documento nei confronti delle «associazioni *islamiche* radicali» e delle «moschee», non incluse dai sottoscrittori del "Contratto" nell'associazionismo religioso e nei luoghi di culto *tout court*. Pur con meno nettezza, lo stesso "eccezionalismo" traspare anche in relazione ai ministri di culto, con l'evocazione di un loro registro finalizzato a prevenire «eventuali infiltrazioni terroristiche». Ugualmente, è quest'ultima preoccupazione, associata alla necessità di verificare la «tracciabilità dei finanziamenti» ed alla volontà di perseguire ogni «irregolari(tà)», senza alcun cenno, invece, all'esigenza di rispondere positivamente ai legittimi bisogni religiosi dei fedeli musulmani, che porta ad invocare una «normativa *ad hoc*», una «specifica legge quadro sulle moschee e luoghi di culto». Certamente, la circostanza che il "Contratto" utilizzi soltanto il termine «ministro di culto», senza mai menzionare gli "imam" e il ricorso all'endiadi «moschee *e* luoghi di culto» potrebbe consentire, pure in fase attuativa, interventi normativi generali e non discriminatori in grado di affrontare le esigenze di libertà religiosa di una società plurale contemporanea senza i molteplici dubbi di

3. https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/associazionerousseau/documenti/contratto_governo.pdf (consultato il 17 agosto 2018).

costituzionalità che hanno accompagnato altre, recenti, proposte di legge[4]. Ma il punto interrogativo rimane.

Più recentemente, il 9 agosto 2018, il Ministro dell'interno è ritornato sul divieto del *burqa/niqab* (già oggetto in passato di ampio dibattito)[5] e sulla ipotesi di una nuova consulta italiana per l'islam (così l'intervistatore) al fine di interloquire con le «realtà islamiche anche propositive che vedono nella Lega un punto di riferimento»[6].

Pur se non ancora esplicitamente all'ordine del giorno ed ombreggiata dal tema della gestione dei flussi migratori, la "questione musulmana" resta, dunque, sottotraccia. Del resto, i musulmani in Italia sono destinati a restare e, con essi, le (non soltanto) loro richieste alla politica ed al diritto.

Su questo tema la XVII legislatura ha visto lo svolgersi di un'ampia istruttoria che ha lasciato alle nuove Camere ed al nuovo Governo tutti gli strumenti per dare concreta attuazione al percorso avviato.

Vale forse, allora, la pena riproporre il punto della situazione, un *heri dicebamus* da cui, eventualmente, ripartire.

2. L'islam in Italia: il panorama

Da oramai diversi anni l'islam rappresenta, con il cristianesimo ortodosso orientale, la seconda religione in Italia dopo il cattolicesimo romano. Il numero di musulmani residenti nella Penisola, in larga maggioranza sunniti, si attesterebbe intorno ai 2,5 milioni. Di questi, circa 400.000 sarebbero marocchini, 200.000 albanesi e la grande maggioranza dei restanti, in ordine decrescente, bangladesi, pakistani, egiziani, tunisini, senegalesi e turchi[7]. Nonostante gli oltre quarant'anni di presenza stabile, il superamento della soglia simbolica della "seconda generazione" e i centomila convertiti, l'appartenenza a gruppi etnico-nazionali continua a giocare un ruolo fondamentale tra i "musulmani italiani" rendendo l'islam una religione fondamentalmente "straniera" in Italia. Come è noto,

4. Cfr. A. De Oto, *Le proposte di legge Santanchè-Palmizio sul registro delle moschee e l'albo degli imam: un tentativo di refurbishment della legge n. 1159/1929?*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 4 del 2018 e G. Macrì, *La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune considerazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam*, *ibid*., n. 5 del 2018.

5. Cfr. A. Ferrari, S. Pastorelli (a cura di), *The burqa affair across Europe*, Farnham, Ashgate, 2013 nonché A. Ferrari, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto (Parte seconda): la guerra "italiana" al "burqa" e al "niqab"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2012, pp. 39-61 e N. Marchei, *L'obbligo di "riconoscibilità" nella delibera della Regione Lombardia sull'accesso ai luoghi pubblici e le (asserite) esigenze di sicurezza pubblica*, *ibid*., n. 3, 2017, pp. 827-837. L'estensione ad altri Paesi europei dell'interdizione di *burqa* e *niqab*, dopo la pionieristica Francia, rende oggi più probabile, come si vedrà in seguito, l'adozione di una legislazione simile anche in Italia.

6. http://www.lanuovabq.it/it/salvini-con-noi-al-governo-sara-difesa-la-famiglia (consultato il 17 agosto 2018).

7. Cfr. F. Ciocca, *Quanti sono i musulmani in Italia? Stime, analisi e proiezioni*, in www.lenius.it/musulmani-in-italia/ (consultato il 22 agosto 2017).

questa situazione è favorita anche dalla normativa sulla cittadinanza, sopravvissuta ai tentativi di modifica della XVII legislatura e basata su un rigido *ius sanguinis* che ha rallentato la naturalizzazione della popolazione musulmana, costituita ancora per il 57% da residenti non italiani[8].

In tale contesto, l'integrazione civica e politica dei musulmani risulta particolarmente difficoltosa. Il loro "carattere straniero", infatti, da una parte, facilita la disattenzione, il sospetto ed un certo atteggiamento dilatorio da parte delle istituzioni pubbliche nell'attivare i meccanismi giuridico-politici pensati per l'integrazione delle presenze religiose (percepite come) stabilmente insediate sul territorio dello Stato, avallando, così, di conseguenza, l'attivismo delle rappresentanze diplomatiche "musulmane" quali legittime portavoce degli interessi dei fedeli islamici in Italia. Dall'altro, la condizione di perdurante estraneità della presenza musulmana alimenta un discorso pubblico propenso ad una lettura monodimensionale ed essenzializzata dell'islam, frequentemente interpretato come religione fondamentalista, connotazione necessaria di ciascun proveniente da un "Paese islamico", a prescindere dalle proprie scelte personali[9].

Tutto ciò comporta che i musulmani in Italia risultano di fatto incoraggiati alla costruzione di *pilliers* etno-confessionali destinati ad alimentare sia la scarsa fiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche da parte dei fedeli islamici sia l'alto tasso di "islamofobia" degli italiani[10].

In ogni caso, in una nazione in cui il sentimento religioso continua a giocare un ruolo rilevante ed in uno Stato che ha riconosciuto al diritto di libertà religiosa un'indubbia centralità costituzionale, il ricorso prioritario al "prisma religioso" per inquadrare i molteplici bisogni dei "musulmani" in Italia condiziona significativamente sia le politiche pubbliche sia la condotta dei provenienti dai "Paesi islamici", spinti a conformarsi

8. *Ibid.*, nonché M. Santerini, *Le seconde generazioni e il nodo della cittadinanza*, in A. Angelucci, M. Bombardieri, D. Tacchini, *op. cit.*, pp. 137-148.

9. Secondo questa interpretazione, cioè, nei fedeli musulmani non si riscontrerebbe ancora il passaggio dall'"appartenenza" all'"affiliazione" religiosa, dalla religiosità "obbligatoria" alla religiosità "per scelta": cfr. J.-P. Willaime, *Sociologie de l'affiliation*, in *L'affiliation religieuse en Europe*, sous la direction de F. Messner, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2017, pp. 13-25 e Istat, *Il contesto italiano nei dati Istat*, in *Rapporto della Commissione "Jo Cox" sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio* istituita dalla Presidente della Camera dei Deputati Laura Boldrini, Roma 2017 (http://www.camera.it/leg17/1264).

10. *Ibid.*, nonché le analisi del Pew Research Center in *Italians Most Critical of Muslims* (1 giugno 2017) e *Europe's Growing Muslim Population* (29 novembre 2017), entrambi in www.pewglobal.org. Cfr. anche i dati raccolti nel rapporto della citata Commissione Jo Cox e nella survey *Second European Union Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II) Muslims – Selected findings*, 2017, in http://fra.europa.eu/en/publication/2017/eumidis-ii-muslims-selected-findings (consultato il 30 maggio 2018) e, per le preoccupazioni di parte musulmana rispetto al clima di tensione sperimentato, http://www.ucoii.org/3671/documenti/circolari-comunitarie/01-2018-sicurezza-centri-di-aggregazione-islamici/ (consultato il 22 agosto 2018).

progressivamente alla cornice normativa (pre-)disposta per la gestione del fenomeno religioso.

In estrema sintesi, è possibile sostenere che il "prisma religioso" tipico del modello italiano ha consentito, almeno fino ad oggi, una sorta di "naturale" pacifica inclusione in Italia delle manifestazioni identitarie "musulmane" percepite come afferenti alla religiosità individuale. Tuttavia, le esigenze più strutturalmente collettive e che esigono un'azione positiva di riconoscimento pubblico faticano ad essere "normalizzate" in uno scenario connotato dalla storica fragilità della nazione-stato e dalla conseguente incompleta attuazione dello stesso progetto costituzionale di libertà religiosa. Così, da una parte, a differenza di quanto avvenuto in altre realtà europee, l'uso del velo è stato ampiamente accettato non solo nel generico spazio pubblico ma pure sulle carte d'identità e nelle aule di giustizia senza essere mai posto in competizione con l'uguaglianza di genere, l'emancipazione femminile o la separazione tra politica e religione; i rari *burqa* e *niqab* non hanno dato luogo a generali normative d'eccezione ma solo, talvolta, ad interdizioni selettive ed il consumo di alimenti leciti, per lo più nella forma di menù alternativi[11], è stato anch'esso diffusamente assimilato.

Tuttavia, dall'altra parte, il discorso cambia quando si passa ad esaminare la condizione delle associazioni e dei luoghi di culto. In questi casi, infatti, l'assenza di un quadro legislativo adeguato e la scarsa propensione politica per una applicazione costituzionalmente conforme delle regole e dei principi (già) vigenti pongono seri ostacoli al soddisfacimento dei bisogni comunitari più essenziali dei musulmani "italiani".

In particolare, è la questione della libertà di associazione per fini di religione e di culto a risultare preliminare sia rispetto al tema degli spazi per il culto sia rispetto alla stipulazione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma Cost., divenuta per l'islam in Italia il banco di prova della sua piena accettazione e legittimazione politico-sociale. Infatti, da un lato, uno spazio che non sia semplice sede associativa destinata ad usi promiscui per i soli soci ma luogo aperto al culto pubblico, riconosciuto nella sua specifica funzione ad un tempo pubblica e comunitaria, necessita di un soggetto gestore chiaramente identificabile per le sue finalità religiose[12]. Dall'altro, è evidente che, se la stipula di un'intesa richiede la presenza di una "confessione religiosa", risulta essenziale per i musulmani in Italia dare

11. Cfr. M. C. Giorda, L. Bossi, E. Messina, *A tavola con le religioni (nella ristorazione collettiva)*, Torino, Consorzio Risteco, 2014 e M.C. Giorda, L. Bossi, *Mense scolastiche e diversità religiosa. Il caso di Milano*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 24 del 2016.

12. Cfr. N. Marchei, *Il "diritto al tempio". Dai vincoli urbanistici alla prevenzione securitaria. Un percorso giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 e F. Oliosi, *Libertà di culto, uguaglianza e competenze regionali nuovamente al cospetto della Corte Costituzionale: la sentenza n. 67 del 2017*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 29 del 2017.

vita ad un ente esponenziale conforme ai criteri utilizzati dall'ordinamento giuridico italiano per l'individuazione di questa tipica formazione sociale.

L'associazionismo musulmano costituisce, dunque, un punto di osservazione fondamentale per seguire le trasformazioni dell'islam in Italia e la sua "inculturazione" nel "sistema-Paese" per mezzo della progressiva sintonizzazione con il "prisma religioso" proprio dell'approccio italiano alle diversità etnico-culturali.

3. L'associazionismo musulmano in Italia: mappatura e questioni irrisolte

L'associazionismo musulmano in Italia riflette la tradizionale pluralità e varietà dell'islam. Sono però quattro associazioni o, meglio, quattro galassie confederative che, per dimensioni e consuetudine di relazioni con la pubblica amministrazione, in particolare con il Governo centrale, sono divenute i punti di riferimento "istituzionali" dell'islam in Italia[13].

Innanzitutto, il Centro Islamico Culturale d'Italia (CICI), la «Grande Moschea» di Roma, l'unica organizzazione musulmana riconosciuta come "ente morale di culto", nel 1974, nell'ambito della legislazione sui "culti ammessi" del 1929-1930[14]. Il CICI, con la storica presenza nel proprio Consiglio d'amministrazione degli ambasciatori dei Paesi a maggioranza musulmana presso la Repubblica e la Santa Sede, rappresenta un islam *top-down*, il cd. "islam delle ambasciate" ed è stato finanziato, fin dai suoi esordi, dall'Arabia Saudita e, in minor misura, dal Marocco, i due Stati da sempre in competizione per la sua leadership. A partire dal 2008, il Marocco, consapevole dei limiti del "carattere straniero" della "Moschea di Roma" e con l'obiettivo di controllare la propria diaspora prevenendo la diffusione di influenze antimonarchiche, ha incoraggiato la riunione dei propri concittadini residenti in Italia in apposite associazioni regionali. Nel marzo 2012, queste ultime sono poi confluite nella Confederazione Islamica Italiana (CII), che conta oggi circa 200 luoghi di culto ed aspira a diventare la rappresentanza più qualificata dell'islam italiano presso le pubbliche istituzioni, grazie al coordinamento, assicurato dall'Ambasciata del Regno del Marocco, tra la sua disseminazione *bottom up* e la diplomazia *top-down* espressa dal CICI

13. Cfr. M. Bombardieri, *Mappatura dell'associazionismo islamico in Italia*, in A. Angelucci, M. Bombardieri, D. Tacchini, *op. cit.*, pp. 11-34.

14. Questa legislazione consente il riconoscimento come «ente di culto» delle associazioni religiose che dimostrino l'esercizio, in forma prevalente, di una finalità religiosa o cultuale. La procedura prevede l'istruttoria da parte del Ministero dell'interno (che sovrintenderà poi al costante monitoraggio degli statuti associativi e delle attività dell'ente riconosciuto), un parere (formalmente non più obbligatorio ma tuttora sempre richiesto) del Consiglio di Stato e un voto (politico) finale del Consiglio dei Ministri preliminare al d.p.r. di riconoscimento. Le associazioni religiose riconosciute come «enti di culto», oltre ad acquisire la personalità giuridica, godono di vantaggi fiscali in quanto le loro finalità di religione e di culto sono equiparate a quelle di istruzione e beneficenza.

con cui la Confederazione intrattiene complessi rapporti di sudditanza-cooperazione-competizione assai influenzati dagli equilibri politici di Rabat.

Esterna alla galassia marocchina ed antagonista del Centro Culturale Islamico d'Italia, l'UCOII (Unione delle comunità islamiche in Italia), fondata nel 1990, è la confederazione che esprime il cd. islam politico, storico oppositore delle "laicità autoritarie"[15] della riva Sud del Mediterraneo. Imparentata con la tunisina An-Nahada e, più in generale, con la Fratellanza musulmana, l'UCOII, con il significativo sostegno finanziario del Qatar, rivendica la rappresentanza, con i suoi circa duecento luoghi di culti affiliati, del "popolo delle moschee", un islam *bottom-up* che antepone i vincoli della propria interpretazione religiosa a quelli etnico-nazionali svincolandosi, così, dal controllo diretto delle Ambasciate per perseguire un inserimento nella vita pubblica italiana quale forza morale islamicamente connotata.

Infine, la COmunità REligiosa ISlamica italiana (COREIS), fondata negli anni '90 da un italiano convertito, Felice Pallavicini, poi Shaykh Abd al Wahid Pallavicini dopo la conversione avvenuta agli inizi degli anni Cinquanta, è l'unica associazione musulmana in Italia con ambizione di diffusione nazionale a presentarsi in maniera chiara ed esplicita come associazione religiosa. Quantitativamente esigua, la COREIS, con il suo centinaio di membri, in grande maggioranza italiani convertiti, è molto attiva nel dialogo interreligioso e nella promozione culturale. Nonostante due richieste, non è ancora riuscita ad ottenere il riconoscimento dello *status* di ente di culto: in un primo tempo (2001) a causa dell'attendismo del Ministero dell'interno; successivamente, nel 2015, per una fluttuazione interpretativa del Consiglio di Stato che non ha più individuato la natura prevalentemente religiosa e cultuale in precedenza riconosciuta[16].

La difficoltà sperimentata dalla più "italiana" tra le associazioni musulmane nel suo tentativo di conformarsi alla vigente legislazione in materia di libertà religiosa è paradigmatica della paradossale situazione dell'associazionismo musulmano in Italia. Infatti, in una "nazione religiosa" portata, come si è detto, ad inquadrare l'islam attraverso un prisma essenzialmente religioso, le associazioni musulmane vivono come generiche associazioni culturali affidandosi a tipologie organizzative che ne mimetizzano la natura confessionale[17]. Tale condizione riflette sia i limiti della forte discrezionalità politica connessa all'applicazione della legislazione sui «culti ammessi», sia, naturalmente, l'assenza di un'aggiornata legislazione generale in materia di libertà di coscienza e di

15. Cfr. P.-J. Luizard, *Laïcités autoritaires en terres d'islam*, Paris, Fayard, 2008.

16. Cfr. A. Ferrari, *Islam in Italy: the «Ghost» Religion. A «Non-religion» in a «Religious country»*, in *Annuaire Droit et Religions*, n. 8, 2015-2016, pp. 369-386.

17. Id., *Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca deregulation e super-specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), luglio 2011.

religione capace di tener conto delle trasformazioni contemporanee delle appartenenze religiose.

Come si è già accennato, la legislazione del 1929-1930 consente ad una associazione religiosa di fruire dello statuto di «ente di culto» solo al termine di una procedura piuttosto imponderabile la cui attivazione richiede uno statuto organizzativo ben articolato e chiaro nella precisazione delle finalità; un bilancio dettagliato; una relazione sui principi religiosi seguiti dall'organizzazione e, soprattutto, buoni contatti con le autorità statali. Riformare questa legislazione è stato, ad oggi, impossibile. Infatti, nonostante la centralità costituzionale del diritto di libertà religiosa in tutte le sue dimensioni – individuale e collettiva, istituzionale ed associativa – gran parte delle energie sono state dedicate prima alla lunga e difficile riforma dei Patti lateranensi e, dopo, all'attuazione della cosiddetta «stagione delle intese» e, dunque, all'estensione anche alle altre confessioni religiose, tramite l'art. 8, comma 3 della Costituzione, di gran parte dei contenuti del modello bilaterale previsto per le relazioni tra lo Stato e la Chiesa cattolica. Di conseguenza, se il Parlamento ha approvato un nuovo concordato e dodici intese, nonostante diversi tentativi[18], non è stata approvata alcuna proposta di legge capace di garantire anche ai gruppi religiosi meno strutturati e senza intesa un adeguato livello di libertà religiosa[19]. In questo modo, la forbice dell'uguale libertà (art. 8, comma 1, Cost.) tra le religioni "pattizie" e quelle prive di intesa si è andata dilatando mentre a poco sono serviti, in assenza di un'adeguata normativa generale, i rilievi della stessa Corte costituzionale tesi a sottolineare con crescente insistenza il rapporto di eventuale complementarietà – e non di necessità – tra l'intesa *ex* art. 8, comma 3, Cost. e il diritto di libertà religiosa sancito dall'art. 19 Cost.[20].

Così, nell'estrema difficoltà a superare l'imprevedibile scrutinio della pubblica amministrazione connesso all'applicazione della legislazione del 1929-1930, le associazioni musulmane hanno preferito mimetizzare la propria identità religiosa e agire come generiche associazioni senza scopo di lucro. In questo modo, esse possono beneficiare di procedure semplificate per l'ottenimento della personalità giuridica e, soprattutto,

18. Cfr. L. De Gregorio, *op. cit.*

19. Sia consentito il rinvio, per una sintesi, al mio *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, Carocci, 2012.

20. Nella sentenza n. 52 del 2016 la Corte ha ricordato come le intese non debbano svolgere l'impropria funzione di «condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire di facoltà in realtà già loro assicurate» dai primi due commi dell'art. 8 Cost. e dall'art. 19 Cost. Nello stesso tempo, è comunque facile intuire come solo un'aggiornata legge generale e comune possa davvero rendere effettiva la libertà «di organizzazione e di azione [...] garantita a tutte le confessioni».

servirsi di tipologie organizzative assai versatili, che portano con sé i vantaggi fiscali riservati all'esercizio delle attività del cd. Terzo Settore[21].

Sebbene il ricorso a tali tipologie associative comporti l'occultamento o, quantomeno, il formale ridimensionamento della propria identità religiosa, questa scelta appare oggi come l'unica alternativa percorribile rispetto al fragile e povero *status* civilistico di associazione religiosa non riconosciuta, l'unico effettivamente disponibile per le formazioni sociali musulmane. Tuttavia, l'opzione per il generico statuto di associazione senza scopo di lucro comporta l'esercizio del culto soltanto privatamente, all'interno delle sedi associative, ostacolando (ulteriormente) l'aspirazione ad uno spazio di culto chiaramente identificabile, formalmente riconosciuto e aperto al pubblico[22]. Inoltre, un gruppo musulmano organizzato come generico ente del "Terzo Settore" non può prestare formale assistenza religiosa nelle carceri, nell'esercito o negli ospedali, limitandosi al più a servirsi delle vie di accesso in tali strutture ordinariamente previste per semplici visitatori o generici volontari. Infine, la mancata formalizzazione della propria fisionomia religiosa impedisce, ovviamente, alle associazioni musulmane l'accesso allo statuto di «ente di culto» sulla base della legislazione del 1929-1930 e, di conseguenza, anche la possibilità di agire per la stipulazione di un'intesa che richiede la presenza di un interlocutore chiaramente confessionale.

Le carenze legislative e il mimetismo dell'associazionismo musulmano alimentano, dunque, un circolo vizioso che, nell'ostacolare l'integrazione dei musulmani in Italia, accresce l'ostilità sociale nei loro confronti.

4. La questione musulmana nel corso della XVII legislatura

Nel corso della XVII legislatura i Governi Renzi e Gentiloni, in sostanziale continuità con gli esecutivi precedenti, hanno cercato di affrontare la "questione islamica" con nuovo piglio, non solo sul fronte della prevenzione e della lotta alla radicalizzazione, ma anche su quello del diritto di libertà religiosa, in particolare promuovendo la costruzione di una «confessione religiosa musulmana» capace di interloquire con lo Stato per la stipula dell'intesa di cui all'art. 8, comma 3 della Costituzione[23].

21. Cfr., per una prima ricognizione, P. Floris, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 3 del 2018, nonché Ead., *Comunità islamiche e lacune normative: l'ente che non c'è. L'associazione con fine di religione e di culto*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 75-96.

22. In tale contesto, non è dato sapere quanti dei circa 900 "luoghi di culto" musulmani siano formalmente considerati tali: cfr. Ministero dell'interno, *I documenti del Consiglio per le Relazioni con l'Islam italiano. Patto nazionale per un Islam italiano. Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto*, Roma 2017, pp. 63 e 66.

23. Cfr., per un inquadramento della questione, A. Angelucci, *L'Islam in Italia. Dalla tutela costituzionale dell'associazionismo alle recenti prospettive pattizie*, Torino, Giappichelli, 2018.

Così, nel settembre 2016 l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio della «Commissione di studio con il compito di esaminare lo stato attuale del fenomeno della radicalizzazione e dell'estremismo jihadista in Italia» si concluse con l'adozione di un Rapporto (gennaio 2017) alla base della proposta di legge «Misure per la prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo violento di matrice jihadista» destinata a riscuotere una certa convergenza – ma non la propulsione necessaria per la sua approvazione – nel corso dei lavori parlamentari[24].

Sul fronte della libertà religiosa, invece, il "Patto nazionale per l'Islam italiano" ha posto esplicitamente la stipulazione di un'intesa «con l'Islam» tra gli obiettivi possibili, manifestando, in tal modo, la disponibilità governativa a consentire alle comunità musulmane in Italia il pieno riconoscimento politico e istituzionale potenzialmente inclusivo degli importanti finanziamenti pubblici previsti dal sistema del cosiddetto «8 per mille». Questo testo costituisce, senza dubbio, il più importante lascito della XVII legislatura per quanto riguarda il futuro dei rapporti con l'islam in Italia, il documento strategico con cui anche il Ministro Salvini dovrà, necessariamente, confrontarsi.

Il Patto, stipulato con la consulenza del Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano, è stato firmato il 1° febbraio 2017 dal Ministro dell'interno Marco Minniti e da una decina di associazioni musulmane riunite nel «Tavolo di confronto con i rappresentanti delle maggiori comunità e associazioni islamiche»[25]. Il Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano, nominato dal Ministro dell'interno Angelino Alfano con d.m. del 23 dicembre 2015, ha «funzioni consultive, per l'approfondimento dei temi legati all'integrazione e all'esercizio dei diritti civili di coloro che professano la religione islamica in Italia» e, sulla base del successivo d.m. del 26 luglio 2016, è composto da undici docenti universitari ed un esperto di questioni mediorientali[26]. Dal canto suo, il Tavolo di confronto con le comunità musulmane, avviato pressoché contestualmente al Consiglio, è composto da esponenti di una decina di associazioni musulmane[27].

La rilevanza del Patto risiede in due scelte strategiche di fondo sintetizzabili nell'"opzione confessionale" e nella (conseguente) "opzione della bilateralità".

---

24. AC n. 3558, Proposta di legge Dambruoso ed altri.

25. Cfr. A. Fabbri, *Il Patto Nazionale per un Islam italiano come condizione preliminare per la stipula di intese con l'Islam, le fasi costitutive*, in Federalismi.it, vol. 15, n. 10, 2017.

26. S. Allievi, P. Annicchino, M. Campanini, A. Ferrari, A. Frisina, H.Z. Shahrzad, P. Naso – con funzioni di coordinatore – V. Pace, Y. Tawfik, F. Zannin, I. Zilio-Grandi e K. Altoubat.

27. Il CICI (Centro islamico culturale d'Italia); la CII (Confederazione islamica italiana), l'UCOII (Unione delle comunità islamiche d'Italia); la COREIS (Comunità religiosa islamica italiana); l'UAMI (Unione degli albanesi musulmani in Italia); l'Associazione Cheikh Ahmadou Bamba; l'Associazione madri e bimbi somali; l'Associazione donne musulmane d'Italia, l'Associazione islamica degli imam e delle guide religiose e l'Associazione islamica pakistana Muhammadiah.

4.1. L'opzione confessionale

L'"opzione confessionale" concerne la direzione, la finalità essenziale del dialogo tra Stato e comunità musulmane. Essa consiste nella volontà di dare attuazione al "prisma religioso" con cui il "sistema italiano" guarda alla presenza dei musulmani in Italia e, dunque, nella decisione di inquadrare i rapporti tra lo Stato e le comunità musulmane all'interno della cornice offerta, nell'ordine, dagli artt. 8 e 19 della Costituzione. Si tratta di un'opzione che privilegia l'approccio istituzionale, funzionale alla stipulazione di un'intesa apicale tra lo Stato e la "confessione religiosa musulmana".

Tale prospettiva emerge con evidenza nella prefazione del ministro Minniti al volume che, insieme al Patto, pubblica i documenti elaborati dal Consiglio: «[U]no Stato non può imporre regole ad una religione. Però può concludere una intesa, un incontro pattizio che contenga la manifestazione di libere volontà» ed è esplicitata ed ampiamente esposta dal terzo Rapporto di quest'ultimo organismo approvato il 4 aprile 2017 e significativamente intitolato «Dal riconoscimento informale alla forma del diritto»[28]. L'"opzione confessionale" segnala, così, l'affermazione di un orientamento volto a promuovere l'interlocuzione con associazioni musulmane individuate per la loro specifica rappresentanza di interessi religiosi e disposte ad essere preliminarmente inquadrate all'interno dell'offerta normativa prevista dalla legislazione del 1929-1930.

Questa specializzazione confessionale dei rapporti tra lo Stato e le comunità musulmane evidenzia il processo di "ecclesiasticizzazione" dell'islam italiano ed il progressivo, seppur faticoso, superamento della confusione, spesso esistente anche all'interno degli stessi comitati ministeriali "per il dialogo con l'Islam", tra questione migratoria, integrazione, sicurezza, libertà religiosa ed altri, differenti, diritti civili e politici[29]. Tale confusione, in verità, era ancora presente nel decreto istitutivo del Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano che auspicava iniziative «volte a migliorare l'inserimento sociale nel rispetto dei principi della Costituzione e delle leggi della Repubblica, anche nell'ottica di sviluppare la coesione, l'integrazione e la condivisione di valori e diritti» e ad «approfondire i profili problematici relativi alla integrazione e all'esercizio dei diritti civili, da estendere anche ai soggetti delle altre confessioni religiose». Ugualmente, il «Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale» del 26 settembre 2017 presenta il Patto nazionale per l'Islam, da una

28. Cfr., Ministero dell'interno, *op. cit*., pp. 6 e 75-86.

29. Cfr. N. Fiorita, D. Loprieno, *Islam e costituzionalismo*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 14 del 2017 nonché A. Ferrari, *L'intesa con l'Islam e la Consulta. Osservazioni minime su qualche questione preliminare*, in *Il dialogo delle leggi. Ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, a cura di I. Zilio-Grandi, Venezia, Marsilio, 2006, pp. 29-53.

parte, come una «buona pratica di dialogo interreligioso» (*sic*), faticando ad armonizzare, dall'altra, lo specifico registro del diritto di libertà religiosa con le finalità di integrazione e sicurezza (si veda, ad es., il riferimento all'ambigua categoria degli «imam riconosciuti»)[30].

In ogni caso, l'"opzione confessionale" adottata dal Patto, nonostante l'eccezionalità del metodo seguito, segnala un primo superamento dell'"eccezionalismo musulmano", attraverso la disponibilità ad includere le comunità (religiose) islamiche all'interno delle categorie e procedure previste per le (altre) confessioni religiose. Questa dinamica è destinata a produrre importanti trasformazioni in seno all'associazionismo musulmano spinto alla specializzazione sia attraverso una più chiara gerarchizzazione delle proprie finalità associative sia, ancor più in profondità, attraverso una più netta distinzione tra "personale religioso" e "comuni" fedeli funzionale all'emersione di una specifica dimensione ordinamentale di stampo confessionale. Promuovendo la definizione di una distinta "sfera confessionale musulmana", l'"opzione confessionale" del Patto risulta decisiva per consentire alle pubbliche amministrazioni dello Stato una più precisa selezione dei propri interlocutori «musulmani» in relazione alle materie regolate dagli articoli 19, 20 e 8 della Costituzione. Inoltre, più in generale, l'affidamento ad una o più "confessioni religiose" musulmane della rappresentanza degli specifici interessi religiosi potrebbe favorire una più decisa azione dei *cives* musulmani nella sfera pubblica (anche) a prescindere della loro appartenenza religiosa.

In questo modo, l'estensione dell'"opzione confessionale" alle comunità islamiche, mentre rivela la difficoltà di una integrazione civica individuale dei musulmani, promuove l'emersione di una rappresentanza di specifici interessi religiosi che conferma la politicità e la forza performativa del dualismo ordinamentale consacrato tra i principi fondamentali della Carta costituzionale. Sarà, dunque, interessante verificare, con il tempo, le modalità di effettiva traduzione di questa "opzione confessionale" da parte dei musulmani in Italia e, in particolare, il grado di distinzione tra interessi religiosi e non cui essa approderà. In tale processo, anche a causa della tentazione di una gestione "neo-costantiniana" della presenza islamica da parte delle autorità governative italiane e straniere, è probabile ritenere che eserciterà una particolare forza attrattiva il modello di rappresentanza "onnicomprensivo" espresso dalle comunità ebraiche, riconosciute come responsabili non solo del «soddisfacimento delle esigenze religiose» degli ebrei in Italia ma anche delle loro «diverse esigenze, associative, sociali e culturali» (art. 1 dello statuto dell'Unione delle comunità ebraiche italiane).

30. Cfr. http://www.interno.gov.it/it/servizi-line/documenti/piano-nazionale-dintegrazione-dei-titolari-protezione-internazionale (consultato il 20 agosto 2018).

4.2. L'opzione della bilateralità

Connessa all'"opzione confessionale", l'"opzione della bilateralità", la seconda delle scelte strategiche espressa dal Patto del febbraio 2017, attiene, innanzitutto, alla forma pattizia con cui è stato formalizzato il dialogo tra il Ministero dell'interno e le associazioni musulmane. In un Paese concordatario come l'Italia, non deve passare inosservato il carattere contrattuale-bilaterale del "Patto nazionale per un Islam italiano" in cui, per la prima volta, Ministero degli interni ed associazioni musulmane sono poste sul medesimo piano rispetto all'adempimento delle direttive costituzionali. Inoltre – ed è un'ulteriore novità – questa struttura bilaterale, che sottolinea il ruolo della distinzione degli ordini e dell'autonomia confessionale, prelude apertamente alla conclusione di uno o più accordi con una o più rappresentanze musulmane. In particolare, il sesto dei dieci impegni assunti dalle organizzazioni musulmane firmatarie ne esprime l'impegno a favorire «le condizioni prodromiche all'avvio di negoziati volti al raggiungimento di intese ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione», mentre il terzo degli impegni ministeriali, senza invadere le competenze della Presidenza del Consiglio, a cui compete l'avvio e la negoziazione dell'intesa, assicura il supporto istituzionale a tale strutturazione confessionale attraverso «specifici percorsi volti a supportare le associazioni islamiche nella elaborazione di modelli statutari coerenti con l'ordinamento giuridico italiano, anche ai fini di eventuali richieste di riconoscimento giuridico degli enti come enti morali di culto da parte delle associazioni islamiche (ai sensi della legge n. 1159/1929 e il r.d. n. 289 del 28 febbraio 1930)». Il tema dell'intesa è poi del tutto esplicito ed ampiamente trattato nell'ultimo Rapporto prodotto dal Consiglio per le relazioni con l'Islam: «Dal riconoscimento informale alla forma del diritto».

Infine, l'"opzione per la bilateralità", nel confermare la specificità della "via italiana" alla libertà religiosa, sembra differenziare il Patto da altri documenti europei, consentendo di attenuare la portata giurisdizionalista degli impegni in esso contenuti presentandoli come volontarie – e corrispettive – assunzioni di responsabilità informate a principi costituzionali vincolanti per tutti. In questa direzione il Ministro Minniti, riferendosi agli impegni assunti dalle associazioni musulmane, sottolineava l'importanza di «essere arrivati ad un accordo attraverso un patto, e non con una legge che introduce una prescrizione: perché le leggi che agiscono sulla sfera religiosa rischiano di trasformarsi sempre in un terreno molto scivoloso»[31].

31. G. Crimaldi, *Profughi al lavoro, ecco il piano di Minniti: «E nelle moschee solo prediche in italiano»*, in *Il Mattino*, 19 dicembre 2017.

5. I contenuti del Patto e le sue conseguenze

Il Patto ambisce a porsi come base consensuale per un dialogo istituzionale con l'islam di ampio respiro. Tale obiettivo è perseguito, in primo luogo, attraverso l'esplicito apprezzamento nei confronti dei «tavoli» promossi dai precedenti Ministri dell'interno, in modo da collocarsi su un piano di continuità e di assunzione e valorizzazione del lavoro già svolto[32]. Il Patto mira, dunque, a chiudere le polemiche legate ad altre fasi del dialogo tra amministrazioni pubbliche ed associazioni musulmane e, in particolare, al recepimento della Carta dei valori e della cittadinanza[33], definitivamente recuperata all'interno della nuova cornice condivisa e posta come pilastro fondamentale del «Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale» del 26 settembre 2017.

Quanto ai suoi contenuti il Patto si apre con una premessa che individua nei principi costituzionali e, in primo luogo, nel principio supremo di laicità «quale garanzia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale»[34], la piattaforma comune di convergenza tra lo Stato e le associazioni musulmane. Ugualmente riconosciute da entrambi i contraenti la «presenza rilevante anche in Italia di un nuovo pluralismo religioso»; l'esigenza di una «convivenza armoniosa e costruttiva tra le diverse comunità religiose per consolidare la coesione sociale» e la volontà di «contrastare ogni forma di radicalismo religioso».

Il Patto si articola poi in venti impegni, dieci per parte, assunti dalle associazioni musulmane e dal Ministero dell'interno.

Il decalogo delle associazioni musulmane è sintetizzabile in tre punti: 1. contrasto alla radicalizzazione anche attraverso la formazione di imam capaci di mediazione e dialogo con la società, le istituzioni pubbliche e le altre comunità religiose (nn. 2, 4, 5 e 8); 2. impegno per la predisposizione di un'organizzazione giuridica coerente con l'obiettivo di «favorire le condizioni prodromiche all'avvio di negoziati volti al raggiungimento di intese ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione» e, dunque, azione per il superamento delle forme di mimetismo (associazioni religiose con veste di no profit) e la predisposizione di statuti associativi in grado di superare il triplice controllo (Ministero dell'interno-Consiglio di Stato-Consiglio dei Ministri) funzionale al riconoscimento di enti di culto musulmani ai sensi della legislazione sui «culti ammessi» (nn. 3 e 6); 3. gestione di luoghi di culto trasparenti nell'organizzazione burocratico-amministrativa (anche dal punto di vista dei finanziamenti e dei bilanci) e nei rapporti con la società circostante (sermoni e

32. Cfr. P. Naso, *Un Patto che guarda al futuro*, in Ministero dell'interno, *op. cit.*, p. 9.

33. Cfr., da ultimo, P. Lillo, *La «Carta dei Valori della Repubblica italiana»*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 41 del 2017.

34. Così la nota sentenza della Corte costituzionale n. 203 del 1989.

comunicazioni associative in italiano; apertura ai non musulmani; disponibilità a diventare parte del patrimonio culturale-religioso nazionale) (nn. 7, 9 e 10).

Sempre tre – e speculari agli oneri assunti dalle associazioni musulmane firmatarie – sono anche i punti in cui sono riassumibili i dieci impegni ministeriali: 1. sostegno alla formazione dei ministri di culto delle confessioni prive di intesa e previsione di specifiche iniziative per i «ministri di culto musulmani» tramite il supporto del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione-Direzione centrale per gli affari dei culti, anche in collaborazione con le università e, nel caso della formazione specifica dei «ministri di culto musulmani», delle comunità musulmane (nn. 5 e 6); 2. sostegno alla conformazione dell'associazionismo musulmano al diritto vigente di libertà religiosa (riconoscimento di enti di culto e approvazione dei ministri di culto) e coinvolgimento degli enti territoriali e dei loro organismi rappresentativi, a partire dall'ANCI, per garantire «la disponibilità di sedi adeguate e quindi di aree destinate all'apertura o alla costruzione di luoghi di culto nel rispetto delle normative in materia urbanistica di sicurezza igiene e sanità, dei principi costituzionali e delle linee guida europee in materia di libertà religiosa» (nn. 3 e 10); 3. promozione dell'integrazione dei musulmani nel panorama culturale e religioso italiano sia attraverso «tavoli interreligiosi» prefettizi quali luoghi «per offrire uno spazio di confronto con le istituzioni locali» sia attraverso l'organizzazione di «uno o più incontri di rilievo nazionale e pubblico tra le istituzioni e i giovani musulmani in tema di cittadinanza attiva, dialogo interculturale e contrasto all'islamofobia, al fondamentalismo e alla violenza ecc.» (nn. 7 e 9).

I due decaloghi del Patto presentano qualche costante e alcune novità.

Gli impegni ministeriali consistono, sostanzialmente, nella promessa di una piena attuazione della legislazione vigente, esprimendo in tal modo la disponibilità ministeriale ad un esercizio "positivo" della discrezionalità associata a tale normativa. Più in particolare, tali impegni confermano sia la perdurante attualità di questioni, come quella dei luoghi di culto musulmani e (della formazione) degli imam, affrontate anche dalle precedenti istanze di dialogo – in specie dal Comitato per l'Islam italiano – sia l'attenzione, già propria anche degli altri "tavoli", ad inquadrare tali tematiche alla luce di un'interpretazione costituzionalmente conforme del vigente diritto speciale generale di libertà religiosa, evitando, così, approcci selettivi e discriminatori[35].

35. Cfr. G. Macrì, *Brevi riflessioni sui pareri espressi dal Comitato per l'Islam italiano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2012, pp. 407-424.

Il primo paragrafo del Parere del Comitato dedicato ai «luoghi di culto islamici» affermava: «(S)e, da un lato, è estranea al diritto italiano la nozione di "moschea", dall'altro è costituzionalmente garantito, in via generale, il diritto alla libertà religiosa che comprende, nel suo nucleo centrale, il diritto a disporre di luoghi di culto» confermando poi come «(D)a un lato, (fosse) necessario sottolineare – sulla linea già seguita da questo Comitato in occasione del proprio parere

Per quanto riguarda la questione dei luoghi di culto musulmani, il Patto conferma le indicazioni contenute nel secondo Rapporto del Consiglio, «Sale di preghiera, centri islamici e moschee», del 14 settembre 2016 che, nell'esprimere un orientamento in linea con quello del già citato parere del Comitato per l'Islam italiano, stigmatizzava i «provvedimenti incostituzionali» regionali (espressamente citate le regioni Veneto e Lombardia) «volti a rendere» l'apertura dei luoghi di culto, «componente fondamentale del diritto di libertà religiosa», «un atto "eccezionale", di straordinaria, anziché "ordinaria amministrazione"» invitando il legislatore nazionale a superare «la confusione, la conflittualità e l'inadeguatezza delle norme in materia di edilizia per il culto [...] con una legge complessiva in materia di libertà religiosa»[36].

In relazione, invece, al tema (della formazione) degli imam, il Patto evidenzia la centralità, per il successo delle politiche di confessionalizzazione dell'islam, del processo di omologazione di questa tipologia religiosa alla fattispecie "aperta" dei «ministri di culto» prevista e regolata, in via autonoma e generale, dalla legislazione italiana ed europea[37]. In particolare, il Patto, riprendendo le indicazioni del primo Rapporto del Consiglio per le relazioni con l'Islam italiano, «Ruolo pubblico, riconoscimento e formazione degli imam», dell'1 aprile 2016, si concentra sulla questione formativa, evidenziando implicitamente i limiti delle iniziative già svolte dalle università statali con il sostegno dal Ministero dell'interno e, in particolare, la mancanza di un adeguato quadro normativo e di luoghi idonei per la specifica preparazione teologica (e non solo civica) di «ministri di culto musulmani» capaci di inculturare il patrimonio religioso islamico nello specifico contesto italiano[38]. Tali difficoltà sono emerse in maniera lampante nelle ambiguità che hanno accompagnato l'accordo tra l'università marocchina Al-Qarawyyn di Fez e l'Università degli Studi di Siena (sede di Arezzo), con la parte marocchina tesa ad enfatizzare, almeno in un primo momento, il ruolo del "curriculum sharaitico" offerto e la parte accademica

---

su *burqa* e *niqab* – che non è ipotizzabile una confessionalizzazione delle leggi, né tantomeno una regolamentazione specifica che riguardi l'islam, poiché pur in presenza di una lacuna normativa che interessi maggiormente la sensibilità di alcune specifiche comunità, le leggi debbono essere intese *erga omnes* e uguali per tutti i cittadini». Cfr. anche la richiesta Ucoii del 23 marzo 2018 di una legge generale in materia di edilizia di culto http://www.ucoii.org/3615/news-eventi/legge-nazionale-le-moschee/ (consultato il 22 agosto 2018).

36. Cfr., Ministero dell'interno, *op. cit.*, pp. 53-74.

37. Cfr., per un inquadramento generale, A. Licastro, *I ministri di culto nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 2005.

38. Ministero dell'interno, *op. cit.*, pp. 37-51. Cfr., sul tema, *Religione, immigrazione e integrazione. Il modello italiano per la formazione civica dei ministri di culto stranieri*, a cura di P. Consorti, Pisa, Pisa University Press, 2018; F. Botti, *La formazione dei ministri di culto di recente insediamento in Italia*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 25 del 2017; A. Gatti, *Profili costituzionali della formazione degli imam. Modelli comparati a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2017, pp. 717-744 e M. Bombardieri, *Italia-Islam-Pluralismo religioso: un percorso d'integrazione. Fra università, associazioni islamiche e ministero*, in *Il Regno*, n. 22, 2010, pp. 732-733.

italiana preoccupata di inquadrare e normalizzare l'accordo all'interno della cornice offerta dall'ordinario percorso in Scienze dell'educazione entro cui si sarebbe inserito il nuovo curriculo di «formazione degli imam»[39].

Gli impegni governativi manifestano, poi, un'innovativa attenzione nei confronti delle cosiddette seconde generazioni; una più marcata considerazione dell'articolazione, centrale e locale, dei rapporti tra amministrazione dello Stato e comunità musulmane (con il richiamo alle prefetture ma anche all'ANCI) e, soprattutto, l'esplicita previsione di un "accompagnamento" – funzionale alla stipula di un'intesa – del percorso di trasformazione delle associazioni musulmane in enti di culto, "accompagnamento" su richiesta, secondo una logica "di servizio" già informalmente seguita con altri gruppi religiosi. A questo riguardo, successivamente alla stipulazione del Patto, il terzo Rapporto del Consiglio, «Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto. Prospettive dopo l'approvazione del Patto nazionale per un Islam italiano», evitando di attribuire alle associazioni musulmane l'intera responsabilità dei mancati riconoscimenti, metteva in luce la pesantezza e le incertezze della procedura burocratica. Infatti, il Consiglio sottolineava come non si potesse imputare il mancato «avvio di un negoziato per l'intesa» alla sola «frammentarietà della rappresentanza islamica in Italia», sottolineando, innanzitutto, l'assenza dei «passi preliminari all'intesa ovvero i riconoscimenti giuridici degli enti islamici che ne hanno fatto richiesta»[40]. A questo riguardo, il Consiglio, evocando indirettamente la paradossale vicenda del mancato riconoscimento quale ente di culto della COREIS, su cui si è già riferito, non esitava a «rende(re) attento il ministro che in taluni casi, l'azione puntuale ed accurata del ministero, è stata vanificata da pareri del Consiglio di Stato la cui coerenza andrebbe verificata. Una più agevole accessibilità a questi pareri aiuterebbe le associazioni a definire con maggiore precisione e coerenza i propri statuti»[41]. Inoltre, mentre riconosceva che la "riforma Bassanini" ha reso non obbligatorio l'intervento del Consiglio di Stato nella procedura di riconoscimento degli enti di culto, il Consiglio auspicava «un incontro di natura istituzionale con il Presidente del Consiglio di Stato per illustrare la specifica natura dei provvedimenti di riconoscimento giuridico degli enti di culto (ed) evidenziarne la delicatezza sotto il profilo della centralità costituzionale del diritto di libertà di coscienza e di religione»[42]. Infine, «[I]n ragione dell'urgenza di misure atte a

39. Cfr., M. Brignone, *La formation des autorités religieuses musulmanes en Italie, relazione presentata alla Summer School Islams et mondes contemporains. Approche interdisciplinaire de l'autorité religieuse musulmane. Sources, figures et enjeux du devenir de l'Islam contemporain dans un contexte global*, Louvaine-laNeuve, 21-26 agosto 2017.

40. Ministero dell'interno, *op. cit.*, pp. 83-85.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

integrare riconoscimenti "informali" e "formali" nel quadro delle norme costituzionali e a coinvolgere concretamente in un dialogo istituzionale le associazioni islamiche firmatarie del Patto», il Consiglio suggeriva «l'apertura presso il Ministero dell'interno di un Gruppo di lavoro preliminare per l'intesa aperto a queste ultime associazioni ed al quale (partecipasse) formalmente anche una rappresentanza del Servizio per i rapporti con le confessioni religiose e per le relazioni istituzionali della Presidenza del Consiglio»[43]. Il Gruppo di lavoro, coordinato dalla Direzione generale per gli affari del culto, fu effettivamente costituito, avviando, così, l'accompagnamento della "messa a norma" statutaria intrapresa da COREIS (di nuovo!), UCOII e Confederazione Islamica Italiana, con la presenza, quale interessata osservatrice, della "Moschea di Roma".

Quanto agli impegni musulmani, essi presuppongono una vera e propria riforma religiosa. Infatti, l'"obiettivo intesa", così caro all'associazionismo islamico, si pone a coronamento di un processo di "confessionalizzazione" che, nell'epoca attuale, non sembra poter consistere soltanto in un maquillage statutario ma comporta, ben più impegnativamente, la ridefinizione delle identità comunitarie musulmane alla luce dell'adesione ai valori della modernità euro-occidentale. Ciò risulta particolarmente evidente nel quarto impegno assunto dalle associazioni islamiche con cui esse si impegnano a «promuovere la formazione di imam e guide religiose che [...] possano anche assumere il ruolo di efficaci mediatori per assicurare la piena attuazione dei principi civili di convivenza, laicità dello Stato, legalità, parità dei diritti tra uomo e donna, in un contesto caratterizzato dal pluralismo confessionale e culturale». Del resto, il Rapporto del Consiglio dell'1 aprile 2016 aveva già definito l'imam quale «leader religioso chiamato a essere cittadino attivo, capace [...] di offrire, attraverso gli strumenti pedagogici propri di una religione, l'educazione alla cittadinanza dei fedeli affiliati alle varie comunità sparse nel territorio (e) di gestire tali aggregazioni come comunità aperte al "territorio"»[44]. Nella stessa direzione si era espresso anche il Ministro dell'interno. Quest'ultimo, infatti, individuando nel Patto «un passo ulteriore verso l'integrazione e la sicurezza» aveva affermato: «(M)a su alcuni principi bisogna essere chiari: l'Italia è un paese laico che non impone leggi religiose e che non può tollerare il fatto che la donna sia sottomessa all'uomo. Su questi punti non negozieremo. Perché è la democrazia a non essere negoziabile»[45].

Peraltro, il processo di riconoscimento quali enti di culto delle associazioni musulmane quale tappa verso l'intesa, mentre certificherebbe la raggiunta stabilità istituzionale di queste ultime, ne rafforzerebbe anche l'identità, mettendo in discussione rapporti

43. *Ibid.*
44. *Ivi*, p. 43.
45. Cfr. G. Crimaldi, *op. cit.*

consolidati. Potrebbe essere il caso, ad esempio, della Confederazione Islamica Italiana il cui autonomo riconoscimento quale ente di culto, darebbe più voce alle sue componenti maggiormente desiderose di rimarcare l'italianità dell'organizzazione e, dunque, di attenuare il ruolo di tutela dell'Ambasciata del Regno del Marocco, imponendo, così, una ridefinizione dei rapporti tra tale organizzazione ed il Centro Islamico Culturale d'Italia. Ugualmente, anche la COREIS, una volta riconosciuta quale ente di culto, sarebbe in grado di muoversi con maggiore autonomia rispetto alla "Grande Moschea". Quest'ultima, del resto, è apparsa spiazzata dall'"opzione confessionale" dal momento in cui la prospettiva delineata dal Patto ha messo in luce tutti i limiti connessi al ruolo degli ambasciatori nel Consiglio di amministrazione della "Grande Moschea". Infatti, il terzo Rapporto del Consiglio, «Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto», osservava come «(I)l fatto che statutariamente la maggioranza del consiglio di amministrazione sia composta da diplomatici che per definizione non hanno la cittadinanza italiana, rende necessaria una chiara armonizzazione rispetto alla strategia di costruzione di un "Islam italiano" alla quale il Patto si ispira e alla quale anche il Centro ha aderito». Di conseguenza, «(Q)uanto all'ente islamico che dispone del riconoscimento, il Centro islamico culturale d'Italia, il Consiglio suggerisce, innanzitutto, l'avvio di un processo di adeguamento dello statuto ai criteri necessari all'avvio di un'intesa con lo Stato italiano, primo tra tutti il carattere confessionale dell'ente e un ordinamento gestionale che ne valorizzi la strategia di radicamento nell'Islam italiano»[46]. Tale processo investe, inevitabilmente, i rapporti tra gli stati patroni della Centro e, in particolare, quelli tra Marocco ed Arabia Saudita. Il primo, avvantaggiato dalla possibilità di avvalersi di una leadership dalla doppia cittadinanza, ha ottenuto, nell'ottobre 2017, la nomina dell'italo-marocchino Khalid Chaouki, deputato del PD nella XVII legislatura, a Presidente del Consiglio d'amministrazione del Centro ed ha promosso, contemporaneamente, un delicatissimo processo di modifica statutaria (non ancora formalmente portato all'attenzione del Ministero dell'interno, competente in ordine alle vicende interne dell'ente morale riconosciuto) con l'intento di attribuire ai rappresentanti diplomatici un ruolo più defilato e promuovere, così, agli occhi delle autorità italiane, la causa della italianizzazione della "Grande Moschea".

In ogni caso, la conformazione agli standard indicati dal Patto determinerà l'alleanza in grado di rispondere alla prospettiva «auspicata» dal Consiglio per le relazioni con *l'Islam* italiano che, mentre ritiene «sostenibile un'ipotesi federativa o confederativa tra le varie associazioni islamiche che consenta la negoziazione di un'unica intesa», non esclude

46. Ministero dell'interno, *op. cit*., pp. 80 e 83.

neppure l'ipotesi (subordinata) di una pluralità di intese con una di rappresentanze confessionali musulmane[47]. A questo riguardo il Rapporto: «Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto» mentre esclude «che il processo auspicato abbia come finalità primaria la definizione di un unico soggetto legittimato ad avviare una trattativa d'intesa» sostiene l'opinione che, «data la sequenza delle intese approvate e la molteplicità delle trattative in corso con diverse confessioni religiose, [...] l'argomento condizionante e preliminare dell'unicità della rappresentanza islamica non (possa) considerarsi preclusivo di altre possibilità». Le ragioni di tale orientamento non vengono fondate in un «mero pragmatismo», quanto, piuttosto, nel fatto che il Consiglio ha ritenuto di non «escludere aprioristicamente che, sotto il profilo del diritto statuale, l'intrinseca pluralità musulmana possa dare vita a diverse formazioni sociali definibili *ex parte rei publicae* – in ragione delle loro modalità organizzative e delle rispettive tipicità, anche dottrinali – come specifiche confessioni religiose»[48].

6. Conclusioni

La XVII legislatura ha fatto emergere un quadro complesso, che riflette l'immagine di un Paese che fatica a metabolizzare il proprio pluralismo confessionale e culturale – e, dunque, anche la propria laicità costituzionale – e che supplisce alla carenza delle sintesi legislative su questioni fondamentali (la cittadinanza e il diritto di libertà religiosa) con azioni spesso legate alla visione ed alla forza politica del singolo Ministro (Giuliano Amato prima, Marco Minniti poi), dal carattere compensatorio ed istruttorio quali indispensabili presupposti di (future, eventuali) decisioni politiche di sistema.

Il «Patto con l'Islam» del 2017 condivide in larga parte queste caratteristiche. Esso ambiva a porsi come snodo centrale, «punto d'arrivo» e «di partenza»[49], di una "politica musulmana" già strutturata nelle sue coordinate ed opzioni di fondo principali. Oggi questo Patto affida la sua concreta attuazione ad una nuova – ed incerta – Legislatura caratterizzata da una inedita maggioranza politica.

Il Patto ha scommesso sulla propria forza persuasiva e performativa in grado di assicurare la quadratura del cerchio, vale a dire il pieno riconoscimento di un islam istituzionale (anche) "centralizzato" (impresa ovunque improba in Europa, specie in contesti non bosniaci) e la presa a carico del pluralismo confessionale e culturale della società italiana. Tuttavia, tali obiettivi, ora affidati all'Esecutivo "giallo-verde", rischiano di dissolversi in mancanza di fatti conclusivi e di un inasprimento identitario del discorso

47. *Ivi*, p. 83.
48. *Ivi*, pp. 85-86.
49. Cfr. P. Naso, *op. cit.*, p. 9.

pubblico che possono intaccare quel minimo capitale di fiducia che sarebbe potuto emergere con l'avvio del "Gruppo di lavoro" sugli statuti associativi, attualmente in stato di sospensione, al pari dei due organismi principali (il Consiglio e il Tavolo) istituiti dal Ministro Alfano[50].

In particolare, anche qualora non destinato ad un completo oblio, il Patto pare assai esposto alla forza attrattiva di due orientamenti che paiono, oggi, dominanti. Il primo, più evidente nell'arena mediatica e politica, si traduce in un congelamento *sine die* di ogni attenzione positiva e propositiva alla "questione musulmana", trasferita dal novero delle tematiche da affrontare nel quadro di politiche tese al rispetto dei diritti fondamentali e del perseguimento di una stabile integrazione civico-sociale a quello delle piaghe da decubito di cui, per mero calcolo politico, parrebbe inopportuno l'assorbimento. È quanto è emerso dalla vicenda della "moschea di Bologna" in cui il tentativo della locale amministrazione comunale di rispondere ai bisogni religiosi, costituzionalmente garantiti, dei suoi cittadini è stato accompagnato dal Ministro dell'interno da una reattiva esternazione Facebook: «nuove moschee? No grazie»[51], poco sensibile nei confronti dell'autonomia del Governo cittadino – nonostante le affermazioni del cd. Contratto di Governo[52] – e prescindente da ogni effettiva valutazione circa la compatibilità tra la scelta tecnico-politica del Comune e la legislazione regionale, i principi fondamentali riservati alla legislazione dello Stato e le direttive di *soft law* contenute nei Rapporti dei diversi organismi ministeriali che si sono occupati del tema (a partire dal Parere sui luoghi di culto del Comitato presieduto dal Ministro Maroni[53]). Tale orientamento ha poi ricevuto consacrazione formale in una mozione "Centri culturali islamici" approvata dal Consiglio della Regione Lombardia nella data simbolica dell'11 settembre 2018[54]. La mozione, incurante della legislazione vigente

50. Del resto, la preoccupazione che la mancanza di risultati tangibili potesse intaccare la (già scarsa) fiducia degli interlocutori musulmani risaltava con evidenza anche nel secondo rapporto del Consiglio, laddove la convocazione della Conferenza nazionale sui luoghi di culto, d'intesa con l'ANCI – in realtà mai avvenuta - era motivata proprio dall'esigenza di «dare evidenza dell'utilità di una piattaforma permanente di dialogo con le associazioni islamiche», Ministero dell'interno, *op. cit.*, p. 74.

51. https://www.facebook.com/salviniofficial/photos/a.278194028154.141463.252306033154/10155980322078155/?type=1&theater (consultato il 16 agosto 2018).

52. «A tale riguardo, onde garantire un'azione efficace e uniforme su tutto il territorio nazionale è necessario adottare una specifica legge quadro sulle moschee e luoghi di culto, che preveda anche il coinvolgimento delle comunità locali», così il n. 13 del "Contratto di Governo" rispetto al quale le dichiarazioni del Ministro sembrano esprimere una sorta di "centralismo ideologico" contraddittorio con le esigenze di amministratori locali impegnati nella concreta gestione delle domande di diritti e cittadinanza.

53. Come si è già visto, il parere del Comitato definiva senza incertezze «il diritto a disporre di luoghi di culto» quale «nucleo centrale» del diritto alla libertà religiosa.

54. Mozione n. 53 del 10 settembre 2018, primo firmatario Andrea Monti (Lega). L'attenzione della Regione Lombardia per le date simboliche – quando in gioco è la libertà religiosa – è paradigmatica: la legge regionale "sulle

in materia di diritto di libertà religiosa, autoreferenziale nell'assenza di ogni approfondimento relativo alle problematiche sottese al tema delle «moschee illegali»[55] e con il rischio di (non nuovi) travalicamenti in competenze altrui[56], manifesta il decadimento, in questo caso *bipartisan*, della cultura dei diritti e del diritto di libertà religiosa in particolare. Infatti la mozione, con un solo voto contrario ed un astenuto, impegna Presidente e Giunta regionale ad una lunga serie di attività di controllo e sorveglianza dei (soli) «centri culturali islamici», oggetto di verifiche che ne investirebbero tutti i campi di attività: dall'insegnamento religioso (con controllo dei testi adottati) alle modalità di finanziamento; dalla registrazione degli imam fino alla installazione di sistemi di controllo visivo esterno[57]. In questo modo, senza riferimento alcuno al diritto (anche) dei fedeli musulmani di disporre di adeguati luoghi di culto, la mozione ben traduce l'inveterata logica "simbolica" ed "eccezionalistica" portata ad inquadrare la "questione islamica" nel contesto del *clash of civilizations*, secondo un'ottica securitaria peraltro declinata assai parzialmente (senza alcuna riflessione circa la connessione tra sicurezza e

moschee", n. 2 del 3 febbraio 2015 (su cui la Corte costituzionale è intervenuta con sentenza n. 63 del 24 marzo 2016) fu votata dal Consiglio regionale il 27 gennaio dello stesso anno, ricorrenza del Giorno della Memoria.

55. La chiusura delle «moschee illegali» era al centro della mozione n. 47 (*Chiusura centri islamici illegali in Lombardia*) presentata il 5 settembre 2018 dalla consigliera Sardone (Gruppo Misto). La mozione è stata respinta dall'Aula con voto segreto con 33 contrari, 28 a favore e 11 astenuti. Interessante notare come la maggioranza consigliare, da una parte, abbia respinto, a fatica, la mozione, dall'altra, abbia votato compattamente per escludere ogni possibile sanatoria dei «Centri culturali abusivi» ponendo l'intera questione in un vicolo cieco.

56. Già l'art. 2 *quater* della legge della Regione Lombardia n. 2 del 2015, novellando l'art. 72 della legge n. 12 del 2005, imponeva, alla lettera e), «la realizzazione di un impianto di videosorveglianza *esterno* (mio il corsivo) all'edificio, con onere a carico dei richiedenti, che ne monitori ogni punto di ingresso, collegato con gli uffici della polizia locale o forze dell'ordine» spingendo la Corte costituzionale a pronunciarsi per l'illegittimità di tale disposizione sulla base della constatazione che «(L)e relative norme, prescrivendo l'acquisizione di pareri inerenti a possibili questioni di sicurezza pubblica, nonché l'installazione di impianti di videosorveglianza, disporrebbero nella materia "ordine pubblico e sicurezza", rimessa alla competenza esclusiva della legge statale, alla quale pure è riservata la prerogativa di disciplinare eventuali forme di coordinamento tra Stato e Regioni nella stessa materia» (Corte cost., sentenza n. 63 del 24 marzo 2016, n. 1.2.5).

57. I primi cinque punti della mozione invitano Presidente e Giunta regionale «a proseguire l'attività di censimento dei Centri culturali islamici»; «ad attivare un percorso, attraverso la collaborazione con Comuni, Province e Provveditorato agli studi, che porti alla elaborazione di una procedura di conoscenza dei testi utilizzati nei Centri culturali islamici e nei corsi di tipo scolastico che organizzano, e a garantire che i luoghi di preghiera e di culto mantengano standard decorosi e rispettosi delle norme vigenti (in materia di sicurezza ed edilizia) e che tali sedi siano accessibili a visitatori non musulmani, anche attraverso programmi di apertura alle comunità locali»; «a valutare, nel rispetto della normativa vigente, la creazione di un registro ufficiale, anche su base volontaria, degli imam che animano l'attività dei Centri culturali islamici» ed, infine, «a fare in modo che da parte dei rappresentanti delle comunità islamiche venga assicurata la massima trasparenza nella gestione e documentazione dei finanziamenti, ricevuti dall'Italia o dall'estero, da destinare alla costruzione e alla gestione di moschee e luoghi di preghiera» e, infine, «a valutare, nel rispetto della normativa vigente, l'inserimento nel Regolamento Edilizio Tipo (RET), di prossima approvazione regionale, l'eventuale prescrizione all'installazione di telecamere all'esterno dei Centri culturali islamici».

diritti) e frettolosamente (senza alcuna riflessione circa la funzione preventiva svolta da luoghi di culto finalmente integrati nel tessuto cittadino)[58].

Ma esiste un altro orientamento, assai più sfumato, con cui, senza finire su un binario morto, il Patto del 2017 verrebbe sterilizzato nelle sue parti più "pluralistiche" per salvarne soltanto quelle più in linea con una impostazione gerarchico-confessionalista, di sostanziale salvaguardia dello *statu quo*. Da una parte, sarebbe questo il caso se il Patto fosse interpretato dal Governo come espressione di una tolleranza premiale e selettiva, più che di effettiva generale inclusione, della presenza musulmana in Italia e come conferma della sostanziale bontà dell'attuale quadro normativo in materia di libertà religiosa, senza necessità di profondi aggiornamenti legislativi. Dall'altra parte, il medesimo risultato si otterrebbe se alla precedente attitudine governativa si sommasse la tendenza della "rappresentanza musulmana" (finalmente) prescelta di interpretare gli impegni pattizi come *restyling* burocratico, meramente confermativo di scelte interne presentate come già autonomamente consolidate. Tuttavia, tale orientamento comporterebbe l'abbandono del percorso pluralistico immaginato dal Patto (con la previsione di una normativa speciale e comune per l'associazionismo religioso; il riconoscimento di più enti di culto musulmani e la possibile alternativa tra intese plurime e un'intesa con un soggetto collettivo confederato) e, nel contempo, una saldatura, improntata ad un pragmatismo di corto respiro, tra i fautori di un islam "statalizzato", allineato alle e ben controllato dalle autorità governative, italiane e straniere, quali garanti della "bontà" dell'unico gruppo religioso selezionato. Così i primi segnali lanciati dal Ministro dell'interno in relazione alla "questione islamica" (l'attacco al Comune di Bologna per un accordo in materia di edilizia di culto con i fedeli musulmani localmente rappresentati dall'UCOII; un intervento "anti-*burqa*" salutato subito positivamente dai sostenitori dell'"islam liberale" già protagonista della prima stagione del Comitato per l'Islam italiano del Ministro Maroni[59] ed il riferimento, a cui si è già fatto riferimento, alle «realtà islamiche anche propositive» che guardano alla Lega) potrebbero ben preludere ad una certa sintonia ministeriale con i gruppi gravitanti intorno all'ambasciata del Regno del Marocco fortemente tentati di scambiare un facile avvallo ad una legge "anti-burqa" dal forte impatto simbolico con il coronamento del sogno della "Moschea di Roma" di ergersi, emarginando l'UCOII, quale (unica) rappresentanza qualificata dell'islam "moderato" in Italia.

58. In realtà, l'unico punto della mozione su cui si è manifestata la contrarietà del gruppo consiliare di opposizione è stato proprio il n. 6, volto «a prevedere una norma regionale che non consenta la sanatoria di Centri culturali abusivi all'interno dei PGT comunali». Tuttavia, come il voto contrario su un (ennesimo) punto di dubbia legittimità possa compensare l'omologazione e la subalternità culturale rivelata dal voto unanime del Consiglio sui primi cinque punti della mozione resta, per chi scrive, problematico.

59. Cfr. il parere sul *burqa* e *niqab* del luglio 2010 in G. Macrì, *Brevi riflessioni sui pareri*, cit.

Si tratterebbe di un percorso senza dubbio comprensibile ma che rappresenterebbe, al tempo stesso, una scorciatoia forse eccessivamente semplicistica rispetto alla complessità ed al radicamento dell'"islam italiano" (basti pensare agli stessi marocchini con cittadinanza italiana desiderosi di rapporti meno dirigistici con le autorità del Regno), una *reductio ad unum* volontaristica, marcatamente *top-down* e rinunciataria rispetto ad un approccio più pluralistico – e, dunque, più costituzionalmente orientato e maggiormente rispondente alla concreta situazione di fatto – alla "questione musulmana". Questo perché il "riconoscimento" di una confessione musulmana italiana sconnesso da quello del pluralismo confessionale e culturale mentre non risolve le questioni comuni del diritto di libertà religiosa, a partire dall'apertura di luoghi di culto, rischia inevitabilmente di tradursi in una solitaria valorizzazione di soggetti apicali (lo Stato italiano, il Regno del Marocco e la "confessione religiosa" da loro costruita per l'intesa) lasciando in balia dei vuoti normativi – e di legislazioni regionali non sempre costituzionalmente orientate – gli enti territoriali (a cominciare dai Comuni e dalle città metropolitane di ogni colore politico) e le associazioni religiose musulmane non partecipi di eventuali progetti confederativi e/o non istituzionalizzate[60].

In ogni caso, la XVII legislatura ha movimentato le acque un po' stagnanti dei rapporti tra lo Stato e l'islam in Italia ponendo le basi per un'azione organica, capace di affrontare tutti i principali nodi legati all'esercizio del diritto di libertà religiosa dei "musulmani italiani". Ora il testimone è passato di mano ma, nonostante il blocco di partenza resti il medesimo, la direzione della corsa, pur non ancora compiutamente definita, suscita qualche preoccupazione.

60. Cfr. F. Ricciardi Celsi, *Pluralismo religioso, multiculturalismo e resilienza urbana. Profili di diritto ecclesiastico*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 12 del 2017; G. Anello, *Passato e futuro della minoranza musulmana in Italia, tra islamofobia e pluralismo pragmatico-giuridico*, *ivi*, n. 32 del 2016; A. Angelucci, *L'Albo delle associazioni e organizzazioni religiose del Comune di Milano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2013, pp. 461-478 e, sui limiti dell'azione suppletiva degli enti locali e sull'esigenza di norme generali, P. Floris *Comunità islamiche e lacune normative*, cit.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

CONDANNATO MA PROTETTO CONTRO ESPULSIONE
UN'INTERSEZIONE FRA DIRITTO PENALE E DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

di Alberto di Martino e Barbara Occhiuzzi

Abstract: *L'articolo muove da un riesame critico delle questioni affrontate dalla Corte di Cassazione in una sentenza resa sulla richiesta di revoca del provvedimento di espulsione, previsto senza limiti dalla normativa in materia di stupefacenti ma potenzialmente pregiudizievole per il riconoscimento dello status di avente diritto alla protezione sussidiaria. Delle questioni processuali (l'interesse del richiedente ad ottenere la revoca dell'espulsione in pendenza di esecuzione della pena e tramite un accertamento tempestivo dei presupposti della protezione sussidiaria), l'analisi mostra il fondamentale retroterra sostanziale, che coinvolge né più né meno che il senso della pena. Inoltre, il commento cerca di ricostruire un'immagine sistematica dell'intrico di fonti, nazionali ed internazionali, a partire dal quale la Corte ricostruisce il diritto applicabile e fonda l'incompatibilità tra status di avente diritto alla protezione sussidiaria ed espulsione dal territorio dello Stato.*

Abstract: *The article provides an in-depth analysis of the judgement delivered by the Italian Court of Cassation following a request for revocation of an expulsion decision, in order to grant a migrant the subsidiary protection status. On the one hand, the authors show the substantial interests of the prisoner behind the seemingly procedural issue of obtaining a prompt revocation of the expulsion decision. On the other hand, while the judgement is deemed to be correct as to the result, the authors strive to bolster a principled and systematic reconstruction of the applicable national and international law, at the intersection between immigration law, refugee law (esp. law of the subsidiary protection), criminal law.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

CONDANNATO MA PROTETTO CONTRO ESPULSIONE
UN'INTERSEZIONE FRA DIRITTO PENALE E DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

di Alberto di Martino e Barbara Occhiuzzi*

SOMMARIO: 1. Protezione sussidiaria ed espulsione: a partire da un caso. – 2. Motivazioni esteriormente processuali, ragioni profonde "sostanziali". – 2.1. "Necessaria prossimità" tra l'istanza di revoca della misura di sicurezza ed il termine della pena: esclusione. – 2.2. Ragioni sostanziali di un interesse all'accertamento tempestivo della condizione ostativa all'espulsione. – 2.3. Sulla proponibilità dell'istanza nelle forme ordinarie od anche in via incidentale. – 3. La questione sostanziale: intersezioni tra fonti e "interlegalità". – 3.1. I caratteri generali, la soluzione della Corte e l'iter argomentativo. – 3.2. Requisiti per la protezione sussidiaria ed eccezioni: requisiti per il riconoscimento, presupposti per l'espulsione (differenza). – 3.3. Espulsione e obblighi internazionali in una cornice di "interlegalità": per una corretta ricostruzione del diritto applicabile.

1. Protezione sussidiaria ed espulsione: a partire da un caso

Con una recente sentenza la Corte di Cassazione affronta il tema dei rapporti tra la misura di sicurezza dell'espulsione e lo *status* di soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria nella scacchiera – o nella selva – delle relazioni fra diritto interno e fonti sovranazionali ed internazionali rilevanti[1].

La vicenda concreta scaturisce dalla richiesta del ricorrente, denegata con diversi motivi nel corso del procedimento di sorveglianza, di ottenere la revoca anticipata della misura, e cioè ancora in pendenza dell'esecuzione della pena, in ragione dell'accertamento di presupposti idonei a configurare la condizione di avente diritto alla protezione sussidiaria.

Si presentano dunque all'attenzione della Corte di Cassazione due diversi temi e livelli di giudizio: da una parte, in veste processuale, la questione su portata e limiti dell'interesse a chiedere la revoca dell'espulsione in pendenza dell'esecuzione e con molto anticipo sul cd. fine pena; dall'altra, la questione più chiaramente sostanziale concernente la possibilità di

* Ad Alberto di Martino si deve il titolo ed il paragrafo 3; a Barbara Occhiuzzi, sotto la guida e supervisione del coautore, la stesura dei paragrafi 1 e 2.

1. Cass. 26.10.2017, n. 49242. Nel caso di specie si trattava dell'espulsione giudiziale prevista dalla normative in materia di stupefacenti (art. 86, d.p.r. n. 309/1990).

espellere un soggetto che abbia commesso un reato grave, per il quale la legge preveda l'espulsione senza limiti espressi, anche quando abbia diritto alla protezione sussidiaria.

La Cassazione accoglie il ricorso sia per vizio di motivazione sia per erronea applicazione della legge penale. Rispetto al primo, le ragioni del diniego in sede di procedimento di sorveglianza sono ritenute «non conformi ai contenuti legali del sistema giurisdizionale di tutela della condizione soggettiva della persona destinataria della misura di sicurezza personale». Quanto alla seconda (erronea applicazione della legge penale), la Corte opera una ricognizione delle fonti che interessano il rapporto tra lo *status* di avente diritto alla protezione sussidiaria e la misura di sicurezza dell'espulsione, risolvendosi in favore di una incompatibilità di fondo.

Orbene, la decisione e le sue conclusioni, in astratto, appaiono del tutto condivisibili. E tuttavia, resta come un senso d'insoddisfazione nel leggere un processo argomentativo che, soprattutto sulla questione tematizzata come processuale – il momento a partire dal quale il condannato abbia interesse a chiedere la revoca dell'espulsione che dovrà esser eseguita a fine pena – sembra arrestarsi sulla superficie di interrogativi profondi che invece, proprio a partire dalla banalità di una vicenda ordinaria, coinvolgono il senso del rapporto fra detenuto e tempo dell'esecuzione, insomma le pretese di certezza sulla sorte futura dei diritti. Dietro la veste processuale si nasconde allora, come si cercherà invece di mostrare, l'immagine sostanziale del senso della pena, del contenuto della sofferenza ch'essa può legittimamente veicolare; è quel che costituisce la precondizione per il riconoscimento di quel "senso di umanità" altrimenti destinato, nella concreta vicenda esecutiva, ad apparire inconsistente.

Il presente lavoro intende dunque indagare, seguendo il solco della decisione della Corte ma, per così dire, dietro la verbalizzazione dei motivi, le ragioni fondamentali che spiegano la legittimità dell'istanza di revoca, dietro le vesti processuale o sostanziale che paiono ancora ricoprirle: si tratta, per un verso, dell'interesse ad avere un accertamento tempestivo delle condizioni ostative all'espulsione; per altro verso, del contenuto, delle relazioni, dell'interpretazione delle fonti che motivano tale incompatibilità.

Nelle due argomentazioni, in astratto del tutto irrelate, si coglie l'importanza della «sostanza fuggevole del tempo» in cui un soggetto, di fronte alla incertezza del destino sanzionatorio che lo attende (in questo caso la misura di sicurezza dell'espulsione), matura quell'«alto labirinto invisibile» che sono per il condannato protagonista di un racconto di Borges[2] le improbabili speranze di fuggire alla propria sorte, nella febbrile attesa di venirne a conoscenza; speranze che trovano alla fine conforto proprio nella cartografia

2. Jorge Luis Borges, *Finzioni. Il miracolo segreto*, in *Opere*, I, Milano, Mondadori, 1984, p. 739 ss. (745).

delle molteplici fonti del diritto (nazionali, internazionali e sovranazionali) che concorrono a definire e fondare una soluzione per il caso concreto.

Queste riflessioni accompagneranno l'analisi, nell'ordine, della questione (almeno in apparenza più strettamente processuale) relativa all'ammissibilità dell'istanza di revoca anticipata dell'espulsione (§ 2), e di quella della compatibilità della misura di sicurezza con lo *status* di soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria (§ 3).

2. Motivazioni esteriormente processuali, ragioni profonde "sostanziali"

2.1. "Necessaria prossimità" tra l'istanza di revoca della misura di sicurezza ed il termine della pena: esclusione

Tramite l'istanza di revoca, il ricorrente intende far valere l'esistenza di condizioni idonee a configurare lo *status* di soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria, in quanto tali ostative all'espulsione senza limiti disposta alla stregua della normativa italiana in materia di stupefacenti.

Il Magistrato di Sorveglianza dichiarava inammissibile la richiesta di revoca anticipata in ragione del «non prossimo fine pena». La *ratio decidendi* del rigetto in primo grado si fonda, dunque, su un preteso principio di "necessaria prossimità" dell'istanza di revoca anticipata al termine di espiazione della pena, il cui mancato rispetto si traduce nel difetto d'interesse a proporre la domanda.

La Cassazione ritiene invece inesistente un principio così fatto, affermando la possibilità di rivedere i presupposti della misura di sicurezza, dunque di adottare un provvedimento di revoca al venir meno di quest'ultimi, anche in fase di espiazione della pena. Non vi è ragione di ritenere, dunque, che vi sia effettiva necessità di una vicinanza temporale tra la l'istanza di revoca ed il momento di compiuta espiazione della pena cui l'istante è soggetto.

In effetti, il requisito della prossimità del fine pena non è parametro di valutazione della domanda di revoca che si possa rinvenire né nella disciplina generale in materia di misure di sicurezza, né con riferimento particolare all'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato ai sensi della normativa speciale sugli stupefacenti.

A tale proposito, si deve ritenere, in primo luogo, che la disciplina generale (artt. 207 e 208 c.p.) trovi applicazione anche per la misura di sicurezza personale dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato[3]. In tal senso, la complessa evoluzione della

3. Artt. 235 e 312 c.p., art. 15 d.lgs. 286/1998 e da ultimo, come nel caso in esame, *ex* art. 86 d.p.r. 309/1990. In tema cfr. R. Ricciotti, M.M. Ricciotti, (voce) *Espulsione degli stranieri*, in *Dig. disc. pen.* Agg., Torino, UTET, 2000, vol. I, p. 262 ss.; L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2011,

disciplina di controllo della durata delle misure di sicurezza interessa anche l'espulsione dello straniero, a partire dalla sentenza, richiamata dalla stessa Cassazione nella pronuncia in esame, della Corte costituzionale n. 110 del 5 aprile 1974[4]. In essa il potere di revoca anticipata era riconosciuto in capo al Magistrato di Sorveglianza, in luogo del Ministro della giustizia, il quale poteva ricorrervi in via del tutto discrezionale e indipendentemente dalla pericolosità del soggetto sottoposto alla misura stessa[5]. Il potere di revoca anticipata demandato al Magistrato di Sorveglianza[6] implica invece un necessario riesame della pericolosità sociale del soggetto, secondo i parametri di cui alla norma genale del codice penale[7].

Ugualmente valida per l'espulsione dello straniero si deve considerare la lettura che della sentenza della Corte ha dato la giurisprudenza di legittimità e merito, ritenendo ammissibile la revoca della misura di sicurezza personale anche prima dell'inizio di esecuzione della medesima, in fase di esecuzione della pena[8]. Da ultimo, la Cassazione ha ritenuto «ammissibile la revocabilità non solo delle misure di sicurezza di durata, ma anche di quelle istantanee, quali l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato»[9].

Fin qui, l'argomentazione utilizzata si muove secondo una logica essenzialmente procedimentale, formale (nel senso del *droit de forme* di cui parla la cultura giuridica francese).

---

p. 24 ss.; A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino, Giappichelli 2012, p. 220 ss.; A. Cassia, *Espulsione ed allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato*, in *Giur. pen.*, 1966, I, p. 392 ss.; G. Sabatini, (voce) *Stranieri (espulsione degli)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, UTET, XVIII, 1971, p. 543 ss.

4. Con sentenza del 5 aprile 1974, n. 110 in *Giur. cost.*, 1974, p. 779 ss., la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 207, co. 3, in relazione agli articoli 2, 3, 13, 25 ultimo comma, 27, co. 3, 102, 110 e 111 Cost. per attribuzione ad un organo non giurisdizionale del potere di incidere sulla libertà personale ed interferenza del potere del Ministro con la stessa funzione giurisdizionale. G. De Francesco, *Le misure di sicurezza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale* a cura di F. Bricola, V. Zagrebelsky, II, Torino, UTET, 2007, 1984, p. 1459 ss.

5. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Volume III, art. 207, Milano, Giuffrè, 2011, p. 485 ss.; C. Peluso, (voce) *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, UTET, 1994, p. 148.

6. Così come attualmente previsto all'art. 69, l. 354/1975, modificato dall'art. 21, l. 663/1986.

7. S. Manacorda, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza: due momenti distinti per l'accertamento della pericolosità* sociale, in *Foro it.*, 1987, I, p. 326.

8. Cass., sez. I, 22.3.1977, in *Cass. pen.*, 1978, p. 1338 ss.; Cass., sez. I, 4.6.1977, n. 729, in *Giur. pen*, III, p. 135 ss.; Cass., sez. I, 24.10.1975, in *Cass. pen.*, 1976, p. 1338 ss.; Mag. Sorv. Trib. Potenza 24.2.1982, in *Rass. pen. crimin.*, 1982, p. 316 ss.; Mag Sorv. Milano, 26.1.1982, in *Rass. pen. crimin.*, 1983, p. 423 ss.

9. Cass., sez. I, 25.9.1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 789 ss.

2.2. Ragioni sostanziali di un interesse all'accertamento tempestivo della condizione ostativa all'espulsione

Una prima approssimazione alle ragioni sostanziali sottese al giudizio può essere ravvisata nella sua congruità con l'evoluzione della disciplina generale in materia di revoca delle misure di sicurezza, che ha rafforzato un principio di necessaria contestualità tra il perdurare dello stato soggettivo di pericolosità e l'applicazione della misura. In ragione di tale principio, com'è noto, sono state espunte dal sistema delle misure di sicurezza ipotesi di pericolosità presunta (quale lo stesso termine minimo di durata per il riesame della pericolosità)[10] che limitavano di fatto la verifica dell'attualità del requisito solo al momento di esecuzione della misura. Si rinviene una corrispondenza costante, nel tempo, tra l'esecuzione e l'attualità del giudizio di pericolosità, caratteristica che rende le misure di sicurezza «sensibili soltanto ad un dato: il modificarsi del giudizio di pericolosità»[11]. La prognosi giudiziale condiziona la definizione preliminare della durata della misura, potenzialmente indeterminata e unicamente vincolata al perdurare di un requisito mutabile nel tempo, dunque di per sé necessariamente soggetta a modifica.

La giurisprudenza (sia di merito sia di legittimità) ha «escluso che l'attualità dell'esecuzione della pena costituisca condizione giuridica ostativa al riesame della pericolosità»[12]. Pertanto, ammesso il riesame in un momento antecedente l'esecuzione, durante la fase di espiazione della pena, non sembra che vi siano ragioni per ritenere necessario che questo avvenga in prossimità del fine pena. La verifica della pericolosità è suscettibile di rinnovamento nell'ipotesi in cui vi sia motivo di ritenere che ne siano venuti meno i presupposti e tale valutazione risulta ragionevolmente del tutto indifferente al decorso dell'esecuzione della pena, ed ancor di più al sopraggiungere del suo spirare.

Ora, la questione del giudizio di pericolosità è ovviamente diversa dall'accertamento dei requisiti "situazionali" che danno corpo alla richiesta di protezione sussidiaria; sotto questo profilo, trasporre la logica del primo sul secondo è possibile a patto di ritenere che essa, a sua volta, si collochi su un piano di principi più astratto, quello della maggiore concretizzazione possibile della risposta *lato sensu* sanzionatoria. Altrimenti, di fronte ad una simile trasposizione sarebbe difficile sfuggire all'impressione di un andamento tautologico che suona a un dipresso così: si può chiedere la revoca prima del fine pena,

10. G. Vassalli, *Le presunzioni di pericolosità sociale davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 742; G. Cerquetti, *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 456.

11. T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Giustizia criminale*, Pisa, Pisa University Press, 2014, p. 93.

12. Cass., sez. IV, 25.10.2007, n. 46759 *CED Cassazione penale 2008*; Sezione Sorveglianza Perugia, 1.7.1987, *Giur. cost.* 1987, II, 2, p. 1157 ss.; Cass., sez. VI, 6.5.2004, n. 26096, in *CED Cass. pen.*, 2004.

perché l'accertamento delle ragioni può avvenire anche prima del termine della pena stessa. Resterebbe da chiarire per l'appunto quale sia la ragione sottesa alla possibilità di chiedere un accertamento anticipato; propriamente, si tratta di chiedersi *quale interesse* sia sotteso a questa possibilità, *tale da affermare l'irrilevanza del tempo che manca al fine pena e la rilevanza del tempo dell'attesa*.

Così formulato l'interrogativo che sta veramente alla base della decisione, si deve osservare che in questo caso, se a qualcosa vale il decorso del tempo, è nell'*interesse del soggetto istante, che attende di conoscere, quanto prima, del proprio destino*. L'esecuzione della pena e l'attesa stessa del provvedimento di revoca (in un Centro di Identificazione ed Espulsione, ora di Permanenza per i Rimpatri) finirebbero altrimenti per acquisire contenuti non necessari in quanto ingiustamente afflittivi.

Ed è forse questa la ragione vera, per quanto non tematizzata dai giudici, che attraversa tutta la motivazione della Corte (anche rispetto al secondo motivo, quello dell'interesse di proponibilità della domanda di riconoscimento della protezione sussidiaria nelle forme ordinarie). Insomma, la questione relativa alla possibilità di chiedere durante l'esecuzione la revoca della misura di sicurezza, dietro l'apparente veste processuale, cela un fondamentale problema di contenuto dell'esecuzione penale: anche ammesso – correttamente – che la richiesta possa essere presentata in qualunque tempo, quale ne è la vera ragione?

Anche quando si ammetta che attendere il fine pena per proporre la richiesta sia del tutto indifferente sul piano strettamente processuale (e quindi non necessario), ciò che invece non è affatto indifferente per il soggetto interessato è proprio il contenuto di quel tempo di attesa, che acquista un valore insuperabile. In altri termini, proprio il fatto d'imporre quell'attesa acquista una rilevanza imprescindibile, che limita necessariamente i tempi del processo: l'incertezza sulla concreta eseguibilità della misura di sicurezza, sanzione pur sempre penale, si riverbera sul contenuto concretamente afflittivo della pena. Il tempo del processo, l'attesa immotivata, proprio perché vissuta dal soggetto, arriva a condizionare una situazione soggettiva di carattere sostanziale, in termini potenzialmente pregiudizievoli, al punto che la pena stessa nell'attesa si concreta e si intensifica. In mancanza di una fondata esigenza, di carattere per così dire endo-processuale, a ritardare l'accertamento dello *status* ostativo all'esecuzione della futura espulsione, questo deve anzi essere tempestivo e quanto più immediato, potendosi ben dire significativo un interesse individuale a conoscere i tempi e i modi della propria sorte, già consumantesi «nell'inquieta attesa di una futura afflizione»[13]. Si tratta *mutatis mutandis* di quel tremendo conflitto fra

13. F. Giunta, D. Micheletti, Tempori Cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 30 ss.; con riferimento ad un istituto del tutto differente,

tempo dell'attesa di morte certa e il barlume di speranza che fa illudere di poterla ancora evitare, di cui parlava Dostoevskij in un brano memorabile dell'*Idiota*, o di quella «sofferenza inutile» commentata dal filosofo Luigi Pareyson a proposito di altre pagine dello scrittore, di una pena atroce, quella dell'attesa sospesa di chi ogni notte «irrimediabilmente tornava alla vigilia tremante» della sua fine.

Soltanto nel riconoscere tutto questo si può dire che sia in concreto riscontrabile quella «conformità ai contenuti legali del sistema giurisdizionale di tutela della condizione soggettiva della persona destinataria della misura di sicurezza personale», così come richiamata dalla Corte.

Nel caso in esame occorre soffermarsi inoltre sulla peculiarità della misura dell'espulsione in relazione ai presupposti di revoca anticipata delle misure di sicurezza. In primo luogo, ed in via generale, esiste un'incompatibilità di fondo fra le regole di controllo della durata delle misure di sicurezza ed una misura ad esecuzione istantanea, quale l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato[14]. In tal senso, dal momento che il riesame della misura è vincolato a parametri suscettibili di una modificazione nel corso del tempo, si dovrebbe pur tenere conto dell'impossibilità di ripetere l'accertamento del requisito della pericolosità una volta che la misura sia stata eseguita e dunque lo straniero già allontanato dal territorio dello Stato.

In secondo luogo, con particolare riguardo al caso in esame, occorre rilevare come l'istanza di revoca non si fondi sulla semplice richiesta di ripetere l'esame della pericolosità, onde verificarne l'attualità. L'accertamento oggetto dell'istanza interessa una condizione *ab origine* ostativa all'applicazione dell'espulsione, quale il riconoscimento dello *status* di soggetto avente diritto a protezione sussidiaria. In tal senso, e ancora una volta, non sembra che il rigetto possa fondarsi su criteri di carattere meramente temporale, quali la prossimità della domanda al fine pena, trattandosi di elementi che attengono piuttosto all'opportunità di applicazione della misura in assoluto e non alla necessità attuale della sua esecuzione, suscettibile di variazione nel tempo.

Infine, poiché la persona ammissibile alla protezione sussidiaria è colui nei cui confronti sussistono fondati motivi per ritenere che, se tornasse nel Paese d'origine o di dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave, la particolare

---

quello della prescrizione, e riguardo all'approccio specialpreventivo, in materia oggi del tutto destituito di autorevolezza. Cfr. con riferimento alle finalità della sanzione penale R. Orlandi, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in Aa. Vv., *L'effettività della sanzione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 40.

14. A. Traversi, *Espulsione dello straniero dallo Stato: è misura di sicurezza «perpetua» o può essere anche anticipatamente revocata?*, in *Giust. pen.*, 84, II, p. 727; B. Siclari, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 125; G. Grasso, *Commento all'art. 235*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Volume III, M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, Milano, Giuffrè, 1994, p. 592; Cass., sez. I, 29.9.1986, n. 3076, in *Cass. pen.*, 88, p. 289; Cass., sez. I 26.6.1989, in *Cass. pen.*, 90, p. 1057.

afflittività della misura di sicurezza dell'espulsione, al momento del riconoscimento dello *status* di soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria, diviene dunque *smisurata* e di fatto incompatibile con un provvedimento di espulsione, per le ragioni precisamente definite dalla Corte nel motivo dedicato.

2.3. Sulla proponibilità dell'istanza nelle forme ordinarie od anche in via incidentale

Il secondo motivo, alla cui stregua il Tribunale di Sorveglianza aveva argomentato il rigetto dell'istanza di revoca in sede di appello, attiene all'interesse dell'istante di richiedere l'accertamento della condizione di soggetto ammissibile alla protezione sussidiaria in via immediata ed incidentale, piuttosto che secondo le forme ordinarie.

La Cassazione ricava dagli articoli 678 e 679 c.p.p. e dall'art. 69, co. 3-4, l. n. 354/1975, l'obbligo per il Tribunale di Sorveglianza di «procedere alla verifica immediata della eseguibilità o meno della misura di sicurezza disposta in cognizione, anche là dove ciò comporti una verifica incidentale di una condizione giuridica attribuita alla competenza di altra autorità». La Corte rileva inoltre come tale assunto non si ponga in contrasto con la disciplina dei limiti alla cognizione del giudice penale di cui agli articoli 2 e 3 c.p.p., in quanto non attinente alle materie dello stato di famiglia o di cittadinanza. A conclusione del tutto analoga è giunta a più riprese la stessa giurisprudenza della Corte in materia di accertamento dello *status* di rifugiato[15], in quanto qualità soggettiva incompatibile con la misura di sicurezza dell'espulsione.

Il riconoscimento del diritto, in capo al ricorrente detenuto, di ottenere un accertamento in via incidentale della propria condizione di protezione è strettamente connesso alla natura di causa ostativa all'espulsione (*ex* art. 19 d.lgs. 286/1998) riservata all'istituto della protezione sussidiaria. In altre parole, l'interesse ad un riconoscimento tempestivo della propria condizione acquista particolare rilevanza in relazione alla misura di sicurezza dell'espulsione. Trattandosi di misura ad esecuzione istantanea, la scarsa tempestività nel riconoscimento di una causa ad essa ostativa esporrebbe il destinatario al rischio di una esecuzione, irreversibile e pericolosa, e nella migliore delle ipotesi al trattenimento ingiustificato in un Centro.

Torna a rilevare dunque, anche per il secondo motivo, l'interesse dell'istante ad ottenere un accertamento tempestivo dei presupposti di esistenza della protezione sussidiaria. La garanzia di tempestività in questo senso sarebbe appunto soddisfatta da un accertamento in via incidentale del Magistrato di Sorveglianza, senza dover attendere la

15. Cass., sez. I, 14.10.2009, n. 41368, in *Riv. pen.*, 2010, 2, p. 160 ss.; Cass., sez. I, 17.12.2004, n. 2239, in *Cass. pen.*, 2006, 4, p. 1566 ss.; Cass. pen., sez. VI, 15.11.2004, n. 20938; Cass., sez. I, 13.10.2005, n. 39764, in *CED Cass. pen.*, 2005.

celebrazione del processo nelle forme ordinarie. Proprio il secondo motivo lascia intendere la particolare rilevanza dell'interesse nel caso concreto, dovendo l'istante, una volta spirato il termine della pena, attendere l'esito dell'accertamento in via ordinaria presso il Centro (ora) di Permanenza Temporanea. L'opportunità dell'istanza di revoca anticipata e dunque dell'accertamento tempestivo per via incidentale si fonda con evidente necessità sul rischio di un prolungamento di fatto della restrizione e dunque sul correlativo interesse a non essere trattenuto senza motivo davvero cogente in una struttura comunque restrittiva della libertà, in attesa del completamento della pratica amministrativa di riconoscimento[16].

3. La questione sostanziale: intersezioni tra fonti e "interlegalità"

3.1. I caratteri generali, la soluzione della Corte e l'iter argomentativo

Se la questione relativa al momento in cui sussiste l'interesse a chiedere la revoca dell'espulsione è vestita di un preponderante carattere processuale, riveste invece carattere sostanziale immediatamente percepibile il problema più impegnativo che la Corte affronta «per completezza di trattazione ed al fine di orientare i poteri del giudice del rinvio»: esso concerne la possibilità o meno di espellere un soggetto – nel caso di specie, a titolo di misura di sicurezza giudiziale – il quale in astratto rientri fra coloro che hanno diritto alla protezione sussidiaria, per il fatto che ha commesso un reato definibile come grave alla stregua di criteri stabiliti dalla legge e per il quale questa preveda l'espulsione senza limiti espressi[17].

Si tratta d'una questione tecnica la cui importanza supera tuttavia i confini delle *regulae ad directionem ingenii*, cioè delle direttive d'interpretazione per i giudici del rinvio, poiché si collega ad un tema, quello dei reati commessi da soggetti ammessi (o aspiranti) a protezione umanitaria, che ha una risonanza sociale immediata ed è vissuto come preoccupante nella pubblica opinione. Questa dimensione "sociale" o, se si vuole, "morale" del problema è del tutto chiara ed è comprensibilmente agitata nel dibattito pubblico ogni qualvolta ricorrano situazioni di questo genere: un soggetto che, benevolmente accolto da una comunità nazionale, ne vìoli la fiducia mostrando in questo modo ignominiosa ingratitudine per tale accoglienza – così un'opinione che circola – non può vantare nessun'aspirazione ad essere mantenuto sul territorio, foss'anche in considerazione del

16. Cui si pone come alternativa la possibilità di ottenere uno speciale permesso di soggiorno temporaneo, si veda Trib. Bari, 8.10.2007, in *Giur. mer.*, 2007, 12, p. 3289 ss.; *contra* Cass., sez. I, 4.5.2004, n. 8423, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 5 ss.

17. Per la disciplina interna della protezione sussidiaria cfr. gli artt. 14 ss., d.lgs. 19.11.2007 n. 251, ed in partic. l'art. 20 (riportato in nt. 22).

rischio che per effetto dell'allontanamento siano violati i suoi diritti fondamentali[18]. Non è questa la sede per considerare l'aspetto politico (e politico-criminale) di queste discussioni, a rischio di derive populistiche, strumentalizzazioni, ma anche di ideologiche sottovalutazioni[19]. Tuttavia non è inopportuno almeno far menzione di queste ripercussioni extra-giuridiche, anche perché il significato delle soluzioni tecniche adottate deve poter essere anche spiegato *in der Laiensphäre*, "nella sfera dei profani", senza avvitarsi nell'additare difficili, tortuosi percorsi esegetici e sistematici che soltanto gli addetti ai lavori potrebbero compiutamente percorrere, orientandovisi.

In effetti, rispetto all'impatto sociale ed a correnti giudizi da "uomo della strada", molto meno chiaro è come l'interferenza tra qualifica di avente diritto alla protezione (qui, sussidiaria) e commissione di gravi reati debba essere affrontata e risolta dal punto di vista giuridico quando all'espulsione senza condizioni disposta da una legge nazionale ostino inaggirabili ragioni umanitarie.

In via preliminare, conviene osservare che, anche sotto il profilo strettamente giuridico, il significato della questione sostanziale va al di là dell'orizzonte meramente esegetico, proprio a causa della «stratificazione» delle fonti – nazionali, internazionali, sovranazionali – opportunamente sottolineata dalla Corte e d'altronde ormai da tempo del tutto fisiologica in quest'ambito normativo. Si tratta di un campo che potrebbe persino esser definito "elettivo" per l'intreccio di vari livelli di fonti incidenti in ambiti differenziati, non coordinate secondo un preciso criterio gerarchico, ma che tutte concorrono, al di là della ripetuta metafora della "rete", a definire i presupposti normativi per una necessaria decisione del giudice. Inoltre, la questione è ulteriormente complicata dall'intersezione, anche questa ormai ampiamente nota e tematizzata sotto la denominazione di *crimmigration*[20], fra le previsioni penali e le regole in tema

18. A mero titolo d'esempio, si vedano articoli (e soprattutto titoli) relativi a diverse vicende di cronaca italiana, peraltro comparsi in quotidiani fra i meno sospettabili di orientamento nazionalista o xenofobo: http://bari.repubblica.it/cronaca/2018/08/12/news/lecce_turista_15enne_denuncia_violenza_sessuale_in_spiaggia_indagato_un_richiedente_asilo-203951809/; http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2017/09/12/roma-finlandese-violentata-da-un-rifugiato10.html; https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/09/20/bergamo-fermato-richiedente-asilo-e-accusato-di-aver-abusato-di-unoperatrice-culturale-salvata-da-altri-due-profughi/3868021/

19. Su questi aspetti si è espresso più volte uno dei massimi sociologi italiani, Marzio Barbagli, di cui in particolare cfr. *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, il Mulino, 1998; *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008; quanto a rapide informazioni divulgative cfr. ad es. Id., http://www.lavoce.info/archives/43918/reati-degli-immigrati-un-problema-delle-grandi-citta/ (18.11.2016; ultimo accesso 22.6.2018). Fra importante dottrina penalistica, attenzione alle statistiche in tema di immigrazione e criminalità da parte ad es. di F. Palazzo, *Immigrazione e criminalità*, in *Penale Contemporaneo* www.penalecontemporaneo.it (24.10.2016; ultimo accesso 5.7.2018).

20. Letteratura ormai molto ampia; cfr. solo il lavoro fondamentale di J. P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and the Sovereign Power*, in *Am. Univ. L.R.*, vol. 56, 2006, p. 367. In Italia cfr. brevemente A. Spena, *La Crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2/2017, p. 495 ss.

d'immigrazione ed asilo[21]. In particolare, è stata sottolineata nel contesto di quegli studi l'espansione del diritto penale all'interno del diritto d'asilo; e tuttavia, si potrà mostrare che le categorie penalistiche, se intese nel loro originario senso di garanzia, possono operare anche in senso favorevole al mantenimento della protezione internazionale anche a vantaggio dell'autore di un reato grave in astratto ma non in concreto (*infra*, 2.2.).

La Corte di cassazione fotografa correttamente la complessità di questa stratificazione tra fonti e passa in rassegna quelle rilevanti. Riassuntivamente, i giudici ritengono: *a*) che esista «un deficit di chiarezza e completezza della normativa interna, frazionata in più testi di legge non sufficientemente coordinati» (essenzialmente si tratta della disciplina in tema di protezione internazionale e di quella generale in tema di immigrazione, nel tempo progressivamente a loro volta modificate); *b*) che, in ogni caso, la norma interna applicabile al caso di specie sia quella relativa all'espulsione dei soggetti ammessi alla protezione internazionale quando abbiano commesso gravi reati (art. 20, d.lgs. n. 251/2007)[22]; *c*) che questa norma richiami bensì i divieti assoluti di espellere di cui al testo normativo generale in materia d'immigrazione (il TU imm.)[23], ma al solo fine di derogarvi (ammettendo dunque l'espulsione dell'avente diritto alla protezione che abbia commesso un grave reato, anche quando sussistano i pericoli che altrimenti l'impedirebbero); *d*) che, su queste basi, il diritto interno è da ritenere in contrasto con la Carta di Nizza (in quanto «disposizione sovraordinata rispetto alle stesse direttive dell'Unione»)[24] e con la Convenzione europea dei diritti umani, talché le previsioni contrarie di diritto interno devono essere disapplicate.

La conclusione della Corte è condivisibile, ma non lo è altrettanto il percorso argomentativo seguito. In primo luogo, non convince la tesi secondo la quale il problema della scarsa chiarezza precettiva affligge il solo diritto interno; nel presente contributo si procederà dunque a considerare separatamente diritto internazionale e sovranazionale rilevanti, da un lato, e diritto interno, dall'altro lato, confrontandone il rispettivo contenuto

21. Cfr. in particolare C. Dauvergne, *The Troublesome Intersections of Refugee Law and Criminal Law*, in Katja Franko Aas and Mary Bosworth (Eds.), *The Borders of Punishment*, O.U.P. Oxford, 2013, pp. 76-90.

22. Se ne riporta per comodità, sin d'ora, il contenuto: «Fermo restando quanto previsto dall'art. 19, comma 1, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, ... ed in conformità degli obblighi internazionali ratificati dall'Italia, il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione sussidiaria è espulso quando: a) sussistono motivi per ritenere che rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato; b) rappresenta un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni».

23. Art. 19, co. 1, TU imm.: «In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione».

24. Sent. in commento, fg. 10, par. 4.2.

dispositivo e proponendo un'appropriata ricostruzione sistematica dell'intersezione fra i vari livelli ordinamentali rilevanti.

Inoltre, nella sentenza non appare sufficientemente sottolineata la distinzione fra requisiti per l'ammissione allo *status* di avente diritto alla protezione sussidiaria e presupposti per l'espulsione quale conseguenza – a determinate condizioni però non interamente coincidenti con i requisiti per l'ammissione – del mancato riconoscimento o della perdita di quella qualità[25]. Per chiarezza, anche questi aspetti (cioè l'incidenza della commissione di un reato sui requisiti per la protezione, per un verso, e sui presupposti dell'espulsione, per altro verso) saranno affrontati separatamente.

3.2. Requisiti per la protezione sussidiaria ed eccezioni: requisiti per il riconoscimento, presupposti per l'espulsione (differenza)

Il primo nodo concerne il rapporto fra lo *status* di avente diritto alla protezione sussidiaria e la contingente posizione di autore di un reato grave agli effetti di respingimento ed espulsione. Quanto al primo aspetto (quello dello *status* individuale), non v'è dubbio che la persona la quale si trovi nelle condizioni indicate dalla legge sia titolare di una qualità soggettiva – uno *status*, appunto – di carattere pubblicistico, quello di avente diritto alla protezione sussidiaria.

> Preliminarmente, è utile ricordare quali soggetti abbiano titolo ed in che cosa consista questa protezione[26]. Quanto ai soggetti che vi hanno titolo, innanzi tutto essa si definisce in negativo, nel senso che deve trattarsi di straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato. In positivo, devono risultare «fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese d'origine [o di dimora abituale, se apolide], correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno ... e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese»[27]. Quali «danni gravi», a questi fini, sono considerati: *a*) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; *b*) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese d'origine; *c*) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona ... derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.
>
> Quanto al contenuto della protezione, è più complesso definire esattamente in che cosa consistano i «diritti e gli obblighi connessi», pur riassunti in un

25. Queste sovrapposizioni non sono estranee all'esperienza di altri ordinamenti; cfr. ad es., quanto alla giurisprudenza della Corte suprema canadese, C. Dauvergne, *The Troublesome Intersections*, cit. (nt. 21), 85 al punto (iii).

26. Testo normativo di riferimento è il citato d.lgs. n. 251/2017 (*retro*, nt. 17).

27. Art. 2.1.g., d.lgs. n. 251/2007.

«opuscolo» contenente le informazioni relative (art. 21) e di cui comunque è data «informazione preliminare» già in sede di audizione del richiedente. Innanzi tutto, il titolare di protezione può circolare liberamente sul territorio nazionale (art. 29). È comunque rilasciato un permesso di soggiorno con validità quinquennale e rinnovabile, che «consente l'accesso al lavoro e allo studio ed è convertibile per motivi di lavoro, sussistendone i requisiti» (art. 23); il soggetto ha diritto di godere del medesimo trattamento previsto per il cittadino italiano in materia di lavoro subordinato, autonomo, iscrizione agli albi professionali ecc. (art. 25); diritto di accesso all'istruzione (art. 26), all'assistenza sanitaria e sociale (art. 27). Ostacoli di fatto all'integrazione sono fronteggiati mediante la promozione di iniziative volte a favorirla e coordinate dal Tavolo di coordinamento nazionale insediato presso il Ministero dell'interno.

Tale *status* non è pregiudicabile da alcuna situazione concreta possa coinvolgere il soggetto, che non rientri fra le cause di esclusione, revoca, rifiuto di proroga, normativamente previste secondo un elenco da considerare tassativo. In buona sostanza, soltanto una sorta di indegnità originaria o la grave e dunque irreparabile violazione del "patto di fiducia" con la comunità che s'incarica della protezione può ostare al riconoscimento o mantenimento della protezione. Esempio del primo caso (indegnità originaria) è la circostanza che lo straniero abbia commesso un crimine contro la pace, contro l'umanità, o un crimine di guerra, od atti contrari ai principi e le finalità delle Nazioni Unite, o sia comunque autore di un reato grave fuori del territorio nazionale (ipotesi che, detto incidentalmente, non ricorrono nel caso oggetto della sentenza da cui prendono le mosse queste considerazioni). Esempio del secondo tipo – rilevante nel caso di specie – è la circostanza che il soggetto costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, in relazione alla commissione di gravi reati.

Proprio sotto questo secondo profilo ("posizione" di autore di reato grave), viene in considerazione l'interferenza fra diritto dell'immigrazione e della protezione internazionale, da un lato, e diritto penale dall'altro. Ed è qui che si registrano quelle differenze fra contenuto del diritto internazionale e previsioni di diritto interno che danno luogo a dubbi interpretativi e suggeriscono l'esigenza di una ricostruzione sistematica coerente del diritto applicabile.

In effetti, la circostanza – accidentale e contingente – della commissione d'un reato grave è bensì prevista non solo dal diritto interno, ma già dal diritto internazionale e sovranazionale come negativamente incidente sull'istituto della protezione sussidiaria, ma in termini non uniformi. Su queste disarmonie ci si soffermerà a breve in dettaglio; sin d'ora può essere segnalato, in particolare, che per taluni effetti possono rilevare solo "fondati motivi" per ritenere la commissione di un reato grave, ad altri effetti è necessaria

una condanna, su cui si innesti un giudizio ulteriore di pericolosità; ciò accade in particolare nelle fonti non nazionali, dove si diversifica fra requisiti per il riconoscimento o mantenimento dello *status*, oppure di presupposti per l'espulsione[28].

In particolare, l'interferenza tra diritto penale e diritto della protezione internazionale avviene essenzialmente su due piani.

Il primo concerne l'influenza che la situazione concreta (commissione di un reato grave) ha sul riconoscimento o sul mantenimento della qualità soggettiva astratta, cioè dello *status* di avente diritto alla protezione sussidiaria.

Il secondo concerne le conseguenze giuridiche previste per i casi in cui, per l'appunto, tale interferenza si verifichi. Su questo secondo aspetto è opportuno sin d'ora un chiarimento preliminare: l'espulsione non è la necessaria conseguenza giuridica del ricorrere d'una causa di esclusione. Essa può essere bensì disposta quando il soggetto sia escluso dalla protezione, ma è soggetta a limiti che possono renderla illegittima. Il rapporto fra requisiti di esclusione della protezione e presupposti di espulsione, ben tematizzato nella letteratura internazionale, non è pertanto un rapporto formale fra presupposto e sua conseguenza giuridica, secondo un'interpretazione suggestionata – prima e più ancora che da attitudini politiche – da condizionamenti ermeneutici di positivismo giuridico.

Con l'operare dei limiti all'espulsione, inoltre, l'orizzonte della sorte del soggetto che non può essere ammesso alla protezione ma neppure essere espulso è, dallo stesso punto di vista giuridico, soltanto in parte diradato di nebbie. Resta infatti del tutto aperto il problema del trattamento che comunque gli spetti, in base al diritto internazionale dei diritti umani: non può restare confinato in una sorta di limbo, in una dimensione esistenziale di rifiuto le cui condizioni concrete potrebbero integrare fra l'altro, come è stato evidenziato, trattamenti inumani e degradanti[29]. Paralizzare l'espulsione, in questa prospettiva, costituisce da parte dello Stato un atto dovuto a carattere fondamentale, ma soltanto preliminare alla determinazione del contenuto della posizione giuridica dello straniero che si trovi nella condizione in esame.

Quest'ultime precisazioni, concernenti la valutazione giuridica della posizione del soggetto escluso dalla protezione e tuttavia non espellibile, sono particolarmente qualificanti dal punto di vista "culturale", perché esibiscono un solco probabilmente profondo tra diritto e pubblica opinione, o più in generale fra diritto e politica statuale, e

28. In generale, sulla differenza fra requisiti di esclusione e presupposti di espulsione con riferimento alla Convenzione del 1951 sia qui sufficiente rinviare a J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, C.U.P., Cambridge, 2005, pp. 342-355.

29. J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, O.U.P., Oxford, 2007, p. 234.

dunque si rivelano fra i più impegnativi quanto a comunicabilità delle ragioni del diritto al di fuori della cerchia dei suoi cultori.

A) Requisiti per il riconoscimento – Quanto a questo primo aspetto, la dir. 2011/95/UE (che ha sostituito la dir. 2004/83 ma, per la parte che qui rileva, senza differenze di contenuto)[30], prevede che la qualifica di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria non possa essere riconosciuta (sia «esclusa») ove sussistano «fondati motivi» per ritenere che l'interessato abbia commesso un reato grave (art. 17.1.b.); oppure rappresenti un pericolo per la comunità territoriale (17.1.d.)[31]; simmetricamente, la direttiva prevede la revoca, cessazione o rifiuto del rinnovo se il soggetto «successivamente al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria, avrebbe dovuto essere escluso o è escluso dalla qualifica di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria ai sensi dell'articolo 17, paragrafi 1 e 2» (art. 19.3.a). Questi ultimi provvedimenti sono pertanto adottati sia per reato commesso in precedenza ma conosciuto successivamente, sia per reato commesso successivamente[32].

Le cause d'esclusione previste dalla direttiva sono sostanzialmente recepite dal diritto interno[33], ed anzi – è opportuno sottolinearlo sin d'ora – in termini più favorevoli allo straniero, per due motivi: sia perché i reati selezionati come ostativi sono non

30. La Direttiva 83/2004/UE (abrogata dalla successiva 2011) prevedeva come condizioni di ammissibilità e – in termini specularmente simmetrici – di revoca, cessazione, rifiuto di rinnovo dello *status* di protezione sussidiaria il caso in cui il soggetto «rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trova» (artt. 17.1.d e 19.3.a.). Le sanzioni per tali situazioni erano stabilite dall'art. 21, nel senso che gli Stati membri possono respingere i rifugiati (ma non gli ammissibili a protezione sussidiaria) quando vi siano ragionevoli motivi per considerare che la persona «rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova» (21.2.a.) o «essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, detta persona costituisca un pericolo per la comunità di tale Stato membro».

31. Art. 17: « Esclusione – 1. Un cittadino di un Paese terzo o apolide è escluso dalla qualifica di persona avente diritto a beneficiare della protezione sussidiaria ove sussistano fondati motivi per ritenere che: ... b) abbia commesso un reato grave; ... d) rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trova. // 2. Il paragrafo 1 si applica alle persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione dei reati o atti in esso menzionati».

32. La conclusione è pacifica anche rispetto al sistema della Convenzione 1951 sui rifugiati, che pure prevede espressamente, fra i casi di esclusione della qualità di rifugiato, solo il caso dei seri motivi per ritenere che la persona abbia commesso un grave reato di natura non politica fuori dello Stato di rifugio e prima della sua ammissione in esso come rifugiato (art. 1Fb): cfr. per tutti C. Dauvergne, *The Troublesome Intersections*, cit. (nt. 21), 83, e specificamente UN High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining the Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNDoc HCR/IP/4EngRev.1, 1992[2], par. 117.

33. Art. 16.1.d-*bis*, d.lgs. 19.11.2007 n. 251 e succ. mod. (qui la norma è introdotta dall'art. 1, co. 1, lett. l) n. 2, d.lgs. 21.2.2014, n. 18. In generale, sull'importante ruolo della legislazione interna nel trasferire nei sistemi giuridici nazionali il diritto internazionale, e sui presupposti culturali necessari perché questo ruolo sia garantito nella pratica dei diritti garantiti a rifugiati e *asylum seekers*, cfr. S. Kneebone, *The Rule of Law and the Role of Law: refugees and Asylum Seekers*, in Ead. (ed.), *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law. A Comparative Perspective*, C.U.P., Cambridge, pp. 32-77 (75 s.).

genericamente gravi, ma soltanto quelli particolarmente gravi che giustificano il più lungo termine di durata massima delle indagini preliminari[34]; sia perché non sono sufficienti ragionevoli motivi per supporre la commissione di un reato ostativo, ma è necessario che lo straniero sia stato in effetti condannato con sentenza definitiva.

Come si comprenderà meglio nel prosieguo dell'analisi, quest'effetto di maggior favore deriva da una forse non intenzionale sovrapposizione, in sede di attuazione della direttiva, con i presupposti che le norme europee (ed internazionali) prevedono non per il riconoscimento della qualifica, ma ai fini dell'espulsione.

Qualche dubbio può residuare circa il significato del requisito di pericolosità: se cioè debba ritenersi presunto nella circostanza della condanna, o debba comunque essere accertato in concreto; ma di questo si dirà oltre[35].

Riassuntivamente, la commissione di uno fra i gravi reati tassativamente previsti dalla legge osta al riconoscimento della protezione sussidiaria, in termini più restrittivi (dunque più "garantisti") ma pur sempre coerenti con quanto previsto dalla normativa derivata dell'Unione. Sul punto specifico delle cause ostative al riconoscimento o mantenimento della qualifica di avente diritto alla protezione, dunque, non sembra che si possano lamentare oscurità nel sistema di diritto interno, né significative incongruenze con il diritto derivato dell'Unione.

Così ricostruito il quadro normativo, sembra corretto concludere che le previsioni del diritto interno sono coerenti sia con quelle delle fonti europee (la cd. direttiva qualifiche, poc'anzi ricordata), sia con il contenuto della fonte internazionale più direttamente rilevante *ratione materiae*. Fin qui, non sembra dunque che la questione sia particolarmente complessa.

B) Presupposti per l'espulsione – Quanto al secondo aspetto, relativo alle conseguenze che derivano dal mancato riconoscimento o mantenimento della qualifica di avente diritto alla protezione sussidiaria, viene in considerazione il respingimento (espulsione). Le norme che ne disciplinano presupposti e limiti sono dunque, per così dire, previsioni sanzionatorie per l'insussistenza dei requisiti o la violazione del "patto di benevolenza" (la stessa Convenzione del 1951 parla di «beneficio»).

34. Art. 407.2.a. c.p.p.

35. Cfr. più sotto nel testo, punto *B)*, al richiamo delle note 36-38. Quanto al diritto italiano, l'esistenza di una presunzione legale assoluta sembra derivare dalla struttura sintattica della relativa previsione (art. 20, lett. b), d.lgs. 251/2007); ma si potrebbe affermare che si tratta solo di una cattiva traduzione italiana della previsione dell'art. 33 (2) della Convenzione 1951, che – ponendo alla fine del periodo la proposizione subordinata circostanziale – ne trasforma la natura (o, se si vuole, la sfumatura) temporale o modale in causale. Quest'interpretazione correttiva sarebbe legittima per via del fatto che, trattandosi di clausola limitativa, va interpretata nel senso meno restrittivo della tutela dei diritti umani (c.d. *human rights benchmark*).

Quanto al diritto derivato dell'Unione europea, l'art. 21 della dir. 2011/95 prevede innanzi tutto l'obbligo per gli Stati membri di rispettare il principio di *non refoulement*. Soltanto qualora non sia vietato dagli obblighi internazionali, lo straniero – già ammesso o soltanto avente diritto alla protezione in qualità di rifugiato – può essere respinto «quando, essendo stato condannato con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro». Questa disposizione si riferisce espressamente ai soli rifugiati; non considera invece gli aventi diritto alla protezione sussidiaria, rispetto ai quali dunque non può che valere senza limiti il principio generale di *non refoulement*.

Da notare, come accennato poco sopra *sub* A), che il presupposto dell'espulsione derivante da commissione di reato non è formulato negli stessi termini dell'elemento che osta al riconoscimento dello *status*: in quest'ultimo caso, è ostativa l'esistenza di fondati motivi per ritenere la commissione di un reato genericamente grave; ai fini dell'espulsione, invece, è necessaria una sentenza di condanna passata in giudicato[36]. Inoltre, non è sufficiente che il reato per cui è stata pronunciata condanna sia grave, ma è necessario che sia di «particolare» gravità e, su questa base, lo straniero costituisca un pericolo.

Una previsione funzionalmente analoga a quella europea appena considerata, anche se non coincidente per contenuto, si rinviene nella Convenzione sullo stato di rifugiati del 25 luglio 1951[37], che stabilisce come principio generale il divieto di *refoulement*. Tuttavia, è escluso dall'ambito di questo divieto il caso del rifugiato il quale, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un crimine «particolarmente grave», costituisca un pericolo per la comunità del Paese di commissione.

Comune ad entrambi gli ordinamenti di riferimento, questa seconda parte del giudizio (pericolo per la comunità) non sembra implicita nel primo, ma deve essere specificamente motivata, senza *escamotage* di tipo presuntivo[38]. Si tratta di un'opinione controversa anche nella letteratura internazionalistica[39], ma che ad esempio la Corte federale australiana

36. Su questi concetti, utilizzati anche dalla Convenzione sui rifugiati, cfr. ampiamente J. C. Hathaway and M. Foster, *The Law of Refugee Status*, C.U.P., Cambridge, 2014[2], cap. 7 e spec. 532-537.

37. *Convention Relating to the Status of Refugees*, 25.7.1951, art. 33.

38. Su questa discussione cfr., nella letteratura internazionale, G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee in International Law*, O.U.P., Oxford, 2007, p. 235 ss.

39. Per riferimenti essenziali cfr. G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee*, cit. (nt. 35), 237-244; troppo generico ad ogni modo appare il riferimento a principi di giustizia naturale o regolarità procedimentale (237: «principles of natural justice and due process of law require something more than mere mechanical application of the exception»). L'esperienza pratica, sottolineano gli autori, scarseggia: ma questo è proprio l'effetto del mancato sforzo di concretizzare quelle "circostanze del caso" che – ad esempio nell'esperienza australiana – sono pur considerate decisive nell'ottica di rifuggire meccanismi presuntivi. Il problema, più che legato all'uso di termini atecnici («the notion of a "particularly serious crime" is not a term of art»: *op. e loc. ult. cit.* al richiamo della nt. 227), è in realtà tipicamente ricorrente quando si discute se sia veramente possibile distinguere fra gravità in astratto ed in concreto dei reati.

mostra di ritenere percorribile[40]. Di difficile verifica pratica, in particolare, è essenzialmente il caso di reato grave in astratto ma non grave per le circostanze concrete di commissione. Tuttavia, anche rispetto a questa ipotesi, la necessità di un giudizio "bifasico" può essere sostenuta con qualche sforzo d'immaginazione ma anche con sufficiente sicurezza al ricorrere di situazioni nient'affatto irrealistiche: a mero titolo d'esempio, il reato può essere grave ma l'autore non considerato per ciò stesso come pericoloso per la comunità nazionale quando si tratti di traffico occasionale di stupefacenti in quantità non ingente[41]; di reato passionale esauritosi nella degenerazione di un rapporto interpersonale, oppure commesso con eccesso doloso da una causa di giustificazione; o ancóra si tratti di soggetto semi-imputabile, il cui reato sia da ricondurre alla sfera della patologia.

Si deve notare, conclusivamente, quanto segue. Qualora il soggetto avente diritto alla protezione sussidiaria – perché ammesso od anche solo richiedente – commetta un reato ostativo, egli perde tale diritto. Ma non è prevista nessuna norma espressa in tema di conseguenze di tale perdita, poiché la norma in tema di espulsione si riferisce soltanto allo *status* di rifugiato. Solo costui, se il reato commesso è di speciale gravità, può *anche* essere espulso: in questo caso, peraltro, seppure nessun limite sia *direttamente* previsto dalla Convenzione ONU sui rifugiati, quello del rispetto del principio di *non refoulement* è comunemente dedotto dal complesso del diritto internazionale dei diritti umani[42]. Un tale

40. Cfr. *A. v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 227, paras. 3-5. Trovo il riferimento in G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *op. cit.* (nt. 35), 238 nt. 229; ho consultato il testo integrale della decisione in http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/1999/1999fca0227): «(W)e should state that we would not, as at present advised, construe this article as intending to make the conviction of *any* particularly serious crime the sole determinant of a deportation decision. The logic of the syntax of the provision [art. 33(2) Conv. 1951] moves in the opposite direction. The principal statement of exclusion is "who constitutes a danger to the community". The phrase "having been convicted ... of a particularly serious crime" adds an additional element, but it is not expressed as if that additional element swallowed up the principal statement. This aspect of the drafting is perhaps made clearer when attention is directed to the first alternative contained in the provision, that "there are reasonable grounds for regarding [the person] as a danger to the security of the country in which he is". The whole provision is concerned with perils represented by the refugee, either because of a threat to the security of the country, or because of a danger to its community»: par. 3).

41. Si pensi al caso *A. v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, cit. alla nota precedente. Si trattava di acquisto di eroina in quantità ingente e non per uso personale, da parte di soggetto non tossicodipendente ma interessato esclusivamente al profitto economico, e rispetto al quale il rischio di commissione di ulteriori fatti era stato considerato non così ridotto da giustificare la conservazione del diritto di risiedere nello Stato di rifugio (così il puntuale resoconto del giudice Katz, para. 41). *A contrario sensu*, se ne deduce (ed in effetti la Corte australiana lascia chiaramente intendere) che un fatto analogo, ma commesso in modo del tutto occasionale da soggetto tossicodipendente che non abbia altre possibilità di sbarcare il lunario, o per inviare il denaro derivante dall'acquisto alla madre malata (così l'improbabile difesa dell'imputato nel caso in discorso, riassunta al par. 12 della decisione) potrebbe ben essere considerato non espressivo di pericolosità.

42. Cfr. in particolare su questo aspetto J. McAdam, *Complementary Protection*, cit. (nt. 36), che sostiene (soprattutto cap. 6, 199 ss. e spec. 228) che i beneficiari della protezione sussidiaria hanno titolo ad avere lo stesso *status* dei rifugiati, date le analoghe circostanze in cui si trovano e la funzione della Convenzione come *lex specialis* per

limite è invece espressamente previsto dalle direttive dell'Unione perché l'espulsione può essere disposta solo «qualora non sia vietata dagli obblighi internazionali».

Si deve soggiungere che, qualora il reato commesso sia ostativo al riconoscimento od al mantenimento della qualifica, ma non possa considerarsi particolarmente grave, o comunque il soggetto – nonostante la gravità – non costituisca un pericolo per la comunità territoriale, egli perderà la qualifica di ammesso alla protezione ma non potrà essere espulso alla stregua delle disposizioni in tema di rifugiati; si applicheranno le norme generali del diritto degli stranieri.

Quanto al diritto interno, l'espulsione è disciplinata dall'art. 20, d.lgs. n. 251/2007[43], che conviene riportare nelle parti qui rilevanti: «fermo restando quanto previsto» dalla norma generale in tema di divieti di espulsione (contenuta, come si è visto, nel TU imm.), ed in conformità agli obblighi internazionali ratificati dall'Italia,

«il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione sussidiaria è espulso quando [...] rappresenta un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per un reato per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni».

Come è agevole rilevare, diversamente da quanto previsto dalle norme sovranazionali ed internazionali poc'anzi considerate, la norma sull'espulsione si riferisce non soltanto ai rifugiati ma anche, esplicitamente, a coloro che sono stati ammessi alla protezione sussidiaria. Poiché tuttavia le conseguenze del mancato riconoscimento o della revoca, cessazione, mancata proroga della protezione sussidiaria non sono espressamente disciplinate da quelle fonti, non si può affermare che il diritto interno sia propriamente in contrasto con il diritto derivato dell'Unione né con il diritto internazionale convenzionale.

Ciò non toglie, ovviamente, che la questione emerga con prepotenza: il soggetto che, avente diritto alla protezione, realizza un reato ostativo, può anche essere espulso?

---

le persone protette dalla norma di *non-refoulement*. Anche nel caso di rifugiati, peraltro, il limite opera in base al diritto dei diritti umani, anche se non richiamato espressamente nella Convenzione; in questo caso, come ad es. ha riconosciuto lo House of Lords/House of Commons Joint Committee on Human Rights, *The Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (Specification of Particularly Serious Crimes) Order 2004 – 22d Report of Session 2003-2004)*, par. 30 s. (testo integrale consultabile in: https://publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/190/190.pdf: «Article 3 ECHR is wider than Article 33 of the Refugee Convention in that it requires states not to deport individuals to jurisdictions where they will be exposed to the risk of treatment contrary to Article 3, even if that individual poses a risk to the national security of the state concerned»), la previsione dell'art. 33(2), non compatibile con l'art. 3 della Conv. EDU, funziona di fatto come causa di esclusione dello *status* di rifugiato (su questo aspetto, cfr. G. S. Goodwin-Gill and J. McAdam, cit. (nt. 35), 243).

43. Come modif. dall'art. 1, co. 1, lett. *n*) del d.lgs. 21.2.2014, n. 18.

3.3. Espulsione e obblighi internazionali in una cornice di "interlegalità": per una corretta ricostruzione del diritto applicabile

La normativa interna, secondo i giudici, parrebbe consentire un'espulsione altrimenti non consentita dallo stesso diritto interno, e più in generale fuori dei limiti previsti dal diritto internazionale dei diritti umani[44]. Mentre la norma generale sul divieto di espulsione non prevede deroghe, essi argomentano, quella applicabile al caso «è invece norma costruita al fine di esplicitare le deroghe al divieto di espulsione»; su questa base, il senso del richiamo alla norma generale «non è, ovviamente, quello di ribadire la natura assoluta del divieto di respingimento, quanto quello di enunciare il principio che, con la successiva parte della disposizione, si va contestualmente a derogare». Sulla base di questa ricostruzione del contenuto e del rapporto fra norme, si «determina una apparenza di legittimità del respingimento, per motivi di sicurezza interna, anche nei casi in cui il soggetto corra il "serio rischio" di essere sottoposto nel Paese di destinazione a pena di morte o tortura o trattamenti inumani o degradanti».

Quest'interpretazione, come si è accennato più sopra (§ 3.1), non convince.

La norma dell'art. 20 assume come destinatario un soggetto determinato: colui che è già stato «ammesso» alla protezione sussidiaria, rispetto al quale sopravvengano motivi di espulsione, o perché si producono in tempo effettivamente successivo, o perché, pur precedenti, divengano noti dopo il provvedimento di ammissione. Il significato sistematico di questa disposizione è dunque quello di *disporre in via autonoma, quale disciplina speciale che si applica in relazione alla particolare qualifica soggettiva, i criteri per l'espulsione di uno straniero che abbia anche quella qualità*. La norma, pertanto, deve essere intesa come "diritto speciale" in tema di espulsione quando il soggetto destinatario di tale provvedimento sia un soggetto ammesso alla protezione sussidiaria. Quest'interpretazione è del resto perfettamente congruente con quell'orientamento che, nel diritto internazionale dei rifugiati, propone d'intendere la relativa Convenzione quale *lex specialis* per le persone protette dal principio di *non refoulement*[45].

44. Peraltro lo stesso concetto di persecuzione, come interpretato nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. finisce con l'abbracciare tutte le ipotesi, compresa la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti: cfr. J. C. Hathaway and M. Foster, *The Law of Refugee Status*, cit. (nt. 33), l'intero cap. 3 ma spec., sul concetto di «essere perseguitati», pp. 193-208, dove si sottolinea che «the benchmark for the identification of relevant forms of serious harm does not stagnate, but rather evolves in line with authoritative international consensus» (194).

45. J. McAdam, *Complementary Protection*, cit. (nt. 36), p. 197. Sul principio cfr. ampiamente, nella trattatistica, James C. Hathaway, *The Rights of Refugees*, cit. (nt. 25), pp. 279-370; G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee*, cit. (nt. 35), cap. 5 (pp. 201-284; per la questione del rapporto fra persone escluse ed applicazione del principio di *non refoulement* specialmente pp. 234-244).

Ad esempio, con riferimento al caso di specie, all'espulsione pur disposta *ex* art. 86 TU stupefacenti sarà applicabile non già questa disposizione bensì per l'appunto l'art. 20. Ne deriva che una condanna a titolo, poniamo, di art. 73, co. 5, TU stupefacenti (fatto di lieve entità), per la quale l'espulsione dello straniero è obbligatoriamente disposta senza limiti ai sensi della norma generale (qui, quella della disciplina in materia di stupefacenti), non potrà invece dar luogo ad espulsione se il destinatario è soggetto ammesso alla protezione sussidiaria, innanzi tutto perché quella fattispecie, punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni, non rientra fra i gravi reati previsti come ostativi dalla norma speciale (e salvo quanto si dirà appresso a proposito del limite degli obblighi internazionali).

Su queste basi, soprattutto, assume un diverso significato anche il duplice richiamo sia al divieto di cui alla fattispecie generale applicabile alle espulsioni degli stranieri – relativa alla impossibilità di espellere legalmente il soggetto che possa essere esposto a persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali –, sia al rispetto degli obblighi internazionali.

La prima situazione, che non rientra fra i presupposti affinché il soggetto sia ammesso alla protezione sussidiaria, viene però a costituire, proprio mediante il richiamo operato dalla norma speciale, elemento ostativo all'espulsione di un soggetto avente in astratto titolo alla protezione.

Il richiamo non ha pertanto lo scopo di esplicitare in forma dichiarativa un principio cui la norma speciale deroghi, quanto piuttosto quello d'incorporare in essa un divieto posto (a livello di legislazione ordinaria interna) per le sole fattispecie di espulsione previste dal TU imm., che si aggiunge ai divieti comunque derivanti dagli obblighi internazionali. A rigore, poiché questi assorbono lo stesso contenuto dell'art. 19, il richiamo sarebbe superfluo; e tuttavia può non essere inutile, per l'immediata chiarezza del riferimento contenutistico, ricavabile con forse non altrettanta immediatezza dal richiamo generale ai predetti obblighi internazionali.

Quanto infine al secondo aspetto, e cioè al preciso contenuto degli obblighi internazionali richiamati, viene in considerazione senz'altro, in primo luogo, il rispetto del divieto di *refoulement*. Tale divieto non è ravvisabile per l'avente diritto alla protezione sussidiaria a livello di diritto derivato dell'Unione, né di diritto internazionale convenzionale (la Convenzione del 1951 concerne il solo rifugiato), ma certamente è espresso dal diritto internazionale dei diritti umani[46] ed in particolare da due fonti di due

46. J. McAdam, *Complementary Protection*, cit. (nt. 36), 228 al richiamo della nt. 199. Nella letteratura si discute di quale sia lo *status* di questi soggetti, come in generale dei soggetti esclusi dalla protezione e tuttavia non espellibili («excluded and non-removable»). Il tema non è direttamente rilevante in questa sede, ma costituisce un importante

distinti ordinamenti: dal diritto primario dell'Unione, cioè dall'art. 19.2 della Carta di Nizza[47]; nonché dall'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali (Conv. EDU)[48]. Entrambe queste norme si riferiscono a chiunque (cittadino o straniero), senza alcuna distinzione né di *status*, cioè di condizione astratta, né di situazione concreta. L'interferenza della qualità di autore di un reato foss'anche gravissimo sarebbe quindi sotto ogni profilo irrilevante.

Può essere interessante notare che si applicano in questo caso tutte le disposizioni rilevanti agli effetti di definire i contenuti del divieto, anche se si tratta di disposizioni che appartengono ad ordinamenti diversi, la cui efficacia nel diritto interno può dipendere da condizioni o meccanismi normativi differenti. Si tratta, in questo senso, di un problema di inter-legalità (*interlegality*), categoria con la quale, in recenti teorizzazioni[49], si intende designare la molteplicità di livelli di fonti non coordinate secondo criteri definiti *a priori* ma che rilevano pur sempre come "diritto" applicabile, in particolare (anche se non esclusivamente)[50] per la decisione giudiziale sul caso concreto. Così, il divieto di cui alla Carta di Nizza definisce il precetto del divieto di espulsione, il richiamo all'art. 3 (come interpretato, in particolare, dalla Corte di Strasburgo) ne esplicita il fondamento (divieto di tortura ecc.) e ne specifica la non derogabilità. Tutte queste fonti concorrono a comporre il tessuto normativo della decisione del giudice: non sarebbe ad esempio sufficiente richiamare la *black letter* della Carta di Nizza al fine di affermare il carattere assoluto del divieto, perché questo è stato affermato per la prima volta rispetto all'art. 3 della Conv. Europea dei diritti umani, nella decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Chahal* di una ventina d'anni or sono[51]; ed è ben noto che la Convenzione ha nell'ordinamento interno uno statuto differente, quanto al formale rango delle fonti,

---

tassello della questione relativa all'importanza extra-sistematica del problema, alla quale si accenna all'inizio di questo scritto; cfr. *ibid.*, 232-234, dove si conclude per l'applicabilità della tutela della Convenzione quando il soggetto abbia "adempiuto il debito" con la giustizia penale; meno decisamente lo UNHCR *Handbook*, cit. (nt. 13), 157.

47. «Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti».

48. «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» (l'art. 15.2 Conv. EDU prevede, com'è noto, che tale disposizione non sia derogabile neppure in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione).

49. G. Palombella, *Il problema dell'interlegalità* (in corso di pubblicazione). Su questa tesi (in inglese di prossima pubblicazione col titolo *Interlegality and Justice*) cfr. da ultimo D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review, in Contemporary World–Retrospective and Prospective*, in *Int'l Journ. Const. Law*, 2/2018, p. 353 e nt. 151.

50. Diversi livelli di legalità possono vincolare tutti gli organi di uno Stato, come nel caso dell'obbligo di rispettare i diritti previsti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

51. ECtHR *Chahal v. UK*, App. n. 22414/93 (judg. 15.11.1996); cfr. per tutti Elspeth Guild, *Art. 19*, in Steve Peers, Tamara Hervey et al. (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart, Oxford, 2014^2, pp. 559-560.

rispetto alla Carta di Nizza (o comunque si considera introdotta in base ad un diverso procedimento, quello della legge di ratifica ed esecuzione)[52].

La norma di diritto interno, nel caso in esame, contiene per vero una sorta di "clausola espressa d'inter-legalità", rinviando esplicitamente agli obblighi internazionali. Si tratta insomma d'una sorta di inter-legalità codificata; ma ciò non significa che, in assenza di questa clausola, non si debba tener comunque conto di fonti vincolanti integratrici della regola di decisione, che l'ordinamento italiano riconosce *ex* art. 117 Cost. E questo è un dato ormai comunemente accettato.

Ad ogni modo, poiché la norma dell'art. 20 contiene in sé il rinvio ai limiti all'espulsione oggetto di obblighi internazionali, non v'è nessuna ragione – neppure sotto questo profilo – per affermarne la disapplicazione, come invece ritengono i giudici di legittimità. D'altronde, lo stesso concetto di disapplicazione rischierebbe in questo caso di rivelarsi fuorviante: piuttosto, si dovrebbe affermare che la disposizione verrebbe ad essere necessariamente integrata dal riferimento agli obblighi internazionali, secondo un procedimento di interpretazione conforme imposto dall'art. 117 Cost. (in alternativa, se tale procedimento non fosse ritenuto percorribile, dovrebbe essere sollevata questione di costituzionalità per contrasto fra la previsione e le norme internazionali vincolanti, secondo la logica del parametro interposto).

Analoghe conclusioni dovrebbero valere, coerentemente, rispetto ad ogni fattispecie di espulsione in cui i limiti derivanti dagli obblighi internazionali non fossero espressamente richiamati.

La portata di quest'affermazione è di grande rilievo; essa coinvolge infatti sia le norme speciali, che prevedono l'espulsione senza ulteriori limitazioni («senza riferimento espresso a cause ostative correlate alla necessità di fornire tutela a diritti fondamentali riconosciuti in sede sovranazionale»)[53], come ad esempio l'art. 86 TU stupefacenti, astrattamente rilevante nel caso di specie[54]; sia, a ben vedere, la stessa norma generale dell'art. 19 TU imm., nella parte in cui fa riferimento soltanto ad una parte dei divieti risultanti da norme internazionali.

Il diritto applicabile può essere ricostruito in modo coerente, alla fine del percorso, nonostante le complessità del sistema delle fonti – come si è detto, ineludibile ma non

52. Le norme della Convenzione, secondo la Corte costituzionale (sent. 348/2007), sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte.

53. Sentenza, par. 5, fg. 13, che ricorda l'interpretazione costante della Cassazione circa l'applicabilità a tutte le espulsioni giudiziali della causa ostativa di cui all'art. 19, TU imm. Al momento della decisione in commento, peraltro, tale articolo non prevedeva il caso di soggetto avente diritto a protezione sussidiaria.

54. Ma escluso da chi scrive per le ragioni indicate nel testo: quando la misura di espulsione abbia come destinatario un soggetto ammesso alla protezione sussidiaria si applica la norma speciale dell'art. 20, d.lgs. 251/2007.

impenetrabile in una stagione irreversibile di inter-legalità – ed anzi forse proprio grazie al riconoscimento di tale molteplicità di livelli del "diritto" applicabile al "caso".

Fino a quando non vi sia condanna definitiva, l'espulsione non è tendenzialmente possibile. Anche laddove essa sia prevista da norme speciali (es., quella prefettizia in caso di flagranza di commissione di un reato in tema di spaccio di stupefacenti)[55], scatta tuttavia l'applicabilità delle norme che la paralizzano in ragione della tutela di diritti umani, espressamente menzionati da esse (art. 19) o indicati per il tramite del richiamo di non meglio specificati obblighi internazionali, mediante quella che qui abbiamo definito come "clausola espressa di inter-legalità".

In caso di condanna definitiva, l'espulsione è possibile, ma con gli stessi limiti appena ricordati; con l'avvertenza che questi limiti derivano non dalla disapplicazione del diritto interno, ma dalla sua interpretazione in conformità agli obblighi internazionali peraltro da esso espressamente richiamati.

Interpretare programmaticamente tale diritto alla luce di una logica d'inter-legalità – per di più se ritenuta, come sosteniamo, codificata – può sgombrare il campo, in questa materia, da residue vischiosità del ragionamento giuridico, che attinge magari la soluzione alfine giusta, ma non asfalta definitivamente la via alla giustizia a venire.

55. Art. 86, co. 3, TU stupefacenti (d.p.r. 309/1990).

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

VISTI D'INGRESSO NEGATI AI CONIUGI: POTERI DELLE AUTORITÀ DIPLOMATICHE E DIVERSITÀ CULTURALI

di Ornella Fiore

Abstract: *Il presente saggio si propone di analizzare i poteri di cui dispongono le autorità consolari italiane in materia di rilascio dei visti di ingresso per ricongiungimento familiare nei confronti dei coniugi stranieri di cittadini non comunitari regolarmente soggiornanti in Italia. Preliminarmente si esaminerà l'ampiezza delle facoltà di verifica attribuite alle Ambasciate: se soltanto formali, quindi dirette ad accertare l'autenticità dei documenti attestanti il rapporto coniugale, o invece sostanziali, tese cioè ad acclarare l'effettiva volontà dei coniugi. Quindi verranno analizzate le modalità di indagine delle frodi e degli abusi dell'istituto allo scopo di agevolare l'ingresso nell'Unione europea, evidenziando l'inadeguatezza di molti degli strumenti abitualmente utilizzati dalle Ambasciate. Da ultimo costituirà oggetto d'indagine la validità ai fini del ricongiungimento familiare dei cd. matrimoni combinati, generalmente riconosciuti dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza italiana qualora conformi all'ordinamento del Paese di origine e non contrari all'ordine pubblico interno.*

Abstract: *The aim of this essay is to examine the extent of the power devoted to Italian Embassies and consulates in issuing family visas to spouses of non EU citizen regularly residing in Italy. Initially attention will be focused on the nature of such powers, if only formal – aimed at verifying the authenticity of marriage documents – or substantial, oriented at assessing the good-faith of spouses. Subsequently the analysis will involve investigation procedures from Embassies on potential abuses and frauds to bypass immigration requirements, highlighting the inadequacy of several tools usually employed by authorities. Finally the paper will deal with the issue of so-called "arranged marriages", that are usually acknowledged by European institutions and Italian case law if performed in compliance with the Country of origin's legal framework and not breaching the principle of national public order.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

VISTI D'INGRESSO NEGATI AI CONIUGI: POTERI DELLE AUTORITÀ DIPLOMATICHE E DIVERSITÀ CULTURALI

di Ornella Fiore*

SOMMARIO: 1. Autorità consolari italiane e visti per ricongiungimento familiare: poteri di verifica formali o sostanziali? – 2. I presupposti delle indagini per ottenere la prova dell'esistenza di un matrimonio. – 3. Tipologie d'indagine. – 4. Quanti concetti di matrimonio? – 5. Prassi delle autorità diplomatiche italiane e giurisprudenza: matrimoni di convenienza e matrimoni combinati. – 6. Conclusioni e conseguenze.

1. Autorità consolari italiane e visti per ricongiungimento familiare: poteri di verifica formali o sostanziali?

La normativa interna e comunitaria che disciplina la procedura volta al ricongiungimento familiare dei coniugi non fornisce indicazioni espresse circa la presenza di poteri valutativi in capo alle autorità diplomatiche. È dunque necessario procedere ad un'interpretazione sistematica che tenga conto dell'insieme delle disposizioni che si occupano dell'istituto.

Una volta ottenuto il nulla osta al ricongiungimento familiare da parte dello Sportello unico per l'immigrazione presso la prefettura competente per il luogo di dimora del richiedente, il rilascio del visto nei confronti del familiare «è subordinato all'effettivo accertamento dell'autenticità, da parte dell'autorità consolare italiana, della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute»[1]. Inoltre, «la richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio» ha «avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato»[2].

A tali disposizioni contemplate nel Testo unico immigrazione, vanno aggiunte quelle previste dal relativo regolamento d'attuazione, secondo cui «L'autorità consolare italiana provvede, ove nulla osti, alla legalizzazione della documentazione di cui al comma 1,

* Avvocato a Torino e socia ASGI. Si ringraziano per i preziosi suggerimenti l'Avv. Maurizio Veglio, l'Avv. Dario Belluccio ed il Prof. Paolo Bonetti.

1. Art. 29, co. 7, ultimo periodo, d.lgs. 286/98.

2. Art. 29, co. 9, d.lgs. 286/98.

lettere d), e) e f)[3], salvo che gli accordi internazionali vigenti per l'Italia prevedano diversamente, nonché alla sua validazione ai fini del ricongiungimento familiare»[4].

Ed ancora: «Le autorità consolari, ricevuto il nullaosta di cui al comma 4[5] ovvero, se sono trascorsi novanta giorni dalla presentazione della domanda di nullaosta, ricevuta copia della stessa domanda e degli atti contrassegnati a norma del medesimo comma 4, rilasciano il visto di ingresso entro trenta giorni dalla presentazione della richiesta di visto, dandone comunicazione, in via telematica, allo Sportello unico»[6].

Stando a questo primo insieme di norme, l'attività delle autorità consolari parrebbe connotata da minimi spazi operativi, dovendosi limitare alla presa d'atto dell'avvenuto rilascio del nulla osta da parte dello Sportello unico (o dell'inutile decorso di 90 giorni dalla registrazione della relativa domanda) ed all'accertamento dell'autenticità della documentazione presentata per provare l'esistenza e la validità del matrimonio.

I primi dubbi nascono dalla lettura dell'art. 6-*bis*, co. 1, d.p.r. 394/99, ai sensi del quale: «Qualora non sussistano i requisiti previsti nel Testo unico e nel presente regolamento, l'autorità diplomatica o consolare comunica allo straniero, con provvedimento scritto, il diniego del visto di ingresso, contenente l'indicazione delle modalità di eventuale impugnazione. Il visto di ingresso è negato anche quando risultino accertate condanne in primo grado di cui all'articolo 4, comma 3, del Testo unico [...]».

La disposizione in parola sembrerebbe ampliare i poteri di valutazione in capo alle Rappresentanze diplomatiche, facendo oltretutto riferimento alla possibilità che anche queste possano accertare l'esistenza di pregresse condanne ostative all'ingresso.

Tuttavia, occorre sempre ricordare che si tratta di norma regolamentare, di rango inferiore rispetto alle previsioni del d.lgs. 286/98, le quali in caso di contrasto prevalgono. A ciò si aggiunga che, dovendo fornire un'interpretazione sistematica dell'art. 6 *bis*, in armonia con l'impianto legislativo e regolamentare menzionato, «i requisiti previsti nel Testo unico e nel presente regolamento» dovrebbero essere intesi come quelli che

3. Si tratta della:

«d) documentazione attestante i rapporti di parentela, la minore età e lo stato di famiglia;

e) documentazione attestante l'invalidità totale o i gravi motivi di salute previsti dall'articolo 29, comma 1, lettere c) e b-*bis*), del Testo unico, rilasciata, a spese del richiedente, dal medico nominato con decreto della Rappresentanza diplomatica o consolare;

f) documentazione concernente la condizione economica nel Paese di provenienza dei familiari a carico di cui all'articolo 29, comma 1, lettere b-*bis*) e c) del Testo unico, prodotta dalle locali autorità o da soggetti privati, valutata dall'autorità consolare alla luce dei parametri locali» (art. 6, comma 1, d.p.r. 394/99).

4. Art. 6, comma 2, d.p.r. 394/99.

5. Art. 6, comma 4, ultimo periodo, d.p.r. 394/99: «Lo Sportello unico per l'immigrazione rilascia, anche attraverso procedure telematiche, entro novanta giorni dalla ricezione, il nullaosta ovvero il provvedimento di diniego, dandone comunicazione all'autorità consolare, avvalendosi anche del collegamento previsto con l'archivio informatizzato della rete mondiale visti presso il Ministero degli affari esteri».

6. Art. 6, co. 5, d.p.r. 394/99.

l'Ambasciata è espressamente incaricata di verificare (autenticità dei documenti *ex* art. 29 co. 7 d.lgs. 286/98 ed assenza di condanne ostative all'ingresso sul territorio, *ex* art. 6 *bis* d.p.r. 394/99).

Se questo è il quadro normativo ricavabile dal diritto interno, fondamentale è capire quale interpretazione sia stata data allo stesso dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

La Suprema Corte ha ricostruito il procedimento volto al riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare come «complesso, a formazione progressiva, nel quale le valutazioni accertative della questura o dello Sportello unico vengono seguite dagli accertamenti della Rappresentanza diplomatica, le prime sfocianti nel nulla osta e i secondi nel visto d'ingresso o nel suo diniego, quest'ultimo provvedimento impugnabile come atto terminativo innanzi al G.O. ed *ex* art. 30 co. 6 del TU [...]. È incontestabile che gli atti dell'amministrazione in materia sono privi di alcun profilo di discrezionalità perché attinenti alla verifica della sussistenza/insussistenza dei requisiti delineati dalla legge per l'insorgenza del diritto al ricongiungimento, come risulta confermato dal radicamento in capo al G.O. della cognizione su di essi»[7].

Tali indicazioni sono state tradotte dalla giurisprudenza di merito in provvedimenti reciprocamente contrastanti che citano la medesima ordinanza della Suprema Corte (n. 7218/2011) sia a sostegno della tesi restrittiva, sia a supporto di quella estensiva.

Ciò è dipeso anche dalla circostanza che le pronunce della Cassazione anteriori al 2018 non avevano preso posizione in modo netto sul tema dell'ampiezza dei poteri di accertamento esistenti in capo alle autorità consolari.

Così il Tribunale di Torino, con decisione dell'11.3.2015, est. Scotti, menzionava espressamente l'ordinanza n. 7218/2011 per sostenere la tesi dell'ampiezza delle facoltà attribuite dalla normativa alle Ambasciate: «Secondo tale orientamento – a cui quest'Ufficio si è uniformato dopo alcune iniziali pronunce di segno contrastante – la concessione del nulla osta costituisce la fase preparatoria di un procedimento amministrativo complesso che sfocia nell'adozione finale del provvedimento da parte del Ministero degli esteri. Il Tribunale condivide quindi la giurisprudenza, invocata dall'Amministrazione resistente, secondo la quale l'autorità consolare ha pieno titolo per un sindacato di merito circa la sussistenza dei presupposti per il richiesto ricongiungimento»[8].

7. Cass., sez. VI civile, ordinanza 28.2.2013, n. 4984, rel. Acierno (in questa *Rivista*, n. 1.2013, p. 161 ss.). Sul punto si veda anche Cass., sez. VI civile, 30.3.2011, n. 7218.

8. Reperibile in questa *Rivista*, nn. 3-4.2015, p. 286 ss.

Per contro il Tribunale di Venezia[9], che pure cita l'ordinanza n. 7218/2011 nell'argomentare le proprie considerazioni, sposa la tesi dei poteri limitati in capo all'autorità diplomatica italiana: questa avrebbe l'esclusivo potere di verificare l'autenticità dei documenti prodotti a sostegno della domanda, ma non quello di entrare nel merito della sussistenza dei requisiti oggettivi/soggettivi riguardanti anche l'autenticità del rapporto di coniugio: «In siffatta materia, volta a tutelare un diritto della persona, riconosciuto sia dall'art. 8 della CEDU sia dalla nostra stessa Costituzione (art. 29-30), l'interpretazione delle norme che individuano i poteri delle PA coinvolte deve essere quanto più possibile letterale e restrittiva, venendo in rilievo situazioni personalissime, quali la scelta di unirsi in matrimonio, legate a sentimenti, passioni, tradizioni e culture, ove ogni ingerenza non espressamente consentita da parte della PA deve ritenersi illegittima». E ancora: «Ritiene il Giudice che, se la legge avesse voluto attribuire all'autorità consolare poteri ulteriori rispetto alla verifica dell'accertamento dell'autenticità formale della documentazione, consentendole, ad esempio, di valutare l'autenticità del rapporto tra le parti, l'avrebbe espressamente stabilito».

L'orientamento da ultimo richiamato può trovare un avallo indiretto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, secondo la quale il carattere fondamentale del diritto alla vita familiare impone, per quanto possibile, di interpretare ampiamente le disposizioni della direttiva che garantiscono il ricongiungimento familiare e restrittivamente, invece, quelle che vi pongono limiti[10].

Una simile interpretazione trova però limiti ben precisi nell'art. 29, co. 9, d.lgs. 286/98 e nella direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare.

Come visto, il testo dell'art. 29 prevede il rigetto della domanda di ricongiungimento familiare se è accertato che il matrimonio sia stato contratto allo scopo esclusivo di consentire al coniuge di entrare nel territorio dello Stato. Quello che la norma non dice è *chi* debba occuparsi di questo accertamento.

Secondo l'ordinanza del Tribunale di Venezia sopra citata, l'individuazione dello scopo del matrimonio costituisce «un presupposto per il rigetto della domanda di ricongiungimento di competenza non dell'autorità consolare ma della prefettura, soggetto deputato al rilascio del nulla osta».

9. Ordinanza del 29.4.2015, est. Torresan (in questa *Rivista*, n. 2.2015, p. 197 ss).

10. Così CGUE, Seconda Sezione, 4 marzo 2010, Chakroun, causa C-578/08 (http://old.asgi.it/public/parser_download/save/corte.di.giustizia.seconda.sezione.sentenza.del.4.marzo.2010.causa.578_08.pdf). Sul punto: A. Adinolfi, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 1, p. 14 ss. Riguardo al tema generale dell'estensione del diritto al ricongiungimento familiare si veda anche: P. Morozzo della Rocca, *Le discipline del ricongiungimento familiare con il cittadino straniero e della coesione familiare con il cittadino italiano*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Rimini, Maggioli Editore, ed. III, 2017, p. 116 ss.

Tale affermazione si scontra però con il funzionamento della procedura stessa e con le indagini che devono essere svolte per verificare l'esistenza di un effettivo rapporto familiare a fronte di un matrimonio formalmente valido: non basta prendere atto dell'autenticità dei documenti comprovanti la celebrazione del rito per trarre conclusioni sulla reale volontà dei coniugi[11].

Se alla PA va riconosciuto in generale il potere di sindacare nel merito la sussistenza dei presupposti per il ricongiungimento familiare (come si evince dall'art. 29, co. 9, d.lgs. 286/98), occorre capire in quale fase del procedimento questo possa essere esercitato.

L'art. 5, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2003/86/CE, prevede che: «Ove opportuno, per ottenere la prova dell'esistenza di vincoli familiari, gli Stati membri possono convocare per colloqui il soggiornante e i suoi familiari e condurre altre indagini che ritengano necessarie».

È quindi evidente che per convocare i familiari da ricongiungere gli Stati membri non potranno che operare attraverso le Rappresentanze diplomatiche, investite dell'ulteriore fase della procedura volta al rilascio del visto d'ingresso.

Di conseguenza, il fatto stesso che la direttiva contempli questa possibilità sembra presupporre il riconoscimento in capo alle autorità consolari di poteri di verifica nel merito circa la sussistenza dei rapporti che legittimano il ricongiungimento.

Nel recepire la direttiva, il legislatore italiano non si è avvalso della facoltà di prevedere interviste in questa specifica materia; le stesse, però, non solo non sono precluse, ma vengono ordinariamente impiegate proprio con le finalità precisate dall'art. 5, par. 2, senza che la medesima giurisprudenza restrittiva sopra citata le abbia mai messe in discussione[12].

---

11. Infatti il presupposto di un matrimonio fittizio è la sua validità: «Abusive conduct formally observes all the conditions imposed by law. Marriages of convenience are contracted in formal compliance with the applicable national law of the country of marriage.

Every marriage of convenience is, by definition, a valid marriage in that the parties to it have legally become husband and wife. A marriage of convenience has been entered into at a specific time and place, following the ceremony laid down by the applicable national marriage law and after overcoming any legal impediments to marry (such as impediments related to capacity, consent, prohibited degrees of consanguinity or the prevention of bigamy). Consequently, the couple should be able to produce a formally valid marriage certificate.

If one wants to detect a marriage of convenience, the focus must be on the intention of the relationship on which the right of residence is founded rather than on the outward reflection of the relationship» (COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT - *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, 26.9.2014: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2014:0284:FIN).

Su questo documento si tornerà diffusamente in seguito.

12. D'altro canto, anche se con riferimento specifico ai visti di breve durata ed a quelli per studio, l'ordinamento interno prevede la possibilità per le Rappresentanze diplomatiche di avvalersi del colloquio quale modalità ordinaria di accertamento del rischio di immigrazione illegale. A tale riguardo si veda quanto disposto dall'art. 4, Decreto del

Né si può ritenere che della valutazione delle dichiarazioni rese dal coniuge possa essere investito lo Sportello unico per l'immigrazione, che, al momento dell'intervento dell'autorità diplomatica, ha già esaurito i propri compiti, senza che sia previsto un successivo coinvolgimento.

D'altra parte, indipendentemente dallo svolgimento di interviste, in un'ipotesi in cui si sospetti la frode, la prova dell'esistenza effettiva di un rapporto tra i coniugi potrebbe essere fornita anche con fotografie o con ricevute attestanti il versamento di somme periodiche al familiare residente all'estero per il suo mantenimento. La relativa produzione non potrà che essere successiva all'accertamento della validità formale del matrimonio, senza la quale, come si è sopra accennato, non si può neppure prospettare il problema dell'abuso. In altri termini, si tratta di produrre documentazione *sempre* all'autorità consolare che abbia in precedenza attestato l'autenticità degli atti comprovanti l'esistenza ufficiale del matrimonio e che avrà quindi anche il compito di valutarla.

In realtà, a voler leggere con attenzione l'ordinanza della Corte di Cassazione 4984/2013, pare che la lettura dell'istituto appena descritta vi trovi un primo significativo sostegno. La pronuncia infatti sostiene che la concreta esistenza del diritto al ricongiungimento «viene accertata solo all'esito del procedimento [...], coinvolgendo l'attività valutativa dell'autorità amministrativa, quella dell'autorità diplomatica e l'eventuale ricorso al giudice ordinario [...]».

La Suprema Corte fa quindi riferimento ad un'attività *valutativa* esistente in capo alle Ambasciate, arrivando peraltro ad un'esplicita presa di posizione con l'ordinanza n. 3234 del 9.2.2018[13]. Nel caso in oggetto, la Corte di Cassazione interveniva su impugnazione

---

Ministero degli affari esteri, 11 maggio 2011 n. 57104, in G.U., 1° dicembre 2011, n. 280, disciplinante la definizione delle tipologie dei visti d'ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento:

«1. Secondo quanto previsto dal Reg. (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti, nell'esame delle richieste di visto di breve durata è richiesto alle Rappresentanze diplomatico-consolari di prestare particolare attenzione alla valutazione se il richiedente presenti un rischio di immigrazione illegale ed offra adeguate garanzie sull'uscita dal territorio degli Stati membri alla scadenza del visto richiesto.

2. Ai fini di tale valutazione, di esclusiva competenza della Rappresentanza diplomatica o consolare, può essere richiesta l'esibizione di apposita documentazione, relativa anche allo scopo del viaggio ed alla condizione socio-economica del richiedente. Fondamentale rilevanza riveste altresì il colloquio con il richiedente il visto.

L'analisi di tali elementi viene effettuata anche per i visti di lunga durata, limitatamente allo studio.

In caso di negativo riscontro sull'autenticità e sull'affidabilità della documentazione presentata, nonché sulla veridicità e sull'attendibilità delle dichiarazioni rese, la Rappresentanza diplomatico-consolare si asterrà dal rilascio del visto».

13. Cass., sez. VI civile, ord. 9.2.2018 n. 3234, rel. De Chiara: http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20180209/snciv@s61@a2018@n03234@tO.clean.pdf. Non risultano invece convincenti le argomentazioni poste a fondamento dell'ordinanza del Tribunale di Roma, prima sezione civile, 4.5.2017, est. Erasmo: alle autorità consolari viene riconosciuta la possibilità di «esaminare nel merito» le richieste di visto d'ingresso per ricongiungimento familiare, sulla base però del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e

del Ministero degli affari esteri a fronte della conferma, da parte della Corte d'appello di Milano, dell'ordinanza con cui era stata accolta l'opposizione di un cittadino eritreo al diniego di visto d'ingresso per la moglie emesso dall'Ambasciata italiana di Addis Abeba, sull'assunto che il matrimonio fosse stato contratto al solo scopo di consentire alla signora l'ingresso in Italia. La Corte d'appello aveva affermato che «tale valutazione esula dai poteri dell'autorità diplomatica, limitati alla verifica di documenti o fatti oggettivamente riscontrabili nel Paese in cui essa opera, ma ha anche aggiunto che comunque tale valutazione era errata».

Come meglio si approfondirà nel paragrafo 5, la Cassazione, pur respingendo il ricorso presentato dalla PA, ha disatteso le considerazioni della Corte d'appello sotto questo specifico punto di vista, affermando chiaramente che «è vero che all'autorità diplomatica è certamente consentita la valutazione di cui trattasi, in quanto attinente a uno dei presupposti del diritto al ricongiungimento familiare che l'autorità amministrativa è chiamata a riconoscere, ai sensi del comma 9 dell'art. 29 d.lgs. n. 286 del 1998, cit. [...], sicché la Corte d'appello ha errato nell'affermare il contrario». Ed infine: «La sentenza impugnata conserva pieno fondamento nonostante l'errore giudiziario rilevato più sopra (che va pertanto corretto ai sensi dell'art. 384 c.p.c.[14]».

Si ritiene pertanto che la questione sia stata definitivamente risolta con tale pronuncia.

2. I presupposti delle indagini per ottenere la prova dell'esistenza di un matrimonio

Come si è in precedenza accennato, ai sensi dell'art. 5, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2003/86/CE, gli Stati membri possono convocare per colloqui il soggiornante ed i suoi familiari e condurre altre indagini per verificare che i vincoli familiari siano realmente esistenti «ove necessario».

Nel medesimo senso si esprime anche l'art. 16, par. 4, della stessa direttiva: «Gli Stati membri possono procedere a controlli e ispezioni specifici qualora esista una fondata

---

del Consiglio del 13.7.2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A32009R0810). Tuttavia, l'obiettivo di tale regolamento va individuato nell'istituzione «delle procedure e delle condizioni per il rilascio del visto di transito o per soggiorni previsti di non più di tre mesi su un periodo di sei mesi nel territorio degli Stati membri» (considerando 28 ed articolo 1). L'aspetto interessante della pronuncia sta invece nel riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare anche se, al momento della richiesta del nulla osta, era stato celebrato solo il matrimonio tradizionale, integrato da quello civile nelle more del rilascio del visto d'ingresso, «in quanto i presupposti legittimanti la richiesta dovevano essere verificati al momento del provvedimento amministrativo finale e, quindi, al momento dell'emissione della decisione sulla concessione del visto».

14. Art. 384, co. 1, c.p.c.: «La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza».

presunzione di frode [...] di matrimonio [...]. Controlli specifici possono essere effettuati anche in occasione del rinnovo del permesso di soggiorno dei familiari».

Ciò significa che le autorità preposte al riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare (quindi anche le Rappresentanze diplomatiche) non possono procedere a verifiche indiscriminate, ma possono eseguire approfondimenti solo se esistono fondati sospetti.

Si tratta di un orientamento costante in seno alle istituzioni europee, tanto che già nella risoluzione del Consiglio del 4.12.1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi si sottolineava che «La presente risoluzione non persegue l'obiettivo di introdurre dei controlli sistematici per tutti i matrimoni con cittadini dei Paesi terzi, ma che si effettueranno accertamenti qualora esistano sospetti fondati»[15].

Indicazioni utili per contrastare i matrimoni fittizi sono contenute nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 3.4.2014, concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento[16]. In particolare, si richiama il contenuto della sezione 4.2 dell'analoga comunicazione del 2.7.2009, concernente la direttiva sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari[17].

Infatti, sebbene i diritti e le norme giuridiche applicabili al ricongiungimento familiare siano diversi, le principali definizioni e tecniche di indagine sono le stesse: analogamente a quanto previsto dall'art. 16, par. 2, lett. b) della direttiva 2003/86/CE, il considerando 28 della direttiva 2004/38/CE menziona «matrimoni di convenienza o altri tipi di relazioni contratti all'unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno»[18].

---

15. Risoluzione del Consiglio del 4.12.1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee il 16.12.1997, C382: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:382:FULL&from=IT.

Nel rapporto della Commissione europea *Marriages of convenience and false declarations of parenthood- Misuse of the right to family reunification*, giugno 2012, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/family-reunification/0a_emn_misuse_family_reunification_study_publication_bf_en.pdf., vengono riportati i dati di diffusione (e di percezione della diffusione) del fenomeno nei diversi Paesi dell'Unione, nonché i principali aspetti delle legislazioni nazionali sul tema.

16. Bruxelles, 3.4.2014 COM(2014) 210 final: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2d6d4b3c-bbbc-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0007.01/DOC_1&format=PDF.

17. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, Bruxelles, 2.7.2009, COM(2009) 313 definitivo, pp. 15-17: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0313&from=IT.

18. Ed infatti nei provvedimenti di diniego del visto d'ingresso per ricongiungimento familiare emessi dall'Ambasciata d'Italia ad Addis Abeba, tra le fonti citate a sostegno della decisione, compare sempre il riferimento «*According to the principles of the European Commission regarding "fake marriages" listed in the Communication COM (2009) 313*».

Peraltro, negli orientamenti della Commissione del 2014 sul ricongiungimento familiare viene citata un'ulteriore comunicazione del 25.11.2013 sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari[19], in cui si preannunciava che la Commissione «aiuterà le autorità ad attuare la normativa dell'UE che permette loro di lottare contro il potenziale abuso del diritto di libera circolazione, tramite la stesura di un manuale sul modo in cui contrastare i matrimoni simulati [...]. Il manuale tratterà il problema dei matrimoni fittizi tra cittadini dell'Unione e cittadini di Paesi terzi nel contesto della libera circolazione dei cittadini dell'Unione (direttiva 2004/38/CE) e non tra due cittadini di Paesi terzi nel contesto della direttiva 2003/86/CE. Tuttavia, dato il parallelismo con gli aspetti operativi della lotta contro i potenziali abusi e frodi del diritto al ricongiungimento familiare, può essere fatto riferimento, se del caso e *mutatis mutandis*, a questo manuale, in particolare per quanto riguarda gli strumenti e le tecniche di indagine e la cooperazione transfrontaliera».

Il manuale veniva quindi adottato il 26.9.2014[20] e costituisce la fonte europea di riferimento più aggiornata e completa sul tema dell'individuazione di modalità comuni di contrasto dei matrimoni fittizi[21], pur non essendo vincolante, né esaustiva e non potendo certamente sostituirsi ad eventuali interpretazioni della normativa fornite dalla Corte di Giustizia[22].

In primo luogo, nel manuale viene precisato che la nozione di *unico scopo* non va intesa letteralmente come *obiettivo esclusivo*, essendo sufficiente che sia preponderante

---

Con riguardo al tema dell'onere della prova della natura simulata del matrimonio, anche il Tribunale di Udine impiega a sostegno delle proprie argomentazioni la comunicazione della Commissione del 2.7.2009 (COM 2009 313 final), mostrando così di ritenerla estensibile anche ai cittadini extracomunitari nel contesto della direttiva 2003/86/CE: sentenza n. 1260 del 25.9.2015, rel. Gigantesco, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 291.

19. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 25 novembre 2013, «*Libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari: cinque azioni fanno la differenza*», COM(2013) 837 final (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0837&from=IT).

20. *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, Bruxelles, 26.9.2014, SWD(2014) 284 final: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014SC0284&from=EN. Il manuale è disponibile esclusivamente in lingua inglese.

21. «The purpose of this Handbook is to help national authorities effectively tackle individual cases of abuse in the form of marriages of convenience while not compromising the fundamental goal of safeguarding and facilitating free movement of EU citizens and their family members using EU law in a bona fide way. [...]. Taking into account the indications and information provided in the Handbook should ensure that the practises of the competent national authorities are based on the same factual and legal criteria within the Union, and contribute to compliance with EU law» (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., pp. 4-5**).**

22. «The Handbook is neither legally binding nor exhaustive. It is without prejudice to existing EU law and its future development. It is also without prejudice to the authoritative interpretation of EU law which may be given by the Court of Justice» (*Ivi*, p. 5).

nella decisione di contrarre matrimonio: una condotta abusiva potrebbe essere giustificata anche da altri scopi (ad esempio vantaggi di tipo fiscale) e questo non la renderebbe certamente meno rilevante ai fini dell'accertamento di cui si discute. Allo stesso tempo, un matrimonio non può essere considerato di convenienza soltanto perché comporta anche un vantaggio sul piano migratorio o di altro tipo (indennità legate alla residenza, sgravi fiscali, il diritto ad un diverso cognome, ecc.). Tra l'altro, in linea generale, è proprio attraverso una politica di favore incentrata sul riconoscimento di vantaggi alle coppie sposate che i differenti Stati membri spesso promuovono il matrimonio e la vita familiare; inoltre, considerato che nella maggior parte dei casi i coniugi decideranno di convivere, è inevitabile che uno dei due finisca col doversi trasferire in un Paese in cui non è legalmente residente[23].

Il manuale insiste poi sulla necessità di procedere con estrema cautela, a fronte dell'importanza dei diritti che potrebbero essere violati, sottolineando come le indagini debbano spaziare in ogni direzione, mirando a raccogliere quanti più elementi possibile[24].

A questo riguardo, si sottolinea come, in base a quanto previsto dalle direttive europee e dalla normativa italiana[25], i coniugi siano chiamati a dimostrare unicamente l'esistenza formale e la validità del matrimonio, non certo il *reale intento* di contrarlo.

In presenza di sospetti, dovranno infatti essere le autorità a provare l'abuso e non potrebbe essere diversamente, pena l'inversione dell'onere della prova. Già in base alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti alla base di un diritto esercitato in giudizio, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, «deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda». Pertanto lo scopo abusivo *esclusivo* (nell'accezione sopra precisata) deve essere provato con sufficienti evidenze dall'amministrazione.

Il Tribunale di Udine, con sentenza del 25.9.2015 n. 1260[26], aggiunge poi: «In ipotesi dubbie, l'onere della prova grava sulla PA, come espressamene previsto, nella similare fattispecie di cui alla direttiva 2004/38/CE, dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, circa la guida ad una migliore trasposizione ed applicazione della direttiva predetta, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri. In detto documento del 2.7.2009 [...], ad avviso del giudicante sorretto dai medesimi principi, e come tale perfettamente assimilabile alla fattispecie in esame,

23. *Ivi*, p. 9.

24. «Member States' authorities must take a case-by-case approach and review all various elements that might constitute evidence to support or oppose the conclusion that a marriage of convenience has been contracted» (*Ivi*, p. 26).

25. Si richiama sul punto il paragrafo 1.

26. Il provvedimento è già stato citato nella nota 18.

precisamente al punto 4.2 "matrimoni di convenienza", dopo l'esplicazione di una serie di criteri indicativi della falsità del vincolo, viene esplicitato che "l'onere della prova incombe alle autorità degli Stati membri che cercano di limitare i diritti di cui alla direttiva; le autorità devono cioè poter costruire un caso convincente, rispettando nel contempo tutte le garanzie ed i diritti fondamentali"».

Nello stesso senso si esprime anche il manuale della Commissione del 2014, secondo cui i cittadini dell'UE ed i loro familiari sono chiamati a fornire la prova solo della validità del matrimonio, conformemente al generale principio per il quale spetta a chi formula accuse il compito di doverle provare: «*semper necessitas probandi incumbit ei qui agit*»[27]. Di conseguenza, l'onere della prova va attribuito *chiaramente*[28] alle autorità nazionali che sospettino l'esistenza di un matrimonio di convenienza.

Tuttavia, qualora le autorità abbiano sospetti fondati sulla genuinità di uno specifico matrimonio, supportati da prove (come, ad esempio, informazioni contraddittorie fornite dai coniugi in sede di colloquio), possono richiedere agli interessati di fornire documentazione rilevante o prove a contrario ulteriori rispetto a quelle già in atti. Incombe infatti sui coniugi un generale dovere di cooperazione con le autorità, in virtù del quale, in presenza delle condizioni appena indicate, sono chiamati ad integrare quanto già da loro sottoposto al vaglio della PA.

La mancata produzione non può però automaticamente comportare il diniego del diritto al ricongiungimento, costituendo oggetto di valutazione al pari di tutti gli altri elementi acquisiti[29].

Ad ogni modo, un'indagine vera e propria può partire solo in presenza di significativi *indizi di frode*[30], ma per evitare che il riscontro della loro presenza possa portare ad identificare una coppia genuina come fittizia, magari semplicemente perché atipica[31], il manuale suggerisce di procedere preventivamente ad un altro tipo di verifica, ovvero alla ricerca degli *indizi di non esistenza della frode*[32]. Tale modalità operativa viene definita dalla Commissione "*double-lock safeguard*" e consiste, per l'appunto, in un doppio

27. *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 28.

28. *Clearly* nel testo originale (*ibidem*).

29. *Ibidem*.

30. *Hints of abuse*» nel testo originale del manuale (*Ivi*, p. 34).

Nel rapporto della Commissione Europea *Marriages of convenience and false declarations of parenthood- Misuse of the right to family reunification*, cit., p. 31 ss., vengono precisati i differenti indicatori di frode tipizzati da taluni Stati membri (nulla viene riportato per l'Italia, la cui normativa, come visto, non ne prevede). Colpisce, in particolare, quanto alla Norvegia, il richiamo a rigidi limiti nella differenza di età tra i coniugi ritenuta sospetta.

31. Sotto questo aspetto, le specificità culturali della coppia giocano un ruolo fondamentale. Si rinvia per un'analisi del fenomeno ai paragrafi 4 e 5.

32. «*Hints of non-existance of abuse*» nel testo originale del manuale (*Ivi*, p. 35).

accertamento, avente ad oggetto, prima, gli indici che portano a ritenere come genuina una coppia, quindi, qualora non ne siano derivati risultati apprezzabili, quelli dai quali desumere la frode[33].

Tra l'altro, risulta estremamente significativo come, tra gli *indizi di non esistenza della frode*, accanto a quelli che concernono la durata del rapporto o del matrimonio, l'eventuale presenza di figli di cui entrambi si occupano e la continuità dei contatti, siano indicati anche quelli ricollegabili a relazioni di natura non affettiva, ma economica[34].

Quanto agli *indizi di frode*, il manuale li suddivide in cinque gruppi, corrispondenti ai diversi stadi del «life cycle»[35] del matrimonio:

1. Prima che i coniugi si incontrino per la prima volta: in questa fase il cittadino di un Paese extra UE si mostra intenzionato a trovare una modalità di ingresso nel territorio dell'Unione e, per contro, il cittadino straniero che già vi risiede regolarmente potrebbe essere alla ricerca di facili guadagni o di altro tipo di vantaggio[36]. Questo è il momento in cui si forma la volontà dei futuri coniugi di abusare dei diritti che l'UE garantisce con le disposizioni sul ricongiungimento familiare.

33. Un simile approccio, oltre a fornire maggiori garanzie agli interessati, viene indicato come preferibile anche per minimizzare il contenzioso giudiziario (*ibidem*).

34. «In comparison with abusive couples, genuine couples [...] are more likely to have entered a serious long-term legal or financial commitment together (e.g. a mortgage to buy a home)» (*Ivi*, p. 36).

35. *Ivi*, pp. 35-36.

36. Un esempio efficace viene riportato nel controverso reportage *Infiltrata a Molenbeek*, in cui la giornalista fiamminga di origine marocchina Hind Fraihi racconta quanto appreso nei due mesi trascorsi da infiltrata negli ambienti radicali di Molenbeek, quartiere multietnico di Bruxelles, spacciandosi per una studentessa in sociologia che preparava la tesi di laurea:

«In Marocco molti poveri disgraziati sognano di vivere altrove, magari sull'altra sponda del Mediterraneo. I più coraggiosi scappano di notte verso la Spagna a bordo di una piccola imbarcazione, chi ha paura dell'acqua attende l'estate per attirare nella propria rete qualcuno proveniente dall'Europa. È soprattutto Tangeri il terreno di conquista dei *nes djel ghariej* (espressione marocchina per indicare i marocchini che vivono all'estero), con grande gioia delle povere ragazze marocchine, che vedono i giovani stranieri come la porta d'ingresso in Europa. Senza remore, queste giovani donne vanno a caccia di permessi di soggiorno europei in cambio di denaro o di sesso. "Un giretto insieme per i documenti, una notte di sesso per i documenti. Sono proposte che i ragazzi provenienti dall'Europa si sentono fare spesso, fino ad averne la nausea" sostiene Ahmed, un ragazzo sulla ventina originario di Bruxelles con cui ho parlato l'estate scorsa. Ahmed ha trascorso soltanto due giorni a Tangeri ma gli è bastato per rendersi conto che le avances di questo tipo sono moltissime. "E ogni anno la situazione peggiora con queste giovani marocchine. Ci considerano permessi di soggiorno ambulanti. Non si vergognano? È davvero rivoltante. In cambio di un po' di denaro o di una falsa promessa, queste ragazze danno via tutto. Puttane in cerca di un visto, ecco cosa sono!" esclama con un marcato accento di Bruxelles.

I problemi socio-economici del Marocco favoriscono nuovamente gli interessi di alcuni giovani europei in cerca di un partner da sposare. I permessi di soggiorno, in questo caso, sono usati come moneta di scambio per avanzare pretese, in quanto la spinta al matrimonio in seno alla propria comunità e in base alla propria religione ha un suo ruolo [...]. Ma l'illusione spesso s'infrange contro la realtà: secondo le stime, il numero di divorzi fra i matrimoni d'importazione tocca picchi del 30 per cento e nelle grandi città le fidanzate alloctone importate occupano già la metà dei posti nei rifugi» (H. Fraihi, *Infiltrata a Molenbeek – La mia indagine nella culla europea del terrorismo islamico*, Roma, Bur-Rizzoli, 2016, pp. 63-64).

Secondo la Commissione europea i cittadini extra UE che intendano contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelli in buona fede perché più spesso:

- coinvolti in pregressi tentativi infruttuosi di ingresso nell'UE attraverso altri canali migratori;
- in precedenza entrati irregolarmente all'interno di uno Stato membro;
- irregolarmente soggiornanti nel territorio di uno Stato membro al momento della presentazione della domanda;
- alle prese con l'imminente scadenza dei termini di residenza regolare all'interno di uno Stato membro;
- già coinvolti in pregressi matrimoni di convenienza o in altre forme di frode o abuso;
- hanno familiari coinvolti in pregressi matrimoni di convenienza o in altre forme di frode o abuso.

I cittadini UE (o anche non comunitari regolarmente soggiornanti nell'UE, vista l'evidente estensibilità dei criteri) che intendano contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelli in buona fede perché con maggiori probabilità:

- si trovano in difficili condizioni economiche (ad esempio perché pesantemente indebitati);
- hanno precedentemente contratto brevi matrimoni con cittadini extra UE[37].

2. Fase pre-matrimoniale: i futuri coniugi preparano quanto necessario a garantire formale validità alla relazione fittizia.

Le coppie che intendono contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelle in buona fede perché più spesso:

- non si sono mai incontrate di persona;
- si sono conosciute attraverso agenzie matrimoniali sospettate di collegamenti con il crimine organizzato oppure attraverso *network* informali tra cittadini extra UE noti come intermediari;
- non parlano la medesima lingua e non ci sono elementi che consentano di stabilire che abbiano cercato di instaurare forme alternative di comunicazione[38].

3. Fase del matrimonio: la valida celebrazione, come già visto, costituisce il presupposto perché si possa ipotizzare l'abuso.

37. *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 37.

38. *Ibidem.*

I cittadini extra UE che intendano contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelli in buona fede perché più spesso:

- non si sono rivolti per l'organizzazione del matrimonio a parenti, amici, agenzie specializzate o, più in generale, a persone del proprio contesto di riferimento, bensì a terzi, eventualmente sospettati di connessioni con il crimine organizzato;

- hanno condiviso la propria cerimonia nuziale con altre coppie, magari anche con i medesimi testimoni, pur non avendo all'apparenza altri motivi di contatto con le stesse;

- hanno già tentato di sposare un altro cittadino UE;

- senza ragionevoli spiegazioni hanno consegnato al cittadino UE da sposare o ad un intermediario una somma di denaro o regali per la celebrazione del matrimonio che possano essere considerati il pagamento per la frode (con l'eccezione dei beni ascrivibili all'istituto della dote per le culture in cui questa costituisce pratica diffusa).

I cittadini UE (o anche non comunitari regolarmente soggiornanti nell'UE) che intendano contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelli in buona fede perché, ad esempio, più spesso e senza alcuna plausibile spiegazione, si sono recati nel Paese in cui si trova il cittadino extra UE da sposare solo pochi giorni prima del matrimonio e sono ripartiti subito dopo[39].

4. Fase successiva al matrimonio: i coniugi, forti di un matrimonio regolarmente celebrato, si attivano per far valere i diritti conseguenti presso le autorità e, quindi, per quanto concerne i casi rientranti nella direttiva 2003/86/CE, presentano domanda di ricongiungimento familiare ovvero di rilascio del visto d'ingresso.

Le coppie che intendono contrarre un matrimonio di convenienza si distinguono da quelle in buona fede perché più spesso:

- forniscono informazioni contraddittorie, generiche o false a proposito:

• di fondamentali aspetti personali che li riguardano (nome, data di nascita, età, nazionalità, indirizzo, parenti stretti, pregressi matrimoni o convivenze, educazione, professione e lavoro). Tuttavia, è necessario prendere in considerazione le specificità del caso singolo: i coniugi potrebbero aver abitato insieme per un periodo di tempo limitato, non avendo quindi acquisito familiarità con le reciproche abitudini quotidiane, oppure

39. *Ivi*, p. 38. Il manuale menziona anche l'ipotesi (nella pratica meno frequente) in cui le leggi nazionali prevedano registrazioni o pubblicazioni anteriori al matrimonio. In questi casi sussistono indizi di frode se:

- possono essere rilevate più facilmente discrepanze nei documenti prodotti, relative a dati fondamentali degli sposi (nomi, date di nascita, nazionalità, ecc.);

- viene fornito un falso indirizzo locale;

- il medesimo intermediario risulta coinvolto in diversi matrimoni.

potrebbero non essersi mai incontrati prima della cerimonia, in caso di matrimonio combinato[40];

• delle circostanze del primo incontro o della celebrazione del matrimonio (lista degli invitati, nomi dei testimoni);

• dei piani comuni per il futuro e di come ritengano di suddividere le responsabilità conseguenti al matrimonio (ad esempio in materia finanziaria)[41];

- coinvolgono cittadini UE (o anche non comunitari regolarmente soggiornanti nell'UE) particolarmente vulnerabili (ad esempio perché pesantemente indebitati);

- esibiscono il passaporto del coniuge extra UE da poco rinnovato, al fine di nascondere una pregressa storia migratoria problematica;

- il coniuge non comunitario convive o comunque risiede con una terza persona (ma non con il coniuge)»[42].

5. Fase dell'ingresso nel territorio del Paese UE di residenza del coniuge[43].

La fase di maggiore interesse ai fini del presente elaborato è certamente la quarta, anche perché molti degli *indizi di frode* ipotizzati dalla Commissione costituiscono nella prassi altrettante ragioni di diniego di rilascio del visto da parte delle Rappresentanze diplomatiche italiane, quando invece, previamente anticipate da richieste di chiarimenti e/o documenti agli interessati, potrebbero giustificare esclusivamente l'avvio di indagini.

In altri termini, la ricorrenza di quegli indici consente di ritenere *fondati* i sospetti di abuso, ma non costituisce essa stessa patente inequivocabile di frode; oltretutto, lo stesso pluricitato manuale arriva ad ammettere che, in realtà, è molto difficile avere certezza di una frode prima che la vita coniugale abbia inizio e che, soltanto dopo, dall'osservazione protratta per un periodo di tempo significativo, si possono trarre conclusioni con un ragionevole grado di certezza[44].

40. *Ivi*, pp. 39-40.

41. *Ibidem.*

42. *Ibidem.*

43. *Ibidem.* Considerato l'oggetto del presente articolo, concernente il rilascio dei visti d'ingresso da parte delle autorità diplomatiche, si è ritenuto di non esaminare il tema degli indizi di frode nel matrimonio successivi all'ingresso nel territorio dell'UE da parte del familiare ricongiunto.

44. *Ivi*, p. 42. Come già rappresentato nella nota che precede, la vita coniugale successiva al buon esito del ricongiungimento familiare esula dall'osservazione dell'autrice. Per tale ragione, non verranno approfondite questioni pur di stretta attualità, quale la possibile strumentalizzazione del diritto di famiglia musulmano ai fini dell'ingresso fraudolento all'interno della UE, ricollegabile, ad esempio, ai fenomeni di profondo disagio descritti da Hind Fraihi a proposito della società marocchina contemporanea (v. nota n. 36).

Il matrimonio musulmano può infatti essere sciolto con relativa facilità, soprattutto in assenza di figli. Secondo la tradizione malikita, il divorzio può essere ammesso come rimedio di carattere generale, essendo sufficiente che la donna dimostri di aver subito un danno o un pregiudizio dal marito o, semplicemente, che tra i coniugi sia sorto un conflitto

3. Tipologie d'indagine

Come già anticipato nei parr. 1 e 2, la direttiva 2003/86/CE prevede espressamente la possibilità per gli Stati membri di procedere ad indagini per raggiungere la prova della genuinità dei rapporti familiari sottesi alle domande di ricongiungimento, limitandosi però a tipizzarne alcune tipologie in modo del tutto generico: colloqui personali con il soggiornante ed i suoi familiari (art. 5, par. 2, secondo periodo), controlli ed ispezioni (art. 16, par. 4).

La normativa italiana nulla dispone con riguardo a questa specifica materia[45], ragion per cui gli stessi provvedimenti delle autorità diplomatiche fanno riferimento alle fonti atipiche europee citate nel paragrafo precedente, che forniscono agli Stati membri indicazioni su come procedere in caso di sospette frodi.

Esemplificazioni più dettagliate delle possibili tecniche investigative e delle relative modalità di attuazione sono contenute ancora una volta nel *Commission Staff Working Document Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens* del 26.9.2014[46].

In ogni caso le indagini devono essere svolte nel rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, avuto riguardo, in particolare, all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) ed all'art. 12 (diritto di sposarsi) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché ai corrispondenti artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

---

insanabile (R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi di famiglia dei Paesi arabi del Nord Africa*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1997).

A questa scuola di pensiero fa riferimento in particolare il nuovo codice di famiglia entrato in vigore in Marocco nel 2004, che ha attuato per la prima volta una sostanziale rottura con la tradizione sharaitica, adottando il principio di uguaglianza e responsabilità congiunta dei coniugi, prevedendo pari diritti e doveri e introducendo significative innovazioni nella materia, tra le quali il divorzio consensuale, prima inesistente (K. Badrane, *Il codice di famiglia in Marocco. Mudawwana al-'usra*, libreriauniversitaria.it, 11.9.2014).

I matrimoni legittimamente contratti secondo il diritto musulmano e conformi all'ordine pubblico interno possono (e devono) condurre al rilascio del visto da parte delle autorità diplomatiche; in queste ipotesi difficilmente potrà emergere un intento fraudolento nelle fasi anteriori all'ingresso dei coniugi all'interno dell'UE ed un eventuale abuso potrebbe essere accertato di regola in un secondo momento, cioè quando la convivenza all'interno del Paese UE di residenza avrà luogo. Così, il divorzio che, ai sensi dell'art. 31, l. 218/1995 seguirà la legge nazionale comune degli sposi, potrà costituire indice di valutazione della frode al momento del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, unitamente agli altri parametri allo scopo individuati dal manuale della Commissione.

45. Si veda la nota n. 12.

46. Si richiama la nota n. 20. Su questo punto nulla invece diceva la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, Bruxelles, 2.7.2009, COM(2009) 313 definitivo.

Queste le principali tipologie di indagine, che possono essere svolte anche contemporaneamente:

- interviste simultanee con gli interessati[47], effettuabili anche attraverso questionari;

- acquisizione di documenti e controlli sul contesto di provenienza dei coniugi, volti a ricostruire informazioni sugli stessi e sulle condotte antecedenti (eventualmente da effettuare prima delle interviste per poterne poi chiedere conto in quella sede)[48];

- ispezioni attraverso la polizia o altre competenti autorità presso luoghi di residenza, di lavoro, scuole o anche uffici del catasto (per verificare la comune proprietà di immobili, ad esempio).

Nella prassi, la tecnica investigativa maggiormente impiegata è senz'altro quella delle interviste, ragion per cui risulta fondamentale verificare l'esistenza di criteri guida operativi in un terreno tanto scivoloso.

La Commissione è intervenuta anche su questo punto, fornendo indicazioni di estrema rilevanza[49].

Grande importanza viene attribuita alla comprensione delle domande da parte dell'intervistato, che deve essere subito messo a conoscenza della possibilità di interrompere il colloquio per chiedere in ogni momento chiarimenti, senza però un esplicito riferimento alla presenza di un interprete.

Si rappresenta inoltre la necessità che eventuali contraddizioni, genericità, carenze di dettagli o dichiarazioni poco plausibili, rilevanti per l'assunzione della decisione, vengano espressamente sottoposte al coniuge intervistato perché possa fornire una propria spiegazione, in ossequio al generale principio del contraddittorio[50].

È possibile infatti che le incongruenze derivino dalla scarsa comprensione delle domande sottoposte (si prende esplicitamente in considerazione l'ipotesi che l'intervistato non abbia osato ammettere di non aver capito quanto gli si chiedeva), dalla limitata conoscenza della situazione oggetto di approfondimento, dal fraintendimento della sua

47. Il colloquio separato con ciascuno dei coniugi risultava già suggerito dalla risoluzione del Consiglio del 4.12.1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi già citata nel paragrafo che precede.

48. Letteralmente: «document and background checks (information about the spouses and their conduct)» (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, p. 42).

49. *Ivi*, p. 44 ss.

50. Come noto, si tratta di un orientamento adottato in linea generale dalle istituzioni dell'Unione europea, non solo in quest'ambito. Si pensi, ad esempio, all'obbligo previsto in sede di audizione personale dei richiedenti protezione internazionale dall'art. 16, direttiva 2013/32/UE, secondo cui «Nel condurre un colloquio personale sul merito di una domanda di protezione internazionale, l'autorità accertante assicura che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE nel modo più completo possibile. In particolare, il richiedente deve avere l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni».

rilevanza o anche dalla ricostruzione distorta di alcuni avvenimenti. Per questa ragione viene sottolineata l'importanza di un'adeguata comprensione: la Commissione suggerisce quindi di stampare il verbale dell'intervista per sottoporlo alla formale conferma dell'intervistato, che può approfittarne per richiedere eventuali correzioni; se il coniuge non sa leggere o scrivere, allora le dichiarazioni gli verranno rilette.

L'ultimo passaggio dell'intervista dovrebbe contemplare anche l'opportunità per il coniuge di aggiungere eventuali particolati ritenuti importanti, oltre che una specifica informativa sul prosieguo della procedura e le facoltà di impugnazione in caso di diniego.

Da ultimo, nel manuale si fa riferimento al possibile supporto alle autorità nazionali da parte delle due Agenzie dell'Unione europea Europol[51] ed Eurojust[52], entrambe con sede a L'Aja, nell'ambito delle attività transnazionali di contrasto alla criminalità organizzata dedita al traffico di esseri umani, anche attraverso matrimoni fittizi.

Con specifico riguardo a questi ultimi, l'Europol può offrire assistenza nel contrasto al crimine organizzato fornendo alle autorità nazionali sostegno operativo e strategico, oltre ad informazioni su specifici fenomeni emergenti.

Eurojust opera invece nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale e supporta le autorità nazionali nel rendere più efficaci le relative attività investigative e di repressione dei fenomeni criminali transnazionali. In particolare, può assistere gli Stati membri in specifici casi attraverso attività di coordinamento e con l'obiettivo di istituire un "*Joint Investigation Team (JIT)*", nonché di fornire supporto logistico (ad esempio

51. L'Europol (*European Union Agency for Law Enforcement Cooperation*, in precedenza *European Police Office*) è l'Agenzia finalizzata alla lotta al crimine dell'Unione europea, creata l'1.10.1998: «Europol uses its unique information capabilities and the expertise of 700 staff to identify and track the most dangerous criminal and terrorist networks in Europe. Law enforcement authorities in the EU rely on this intelligence work and the services of Europol's operational coordination centre, centre for strategic intelligence on organised crime and secure information network, to carry out almost 12.000 cross–border investigations each year» (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 45).

Si vedano in merito: Europol, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment* (SOCTA), Van Deventer, the Netherlands, 2013, Chapter 1.9, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf;

Europol, *Early warning notification*(2014/8) - *Marriages of convenience: A link between facilitation of illegal immigration and trafficking in human beings*, l'Aja, marzo 2014, https://www.europol.europa.eu/publications-documents/marriages-of-convenience-link-between-facilitation-of-illegal-immigration-and-thb.

52. Fondata nel 2002, è un'Agenzia costituita da un collegio composto da 28 membri provenienti dai diversi Paesi UE, selezionati tra giudici, procuratori ed ufficiali di polizia.

Il 22.8.2018 è stata portata a compimento un'operazione congiunta tra Europol ed Eurojust in Polonia ed in Romania avverso un'organizzazione criminale dedita al traffico di esseri umani attraverso matrimoni fittizi che coinvolgevano cittadini indiani e nepalesi che avevano versato fino a 12.000 euro per l'ingresso nell'Unione europea: Europol, *Migrant smuggling and sham marriages: organised crime group dismantled, press release*, 24.8.2018, https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/migrant-smuggling-and-sham-marriages-organised-crime-group-dismantled.

mediante assistenza nelle traduzioni, nell'interpretariato e in meeting tra i diversi organismi coinvolti).

4. Quanti concetti di matrimonio?

La legge italiana non fornisce una definizione del matrimonio, «che sarebbe vano cercare nel codice civile, nella Costituzione o nelle leggi speciali»[53]. Nel diritto civile il termine viene impiegato sia per indicare l'*atto*, ovvero il negozio giuridico mediante il quale viene fondata la società coniugale (*matrimonium in fieri*), quanto il *rapporto* che ne deriva per gli sposi (*matrimonium in facto*), comprensivo di tutti gli effetti di natura sia personale sia patrimoniale che scaturiscono dalla celebrazione del negozio matrimoniale[54].

La sua finalità legata alla costituzione di una comunione materiale e spirituale tra i coniugi «si ricava indirettamente, per quanto la *sedes materiae* possa apparire paradossale, dalla legge sul divorzio (art. 1 l. 898/1970), che ricollega lo scioglimento del vincolo all'accertamento della cessazione di una tale comunione»[55].

Peraltro, sul piano strettamente giuridico, il matrimonio determina di per sé la costituzione di un rapporto, di un *vincolo* tra i coniugi, ma non determina automaticamente il formarsi della predetta comunione, che la legge può favorire, ma certamente mai garantire con certezza.

La disciplina del rapporto è unica dal punto di vista degli effetti, ma cambia in relazione alla celebrazione dell'atto, che può avvenire con modalità diverse: con una cerimonia avanti all'ufficiale dello stato civile (artt. 106 e 107 c.c.), mediante rito in presenza di un ministro del culto cattolico, secondo le regole del diritto canonico, purché seguito da trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile (c.d. "matrimonio concordatario"), oppure di fronte ad un ministro di culto diverso da quello cattolico (art. 83 c.c.) o ancora davanti ad un'autorità estera, secondo le forme previste dalla legge dello Stato in cui avviene la celebrazione.

---

53. G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e Matrimonio*, diretto da P. Zatti, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè editore, ed. 2, 2011, p. 314. L'autrice fa altresì presente come una definizione di matrimonio si possa trovare nell'art. 83 *bis* del disegno di legge unificato approvato dalla Commissione Giustizia alla Camera il 18.10.1972, intitolato «Costituzione del matrimonio», secondo il quale «il matrimonio si costituisce con la volontà legittimamente espressa davanti a un competente ufficiale di stato civile da un uomo e da una donna, che abbiano i requisiti fissati dalla legge, di prendersi reciprocamente in marito e moglie». Si può notare la centralità della volontà dei coniugi nella creazione del rapporto su cui tra poco si tornerà.

54. *Ibidem*. Si veda altresì: A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 1221.

55. A. Torrente, P. Schlesinger, *op. cit.*, p. 1221.

Quanto al sesso dei coniugi, nella Costituzione italiana si parla di matrimonio in modo neutro: si citano la *famiglia* ed i *coniugi* senza però specificare che debba trattarsi di un uomo e di una donna; parimenti, il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso tra i requisiti per contrarre il matrimonio (né dice che un impedimento al matrimonio può essere costituito dal sesso dei contraenti) e la maggior parte delle norme che disciplinano l'istituto pure si riferisce genericamente a *coniugi* e *sposi*. Tuttavia, diversi articoli (107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c.) citano il *marito* e la *moglie* quali attori della celebrazione, circostanza che ha condotto a ritenere pacifico il differente sesso di appartenenza dei coniugi[56] (anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale)[57].

Inoltre, il concetto di matrimonio ricavabile dal nostro ordinamento (oltre che dal comune, attuale, sentire) è incentrato sull'accordo tra due persone, attraverso la creazione di un rapporto che vincola soltanto gli stessi.

La centralità della volontà dei coniugi è sempre stata indiscussa: «Risulta [...] (ed è sufficiente volgere lo sguardo ai lavori preparatori del codice del 1865, di quello del 1942 e di quelli relativi alla travagliata riforma del 1975), che, in relazione al matrimonio, si è sempre rimarcata l'importanza, ai fini generali del vivere civile, della volontà dei soggetti di prendersi, rispettivamente, in marito e moglie»[58].

Come si è già avuto modo di notare[59], ciò che secondo la Commissione europea distingue un matrimonio genuino da uno fittizio sta proprio nella volontà degli sposi di dare vita ad una famiglia: «Genuine marriages are characterised by the intention of the married couple to create together a durable family unit as a married couple and to lead an authentic marital life. Marriages of convenience are characterised by the lack of such an intention»[60].

E questo è per l'appunto l'unico oggetto di sindacato che può coinvolgere un matrimonio validamente celebrato all'estero tra due cittadini stranieri, qualora vogliano attivare la procedura volta al ricongiungimento familiare e, come visto[61], sussistano fondati dubbi sulle loro reali intenzioni.

Ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato che regolano i rapporti di famiglia (artt. 26 ss. l. 218/1995), occorre in primo luogo individuare quali

56. E infatti la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso è avvenuta, come noto, con la l. 20.5.2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 21.5.2016 (G.U. Serie generale n. 118 del 21.5.2016).

57. Corte cost., sent. n. 138 del 15.4.2010.

58. F. Uccella, *Matrimonio. 1) Matrimonio civile*, in *Enc. Giur. Treccani,* XIX, Roma, Istituto poligrafico, 1990.

59. Paragrafo 1.

60. *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 11.

61. Paragrafi 2 e 3.

fattispecie possano essere qualificate come *matrimonio*. A questo proposito, la giurisprudenza ha ritenuto sussistenti «i requisiti minimi per la giuridica configurabilità del matrimonio medesimo» in presenza della «manifestazione di una volontà matrimoniale da parte di due persone di sesso diverso espressa in presenza di un ufficiale celebrante»[62].

I requisiti necessari per contrarre matrimonio (età, capacità naturale, assenza di precedenti vincoli matrimoniali validi, ecc.) sono regolati dalla legge nazionale di ciascun nubendo, rispetto ai quali dovrà quindi essere fatta una valutazione separata alla luce delle rispettive leggi nazionali di appartenenza[63].

Invece il matrimonio è considerato valido, quanto alla forma[64], se tale è ritenuto dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi o dalla legge dello Stato di comune residenza[65].

Quanto alla scelta tra l'uno o l'altro criterio di collegamento, in ossequio al generale principio di conservazione dell'atto, la stessa va effettuata tenuto conto della legge che garantisce la piena validità ed efficacia dell'atto.

L'unico limite che tali principi incontrano è codificato dall'art. 16 della l. 218/1995, in base al quale la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa ed, in mancanza, la legge italiana.

Secondo la Corte di Cassazione, l'ordine pubblico è «costituito da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale [...], tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il

62. Cassazione civile, sez. I, 9.6.2000, n. 7877. Parte della dottrina aggiunge tra i requisiti l'indeterminatezza della durata e l'insorgenza di diritti ed obblighi reciproci; la monogamicità del vincolo, invece, non è ritenuta essenziale per la configurabilità di un matrimonio, ma influisce sulla sua validità a causa del contrasto con l'ordine pubblico (L. Sandrini, *Matrimonio*, in *Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti*, *Diritto internazionale privato*, a cura di R. Baratta, Milano, Giuffrè, 2010, p. 218). Sul punto, in senso difforme in ordine al tema della monogamia, si veda: F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. II. Statuto personale e diritti reali*, Torino, Utet Giuridica, 2016, p. 80 ss.: «In estrema sintesi può dirsi che le espressioni matrimonio, nubendi e coniugi impiegate negli artt. 26 ss. per delimitare il perimetro applicativo delle norme di conflitto in essi racchiuse, riflettono la concezione tradizionale del matrimonio cui si attiene l'ordinamento giuridico italiano, entro il quale la legge n. 218 evidentemente si colloca e va interpretata. Sono perciò riconducibili agi artt. 27 ss. le fattispecie che attengono ad unioni monogamiche stabili (e contraddistinte da reciproca solidarietà affettiva e materiale) tra persone di sesso diverso che liberamente formalizzano il loro reciproco impegno dinanzi a una autorità investita di poteri pubblici».

63. Art. 27, l. 218/1995.

64. Il termine *forma* va inteso nel senso di *celebrazione* ed è quindi comprensivo del modo e delle circostanze di esternazione della volontà (la partecipazione dell'autorità pubblica, le formalità procedurali, la formazione di un atto pubblico (F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit.*, p. 98).

65. Art. 28, l. 218/1995.

cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia»[66].

In altri termini, «lo scopo è di salvaguardare i principi etici, economici, politici e sociali operanti nei vari campi della convivenza sociale in Italia (ciò che, evidentemente, nulla ha a che vedere con il concetto di ordine pubblico attinente al mantenimento della sicurezza pubblica)»[67].

Contrario all'ordine pubblico è considerato il matrimonio del bigamo[68] e ciò ha trovato espressa codificazione nell'art. 29, co. 1-*ter*, d.lgs. 286/98, che prevede il divieto espresso di ricongiungimento familiare per il coniuge non legalmente separato e per i genitori a carico «quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale».

In materia di capacità, l'eccezione di ordine pubblico può intervenire quando uno dei nubendi o entrambi siano eccessivamente giovani per il sistema giuridico italiano, pur avendo superato l'età minima prevista dall'ordinamento nazionale richiamato dall'art. 27 l. 218/1995[69]. Sotto questo profilo, l'art. 29, co. 1, lett. a), d.lgs. 286/98, ha previsto la necessità che il coniuge da ricongiungere abbia un'età non inferiore ai diciotto anni, in termini più restrittivi rispetto a quanto stabilito in via generale dal codice civile[70].

La compatibilità con l'ordine pubblico del matrimonio contratto, così come l'insussistenza di cause ostative vanno accertate in via preliminare, trattandosi di requisiti indispensabili perché il diritto al ricongiungimento possa essere ritenuto in astratto esercitabile. Soltanto nella fase successiva può porsi il problema dell'intenzione dei coniugi, la cui sindacabilità, come visto, incontra limiti precisi.

---

66. Cass., 28.12.2006, n. 27592.

67. C. Campiglio, *Ordine pubblico [dir. int. priv]*., in Treccani, diritto online: http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_(Diritto-on-line)/. Questo significa dunque che la contrarietà all'ordine pubblico non coincide puramente e semplicemente con la violazione della legge italiana. Basti pensare alle ormai innumerevoli sentenze con cui la Cassazione ha ritenuto non contrario all'ordine pubblico l'atto di nascita straniero di figlio nato da due madri, pur non essendo la tecnica procreativa riconosciuta in Italia (tra le tante, Cass., sez. I, 30.9.2016, n. 19599).

68. F. Uccella, *Matrimonio – 1) Matrimonio civile*, cit., p. 857.

69. «Non è affatto necessario che il diritto straniero richiamato dall'art. 27 stabilisca ai fini del matrimonio la stessa soglia di età stabilita dal diritto italiano [...]. Non è infatti l'astratta previsione normativa straniera che deve essere in sé valutata dal giudice italiano, ma l'effetto che nel nostro ordinamento giuridico in concreto conseguirebbe all'applicazione di quella previsione nel caso di specie. Il limite dell'ordine pubblico internazionale interviene soltanto ad impedire che il diritto straniero [...] renda possibile l'assunzione di un vincolo tanto importante in capo a una persona vistosamente immatura (con il rischio che la sua volontà sia coartata)» (F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit*., p. 88).

70. Infatti, se di regola in Italia è precluso ai minori il matrimonio, tuttavia, il Tribunale per i minorenni «su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in Camera di Consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni» (art. 84, co. 2, c.c.).

Il primo va ravvisato nella constatazione che le relazioni tra i coniugi ed i matrimoni non posseggono connotazioni universali.

La stessa Commissione europea ha mostrato di tenerne conto, sottolineando come proprio la varietà di prassi correlate al matrimonio ed alla vita familiare nelle diverse parti del mondo renda difficile qualunque indagine, che, se connotata da pregiudizio, rischierebbe di determinare conclusioni erronee circa la possibile natura fittizia del rapporto: la scelta di un partner e la decisione di sposarsi è strettamente personale e non esiste nessun modello universalmente riconosciuto che possa sottendere questo tipo di decisione[71].

Quindi, la libertà riconosciuta agli individui in questo campo, con i soli limiti dell'ordine pubblico sopra specificati, va considerata massima.

Risulta interessante esaminare come il matrimonio possa essere inteso in culture molto diverse da quella italiana o europea.

In primo luogo, in molte aree del mondo «il principale scopo dell'istituto matrimoniale è quello di legittimare l'identità sociale degli individui che nascono dalla relazione. Riproduzione e matrimonio non sono infatti, come si sarebbe portati a credere sulla base dell'esperienza delle società ricche e "postindustriali", due piani separati o comunque non implicantisi a vicenda. Nella stragrande maggioranza delle società umane, del passato come di oggi, questi due livelli sono invece strettamente interconnessi. È grazie al "matrimonio" che la riproduzione umana viene per così dire culturalmente e socialmente "disciplinata", poiché il matrimonio stabilisce i criteri di legittimità di un'unione che ha come scopo la riproduzione di esseri umani e soprattutto la loro destinazione[72]:

---

71. «It is difficult to find one definition of marriage that could be applied to marital practices observed across the world. This is a crucial issue and failure to appreciate the global variety of marital practices and inability to see beyond European or even national perceptions related to marriage and family life can lead to prejudiced and ultimately incorrect conclusions that a perfectly genuine marriage is of convenience just because it does not fit the prevalent concept of marriage, family life or how relationships develop» (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 11).

72. Se quanto detto è vero in linea generale, esistono tuttavia significative eccezioni, in cui matrimonio e finalità riproduttive risultano disgiunti, giacché possono esservi vincoli coniugali privi di tale scopo, così come fenomeni in cui la riproduzione avviene in contesti familiari non di tipo coniugale.

A proposito della prima ipotesi prospettata, possono essere citati i matrimoni tra un uomo ed un "due spiriti" (o *nádleehé*, secondo la tradizione Navajo, cioè "uno che cambia di continuo"), diffusi tra gli Indiani delle Pianure del Nord America; questi contemplavano la possibilità che non tutti gli individui di sesso maschile corrispondessero al modello di virilità proposto, coincidente in larga misura con il ruolo del guerriero, e per questo avevano riconosciuto un terzo genere, rispetto a quello maschile e femminile: «I "due spiriti", lungi dall'essere oggetto di derisione e di disprezzo, venivano rispettati e valorizzati come persone in grado di mediare tra il genere maschile e quello femminile [...] e proprio per questo potevano vantare – rispetto alla gente comune – una "visione doppia", un modo di vedere le cose che superava la prospettiva limitata di un unico genere» (F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*, *Parte Terza "Chi contro natura?"*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p.169). Il "due spiriti" poteva per l'appunto vedersi pienamente inserito

l'appartenenza al gruppo di uno dei due genitori (a seconda dell'appartenenza a società patrilineari o matrilineari, n.d.r.) quando non, come in alcuni casi, di entrambi (gruppi a discendenza doppia, n.d.r.)»[73].

In molti contesti tradizionali, perciò, i matrimoni sono considerati come il frutto dell'alleanza tra due famiglie, più che tra due individui[74] e «la famiglia nucleare esiste quasi sempre nel contesto di quella che si definisce *famiglia estesa*, costituita dagli

---

all'interno della vita familiare della società attraverso il matrimonio con un uomo, «a ulteriore conferma della non marginalizzazione di questa figura e anzi della sua valorizzazione sociale» (*Ivi*, p. 170).

L'assenza dell'aspetto procreativo si rileva poi anche tra i Chukchi della Siberia nord-orientale, in cui non erano infrequenti i matrimoni tra bambini anche molto piccoli, che, dopo il rito, crescevano insieme: «L'aspetto importante è che la loro condizione di coniugi si inserisce in un processo formativo che evidentemente li riguarda entrambi [...]. Il risultato qual è? È questo vincolo fortissimo tra i due individui, i quali vedono le loro vite intrecciate dall'infanzia fino alla morte. [...]. La loro tenera età impedisce che l'unione abbia un immediato effetto procreativo, mentre consente di intrecciare da subito le vite dei due sposi» (*Ivi*, pp. 182-183). Sempre tra i Chukchi (e similmente anche tra gli Arapesh della Nuova Guinea ed i Tupi-Kawahib brasiliani), sono stati registrati anche casi di unioni coniugali tra donne e bambini molto piccoli, dalle stesse allevati. Alla base di un simile istituto, ci sarebbe un bisogno di «attaccamento a una persona, che non passa attraverso il sesso, ma piuttosto attraverso il cibo, il nutrimento, la cura infantile: un amore che viene, per così dire, "allevato" e "nutrito", mentre si alleva e si nutre un coniuge bambino. In una società dove l'instabilità matrimoniale è altissima, anche questi "matrimoni tra persone di età sproporzionate", alla stessa stregua dei matrimoni tra bambini, costituiscono un modo per "stabilizzare" un rapporto affettivo profondo» (*Ivi*, p. 184).

Per contro, esistono almeno due popolazioni (i Nayar del Malabar dell'India meridionale ed i Na dello Yunnan cinese) presso cui la procreazione avviene in assenza di vincolo coniugale e di una figura paterna che possa rivendicare diritti sui figli. Si tratta di società matrilineari fondate su gruppi coesi di fratelli e sorelle, che convivono nella stessa casa e cooperano in maniera permanente sia in campo economico, sia nell'allevamento dei bambini. Questi sono concepiti dalle donne con uomini estranei al gruppo domestico, secondo una scelta «del tutto sganciata da qualunque considerazione di opportunità da parte del gruppo», F. Remotti, *op. cit.*, *Parte Seconda "Forme di famiglia"*, p. 147. Si tratta insomma di contesti in cui sussiste una netta contrapposizione tra la vita diurna del gruppo domestico, incentrata sul lavoro e sull'educazione dei figli, e quella notturna in cui uomini e donne possono intrattenere relazioni sentimentali e sessuali libere, in assenza di condizionamenti di sorta.

73. U. Fabietti, *Elementi di antropologia culturale*, Firenze, Mondadori Università, ottobre 2015, pp. 230-231. Sui concetti di gruppo patrilineare, matrilineare e a discendenza doppia si vedano p. 250 ss.

Si noti, peraltro, che il concetto di discendenza matrilineare va tenuto ben distinto da quello di matriarcato, poiché non designano lo stesso fenomeno sociologico. La discendenza matrilineare non implica alcun tipo di potere gestito dalle donne (*Ivi*, p. 258).

Gli antropologi hanno spesso tentato di ricostruire una definizione di matrimonio che fosse universalmente valida. Una di quelle considerate più comprensive risale al 1970 e risulta così formulata: «Una transazione che si risolve in un accordo ufficializzato socialmente per cui una persona (maschile o femminile, collettiva o individuale, in prima persona o per procura) stabilisce un diritto continuativo di accedere sessualmente a una donna, e nel quale la donna in questione è considerata suscettibile di avere dei figli» (W. Goodenough, *Description and comparison in cultural anthropology*, Aldine, Chicago, 1970).

Questa definizione, oltre a scontrarsi con le eccezioni di cui alla nota n. 72, non pare convincente neppure con riguardo al concetto di matrimonio nelle società occidentali attuali. Infatti, da un lato, «la stessa maternità sempre meno costituisce un destino e sempre più una libertà da esercitare in un quadro di compatibilità con le altre scelte familiari, personali, esistenziali», dall'altro, «non è più il matrimonio, in quanto istituzione, a costituire la via attraverso la quale assicurare all'uomo una discendenza» (G. Ferrando, op. cit., pp. 312-313).

74. B.B. Ingoldsby, S.D. Smith, *Families in Global and Multicultural Perspective*, Thousand Oaks, Londra, Nuova Dehli, Sage Publications, seconda edizione, 2006, p. 249 ss. Ciò vale anche nell'ambito del diritto musulmano: R. Aluffi Beck-Peccoz, *op. cit.*

individui appartenenti a tre generazioni e che formano spesso, con l'aggiunta di altri elementi, un *gruppo domestico*»[75].

I matrimoni combinati costituiscono la regola nelle aree rurali, mentre quelle urbane risultano più influenzate dall'occidente anche quanto alla forma delle celebrazioni[76].

Sotto questo punto di vista, estremamente diffuse sono le tradizioni del *levirato*[77] e del *sororato*[78], tipiche delle società a discendenza patrilineare, ma connotate da obiettivi diversi: la prima indica il costume in base al quale la moglie di un defunto va in sposa al fratello di quest'ultimo, che diventa così il tutore della donna stessa e dei suoi figli, allo scopo di conservare l'appartenenza della progenitura di un uomo defunto al suo gruppo di discendenza[79]; la seconda individua la pratica di dare in moglie ad un uomo rimasto vedovo la sorella della donna defunta, soprattutto quando questa muore senza aver lasciato figli, al fine di rimpiazzare le facoltà riproduttive della donna scomparsa a vantaggio del gruppo del marito con cui era stato concluso un accordo matrimoniale[80].

L'alleanza tra gruppi viene generalmente siglata attraverso il passaggio dall'uno all'altro di una certa quantità di beni (stabilita socialmente)[81]: si parla di *prezzo della sposa*

75. U. Fabietti, *op. cit*., p. 235. D'altro canto, nella società italiana la distinzione tra famiglia in senso stretto (il c.d. *nucleo familiare*, formato da genitori e figli) e famiglia in senso ampio (connotata dal riferimento anche a parenti ed affini) è diventata netta con l'industrializzazione e lo spostamento dei luoghi di lavoro all'esterno della struttura familiare. Al contrario, in epoca preindustriale i due concetti tendevano a coincidere e, per famiglia, si intendeva «la grande famiglia, notevolmente più estesa della famiglia odierna, detta per contrasto *famiglia coniugale* o *famiglia nucleare*. La grande famiglia, fosse essa aristocratica, borghese o contadina, era dominata dalla patria potestà perpetua, che perdurava fino alla morte del titolare, salvo che non fosse intervenuta l'emancipazione: uomini in età matura, sposati e con figli, vi erano sottoposti, insieme alle loro mogli, ai loro figli, ai loro nipoti. Perciò, fratelli e cugini, nuore e cognati erano tutti assoggettati ad un medesimo vincolo (implicante l'obbligo della coabitazione e, nella famiglia borghese o contadina, del lavoro nella bottega o sul fondo della famiglia), finché non fosse morto lo stipite comune, il cui consenso era necessario anche per le nozze dei figli e nipoti maschi adulti» (F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, CEDAM, 2017, pp. 835-836). Sul punto si veda anche: A. Torrente, P. Schlesinger, *op. cit.*, p. 1216.

76. Ci sono anche forme intermedie di matrimoni combinati, in cui le donne suggeriscono alla famiglia quale uomo vorrebbero sposare. Sorta di compromesso rispetto al totale controllo rimesso alla famiglia (B.B. Ingoldsby, S.D. Smith, *op. cit.*, p. 251).

77. Il termine deriva da "*Levi*", la tribù ebraica presso cui, secondo la Bibbia, era particolarmente diffusa.

78. Dal latino "*soror*".

79. F. Fabietti, op. cit., p. 232 e p. 256. Nelle diverse culture africane in cui questo istituto (noto anche *widow inheritance*) viene praticato è considerato comunque una garanzia anche per la donna e per i suoi figli, perché qualcuno del medesimo gruppo/tribù si prenderà cura di loro (B.B. Ingoldsby, S.D. Smith, *op. cit*., p. 252).

80. F. Fabietti, *op. cit*., p. 232 e p. 256. Si tratta di una pratica diffusa, ad esempio, tra le popolazioni *Luo* del Kenya (B.B. Ingoldsby, S.D. Smith, *op. cit*., p. 252*)*.

81. Raramente si tratta di denaro, più spesso di beni privi di un valore d'uso immediato, in particolare bestiame (*Ivi*, p. 253).

Peraltro, con la progressiva inclusione delle società locali dell'Asia e dell'Africa sub-sahariana entro la sfera d'influenza dell'economia globale, l'istituto ha subito nel tempo e, soprattutto in alcuni contesti, cambiamenti sostanziali. Tra i beduini, ad esempio, già alla fine degli anni Settanta non era raro che la compensazione matrimoniale versata al padre della sposa fosse poi reinvestita in attività produttive procrastinando il matrimonio dei fratelli della donna data in moglie: «ciò spingeva questi ultimi alla ricerca di risorse atte a costituire una propria compensazione matrimoniale fuori

o di *compensazione matrimoniale*[82] quando è il gruppo del futuro sposo a cederli a quello della sposa; di *dote*, invece, nel caso contrario.

Entrambi gli istituti possono assumere diversi significati, a seconda del tempo e del contesto di riferimento.

Per quanto concerne la compensazione matrimoniale, particolarmente diffusa in Africa, questa può essere intesa come risarcimento alla famiglia della sposa per il venir meno dei suoi servizi nei confronti della famiglia d'origine o come riconoscimento del suo valore[83] o ancora come pegno da restituire in caso di rottura del matrimonio.

La dote è un istituto antichissimo[84], riscontrabile in particolare nelle culture fortemente patrilineari in cui ci si aspetta che le donne risiedano nei pressi o con la famiglia del marito. Come nel caso della compensazione matrimoniale, presenta obiettivi diversi a seconda delle società in cui trova applicazione: può ad esempio costituire un contributo da parte della famiglia della sposa alle spese del matrimonio ed ai beni della nuova famiglia, o può rappresentare un indennizzo o un'anticipazione alla figlia dell'eredità dei genitori in

---

dalle normali attività di allevamento, pastorizia e agricoltura, inducendoli a procurarsi del denaro in ambiente urbano, come tassisti, poliziotti, camionisti ecc.» (F. Fabietti, *op. cit.*, p. 257).

82. Questa dizione è preferibile rispetto a quella di *prezzo della sposa*: si tratta infatti di beni che non costituiscono il prezzo pagato per un acquisto e l'espressione, sotto questo punto di vista, risulta fuorviante. Se una donna venisse realmente *comprata* ciò implicherebbe che il suo acquirente potrebbe disporne a piacimento ed eventualmente anche rivenderla. Ma così non è: nel caso delle transazioni matrimoniali, per quanto il gruppo di discendenza del marito acquisisca diritti sulla prole di una donna, non ottiene però su quest'ultima un controllo totale. Il gruppo di lei conserva sempre (in misura differente a seconda dei contesti) la possibilità di intervenire qualora vi fossero contrasti o maltrattamenti nei confronti suoi e/o dei figli (*Ibidem*).

83. Nella determinazione della compensazione, può avere un peso anche la verginità della futura sposa, in alcune culture altamente apprezzata ed omaggiata con un prezzo o un regalo ulteriore, talvolta indirizzato alla madre (così, ad esempio, tra i Kikuyu ed i Luo in Kenya e tra i Baganda dell'Uganda). Una donna che abbia avuto rapporti sessuali prima del matrimonio viene considerata tendenzialmente una disgrazia per la sua famiglia perché nessuno la vorrà (B.B. Ingoldsby, S.D. Smith, *op. cit.*). Ovviamente ci sono culture per cui vige una proibizione assoluta e, nel caso emergano violazioni, le punizioni possono essere pensantissime, come nel caso delle società in cui vige la rigida applicazione della Sharia: «Sharia (Islamic law) courts, which adjudicate criminal and family law, have the option of imposing flogging as punishment for adultery, prostitution, consensual premarital sex, pregnancy outside marriage [...]. There were reports that courts imposed these punishments during the year» (United States Department of State, *2014 Country Reports on Human Rights Practices - United Arab Emirates*, 25.6.2015: http://www.refworld.org/docid/559bd52e12.html).

Nel diritto musulmano, lo sposo è tenuto a pagare il *mahr* o *sadàq*, attribuzione patrimoniale a favore della sposa il cui ammontare è normalmente fissato nel contratto matrimoniale. Il *mahr* è simbolo della serietà dell'intenzione dello sposo ed è di proprietà della donna che può disporne in piena autonomia. Al pari della compensazione matrimoniale, l'istituto potrebbe essere all'apparenza interpretato come un prezzo da pagare per la sottomissione e la disponibilità della donna, ma in realtà può anche costituire uno strumento di protezione dei suoi interessi: «Si può ad esempio convenire che esso sia pagato in tutto o in parte al momento del ripudio o della morte. Nel primo caso esso svolge un efficace ruolo di deterrente nei confronti dell'esercizio arbitrario e capriccioso del ripudio, il potere che la sari à attribuisce al marito di sciogliere il matrimonio. In caso di morte del marito invece la corresponsione di un *mahr* di qualche importanza può essere di grande aiuto alla vedova, i cui diritti di erede sul patrimonio del coniuge sono esigui» (R. Aluffi Beck-Peccoz, op. cit.).

84. La dote è descritta come una consuetudine già esistente nel Codice di Hammurabi dell'antica Babilonia, stilato durante il regno del re Hammurabi che regnò dal 1792 a.C. al 1750 a.C. (J.C. Thompson, Women in Babylonia Under the Hammurabi Law Code, luglio 2010, http://www.womenintheancientworld.com/).

occasione del suo distacco dalla famiglia di origine. Può inoltre fornire una tutela per la moglie grazie alla cessione al marito del solo usufrutto dei beni oppure a fronte dell'obbligo di restituzione in caso di separazione o morte del marito o anche in caso di maltrattamenti commessi nei suoi confronti dal marito o dai suoi familiari[85].

Pertanto è evidente che la nozione di matrimonio ricostruita alla luce del diritto italiano ed europeo sia inidonea a ricomprendere la complessità di un istituto così diversamente interpretato nel mondo.

5. Prassi delle autorità diplomatiche italiane e giurisprudenza: matrimoni di convenienza e il matrimoni combinati

Istituti tradizionali come quelli descritti nel paragrafo precedente hanno un impatto determinante sul tipo di relazione che si instaura tra i coniugi, quasi mai definibile alla luce dei parametri di riferimento delle società europee.

In tal senso sono emblematiche le motivazioni esposte nei provvedimenti di diniego di visto assunti dalle autorità consolari italiane.

Larga parte del contenzioso giudiziario in materia deriva dalle decisioni assunte dall'Ambasciata d'Italia di Addis Abeba, alla quale sono riconducibili decreti del tutto sovrapponibili quanto a parametri applicati e ad argomentazioni utilizzate.

In particolare, ricorrono contestazioni del seguente tenore: «During the interview it has emerged that there has never been any kind of direct knowledge or sentimental relation between you and your husband before the marriage. In order to understand the real level of reciprocal knowledge, you were not able to answer questions on basic information about your husband's life in Italy, at least not in a detailed manner and you showed to know very little about his daily life in Italy and the place where he lives. Furthermore there was no "cohabitation" between the two of you»[86].

85. *Dowry. Marriage custom*, in *Encyclopedia Britannica online* (https://www.britannica.com/topic/dowry).

86. L'Ambasciata fa riferimento alle criticità emerse dall'intervista: nessuna conoscenza diretta dei coniugi prima del matrimonio, né una relazione sentimentale; scarsa conoscenza della vita, delle abitudini e del luogo di residenza del coniuge in Italia, di cui i coniugi non sanno indicare i dettagli; infine mancanza di una precedente convivenza tra i due. Il testo è stato riportato nella lingua originariamente impiegata, visto che i provvedimenti assunti dall'Ambasciata d'Italia di Addis Abeba sono sempre redatti in inglese, in aperta violazione di quanto disposto per i visti in generale dall'art. 4, co. 2, quarto periodo, d.lgs. 286/98: «Qualora non sussistano i requisiti previsti dalla normativa in vigore per procedere al rilascio del visto, l'autorità diplomatica o consolare comunica il diniego allo straniero in lingua a lui comprensibile, o, in mancanza, in inglese, francese, spagnolo o arabo». Nel medesimo senso, con espresso riferimento ai visti in materia di ricongiungimento familiare, si esprime anche l'art. 6-*bis* d.p.r. 394/99: «Se lo straniero non comprende la lingua italiana, il provvedimento deve essere accompagnato da una traduzione del suo contenuto nella lingua a lui comprensibile o, comunque, in inglese, francese, spagnolo o arabo, secondo le preferenze manifestate dall'interessato».

E delle preferenze espresse dagli interessati non vi è nei provvedimenti in oggetto alcuna traccia.

Non è rinvenibile una nullità dell'atto, anche perché l'art 122 c.p.c. sull'impiego della lingua italiana concerne esclusivamente gli atti processuali; nondimeno si tratta di una prassi del tutto discutibile: «provvedimento impugnato

In primo luogo, l'Ambasciata sottolinea l'assenza di conoscenza diretta e di una relazione sentimentale tra i coniugi, circostanze queste costantemente evidenziate dal Ministero degli affari esteri anche in sede di impugnazione: «Secondo il Ministero resistente, dal colloquio era emerso che il matrimonio era stato organizzato dalla famiglia e che la moglie aveva visto il marito, prima del matrimonio, solo in una occasione, non palesando alcun sentimento nei confronti del coniuge»[87].

L'insistenza sul sentimento che dovrebbe connotare un rapporto coniugale genuino è del tutto incompatibile con il significato di matrimonio esistente in larga parte delle culture tradizionali di provenienza dei cittadini extra UE che esercitano il diritto al ricongiungimento familiare.

Lo stesso vale per il riferimento alla convivenza anteriore al matrimonio, prassi diffusa principalmente nel mondo occidentale.

Inoltre, anche la Commissione europea ha sottolineato la centralità del contesto culturale di appartenenza dei coniugi, al fine di evitare che matrimoni genuini possano essere tacciati di frode. Secondo la stessa, i matrimoni combinati non possano essere confusi con i matrimoni di convenienza, fondandosi nella maggior parte dei casi sul consenso manifestato dagli sposi rispetto alla scelte delle rispettive famiglie[88].

Tra l'altro nei provvedimenti adottati dall'Ambasciata di Addis Abeba viene regolarmente citata, quale fonte consultata per l'assunzione delle decisioni, la comunicazione della Commissione del 2.7.2009, concernente la direttiva 2004/38/CE sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare sul territorio degli Stati membri[89].

Vengono in particolare applicati gli indizi di frode ivi indicati, in maniera però distorta rispetto alle indicazioni fornite dal *Commission Staff Working Document* pubblicato, sempre dalla Commissione europea, il 26.9.2014[90].

---

redatto incomprensibilmente solo in lingua inglese. Una cosa è che i provvedimenti che riguardano istanze proposte da cittadini stranieri siano tradotti in lingua ad essi comprensibile, altra e ben diversa è che gli atti di una PA italiana non siano redatti, prima di tutto, nella nostra lingua nazionale» (Trib. Torino, ord. 11.3.2015, est. Scotti, cit.).

87. Trib. Venezia, ord. 29.4.2015, est. Torresan, cit.

88. «In arranged marriages, both spouses fully and freely consent to the marriage, although somebody else (such as parents, a matchmaking agent, matrimonial site or a trusted third party) takes a leading role in the choice of partner. On the outward face of it, arranged marriages may resemble marriages of convenience (for example, where spouses have not met before the marriage or met only shortly). However, an arranged marriage is a genuine marriage if it is a result of free will and wish of the spouses to create together a durable family unit as a married couple and to lead an authentic marital life» (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, cit., p. 11).

89. COM(2009) 313. Sul punto si richiama quanto detto nel paragrafo 2.

90. Si tratta dell'*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens* ampiamente citato in questo saggio.

Nonostante la stessa Commissione europea abbia espressamente sostenuto l'applicabilità di questo testo anche ai ricongiungimenti familiari dei cittadini extra UE[91], non vi è traccia della sua consultazione da parte della autorità consolari italiane.

Ed infatti, quegli indizi di frode che potrebbero al più giustificare l'avvio di indagini più approfondite ed, eventualmente, la richiesta ai coniugi di integrazione delle informazioni già fornite, si traducono automaticamente in prove di abuso, con conseguente diniego del visto d'ingresso.

Stando alle indicazioni fornite dal manuale, invece, tali indizi andrebbero valutati con grande prudenza e sempre, come visto, tenendo in adeguata considerazione le specificità culturali dei coniugi.

Inoltre, non risulta in genere alcun approfondimento degli *indizi di non esistenza della frode*, secondo il meccanismo di *double-lock safeguard* caldeggiato dalla Commissione, che comporterebbe, in via prioritaria e sempre nell'ottica di evitare errori, di verificare prima gli indici che conducono a ritenere genuina una coppia e solo dopo quelli dai quali desumere la frode.

Peraltro, la giurisprudenza di merito si è spesso dimostrata in linea con questi principi, in particolare sotto il profilo del rispetto delle tradizioni culturali dei coniugi: «La distanza tra culture, a volte, impedisce di comprendere a fondo le radici e i tratti distintivi del costume sociale e dell'identità morale, individuale e collettiva, degli appartenenti a comunità ed etnie diverse, sicché non può assimilarsi l'idea di frequentazione abituale, di intimità di rapporti personale e di convivenza propri della cultura occidentale al percorso che precede e determina la scelta matrimoniale in altri Paesi»[92].

Anche il Tribunale di Torino[93] si è espresso in maniera analoga, sottolineando, tra l'altro, come il matrimonio combinato non possa ritenersi di per sé contrario all'ordine pubblico se sostenuto dall'effettiva volontà degli sposi di seguire le indicazioni dei familiari: «Non vi è alcuna prova che i due coniugi si siano sposati solo per consentire alla donna l'ingresso in Italia; una diversa valutazione è evidentemente influenzata dalla cultura occidentale e dall'ostilità verso i matrimoni combinati che pure rispettano le tradizioni e le leggi dei Paesi d'origine. In ogni caso non sussiste violazione dell'ordine pubblico interno perché la signora K. ha comunque accettato liberamente la volontà espressa dalla propria famiglia». Secondo questa pronuncia, pur essendo rilevabili indizi di strumentalità, gli stessi non potevano essere ritenuti «abbastanza gravi, precisi e concordanti *ex* art. 2729 c.c. per assumere valore inequivoco di prova, non foss'altro che

91. Par. 2.

92. Tribunale di Bari, ord. 30.6.2017, est. Fazio. Così anche Tribunale di Bari, ord. 27.11.2015, est. D'Aprile.

93. Si tratta della più volte citata ord. dell'11.3.2015, est. Scotti.

perché non improntati ad un atteggiamento socio-culturale relativista che tenga conto del contesto in cui il matrimonio è stato contratto; vi è prova di un matrimonio combinato, non vi è prova adeguata di un matrimonio strumentale e di comodo che i due coniugi non abbiano voluto assumersi reciprocamente i diritti e i doveri conseguenti all'unione. Pertanto la lettura della situazione da parte dell'Ambasciata, peraltro non irragionevole, è contaminata da illazioni non sufficientemente certificate e risente delle diversità culturali».

La stessa Corte di Cassazione è da ultimo intervenuta sul tema, confermando la necessità di non confondere i matrimoni di convenienza con quelli combinati; infatti, la mancanza di pregressi rapporti tra i coniugi e l'intermediazione delle famiglie non sono considerati sufficienti a dimostrare che gli sposi non perseguano realmente le finalità tipiche del matrimonio[94].

Dunque, in presenza di indizi di frode che potrebbero essere compatibili con la natura di un matrimonio combinato, andrebbero presi in considerazione elementi diversi. Ad esempio, la stessa dimostrazione dell'avvenuta intermediazione delle famiglie potrebbe essere considerata elemento a sostegno dell'esistenza di una reale unione, proprio perché spesso il matrimonio costituisce un'alleanza tra gruppi e riveste quindi un'importanza che eccede la relazione tra i diretti interessati.

Ed allora certamente rilevano l'eventuale prova di una compensazione matrimoniale o di una dote[95] e le fotografie che ritraggono un articolato cerimoniale o festeggiamenti tradizionali[96].

Le distinte ed i bollettini attestanti il periodico trasferimento di denaro al coniuge che deve essere ricongiunto possono inoltre dimostrare l'intento di provvedere al suo mantenimento, fornendo così un'ulteriore indizio di genuinità della relazione.

Parimenti, il Tribunale di Udine ha individuato quale sintomo dell'effettività del rapporto il fatto che, pur in assenza dei presupposti per beneficiare del patrocinio a spese dello Stato, il ricorrente avesse avviato una causa lunga e complessa nell'interesse della moglie[97].

94. Cass., sent. n. 3234/2018, già citata nel paragrafo 1.

95. «It is the transfer of bride-price which marks the formation of the alliance between the kinship groups» (A. Phillips, *Marriage and divorce laws in East Africa*, in *Journal of African Law*, School of Oriental and African Studies, 1959, Vol. 3, No. 2, p. 95).

96. «Il matrimonio ha, per lo più, bisogno di una cerimonia, in cui possono intervenire, o anche dominare, elementi visibilmente simbolici (legamenti, prese di possesso, uso comune di un oggetto) o altre ritualità (banchetto con partecipazione corale della comunità. Talora la festa nuziale è l'occasione per atti di munificenza sconsiderati» (R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, *il Mulino*, 2007, p. 257).

97. Tribunale di Udine, sent. del 25.9.2015 n. 1260, già citata.

In definitiva, l'«*atteggiamento socio-culturale relativista*»[98], in un ambito in cui le tradizioni di riferimento degli interessati assumono rilievo preponderante, impone anche il ricorso a modalità di accertamento non espressamente tipizzate, ma maggiormente idonee al raggiungimento di risultati attendibili[99].

6. Conclusioni e conseguenze

La pluralità di significati associata all'istituto matrimoniale rende gli oneri della pubblica amministrazione particolarmente complessi.

La stessa è infatti chiamata a confrontarsi con istituti estranei alla cultura giuridica occidentale, secondo modalità che mal si conciliano con la notoria rigidità delle procedure e degli apparati argomentativi che le sono tradizionalmente propri.

Nondimeno, il consolidamento degli orientamenti interpretativi della giurisprudenza fornisce strumenti operativi importanti, che, se opportunamente applicati, potranno consentire una maggiore garanzia dei diritti individuali e la diminuzione del contenzioso giudiziario.

A questi si aggiungono le linee guida della Commissione europea più volte citate, le quali, nell'individuare i potenziali indizi di frode dei matrimoni, ne richiedono un utilizzo rigoroso e ponderato, rifiutando qualunque automatismo.

Al contrario l'esame della casistica evidenzia l'abituale ricorso delle Rappresentanze consolari a provvedimenti seriali e ripetitivi, nei quali le indicazioni della Commissione sugli indici di abuso vengono applicate con superficialità e senza alcun vaglio critico; parimenti, non risulta alcun adeguamento delle prassi alle numerose pronunce che hanno valorizzato i cd. matrimoni atipici.

98. Tribunale di Torino, ord. dell'11.3.2015, già citata.

99. L'apertura al riconoscimento delle differenti concezioni di matrimonio esistenti (purché legittime nel Paese d'origine e compatibili con l'ordine pubblico interno) può garantire pienezza ed effettività del diritto al ricongiungimento familiare e, dunque, all'unità familiare, inteso quale diritto a mantenere, a creare o a ricostituire il proprio nucleo familiare. Quest'ultimo è un diritto fondamentale dell'uomo previsto e tutelato dalla Costituzione (artt. 29 e 30) così come da numerosi altri testi convenzionali internazionali ed europei (*in primis* art. 8 CEDU): proprio in tali disposizioni di rango primario va ricercato il presupposto degli orientamenti interpretativi espressi da istituzioni europee e giurisprudenza in ordine ad unioni coniugali rappresentative di diverse culture. Esula quindi dai contenuti del presente articolo il riferimento al dibattito giusfilosofico sul multiculturalismo e sulla crisi dei relativi modelli, che, pur essendo di grande interesse, non ha immediate ricadute pratiche sulle modalità di applicazione della legge. Sul tema si segnalano: G. Brown, *Speech to Labour Party Conference*, Guardian, 25.9.2006, https://www.theguardian.com/politics/2005/sep/26/speeches.labourconference; T. Blair, *Our Nation's Future: Multiculturalism and Integration*, http://www.number-10.gov.uk/output/Page10563.asp; B. Prins e B. Slijper, *Multicultural Society under Attack: Introduction*, Journal of International Migration and Integration; settembre 2002; C. Joppke, *Is Multiculturalism Dead?*, International Migration Review, 13.12.2017; W. Kymlicka, K. Banting, *Is there really a retreat from multiculturalism policies?*, Comparative European Politics, 2013.

La Cassazione, con la sentenza n. 3234/2018, ha riconosciuto l'estensione dei poteri di intervento delle autorità diplomatiche nelle procedure di ricongiungimento familiare, legittimandone l'attività valutativa. Al contempo, però, ha altrettanto chiaramente confermato come la sovrapposizione tra i concetti di matrimonio di convenienza e matrimonio combinato sia del tutto erronea.

È difficile prevedere le conseguenze di tale pronuncia sulle decisioni delle Rappresentanze consolari, ma non può non auspicarsi una maggiore severità da parte della giurisprudenza di merito nella valutazione dell'operato della PA. Fino ad oggi, infatti, i giudici si sono spesso dimostrati poco propensi a condannare alle spese il Ministero degli affari esteri in caso di soccombenza e a riconoscere il risarcimento del danno a chi aveva visto il proprio diritto ingiustamente disatteso.

Ai sensi degli artt. 91, co. 1, e 92, co. 2, c.p.c., «il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte», potendo compensare le spese, parzialmente o per interno, solo «se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti», o ancora «qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni»[100].

Questo significa che, oltre a dover sempre motivare la decisione di compensare le spese, il giudice potrà procedervi in ipotesi ben precise o comunque straordinarie, tale non potendo essere considerata, ad esempio, la contumacia[101]. Più in generale, nel procedimento civile, la soccombenza «rappresenta un'applicazione del principio di causalità, in base al quale non è esente da onere delle spese la parte che, con il suo comportamento, abbia provocato la necessità del processo, a prescindere dalle ragioni – di merito o processuali – che abbiano determinato la soccombenza stessa»[102].

L'applicazione dell'istituto stenta però a farsi largo nella materia in oggetto, come dimostrano alcune delle pronunce citate nei paragrafi precedenti[103], che pure hanno accolto

100. La Corte costituzionale è intervenuta con la sent. n. 77 del 19.4.2018, dichiarando l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 92 c.p.c. «nel testo modificato dall'art. 13, co. 1, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito, con modificazioni, nella legge 10 novembre 2014, n. 162, nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni».

101. «La contumacia non esclude l'applicazione, con riferimento al regime delle spese, del principio della soccombenza» (Trib. Napoli, sez. V, sent. n. 1771 del 20.2.2018).

102. Trib. Roma, Sez. XII, 18.1.2016, n. 886.

103. Si vedano, ad esempio, quelle emesse dal Tribunale di Bari di cui alla nota n. 92, che ritengono debba prescindersi da una condanna alle spese perché «questa verrebbe a cadere su un'amministrazione dello Stato in favore di quest'ultimo», stante l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato del ricorrente.

i ricorsi promossi avverso i dinieghi di visto emessi dalle autorità consolari, talvolta con argomentazioni particolarmente articolate e pertinenti.

È certamente questo il caso della più volte citata sentenza del Tribunale di Udine del 25.9.2015[104], che, in punto spese, ha ritenuto sussistenti gravi motivi per disporne l'integrale compensazione tra le parti, «attesa la novità e la complessità della materia involgenti notevoli problematiche di diritto comunitario, nonché la necessità per la convenuta di ottenere una pronuncia esplicativa dell'indirizzo del Tribunale nei casi in esame».

Era però il 2015 ed ancora mancava un netto pronunciamento in materia da parte della Corte di Cassazione: oggi le considerazioni appena citate non potrebbero trovare spazio ulteriore.

Diversa è l'ipotesi espressamente prevista della compensazione delle spese dettata dalla soccombenza reciproca, che si verifica, ad esempio, qualora il giudice, pur disponendo il rilascio del visto d'ingresso in favore del ricorrente, ne respinge però la domanda di risarcimento del danno[105].

In questi casi, a venire contestata è generalmente la mancata prova del danno subito, «danno che, seppur dimostrabile anche in via presuntiva, non può ritenersi provato *in re ipsa*»[106].

In realtà, già dall'impossibilità protratta nel tempo di iniziare la vita coniugale deriva un pregiudizio per la coppia, che è diretta conseguenza dell'operato della PA e che può essere presuntivamente individuato nella mancanza di un supporto stabile, affettivo ed economico[107]. Inoltre, è lo stesso rango costituzionale del diritto leso (diritto alla vita familiare) a determinare l'obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale, purché determinato da fatto illecito o da inadempimento contrattuale[108]: a partire da tale principio il Tribunale di Torino, con una ordinanza del 3.3.2015[109], condannava al risarcimento del danno la PA, negando che fosse incorsa in un errore scusabile, poiché «l'atteggiamento improntato al mero silenzio non può che essere ritenuto colpevole».

Si ritiene dunque necessario stigmatizzare, laddove ve ne siano i presupposti e con gli strumenti processuali idonei, la negligenza e l'imperizia insite nell'operato delle autorità

104. Si vedano la nota n. 18 e le pagine 10 e 26.

105. Trib. Venezia, ordinanza del 29.4.2015, cit; Trib. Roma, ordinanza del 4.5.2017, cit.: entrambe escludono il risarcimento per la mancata prova di un danno effettivo. Il Tribunale di Torino, con la già citata ordinanza dell'11.3.2015, rigetta invece la domanda di parte ricorrente non rilevando nel comportamento della PA una condotta antigiuridica, dolosa o colposa, ma imputandole soltanto l'applicazione erronea della disciplina esistente.

106. Trib. Venezia, ordinanza del 29.4.2015, cit.

107. Corte d'appello di Bari, sentenza del 4.4.2013, n. 256, in questa *Rivista*, n. 4.2013, p. 157.

108. Sezioni Unite Civili, 11.11.2008, n. 26972.

109. Trib. Torino, ordinanza del 3.3.2015, est. Martinat, in questa *Rivista*, n. 1.2015, p. 155.

consolari, in particolare in caso di provvedimenti standardizzati, privi di una completa istruttoria e connotati da un rinnovato pregiudizio in merito ai matrimoni combinati, in ossequio ai principi di buon andamento e imparzialità che devono ispirare l'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI UMANITARI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 4455/2018

di Eugenio Castronuovo

Abstract: *Il permesso per motivi umanitari rappresentava uno dei tre istituti coi quali era data attuazione all'asilo costituzionale previsto dall'art. 10, co. 3 Cost., con il quale condivideva il carattere di norma aperta e atipica. Dopo una breve ricognizione dei principali obblighi costituzionali e internazionali ai quali corrispondono i motivi umanitari di cui all'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998 (ora abrogato), il presente saggio approfondisce la recente pronuncia n. 4455/2018 della Corte di Cassazione, nella quale, riaffermata la centralità della situazione dello straniero nel Paese d'origine, è affrontato il tema controverso della rilevanza dell'integrazione sociale in Italia. L'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) consente di mettere in luce affinità e divergenze rispetto alle argomentazioni sviluppate nella sentenza della Cassazione. La trattazione si conclude con alcune riflessioni sui recenti sviluppi politici che stanno interessando la protezione umanitaria, le cui elevate percentuali di riconoscimento non sono in linea con l'indirizzo restrittivo sostenuto dall'attuale Esecutivo in materia d'immigrazione: dall'appello al rigore istruttorio contenuto nella circolare Salvini all'approvazione del decreto legge 4.10.2018 n. 113 di abrogazione del permesso per motivi umanitari, in uno scenario in continua evoluzione che mette a rischio la tenuta del sistema asilo imperniato sull'art. 10, co. 3 Cost.*

Abstract: *The permit for humanitarian reasons was one of the three institutions with which was implemented the right to asylum according to art. 10.3 of the Constitution. It had an open and atypical character. After a brief analysis of the main constitutional and international obligations from which arise humanitarian reasons according to art. 5.6 d.lgs. 286/1998 (now repealed), the article deepens the recent judgment n. 4455/2018 of the Corte di Cassazione (Supreme Court), that reaffirmed the centrality of the situation of the foreigner in the country of origin and addressed the controversial issue of the relevance of social integration in Italy. The examination of European Court of human rights'case-law concerning the right to respect for private and family life (Article 8 ECHR) makes it possible to highlight affinities and divergences with respect to the arguments developed in the Cassazione's ruling. The article concludes with some reflections on recent political developments that are affecting humanitarian protection, whose high levels of recognition are not consistent with the current Executive's restrictive attitude on immigration: from the Salvini's circular, with its appeal to the rigorous assessment of all the requirements, to the approval of decree 4.10.2018 n. 113 that repeal the permit for humanitarian reasons, in a scenario in continuous evolution that puts at risk the resilience of the asylum system based on art. 10.3 Cost.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI UMANITARI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 4455/2018

di Eugenio Castronuovo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso concreto che ha dato origine alla pronuncia. – 3. I punti fermi della protezione umanitaria. – 4. I presupposti della protezione umanitaria. – 5. Il carattere innovativo della sentenza: la rilevanza giuridica della situazione di povertà o di instabilità socio-politica del Paese d'origine, e dell'integrazione in Italia. – 6. La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare degli stranieri. – 6.1. Le nozioni "vita privata" e di *settled migrant*. – 6.2. L'estensione della giurisprudenza sull'art. 8 CEDU ai migranti non stabiliti. – 7. Le criticità della pronuncia della Corte di Cassazione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. – 8. La protezione umanitaria nelle mani del Governo Conte dalla circolare Salvini al decreto-legge 4.10.2018 n. 113 che sopprime il permesso di soggiorno per motivi umanitari: verso il ritorno all'accertamento giudiziario del diritto di asilo?

1. Introduzione

Con la sentenza n. 4455 del 23.2.2018[1], la Corte di Cassazione ha riepilogato le caratteristiche generali del permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex* art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998 (ora abrogato), come definite da giurisprudenza e dottrina antecedenti, e ha individuato, in via esemplificativa, tutta una serie di fattispecie che potevano sussumersi sotto tale disposizione.

Ma il valore della pronuncia in esame non è meramente ricognitivo, poiché la Corte affronta e cerca di risolvere diverse questioni che avevano dato luogo a contrasti nella giurisprudenza di merito.

Il criterio centrale da seguire nelle decisioni in tema di protezione umanitaria viene identificato nell'indagine sulla situazione dello straniero nel Paese d'origine, sul piano soggettivo e oggettivo, sotto al profilo del godimento dei diritti umani fondamentali.

2. Il caso concreto che ha dato origine alla pronuncia

Il giudizio definito con la pronuncia in esame è stato promosso dal Ministero dell'interno avverso la sentenza della Corte d'appello di Bari n. 1238/2016 con cui, in riforma dell'ordinanza del Tribunale della medesima città, era stata concessa la protezione umanitaria ad un cittadino del Gambia.

* Avvocato del foro di Monza. Socio ASGI.

1. Testo integrale della sentenza in *Il Foro italiano*, 2018, c. p. 1657 ss.

Quest'ultimo, giunto in Italia, aveva proposto domanda di protezione internazionale, e nelle more della procedura amministrativa, e poi di quella giurisdizionale, aveva intrapreso un positivo percorso di integrazione sociale, conseguendo un rapporto di lavoro adeguatamente retribuito.

Questo risultato era stato valorizzato nella decisione della Corte d'appello, insieme alla considerazione delle gravi carenze del Gambia per quel che concerne la tutela dei diritti umani.

Il ricorso del Ministero dell'interno avverso la suddetta pronuncia ha censurato, come vedremo con successo, due aspetti: il peso determinante del fattore dell'integrazione e la genericità della valutazione inerente il Paese d'origine.

3. I punti fermi della protezione umanitaria

Come già accennato, la pronuncia in commento espone i tratti salienti dell'istituto di cui all'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998 (ora abrogato), molti dei quali già consolidati nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ripercorro brevemente.

In primo luogo, il permesso per motivi umanitari contribuiva a dare piena attuazione nell'ordinamento all'asilo costituzionale sancito dall'art. 10, co. 3 Cost., insieme agli istituti tipici di derivazione comunitaria del rifugio politico e della protezione sussidiaria[2].

Pur non avendo un esplicito fondamento nell'obbligo di adeguamento a norme internazionali o europee, la protezione umanitaria è richiamata dalla cd. direttiva rimpatri (2008/115/CE), la quale, nel regolamentare il potere degli Stati membri di espellere dal proprio territorio i cittadini di Paesi terzi, ha fatto salva la facoltà di rilasciare un titolo di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura[3].

Tutte e tre le forme di protezione (rifugio politico, protezione sussidiaria e protezione umanitaria, quest'ultima prima della sua recente abrogazione) integrano un diritto soggettivo dello straniero azionabile davanti al giudice ordinario[4].

L'ambito di applicazione del permesso umanitario rispetto agli altri due istituti si distingueva per la residualità[5], sancita dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, e per l'atipicità[6] dei presupposti, che costituivano un catalogo aperto.

---

2. Cass. n. 10686/2012, n. 16362/2016, n. 28015/2017; Cfr. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 3; Cfr. in senso difforme M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2010, p. 36 ss., e N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 28 ss.

3. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che tali forme di protezione devono essere sempre compatibili con quelle previste dalle direttive comunitarie, e devono rispondere ad una *ratio* diversa in modo che non si confondano i rispettivi ambiti di applicazione (cfr. CJ 9-11-10, *B. e D.*, C-57/09).

4. Cass. SU, ord. n. 19393/2009; Cass. SU, n. 5059/2017.

La *ratio* della protezione umanitaria era quella di tutelare lo straniero (o l'apolide) che si trovi in una condizione di vulnerabilità, vale a dire che sia portatore di un'esigenza qualificabile come umanitaria, afferente cioè la tutela dei diritti umani fondamentali sanciti dalla Costituzione e dal diritto internazionale[7].

La vulnerabilità è stata tipizzata, con valore non esaustivo, nelle disposizioni che impongono un divieto di respingimento, espulsione o estradizione dello straniero che abbia il fondato timore di subire, nel Paese d'origine, atti di persecuzione per ragioni di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (art. 19, co. 1 d.lgs. n. 286/1998), o atti di tortura (art. 19, co. 1.1., d.lgs. n. 286/1998).

L'art. 19, co. 1.1 cit., introdotto dall'art. 3, co. 1 l. n. 110/2017, si rifà all'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e individua nella violazione sistematica e grave dei diritti umani un indice di rilevazione del rischio di subire atti di tortura nel Paese di rinvio.

Sul piano procedurale, il permesso di soggiorno per motivi umanitari poteva essere riconosciuto a seguito della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale, laddove la Commissione territoriale avesse rigettato la domanda per quanto concerne lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, ritenendo comunque che sussistessero gravi motivi di carattere umanitario tali da non consentire il rimpatrio (art. 32, co. 3 d.lgs. n. 25/2008, ora modificato).

Nondimeno, la procedura per il riconoscimento della protezione internazionale non esauriva l'ambito di applicazione dell'art. 5, co. 6 TU, che comprendeva altresì la possibilità per lo straniero di chiedere direttamente al questore il rilascio del permesso umanitario, allegando documentazione comprovante oggettive e gravi situazioni personali ostative all'allontanamento dal territorio nazionale (art. 11, co. 1, lett. c)-*ter*, d.p.r. n. 394/99, ora abrogato).

Il permesso per motivi umanitari apprestava tutela a situazioni tendenzialmente transitorie e in divenire[8], come si evince dal fatto che il medesimo aveva una durata

5. Cass. SU, n. 11535/2009, n. 4130/2011, n. 4139/2011, n. 4189/2011, n. 3491/2012, n. 24544/2011, n. 10686/2012, n. 26887/2013.

6. Cass. civ., n. 26566/2013, n. 15466/2014.

7. Cfr. Corte cost. n. 388/1999; Cass. SU, n. 19393/2009.

8. Cass. SU, n. 11535/2009, n. 4130/2011, n. 4139/2011, n. 4189/2011, n. 3491/2012, n. 24544/2011, n. 10686/2012, n. 26887/2013. Il principio della temporaneità della protezione umanitaria ha suscitato forti perplessità in parte della dottrina, che ha evidenziato come la norma non offrirebbe alcun elemento o argomento per giustificare tale assunto, e come l'asilo costituzionale, di cui l'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 costituisce una delle forme di attuazione, esiga un soggiorno per un tempo massimo non preliminarmente definibile perché collegato ad eventi futuri ed incerti indipendenti dallo straniero e dallo Stato ospitante. Cfr. in proposito N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 11 e ss., e P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di Chiara Favilli, Padova, Cedam, 2011, p. 2.

inferiore rispetto alle altre due forme di protezione (due anni, come prevedeva l'art. 14, co. 4, d.p.r. 21/2015) e non costituiva titolo per il conseguimento del permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti (art. 9, co. 3, lett. b), d.lgs. 286/1998, nella versione precedente alla modifica intervenuta col d.l. 4.10.2018, n. 113).

Al fine di verificare se sussisteva un diritto al rilascio del permesso umanitario, era ineludibile effettuare una rigorosa indagine sia sulla situazione oggettiva del Paese d'origine, sia sulla condizione personale dello straniero in quel contesto; in relazione a quest'ultimo aspetto, occorreva dunque ricostruire il più possibile la vicenda personale dello straniero, e i motivi che lo hanno spinto all'emigrazione[9].

4. I presupposti della protezione umanitaria

La sentenza in commento non contiene un'analisi generale dei presupposti della protezione umanitaria, tuttavia è utile nella presente trattazione sintetizzarne gli elementi principali.

Ai sensi dell'art. 5, co. 6 d. lgs. n. 286/1998, nella formulazione precedente all'entrata in vigore del d.l. 4.10.2018, n. 113, il permesso per motivi umanitari era rilasciato allorché sussistessero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

Si è osservato in dottrina che l'utilizzo della particella disgiuntiva determini inequivocabilmente la distinzione e l'autonomia dei tre tipi di presupposti; si sono d'altro canto denunciate da un lato la difficoltà di distinguere i motivi umanitari dagli obblighi costituzionali e internazionali, poiché questi ultimi consistono per lo più nella tutela dei diritti umani fondamentali, e dall'altro la necessità di evitare un approccio di natura caritatevole nell'identificazione dei motivi umanitari, poiché sarebbe per natura soggettivo e quindi potenzialmente arbitrario[10].

Queste considerazioni, unite all'esigenza di porre rimedio all'eccessiva discrezionalità e alla difformità delle decisioni amministrative e giudiziarie in materia, inducono a propendere per un'interpretazione unificante dei presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU (vecchia formulazione), fondata sulla tutela dei diritti umani fondamentali[11].

La soluzione esposta pare più rispettosa della riserva di legge imposta dall'art. 10, co. 2 Cost. per quanto attiene la disciplina della condizione giuridica dello straniero, considerato che la categoria dei seri motivi umanitari, se concepita in termini di autonomia

9. Cfr. Cass. n. 26887/2013; Cass. n. 359/2013; Cass. n. 15756/2013.

10. Cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 14.

11. Ciò trova conforto nei principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità: cfr. Corte cost. n. 388/1999; Cass. SU, n. 19392/2009.

rispetto agli obblighi costituzionali o internazionali, lascerebbe un eccessivo margine di apprezzamento alla pubblica amministrazione[12].

Si svolgerà dunque una breve rassegna dei principali diritti fondamentali della persona umana che, facendo sorgere in capo allo Stato degli obblighi di natura costituzionale e/o internazionale, potevano giustificare il rilascio allo straniero del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

In proposito, occorre premettere che, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, lo straniero è titolare dei diritti inviolabili sanciti nella Costituzione, in forza dell'art. 2 Cost. che li riconosce all'uomo e non al cittadino e che spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani», sicché la «condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi» (Corte cost., sent. n. 249/2010)[13].

Vengono in primo luogo in rilievo il diritto alla vita e all'integrità personale, e il diritto a non subire atti di tortura o trattamenti inumani o degradanti[14].

Il diritto alla vita implica il divieto di essere privato della vita, anche in esecuzione di una condanna emanata da una pubblica autorità, espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale come assoluto ed inderogabile e quindi ostativo all'estradizione dello straniero per reati che la legge dello Stato estero consenta di punire anche con la pena di morte (sent. n. 223/1996).

Il divieto assoluto della pena di morte si è imposto anche all'interno del Consiglio d'Europa con l'adozione del Protocollo n. 13 alla CEDU, ratificato dall'Italia con legge 15.10.2008, n. 179.

Tuttavia, è stato l'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ad avere un ruolo preminente nel limitare l'indiscusso potere degli Stati in materia di immigrazione per effetto dell'esigenza di considerare i rischi cui lo straniero sarebbe esposto nel Paese di rinvio.

---

12. Cfr. P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004, p. 1163. L'autore, riferendosi all'art. 20, d.lgs. n. 286/1998, il quale analogamente all'art. 5, co. 6 d.lgs. n 286/1998 menziona «*rilevanti esigenze umanitarie*», afferma che la vaghezza della disposizione elude la riserva di legge *ex* art. 10, co. 2 Cost.

13. Cfr. P. Bonetti, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e le discriminazioni*, Sasso Marconi, 2011, p. 2, in http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/_materiali_seminario_sassomarconi_sett_2011_bonetti.pdf; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Napoli, Jovene, 2012.

14. Art. 27 Cost.; artt. 2 e 3 CEDU; artt. 6 e 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 3 Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; artt. 2, 3, 4 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A partire dalla fondamentale pronuncia della Corte EDU nel caso *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, il principio di *non refoulement* proprio del diritto dei rifugiati[15] ha conosciuto una progressiva espansione[16] quale limite invalicabile al potere statale di allontanamento dello straniero, valido ed efficace in ogni caso in cui è accertato un serio rischio di subire i trattamenti vietati nel Paese di rinvio, a prescindere dalla presentazione di una domanda di protezione internazionale e dall'esistenza del *fumus persecutionis* definito dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

L'obbligo internazionale derivante dall'art. 3 CEDU era di primaria importanza ai fini del rilascio del permesso per motivi umanitari, dal momento che opera in termini assoluti e non può essere derogato neppure se la condotta dello straniero pone una minaccia per la sicurezza o per l'ordine pubblico dello Stato[17].

Ne discende che, anche qualora la domanda di protezione internazionale dello straniero sia respinta in applicazione di una causa di esclusione o di diniego oppure la protezione già riconosciuta sia revocata in forza di una causa di revoca (norme che sanzionano chi abbia commesso o sia fortemente sospettato di aver commesso fatti penalmente rilevanti in forza del diritto interno o internazionale, o contrari ai principi e alle finalità delle Nazioni Unite, in attuazione dell'art. 33, co. 2 Conv. di Ginevra del 1951), lo Stato non potrà comunque espellere lo straniero se, sulla base di un'indagine oggettiva riguardante sia la condizione personale dell'interessato sia la situazione del Paese di rinvio, ravvisi seri motivi per ritenere che lo straniero sarà sottoposto in quel Paese a maltrattamenti vietati.

Un ulteriore diritto fondamentale rilevante ai fini che qui interessano è quello al rispetto della vita privata e familiare.

Per quanto riguarda la protezione della famiglia, la Corte costituzionale ha sostenuto che il diritto all'unità familiare, di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost., rappresenta un valore fondamentale della persona, che perciò spetta in via di principio anche agli stranieri, con la conseguenza che la relativa normativa deve ispirarsi alla necessità di realizzare un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale[18].

L'unità della famiglia trova tutela anche in diversi Trattati internazionali ratificati dall'Italia, come la CEDU (art. 8), il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (artt. 17, 23 e 24), e nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

15. Art. 33 Conv. di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951.

16. Cfr. V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, n. 4.2012, p. 61.

17. Corte EDU, sent. 15-11-1996, *Chahal c. Regno Unito*; Corte EDU, sent. 28.2.2008, *Saadi c. Italia*.

18. Corte cost., sent. nn. 28/1995 e 203/1997; Cfr. P. Bonetti, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e le discriminazioni*, cit., p. 17 ss.; P. Bonetti, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori*, in B. Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 861 ss.

In questo quadro, si è sostenuto che il diritto all'unità familiare dello straniero riceva adeguata tutela nel d.lgs. 286/1998, con gli artt. 28, 29, 30 e 31, nonché con l'art. 5, co. 5 che impone un'adeguata ponderazione dei provvedimenti che incidono sul diritto al soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o che è stato ricongiunto[19].

Tuttavia deve considerarsi che la nozione di famiglia fatta propria dalla Corte EDU non coincide necessariamente con la cd. famiglia "nucleare" o con la famiglia fondata sul matrimonio, potendo comprendere anche persone non legate da vincoli giuridici o genetici, a condizione che detti vincoli non siano meramente affettivi e siano dimostrati da circostanze di fatto, come la coabitazione[20].

Alla luce di ciò, il permesso per motivi umanitari poteva in linea di principio essere rilasciato allo straniero che non avesse i requisiti per ottenere un permesso per motivi familiari, ma che ciò nonostante beneficiasse della tutela offerta dall'art. 8 CEDU.

In tema di allontanamento di stranieri, l'art. 8 CEDU è stato valorizzato dalla Corte di Strasburgo anche in assenza di legami familiari, come diritto al rispetto della vita privata, come si approfondirà nei prossimi paragrafi.

Una delle fattispecie tipiche di vulnerabilità meritevole di protezione era quella avente ad oggetto il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost.. In siffatta ipotesi, il permesso umanitario apprestava tutela allo straniero esposto ad un pregiudizio grave ed irreparabile in caso di interruzione del trattamento sanitario e di rimpatrio, laddove nel Paese d'origine non fossero assicurate delle cure adeguate[21].

In relazione alla categoria dei diritti economico-sociali, secondo parte della dottrina il mancato godimento nel proprio Paese dei diritti costituzionali di prestazione in materia sociale (per esempio i diritti connessi alla cd. sicurezza sociale, art. 38 Cost.) non può essere invocato dallo straniero per farsi riconoscere l'asilo di cui all'art. 10, co. 3 Cost., trattandosi di diritti la cui realizzazione è lasciata alla discrezionalità del legislatore che può implementarli in modo graduale[22].

Di segno contrario è però la crescente attenzione prestata allo *status* del migrante irregolare: malgrado il potere sovrano dello Stato di controllare le frontiere e l'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale, e quindi di esercitare un necessario controllo

19. Cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., pp. 26-27.

20. Cfr. Corte EDU, 20.6.2002, *Al-Nashif*, n. 50963/99; Corte EDU, 13.6.1979, *Marckx,* n. 6833/74, in cui il rapporto fra un minore e il nonno è stato reputato rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU; Cfr. P. Boeles, *European Migration Law*, 2009.

21. Cfr. Trib. Prato 21.12.2013, in questa *Rivista*, n. 1.2014; Trib. Milano 10.2.2014; Trib. Firenze 13.6.2016; Trib. Firenze 14.6.2017, in questa *Rivista*, n. 1.2018; Corte cost. 252/2001.

22. Cfr. P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, cit., pp. 39-40.

sull'immigrazione, viene sempre più affermandosi, anche nel campo economico-sociale, il riconoscimento di un nucleo indefettibile di diritti che non possono essere "compressi" dallo Stato per finalità di politica migratoria[23].

Parte della dottrina[24] non condivideva dunque l'esclusione *a priori* dei diritti economico-sociali dall'insieme dei (possibili) presupposti della protezione umanitaria, specie con riguardo a situazioni di povertà estrema, evidenziando che tale opzione sarebbe in contraddizione con l'universalità, l'indissociabilità, l'interdipendenza e la stretta connessione di tutti i diritti dell'uomo, affermate nella Dichiarazione adottata a conclusione della Conferenza mondiale sui diritti dell'uomo (Vienna, 25 giugno 1993), nonché con i Principi Guida delle Nazioni Unite su povertà estrema e diritti umani, in cui si mettono in risalto le drammatiche ripercussioni dell'indigenza sul valore della dignità umana.

In proposito tra gli obblighi internazionali rilevanti si deve ricordare anche l'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che prevede il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la sua famiglia, che includa alimentazione, vestiario ed alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita e il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, e al fine di assicurare questi diritti impegna tutti gli Stati a cooperare e in particolare ad aiutare gli Stati in via di sviluppo. Su tali presupposti perciò alcuni giudici hanno fatto rilasciare il permesso per motivi umanitari ai cittadini di Paesi nei quali una situazione attuale di grave calamità naturale o di carestia o grave emergenza alimentare certificata dagli organismi internazionali (p.es. FAO e PAM) spiegava la fuga dal Paese o comunque avrebbe messo in concreto pericolo la vita e la sicurezza alimentare della persona in caso di rientro, costituendo pure una violazione del diritto alla vita o un trattamento inumano vietati dagli artt. 2 e 3 CEDU, affermando che il rimpatrio provocherebbe la violazione certa degli obblighi, ponendo il ricorrente in una situazione di estrema difficoltà economica e sociale e sostanzialmente imponendogli condizioni di vita del tutto inadeguate, in spregio agli obblighi di solidarietà di fonte nazionale ed internazionale.

Proseguendo l'analisi, fra le libertà democratiche che danno forma al diritto di asilo costituzionale sono da ritenersi incluse la libertà personale (art. 13 Cost. – Corte cost. 222/2004), il diritto a non subire discriminazioni (art. 3 Cost.), il diritto a non essere estradato per reati politici (art. 10, co. 4 Cost.), la libertà di religione (art. 19 Cost.), la

23. Cfr. B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2013; a favore di tale orientamento si è espressa la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, nel parere consultivo del 17.9.2003, OC-18/03, in *Inter-American Court of Human Rights*, 2005, serie B, n. 18; Corte interamericana dei diritti dell'uomo 23.11.2010, *Vélez Loor c. Panama*, 2010, serie C, n. 218.

24. Cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 24 e ss.

libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost. – Corte cost. 168/1971), il diritto di agire in giudizio per tutelare i propri diritti e a difendersi in ogni stato e grado del giudizio (art. 24 Cost. – Corte cost. 276/2008), i diritti di avere un giudice naturale precostituito per legge e di essere punito soltanto in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 Cost.), il diritto di ricevere nel processo penale informazioni sulle accuse a proprio carico e di difendersi di fronte ad un giudice terzo ed imparziale in condizioni di parità e nel contraddittorio con l'accusa (art. 111 Cost.)[25].

Diritti e libertà che trovano riconoscimento anche nei principali Trattati di diritto internazionale, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[26].

5. Il carattere innovativo della sentenza: la rilevanza giuridica della situazione di povertà o di instabilità socio-politica del Paese d'origine, e dell'integrazione in Italia

Venendo ora ad esaminare le parti della sentenza che presentano profili di innovazione, occorre in primo luogo sottolineare che, secondo la Corte, la funzione essenziale della protezione umanitaria era quella di evitare che lo straniero, a causa del rimpatrio, fosse immesso in un contesto fortemente a rischio per quanto concerne la garanzia del nucleo ineliminabile dei diritti della persona.

Viene illustrata, in via esemplificativa, una sequenza di fattispecie sintomatiche di quel rischio e, perciò, della vulnerabilità, fra cui:

la mancanza delle condizioni minime per poter soddisfare i bisogni primari, fra cui quelli strettamente connessi al proprio sostentamento, derivante da fattori economici o ambientali (siccità, carestie, povertà inemendabile);

una situazione d'instabilità politico-sociale tale da pregiudicare in modo serio la sicurezza personale, o da esporre il soggetto a trattamenti discriminatori, ove non sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria o dello *status* di rifugiato.

Un primo elemento innovativo è rappresentato dal riconoscimento di autonoma rilevanza giuridica, ai fini del rilascio del permesso umanitario, alla condizione di estrema povertà dello straniero nel Paese d'origine, poiché tale condizione compromette in modo

25. Cfr. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit., p. 15 ss.

26. In proposito si deve segnalare l'orientamento restrittivo assunto dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale nell'ammettere limitazioni alle prerogative statali in materia di immigrazione in nome della tutela di uno dei diritti sopra indicati. Cfr. Corte EDU, 28.2.2006, ricorso n. 27034/05, *Z. e T. c. Regno Unito*; Corte cost. n. 252/2001; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 7.

radicale il «raggiungimento degli standards minimi per un'esistenza dignitosa»[27] ed è quindi incompatibile col rispetto dell'art. 2 Cost..

Invero alla stregua del precedente indirizzo della Corte di Cassazione, la situazione di indigenza dello straniero non costituiva di per sé un motivo rilevante ai sensi dell'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998, necessitando invece che tale condizione fosse l'effetto della grave violazione del diritto alla vita, o del diritto a non subire torture e trattamenti inumani o degradanti o del diritto a non essere ridotto in schiavitù (artt. 2, 3 e 4 CEDU), subita dall'interessato nel Paese di provenienza ad opera di soggetti statali o privati[28].

Un ulteriore mutamento nella giurisprudenza di legittimità è ravvisabile nell'affermazione per cui l'instabilità politico-sociale del Paese d'origine può integrare una situazione di vulnerabilità dello straniero e rendere perciò doveroso il rilascio del permesso umanitario[29].

La rilevanza attribuita alla povertà e all'instabilità politica del Paese d'origine è coerente con un'interpretazione estensiva dell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 (vecchia formulazione), quale clausola generale di sistema posta a salvaguardia non solo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione ma dei diritti umani in generale, compresi i diritti sociali alla salute, al lavoro, all'istruzione e all'educazione[30].

Deve precisarsi tuttavia come la Corte di Cassazione rimarchi in modo particolare la necessità che l'indagine sulla situazione del richiedente non si esaurisca in un richiamo astratto e generico di informazioni sul Paese di provenienza, come avvenuto nel caso sottoposto al suo scrutinio, ma comprenda anche la posizione individuale e concreta dell'interessato in quello specifico scenario.

In sede giurisdizionale tale accertamento, rammenta la Corte, è condotto nel quadro della particolare disciplina della fase istruttoria tipica del contenzioso in materia di protezione internazionale, caratterizzata da un onere della prova attenuato in capo allo straniero, da un potere/dovere di cooperazione del giudice, e da un criterio decisionale incardinato sulla valutazione della credibilità (interna ed esterna) del racconto dello straniero alla stregua dei parametri di cui all'art. 3 d.lgs. 251/2007.

Ma la parte più innovativa della pronuncia in commento è quella riguardante il ruolo dell'integrazione sociale in Italia dello straniero, più volte ritenuta inconferente nella

27. Cfr. Cass. n. 4455/2018.

28. Cfr. Cass. n. 28015/2017; Cass. n. 26641/2016; Cfr. inoltre N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 23.

29. Cfr. in senso contrario Cass. n. 7492/2012.

30. Cfr. il commento di R. Simone alla sentenza in *Il Foro italiano*, cit., c. pp. 1665-1666.

precedente giurisprudenza di legittimità[31] a fronte dei contrastanti orientamenti emersi nella giurisprudenza di merito[32].

Ebbene, la Suprema Corte giunge a riconoscere degli effetti giuridici al suddetto fattore, individuando quali referenti normativi (certamente compresi nel catalogo aperto *ex* art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998) l'art. 2 Cost. sui diritti inviolabili della persona, e l'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, così come declinato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con i limiti che si precisano.

Anzitutto, la Corte esclude che l'inserimento sociale, considerato isolatamente, potesse da solo rendere doveroso il rilascio del permesso umanitario.

Ciò discende dalla già descritta *ratio* dell'istituto, che esigeva ineludibilmente l'esame della vicenda personale dello straniero all'interno del suo Paese di provenienza, allo scopo di valutare, con giudizio prognostico, le probabili ripercussioni dell'eventuale rimpatrio sull'esercizio del nucleo minimo dei diritti umani.

In questo quadro, la situazione dello straniero in Italia doveva essere comparata con quella nel Paese d'origine: se da tale giudizio comparativo risultava «un'effettiva e incolmabile sproporzione» fra i livelli di godimento dei diritti indispensabili per una vita dignitosa, potevano riscontrarsi i seri motivi umanitari di cui all'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998 (vecchia formulazione).

In altri termini, l'integrazione sociale si connotava quale fattore di rilievo concorrente, che doveva appunto necessariamente concorrere con la compromissione dei diritti umani nel Paese d'origine, al di sotto della soglia inviolabile garantita dall'art. 2 della Costituzione.

Il parametro normativo di riferimento era la dignità della persona, pertanto non era sufficiente che lo straniero prefigurasse un mero peggioramento della propria qualità di vita in caso di ritorno nel contesto di provenienza.

6. La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare degli stranieri

Nella sentenza in esame della Corte di Cassazione, come sopra accennato, il fondamento normativo al quale è ancorato il significato giuridico dell'integrazione nelle decisioni in materia di protezione umanitaria è il diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto dall'art. 8 CEDU, combinato insieme con la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo prevista dall'art. 2 Cost.

31. Cfr. Cass. n. 25075/2017; Cass. n. 26641/2016.

32. Cfr. Trib. Cagliari, ord. 5.5.2017; Trib. Bari, ord. 4.8.2017; Trib. Torino, ord. 26.8.2017; Trib. Firenze, ord. 10.4.2017; Trib. Bologna, ord. 3.6.2017; Trib. Roma, ord. 24.1.2018.

Si rivela quindi imprescindibile la conoscenza e il confronto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla disposizione citata dell'art. 8 CEDU.

Come si evince già dalla semplice lettura della norma, l'art. 8 CEDU, a differenza dell'art. 3 CEDU, non sancisce un diritto assoluto dell'individuo a non essere allontanato dal territorio di uno Stato contraente.

Specularmente, gli Stati contraenti non sono vincolati dall'art. 8 CEDU a rispettare in via generale la scelta dello straniero di stabilirsi, con o senza la famiglia, all'interno dei propri confini[33].

Tuttavia, nella sua consolidata giurisprudenza la Corte di Strasburgo ha affermato che l'allontanamento dello straniero da parte dello Stato può costituire un'interferenza arbitraria nella sua vita privata o familiare, in contrasto con l'art. 8 CEDU[34].

L'interferenza è considerata legittima a condizione che soddisfi determinati requisiti, che nel singolo caso rappresentano l'oggetto del controllo giurisdizionale in parola[35]:

- l'interferenza deve essere prevista dalla legge dello Stato;

- deve essere giustificata dal perseguimento di uno degli interessi pubblici indicati nel comma 2 dell'art. 8 CEDU;

- deve essere necessaria in una società democratica, ossia sorretta *by a pressing social need* e in particolare proporzionata al legittimo scopo perseguito.

Nell'esaminare la compatibilità con l'art. 8 CEDU del bilanciamento di interessi compiuto dallo Stato, al quale è comunque riconosciuto un certo margine di discrezionalità, la Corte EDU tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto[36].

Una particolare rilevanza è attribuita sia alla durata del soggiorno nello Stato di accoglienza, sia alla solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con quello di provenienza, desunta per esempio dall'aver svolto uno o più lavori, dalla presenza dei familiari e dalla conoscenza della lingua[37].

Le ragioni di ciò vengono ben illustrate dalla Corte EDU: «the rationale behind making the duration of a person's stay in the host country one of the elements to be taken into account lies in the assumption that the longer a person has been residing in a

33. Cfr. *Abdulaziz e altri c. Regno Unito*, Corte EDU 28.5.1985; C. Pitea, *sub* art. 8, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di V. Zagrebelsky, P. De Sena, S. Bartole Padova, Cedam, 2012, p. 345; C. Russo, P.M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 159.

34. Cfr. *Dalia c. Francia*, Corte EDU 19.2.1998; *Mehemi c. Francia*, Corte EDU 26.9.1997.

35. Cfr. *Boultif c. Svizzera*, Corte EDU 2.8.2001.

36. Cfr. *Sisojeva c. Lettonia*, Corte EDU 16.6.2006.

37. Cfr. *Salija c. Svizzera*, Corte EDU 10.1.2017.

particular country, the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with his or her country of nationality will be»[38].

Il significato del cd. *fair balance test* è infatti quello di valutare se l'interesse individuale dello straniero protetto dall'art. 8 CEDU risulti o meno eccessivamente penalizzato a causa dell'allontanamento dallo Stato in cui risiede, e si prendono quindi in considerazione anche le prospettive di vita dell'interessato nel Paese di provenienza: per esempio nel caso in cui l'espulsione provochi la rottura dell'unità familiare, la Corte verifica se gli altri familiari abbiano la possibilità di seguire il soggetto espulso nel Paese d'origine o se viceversa ricorrano difficoltà insormontabili come quelle di tipo linguistico[39].

Di contro, l'interesse dello Stato ad applicare la propria normativa in materia d'immigrazione viene inquadrato nell'obiettivo di salvaguardare il benessere economico interno, e una particolare pregnanza è riconosciuta alle finalità di tutela della sicurezza in relazione a stranieri autori di reati[40].

6.1. Le nozioni di "vita privata" e di "settled migrant"

Nel 2003, con la decisione del caso *Slivenko c. Lettonia*, la Corte di Strasburgo ha per la prima volta dato rilievo all'art. 8 CEDU come limite all'espulsione di uno straniero fondato non sull'esigenza di salvaguardare la vita familiare bensì sulla valorizzazione del grado di integrazione sociale dell'interessato, inteso come «the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being»[41].

L'integrazione sociale dello straniero è dunque una circostanza che gli Stati contraenti devono considerare nel bilanciamento di interessi prescritto dall'art. 8 CEDU.

Tuttavia, non ci si può esimere dal constatare come la Corte di Strasburgo abbia progressivamente elaborato i suddetti principi ermeneutici sull'art. 8 in stretta connessione con la nozione di *settled migrant* o *long term resident*.

Questo viene identificato nello straniero al quale è stato riconosciuto un permesso di soggiorno di natura permanente, ed è di regola (nella giurisprudenza di Strasburgo) un soggetto che è giunto nello Stato ospitante in giovane età, oppure vi è nato e cresciuto (i cd. migranti di seconda generazione).

Secondo l'orientamento iniziale della Corte, l'essere un *settled migrant* costituiva una vera e propria *condicio sine qua non* della configurabilità della vita privata o familiare

38. *Uner c. Olanda*, Corte edu 18.10.2006, par. 58.

39. Cfr. *Boultif c. Svizzera*, Corte EDU, cit.

40. Cfr. *Mokrani c. Francia*, Corte EDU 15.7.2003; *Moustaquim c. Belgio*, Corte EDU 18.2.1991.

41. *Slivenko c. Lettonia*, Corte EDU 9.10.2003, par. 96. Cfr. anche *Pretty c. Regno Unito*, Corte EDU 4.12.2008, par. 66.

protetta dall'art. 8 CEDU: «As Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world....and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity....it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of "private life" within the meaning of Article 8».[42]

Tale interpretazione restrittiva è stata ancor di più esplicitata nel caso *Nnyanzi c. Regno Unito*[43], citato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia in commento, in cui la ricorrente è una richiedente asilo residente nello Stato ospitante da quasi dieci anni e alla quale però è sempre stata negata la protezione per assenza dei relativi presupposti. Di fronte alla lamentata violazione dell'art. 8 CEDU, per avere il Regno Unito ingiustamente leso la vita privata della ricorrente attraverso l'espulsione, la Corte EDU ha in primo luogo escluso che la sig.ra Nnyanzi rientrasse nella categoria dei *settled migrant*, poiché il suo soggiorno era dipeso unicamente dalle reiterate domande di asilo ed era sempre stato precario. Ne discende una conseguenza *tranchant*: è superfluo accertare in concreto se la ricorrente abbia sviluppato una "vita privata" ai sensi dell'art. 8 CEDU, perché «...any private life that the applicant has established during her stay in the United Kingdom when balanced against the legitimate public interest in effective immigration control would not render her removal a disproportioned interference».

In altri termini, se il soggiorno dello straniero non ha basi giuridiche stabili, il bilanciamento di interessi appare perso in partenza per l'individuo, la cui espulsione è sempre una misura necessaria in una società democratica e compatibile con l'art. 8 CEDU.

Per inciso, si osserva che, se la Cassazione avesse applicato i principi ricavabili dal caso appena descritto nella pronuncia in commento, avrebbe dovuto negare la sussistenza di seri motivi umanitari risultanti dall'obbligo di rispettare la vita privata del ricorrente, il quale, si rammenta, era un richiedente asilo presente in Italia da circa tre anni e la cui domanda di protezione era stata respinta.

6.2. L'estensione della giurisprudenza sull'art. 8 CEDU ai migranti non stabiliti

Il rigore dimostrato dalla Corte EDU nel caso *Nnyanzi*, a sostegno della supremazia degli interessi dello Stato nel campo dell'immigrazione, si è però in parte attenuato nella giurisprudenza successiva.

La Corte EDU è infatti giunta ad ammettere delle eccezioni alla regola dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU unicamente a vantaggio dei migranti stabiliti.

42. *Uner c. Olanda*, cit., par. 59.
43. *Nnyanzi c. Regno Unito*, Corte EDU 8.4.2008.

Emblematico di questa evoluzione è stato il caso del 2014 *Jeunesse c. Olanda*[44], in cui la ricorrente era entrata nello Stato resistente con un visto turistico per ricongiungersi al *partner* (cittadino olandese), ed era ivi rimasta oltre la relativa scadenza e nonostante i successivi dinieghi delle autorità olandesi alle sue molteplici istanze di rilascio di un permesso di soggiorno. La sua permanenza illegale si era protratta per sedici anni, durante i quali si era sposata e aveva avuto tre figli. Si era rivolta infine alla Corte EDU affinché fosse accertato il proprio diritto, ai sensi dell'art. 8 CEDU, a non essere espulsa e ad ottenere un'autorizzazione al soggiorno.

La Corte ribadisce nuovamente la fondamentale distinzione, fattuale e giuridica, fra *settled migrant* e stranieri che chiedono di essere ammessi in uno Stato: la ricorrente appartiene alla seconda categoria, sicché i criteri elaborati nella giurisprudenza relativa all'art. 8 CEDU non possono essere automaticamente applicati al suo caso.

D'altro canto la Corte riconosce che quando uno Stato contraente tollera la presenza di uno straniero nel proprio territorio, in tal modo autorizzandolo ad attendere l'esito della richiesta di permesso di soggiorno, dell'appello contro il diniego o di una nuova istanza di rilascio, il predetto Stato consente allo straniero «to take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there»[45].

La Corte si affretta ad escludere che, laddove poi lo straniero formi effettivamente una famiglia, lo Stato ospitante, posto di fronte al fatto compiuto, sia perciò automaticamente obbligato *ex* art. 8 CEDU ad autorizzarne il soggiorno.

Non vi è un automatismo ma, ritenuto che l'art. 8 CEDU possa anche essere fonte di obbligazioni positive per gli Stati, sarà necessario esaminare tutte le circostanze del caso concreto per verificare se lo Stato interessato abbia violato l'obbligo (positivo) di rilasciare allo straniero (non *settled migrant*) un permesso di soggiorno al fine di consentirgli di godere della propria vita familiare.

Affermare che dall'art. 8 CEDU possono scaturire obbligazioni positive significa condizionare il potere sovrano degli Stati di decidere chi ammettere all'interno dei propri confini, e la Corte ne è ben consapevole: «...the question to be examined in the present case is whether, having regard to the circumstances as a whole, the Netherlands authorities were under a duty pursuant to Article 8 to grant her a residence permit, thus enabling her to exercise family life on their territory. The instant case concerns not only family life but also immigration»[46].

44. *Jeunesse c. Olanda*, Corte EDU 3.10.2014.
45. *Jeunesse c. Olanda*, cit., par. 103.
46. *Jeunesse c. Olanda*, cit., par. 105.

Ne discende che, sebbene i criteri di valutazione da seguire siano analoghi a quelli già enucleati nell'ambito del *fair balance test*, l'espulsione dello straniero che non sia un migrante stabilito può violare l'art. 8 CEDU solo in circostanze eccezionali.

Nel caso di specie, la Corte giunge a ritenere integrato il suddetto requisito, tenuto conto che: tutti gli altri membri della famiglia della ricorrente (marito e tre figli) erano cittadini olandesi; la ricorrente stessa era stata cittadina olandese e aveva poi perso tale *status* in seguito alla conquista dell'indipendenza da parte del Suriname (e per l'effetto degli accordi fra Olanda e Suriname); la ricorrente ha vissuto in Olanda per sedici anni, e le autorità olandesi hanno tollerato la sua permanenza illegale, benché conoscessero il suo indirizzo di residenza e potessero quindi espellerla; il superiore interesse dei figli minori era quello di rimanere in Olanda, Paese ove erano nati e cresciuti (e di cui erano cittadini), e di conservare il rapporto con la madre, che si prendeva quotidianamente cura di loro, mentre essi non avevano alcun legame col Suriname.

Per tutte queste ragioni, secondo la Corte, il diritto della ricorrente al rispetto della vita familiare merita di prevalere sull'interesse dello Stato al controllo dell'immigrazione.

È evidente l'apertura della Corte di Strasburgo rispetto alla posizione netta espressa nel caso *Nnyanzi*, rilevato che non viene negata *a priori* la possibilità per un migrante non stabilito di rivendicare un diritto al soggiorno fondato sull'art. 8 CEDU, seppur negli stringenti limiti della sussistenza di circostanze eccezionali.

Il caso *Jeunesse c. Olanda* ha avuto ad oggetto il diritto al rispetto della vita familiare, ma gli argomenti ivi utilizzati devono reputarsi validi anche in relazione al diritto al rispetto della vita privata, poiché secondo la consolidata giurisprudenza della Corte entrambe le situazioni giuridiche beneficiano della tutela dell'art. 8 CEDU alla stregua dei medesimi criteri di valutazione[47].

Nel 2015 la Corte EDU ha avuto modo di confermare l'orientamento espresso nel caso *Jeunesse* pronunciandosi su ricorsi promossi da richiedenti asilo[48] contro provvedimenti amministrativi di espulsione, asseritamente contrari all'art. 8 CEDU: «The same applies to cases of asylum seekers whose presence on the territory of a Contracting State is tolerated by the National authorities on their own motion or accepted in compliance with their International obligations»[49]. Nessuna violazione è stata accertata, dopo aver constatato che non ricorrevano circostanze a tal punto eccezionali da far venir meno il margine di apprezzamento garantito agli Stati nel settore dell'immigrazione.

47. Cfr. *Uner c. Olanda*, cit., par. 57-60; *A.A. c. Regno Unito*, Corte EDU 20.9.2011, par. 49.
48. Cfr. *A.S. c. Svizzera*, Corte EDU 30.6.2015; *Z.H. e R.H. c. Svizzera*, Corte EDU 8.12.2015.
49. *Z.H. e R.H. c. Svizzera*, cit., par. 38.

Un'altra importante pronuncia in cui la Corte di Strasburgo ha ribadito il principio dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU anche a vantaggio dei migranti non stabiliti è quella del 2018 relativa al caso *Hoti c. Croazia*[50], in cui il ricorrente lamentava un pregiudizio al diritto al rispetto della vita privata derivante dall'impossibilità di regolarizzare in modo permanente il proprio soggiorno nello Stato ospitante.

Il caso è di grande complessità e specificità, tanto da far affermare alla Corte che, se da un lato il ricorrente non poteva considerarsi un migrante stabilito, dall'altro lato la sua situazione non poteva neppure equipararsi a quella di uno straniero che chieda di essere ammesso in uno Stato.

Egli infatti era nato in Kosovo, che allora faceva parte della Ex-Jugoslavia, da una coppia di rifugiati di origine albanese. Trasferitosi in Croazia, anch'essa rientrante nella Repubblica federale jugoslava, dopo il dissolvimento di quest'ultima aveva continuato a risiedere in Croazia, per alcuni periodi in condizione di irregolarità ma comunque tollerato dalle autorità. Dopo avervi soggiornato per più di quaranta anni, svolgendo vari lavori e senza commettere reati, il ricorrente non era riuscito a farsi riconoscere dallo Stato croato un permesso di natura permanente. A ciò deve aggiungersi lo stato di apolidia del ricorrente.

La Corte, premesso che dovesse senza dubbio riscontrarsi lo sviluppo di una vita privata in Croazia, Paese dove il ricorrente aveva trascorso gran parte della propria vita, giunge ad accertare la violazione dell'art. 8 CEDU nella parte in cui implica l'obbligo positivo per lo Stato di assicurare la tutela effettiva della vita privata per mezzo della concessione di un adeguato titolo di soggiorno.

Il permesso di soggiorno riconosciuto dalla Croazia, di durata annuale e incerto nei presupposti, aveva infatti delle ripercussioni negative sulla vita privata del ricorrente, in particolare sulla possibilità di trovare un impiego.

Ma ciò che ha avuto il maggior peso nella decisione della Corte sono le circostanze eccezionali a causa delle quali il soggiorno del ricorrente era divenuto incerto (ossia la disgregazione della Ex-Jugoslavia), dalle quali si deduce che «the applicant's position cannot simply be considered to be on a par with that of other potential immigrants seeking to regularise their residence status in Croatia»[51], oltre allo *status* di apolide e all'assenza di qualsiasi collegamento con un Paese diverso dalla Croazia.

In conclusione, dalla esaminata giurisprudenza della Corte EDU si possono trarre due ordini di considerazioni.

50. *Hoti c. Croazia*, Corte EDU 26.4.2018.
51. *Hoti c. Croazia*, cit., par. 127.

La portata più significativa dell'art. 8 CEDU si ha nelle fattispecie riguardanti i migranti stabiliti, in particolare quelli che hanno risieduto nel Paese di accoglienza per la totalità o la gran parte dell'infanzia e della giovinezza. In siffatti casi il soggiorno dello straniero può essere interrotto dallo Stato solo per ragioni particolarmente gravi, che sovente si identificano con l'esigenza di salvaguardare la sicurezza della comunità ospitante[52].

Di converso, la vita privata o familiare dello straniero sviluppatasi nell'ambito di un soggiorno privo di basi giuridiche stabili può generalmente subire ingerenze legittime da parte degli Stati contraenti nell'esercizio delle prerogative loro riconosciute nel campo dell'immigrazione, salvo che ricorrano delle circostanze eccezionali idonee a determinare l'obbligo positivo per lo Stato di ammettere lo straniero nel proprio territorio.

7. Le criticità della pronuncia della Corte di Cassazione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU

È utile mettere a confronto la sentenza della Cassazione che qui si commenta e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo fin qui esaminata, allo scopo di verificare se i termini in cui l'integrazione sociale dello straniero è stata valorizzata nell'ambito della protezione umanitaria rispecchino o meno i criteri ermeneutici elaborati dalla Corte europea sull'art. 8 CEDU.

Vi è certamente coerenza nell'assunto per il quale l'inserimento sociale e/o lavorativo dello straniero in Italia non sia di per sé sufficiente a giustificare il rilascio del permesso umanitario. Tale elemento è un indice del fatto che lo straniero abbia instaurato nel Paese ospitante dei legami sociali ed economici tali da integrare il concetto di "vita privata", ma, come si è visto, da questa constatazione di fatto non consegue automaticamente un obbligo per lo Stato, ai sensi dell'art. 8 CEDU, di rispettare la volontà dell'individuo di risiedere sul proprio territorio.

Occorre invero considerare, secondo la Corte EDU, tutte le circostanze rilevanti del caso, prima fra tutte se l'interessato sia o meno uno straniero stabilmente residente (*settled migrant*).

In realtà, nell'ambito della protezione umanitaria, era esclusa l'eventualità che lo straniero appartenesse alla categoria dei migranti stabiliti, ai quali cioè è già stato concesso un permesso di natura permanente, corrispondente nell'ordinamento italiano al permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo previsto dall'art. 9 d.lgs.

52. Cfr. *Maslov c. Austria*, Corte EDU 23.6.2008.

286/1998. In siffatta ipotesi, se espellere lo straniero implicava una violazione dell'art. 8 CEDU, il permesso di soggiorno *ex* art. 9 d.lgs. 286/1998 non doveva essere revocato.

Il permesso umanitario era all'evidenza richiesto da stranieri che aspiravano ad essere ammessi in Italia, e che vi soggiornavano o in base ad un titolo provvisorio (come quello dei richiedenti asilo) o che vi si trovavano in situazione di soggiorno irregolare. Questa tipologia di situazioni, per le particolari implicazioni in tema di politica migratoria, è stata oggetto di una distinta elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte EDU, più restrittiva per l'individuo e orientata a salvaguardare gli interessi statali.

Fatta questa premessa, occorre chiedersi a quali condizioni l'integrazione dello straniero in Italia poteva comportare il diritto al rilascio del permesso umanitario, oppure, in altri termini, quando l'obbligo di rispettare la vita privata dello straniero in conformità all'art. 8 CEDU rendeva doverosa la concessione della protezione umanitaria.

A ben vedere, la sopra indicata questione ha trovato nella sentenza della Suprema Corte una soluzione logico-giuridica strutturata in modo differente rispetto all'impostazione ricavabile dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Per cogliere questo aspetto è utile ragionare sulla distinzione fra migrazioni forzate e migrazioni volontarie. Entrambe rientravano nell'ambito di operatività dell'umanitario, ma sono caratterizzate da un diverso baricentro, costituito per le prime dalla necessità di allontanarsi dal Paese di origine, e per le seconde invece dalla necessità di non essere allontanati dall'Italia[53].

Ebbene, è evidente come la protezione umanitaria fondata sull'art. 8 CEDU avesse come baricentro la necessità di non essere allontanati dall'Italia, divenuta il centro della vita privata o familiare dello straniero. E infatti, nelle pertinenti sentenze della Corte EDU, il primo dei presupposti esaminati è proprio l'effettività della vita privata o familiare dello straniero nel Paese ospitante.

Eppure dalla pronuncia oggetto della presente trattazione si evince che, secondo la Suprema Corte, il baricentro necessario della protezione umanitaria sia costituito in ogni caso dalla necessità di allontanarsi dal Paese d'origine: «*...al fine di valutare l'esistenza e l'entità della lesione dei diritti contenuti nell'art. 8 CEDU, occorrerà partire dalla situazione oggettiva del Paese d'origine del richiedente correlata alla condizione personale che ha determinato la ragione della partenza. Tale punto di avvio dell'indagine, è intrinseco alla ratio stessa della protezione umanitaria, non potendosi eludere la rappresentazione di una condizione personale di effettiva deprivazione dei diritti umani che abbia giustificato l'allontanamento*»[54].

53. Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 108 ss.
54. Cfr. Cass. n. 4455/2018.

Se da un lato anche la Corte EDU considera necessario il riferimento al Paese d'origine, dall'altro si osserva che la finalità sottesa è quella di valutare se lo straniero abbia ancora col predetto dei solidi legami sociali, culturali e familiari, in ragione per esempio del tempo lì trascorso o della presenza di parenti con cui lo straniero ha mantenuto dei contatti. Si tratta perciò di una prospettiva incentrata sulla condizione personale ed attuale dell'interessato, atta a verificare se l'eventuale ritorno nel Paese di origine abbia o meno serie possibilità di un'effettiva reintegrazione nel tessuto sociale[55].

Le considerazioni attinenti il grado di godimento dei diritti inviolabili della persona nel contesto d'origine sono estranee all'*iter* logico-argomentativo delle sentenze della Corte europea in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare, e potranno essere semmai rilevanti in relazione ad altre disposizioni della CEDU, come in primo luogo l'art. 3 sul divieto assoluto della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti[56].

D'altro canto, se all'esito dell'analisi di tutte le circostanze rilevanti del caso concreto, la conclusione era che l'allontanamento dello straniero avrebbe comportato una violazione dell'art. 8 CEDU, ciò sarebbe stato di per sé sufficiente a imporre il rilascio del permesso umanitario, senza necessità di invocare ulteriori diritti potenzialmente a rischio nel Paese d'origine.

Si deve comunque riconoscere che, alla luce dell'orientamento consolidato della Corte EDU, sono scarse le possibilità che nel caso tipico del richiedente asilo denegato, oggetto anche della pronuncia della Cassazione in commento, sorga un obbligo positivo per lo Stato di autorizzare il soggiorno dello straniero sul proprio territorio, fondato sul diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU.

L'aver trovato un impiego e l'aver soggiornato in Italia per due o tre anni non sono infatti sufficienti ad integrare le circostanze eccezionali richieste dalla Corte di Strasburgo nei confronti dei non-*settled migrant* per superare gli interessi dello Stato a regolare l'immigrazione.

La Corte EDU ha ritenuto soddisfatto il suddetto presupposto in casi molto particolari, connotati da soggiorni nel Paese ospitante di durata non inferiore ai dieci anni, dall'assenza o interruzione di qualsiasi collegamento familiare o sociale col Paese d'origine, dalla condotta tollerante delle autorità statali le quali pur potendo procedere all'espulsione hanno di fatto accettato la presenza dello straniero anche in condizione di irregolarità[57].

55. Cfr. P. Morozzo della Rocca, *op. cit*., p. 108 ss.

56. Cfr. C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in www.questionegiustizia.it.

57. Cfr. *Hoti c. Croazia*, cit.; *Jeunesse c. Olanda*, cit.; *Abuhmaid c. Ucraina*, Corte EDU 12.1.2017.

In questo quadro, hanno forse maggiori probabilità di "maturare" il diritto sancito dall'art. 8 CEDU quegli stranieri presenti in Italia da un tempo significativo e in possesso di un permesso per lavoro o per motivi familiari (più volte rinnovato), che si trovano ad affrontare situazioni di sopraggiunta fragilità tali da mettere a repentaglio il mantenimento della regolarità del soggiorno (difficoltà economiche, insorgenza di malattie)[58].

Quanto si è affermato a proposito dell'art. 8 CEDU non impedisce di ritenere valida la valorizzazione dell'integrazione sociale operata dalla Suprema Corte in relazione ad altri parametri normativi, primo fra tutti l'art. 2 della Costituzione, più volte citato nella sentenza in commento.

In tale prospettiva, il valore aggiunto del fattore integrazione potrebbe aversi in situazioni nelle quali gli *standards* di vita nel Paese d'origine siano al limite del livello minimo di adeguatezza e tuttavia l'ipotesi del rimpatrio appaia comunque lesiva della dignità dell'interessato in ragione di «un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali»[59].

Giova inoltre sottolineare che l'inserimento sociale dello straniero non rappresentava una condizione in ogni caso necessaria ai fini della protezione umanitaria[60], e che la lesione dei diritti umani nel Paese di ritorno poteva essere assunta come unico criterio[61].

8. La protezione umanitaria nelle mani del Governo Conte dalla circolare Salvini al decreto-legge 4.10.2018, n. 113 che sopprime il permesso di soggiorno per motivi umanitari: verso il ritorno all'accertamento giudiziario del diritto di asilo?

Da quanto fin qui esposto emerge chiaramente l'importanza dell'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 (vecchia formulazione) nella disciplina della condizione giuridica dello straniero in Italia, quale strumento normativo indefettibile di tutela dei diritti umani fondamentali dello straniero irregolare, in conformità alla Costituzione e al diritto internazionale consuetudinario e pattizio.

La protezione umanitaria assolveva infatti la funzione essenziale di colmare le lacune della protezione internazionale, garantendo una forma di tutela a quegli stranieri che non soddisfano i requisiti del rifugio politico e della protezione sussidiaria ma presentano comunque elementi di grave vulnerabilità.

58. Cfr. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, p. 108 ss.

59. Cfr. Cass. n. 4455/2018, cit.

60. Cfr. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, p. 108 ss.

61. Cfr. M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 99 ss.

Se questa forma di tutela fosse o meno adeguata a dare piena attuazione all'art. 10, co. 3 Cost. è tema di dibattito in dottrina, in particolare per quanto concerne le caratteristiche inferiori del permesso di soggiorno per motivi umanitari rispetto alle altre due forme di protezione[62].

Nel dibattito pubblico inoltre si è gradualmente raggiunta la consapevolezza del fatto che gli istituti tipici della protezione internazionale (lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria) siano di per sé poco adatti a rispondere alle nuove esigenze di tutela connesse ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale.

Tali fenomeni infatti incidono negativamente sui mezzi di sussistenza, sulla salute pubblica, sulla sicurezza alimentare e sulla disponibilità di acqua[63], e pertanto rappresentano un serio ostacolo al godimento di una molteplicità di diritti fondamentali quali il diritto alla vita, il diritto alla salute e il diritto a disporre di mezzi minimi di sostentamento[64].

Di ciò aveva tenuto conto la Commissione nazionale per il diritto d'asilo, che nella circolare prot. 3716 del 30 luglio 2015 orientò le Commissioni territoriali verso il riconoscimento della protezione umanitaria a chi è stato costretto a lasciare il proprio Paese d'origine, o è impossibilitato a tornarvi, a causa di gravi calamità naturali o di altri gravi fattori locali ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza.

Per quanto la situazione oggettiva del Paese di provenienza sia un elemento determinante, la Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha sottolineato la necessità di un esame il più possibile concreto e individualizzato della condizione soggettiva del richiedente, il quale è tenuto quanto meno ad allegare i propri specifici profili di vulnerabilità.

Questo richiamo ad un maggior rigore istruttorio è stato ripreso dal Ministro dell'interno nella circolare del 4 luglio 2018, n. 8819, indirizzata, fra gli altri, al Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo e ai Presidenti delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale.

Il Ministro, citando la sentenza n. 4455/2018 della Cassazione, si è soffermato sul principio per cui i *seri motivi* di cui all'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998 (vecchia formulazione), dovessero essere calati in concreto nella complessiva condizione del

62. Cfr. M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 36 e ss.; N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 29 ss.

63. Cfr. le ricerche promosse dall'OIM sul tema delle migrazioni ambientali, su http://www.environmentalmigration.iom.int/.

64. Cfr. A. Brambilla, *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale?*, in questa *Rivista*, n. 2.2017, p. 3.

richiedente, emergente sia da indici soggettivi che oggettivi da riferire alla situazione di partenza del richiedente nel Paese d'origine.

La Cassazione ha infatti posto l'attenzione sull'esigenza di evitare decisioni fondate non sulla situazione particolare del singolo richiedente ma piuttosto su quella del suo Paese d'origine in termini del tutto generali e astratti.

Nonostante ciò, la menzionata circolare, nella sua impostazione e nel suo obiettivo di fondo, travalicava i dettami della Cassazione fino a porsi in contrasto coi medesimi.

Era evidente invero dalle argomentazioni del Ministro una forte delegittimazione della protezione umanitaria in quanto estranea al sistema della protezione internazionale di derivazione comunitaria.

Colpisce che il Ministro non abbia fatto alcun riferimento a quelle parti della sentenza citata in cui il permesso umanitario veniva inserito nel più ampio quadro dell'asilo costituzionale di cui all'art. 10 co. 3 Cost.

In secondo luogo, come si è visto, la caratteristica della residualità, prevista dall'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 (vecchia formulazione), comportava che il permesso umanitario potesse essere rilasciato a condizione che mancassero i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione umanitaria, senza implicare alcuna gerarchia di carattere quantitativo fra i tre benefici, come invece voleva far intendere il Ministro. Insomma nella sentenza della Cassazione pareva chiaro che il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari dovesse intendersi come residuale rispetto agli altri due *status* di protezione internazionale (rifugiato e protezione sussidiaria) nell'attuazione del diritto di asilo garantito dall'art. 10 co. 3 Cost., ma non nel senso che tale rilascio dovesse essere limitato a ben tipizzate circostanze eccezionali, bensì che tale rilascio fosse doveroso in tutte quelle situazioni di carattere umanitario, anche nel più ampio diritto di asilo costituzionalmente garantito, ma che non rientrassero tra i presupposti (positivi o negativi) previsti dalle norme internazionali, europee e nazionali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

L'obiettivo politico di ridurre il numero dei permessi per motivi umanitari, pertanto, non trovava fondamento nelle pertinenti disposizioni di legge, così come interpretate dalla Corte di cassazione, e non avrebbe potuto influenzare l'operato delle Commissioni territoriali, la cui autonomia di giudizio e di valutazione su ogni caso è tutelata per legge (art. 4, co. 3-*bis* d.lgs. 25/2008).

La suddetta riduzione avrebbe potuto essere legittima soltanto allorché conseguente ad un rigoroso esame di ogni caso individuale, condotto alla luce dei criteri indicati nella sentenza della Cassazione qui commentata, al di là di qualsiasi preconcetta finalità di politica migratoria.

Ma la circolare del Ministro Salvini non rappresentava che un primo intervento nell'ambito di una linea politica ancora più radicale.

Il Governo Conte ha infatti approvato il decreto legge 4.10.2018, n. 113 col quale è stato soppresso il permesso per motivi umanitari e sono stati introdotti, in funzione complementare alla protezione internazionale, i permessi per calamità, per protezione speciale, per cure mediche e per atti di particolare valore civile.

In questo modo il Governo ha cancellato – come si legge nella relazione illustrativa del decreto-legge – "*l'anomalia*" della protezione umanitaria, consistente nell'elevata percentuale di riconoscimento rispetto ad una asserita finalità di tutela di situazioni eccezionali e temporanee, sostituendola con forme di tutela più tipizzate nei presupposti e perciò meno soggette alla discrezionalità dell'interprete.

Ma, come si è già detto, tale valutazione in termini di anomalia non ha basi giuridiche ed è semmai di natura politica, espressione dell'indirizzo restrittivo che il Governo sostiene in materia d'immigrazione.

Tale linea politica non è di per sé, astrattamente considerata, in contrasto con la Carta costituzionale.

L'art. 10, co. 3 Cost. afferma che il diritto d'asilo è garantito alle condizioni stabilite dalla legge. Autorevole dottrina ha inteso questo richiamo alla legge – alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente – nel senso di ammettere la possibilità che il legislatore disponga una limitazione di tipo quantitativo degli ingressi di richiedenti asilo nelle ipotesi di esodi massicci di persone per tutelare concorrenti interessi di rango costituzionale[65].

Invece, l'abrogazione del permesso per motivi umanitari comporta una limitazione di carattere qualitativo del diritto d'asilo, poiché lascia senza tutela situazioni che rientrano nel catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona sanciti dalla Costituzione e dal diritto internazionale.

Mi riferisco in particolare al diritto alla vita (art. 2 CEDU), al diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), oltre agli altri obblighi costituzionali e internazionali vincolanti per l'Italia.

Per quanto concerne l'art. 8 CEDU, i permessi che hanno sostituito quello umanitario, rigidamente tipizzati nei presupposti e non convertibili per motivi di lavoro, non consentono di riconoscere il diritto al soggiorno a quegli stranieri che, pur non

65. P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit., p. 34.

appartenendo alla categoria dei *settled migrant*, abbiano sviluppato in Italia una rete di relazioni sociali e culturali che integra il concetto di vita privata.

Anche se, come si è sopra approfondito, la suddetta ipotesi è stata ravvisata dalla Corte di Strasburgo solo in presenza di circostanze eccezionali, l'assenza di una norma giuridica applicabile in tale eventualità integrerebbe una violazione da parte dello Stato degli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU.

Analogo discorso vale per i diritti fondamentali dello straniero in campo economico-sociale (per esempio il diritto ad un livello di vita adeguato e il diritto all'alimentazione), nella misura in cui potrebbero essere radicalmente compromessi in caso di rimpatrio nel Paese d'origine anche per cause non riconducibili ad una calamità naturale bensì ad una grave instabilità politico-sociale, a carestie o a condizioni endemiche di povertà estrema.

Tuttavia, sotto quest'ultimo aspetto, la lacuna derivante dall'abrogazione del permesso per motivi umanitari potrebbe trovare rimedio attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di tortura e di trattamento inumano o degradante, possibile alla luce della giurisprudenza della Corte EDU[66]. In questo modo, il descritto vuoto di tutela potrebbe essere riempito dalla protezione sussidiaria secondo quanto previsto dall'art. 14, co. 1, lett. b) d.lgs. 251/2007, o in subordine dal nuovo permesso per protezione speciale, posto a presidio del divieto di espulsione di cui all'art. 19, co. 1.1 d.lgs. 286/1998.

Resta in ogni caso evidente che, data la non piena sovrapponibilità fra il permesso umanitario e i permessi introdotti col d.l. 4.10.2018 n. 113, il varo della riforma ha determinato uno stravolgimento nel sistema di attuazione dell'asilo costituzionale, come delineato nella consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, e pertanto solleva seri dubbi di legittimità rispetto all'art. 10, co. 3 Cost., oltre che agli artt. 10, co. 2 e 117, co. 1 Cost. in relazione alla violazione degli obblighi internazionali gravanti sull'Italia.

L'art. 5, co. 6 d.lgs. n. 286/1998 era infatti attuativo dell'intero art. 10 della Costituzione – che richiama anche diritti fondamentali previsti da norme internazionali – ed anche di altri diritti costituzionalmente garantiti, sicché la sua abrogazione incide non soltanto sul diritto d'asilo, ma anche su altri obblighi costituzionali e internazionali.

L'abrogazione della protezione umanitaria non accompagnata dall'introduzione di istituti complessivamente analoghi lascia quindi anzitutto inattuato in parte il diritto di asilo costituzionalmente garantito, il che tornerebbe a rendere praticabile l'accertamento

66. Cfr. *D. c. Regno Unito*, Corte EDU, 2.5.1997. In questa pronuncia, l'impossibilità per un malato terminale di ricevere nel Paese di rinvio le medesime terapie erogate dallo Stato contraente porta la Corte a individuare, in caso di espulsione, il rischio di subire un trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 CEDU. Il pericolo di maltrattamenti è dunque collegato ad uno stato di fatto, cioè l'arretratezza del sistema sanitario del Paese d'origine, che non costituisce il risultato di un'azione deliberata delle autorità di quello Stato. Tuttavia, sostiene la Corte, la natura assoluta del divieto sancito dall'art. 3 CEDU giustifica una certa flessibilità interpretativa, così da scongiurare possibili lacune nella tutela.

diretto del diritto di asilo da parte del giudice ordinario nelle situazioni diverse rispetto a quelle già coperte da norme legislative che consentono il rilascio di titoli di soggiorno, come lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e gli altri titoli di soggiorno che sono stati istituiti.

In proposito occorre ricordare che la dottrina e la giurisprudenza affermano che il diritto di asilo comporta un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno nel territorio italiano, almeno al fine della presentazione della domanda di asilo, riconosciuto allo straniero e all'apolide, al quale nel suo Paese sia effettivamente impedito l'esercizio anche di una sola delle libertà garantite dalla Costituzione italiana, diritto immediatamente azionabile anche in mancanza delle leggi ordinarie che fissino alcune condizioni per il suo esercizio (Cass. civ., SU 12 dicembre 1996, n. 4674/97).

Tuttavia secondo la giurisprudenza consolidata della Cassazione i tre istituti dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria e del permesso di soggiorno per motivi umanitari attuavano in modo completo il diritto di asilo previsto dall'art. 10, co. 3 Cost., sicché si era affermato che non vi fosse più alcun margine di residuale diretta applicazione dell'art. 10, co. 3 Cost., in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all'esame della sua domanda di asilo alla stregua delle vigenti norme sulla protezione (Cass. ord. 10686/2012).

Perciò l'avvenuta abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari riapre lo spazio ad azioni giudiziarie aventi lo scopo di far accertare al giudice ordinario la sussistenza del diritto di asilo garantito dall'art. 10, co. 3 Cost. in capo a stranieri ai quali non sia effettivamente garantita nel proprio Paese una libertà protetta dalla Costituzione italiana, ma che non abbiano i presupposti per ottenere la protezione internazionale o altri titoli di soggiorno.

Inoltre il diritto di asilo garantito dall'art. 10, co. 3 Cost. può comprendere anche diritti derivanti dalle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito. Tra le libertà democratiche menzionate dalla predetta disposizione devono infatti includersi i diritti inviolabili della persona sanciti dall'art. 2 Cost., che secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale costituiscono un catalogo aperto, integrato anche dai diritti fondamentali previsti nei Trattati internazionali, i quali spettano allo straniero in forza degli artt. 10, co. 2 e 117, co. 1 Cost., come prevede espressamente anche l'art. 2, co. 1, d.lgs. 286/1998.

Proprio in ragione delle considerazioni sopra esposte, è significativo che sia il messaggio del Presidente della Repubblica collegato all'emanazione del decreto legge in commento, sia la Relazione del Governo abbiano confermato che la novella legislativa faccia comunque salvi gli obblighi costituzionali e internazionali in vigore per l'Italia,

richiamando così l'obbligo di interpretazione conforme al quale è in ogni caso tenuto l'interprete nell'applicazione delle nuove disposizioni.

Nonostante il suddetto richiamo, resta comunque il fatto che il decreto legge abbia eliminato quelle norme di attuazione degli obblighi costituzionali e internazionali rilevanti per la condizione giuridica dello straniero (prima fra tutte l'art. 5, co. 6 d.lgs. 286/1998), rendendone di fatto più difficile la concreta esecuzione tramite il rilascio di un permesso di soggiorno.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

LE MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO 22 DICEMBRE 2017, N. 220 IN MATERIA DI TUTELA DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI E NELLA PROCEDURA DI ESAME DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

di Noris Morandi

Abstract: *Il contributo intende esaminare il d.lgs. 22.12.2017 n. 220, che introduce modifiche e correzioni sia al d.lgs. 142/2015 che al d.lgs. 25/2008. L'intervento normativo, nel solco di quelli che lo hanno preceduto, da un lato si pone l'obiettivo di velocizzare le procedure di esame della domanda di protezione internazionale, introducendo norme di sistema che modificano la composizione delle Commissioni territoriali e le sue modalità di funzionamento, dall'altro lato opera una razionalizzazione del sistema di tutele e di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, intervenendo con modifiche mirate a risolvere le criticità e a colmare le lacune emerse dall'introduzione della l. 47/2017. Pur incidendo positivamente con misure strutturali sulla procedura di esame della domanda di protezione internazionale, e con misure di coordinamento nel sistema di tutele dei minori stranieri non accompagnati, l'effettività delle novità introdotte dal d.lgs. 220/2017 oggi fa i conti con i più recenti interventi normativi che incidendo profondamente in materia di procedure di esame delle domande di protezione internazionale e di accoglienza dei richiedenti asilo (d.l. 113/2017), pongono in essere una grave compressione dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione e delle garanzie di effettività della loro protezione.*

Abstract: *The contribution aims to examine the d.lgs. 22.12.2017 n. 220, which introduces modifications and corrections both to the d.lgs. 142/2015 and d.lgs. 25/2008. The act is conceived in the wake of those that have preceded it. On the one hand, it intends to speed up the procedures for examining the application for international protection, by introducing changes to the composition of the Territorial Commissions and its methods of functioning. On the other hand, it is a rationalization of the protection and reception system of unaccompanied minors, which fills the gaps that emerged from the introduction of L n. 4 47/2017. The changes introduced by the d.lgs. 220/2017 are recognized to positively affect the procedure for examining the application for international protection with structural measures and the system of protection of unaccompanied foreign minors with coordination measures. Nonetheless, the effectiveness of these changes is undermined by recent measures (d.l. 113/2017) that deeply affect the procedures for examining applications for international protection and the standards for the reception of applicants. These represent a serious compression of the applicant's fundamental rights for protection and a threat to the guarantee of the effectiveness of their protection.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LE MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO 22 DICEMBRE 2017, N. 220 IN MATERIA DI TUTELA DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI E NELLA PROCEDURA DI ESAME DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

di Noris Morandi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le modifiche al decreto legislativo n. 25 del 2008. – 2.1. Premessa. – 2.2. La nuova composizione delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e le novità sulle sue modalità di funzionamento. – 2.3. Le modifiche introdotte ai compiti della Commissione nazionale. – 2.4. Le novità in materia di colloquio personale del richiedente protezione internazionale. – 3. Le modifiche normative in ordine alle modalità di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. – 4. Le modifiche normative al sistema di tutela dei minori stranieri non accompagnati. – 4.1. Premessa. – 4.2. Le modifiche all'art. 19, d.lgs. n. 142/2015 in materia di accoglienza e tutela dei minori stranieri non accompagnati. – 4.3. Le modifiche all'art. 19-*bis*, d.lgs. 142/2015 in materia di identificazione dei minori stranieri non accompagnati. – 4.4. L'applicazione delle norme relative ai procedimenti giurisdizionali in materia di protezione internazionale ai minori stranieri non accompagnati.

1. Introduzione

Il decreto legislativo 22 dicembre 2017, n. 220, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 16.1.2018, ed entrato in vigore il 31 gennaio 2018, reca disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo n. 142/2015, in vigore dal 30.9.2015, ed avente ad oggetto le disposizioni di recepimento della direttiva 2013/33/UE, in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, e della direttiva 2013/32/UE, recante procedure per il riconoscimento e la revoca dello *status* di protezione internazionale.

L'esercizio della delega correttiva ed integrativa ha fondamento nell'art. 31, co. 5, della legge 24 dicembre 2012 n. 234[1], richiamato dall'art. 1, co. 1, della legge n. 154/2014[2], che appunto autorizza l'adozione di disposizioni correttive ed integrative dei

* Avvocato e socio ASGI.

1. Art. 31, co. 5, l. n. 234/2012: «Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge di delegazione europea, il Governo può adottare, con la procedura indicata nei commi 2, 3 e 4, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del citato comma 1, fatto salvo il diverso termine previsto dal comma 6».

2. L. 7 ottobre 2014, n. 154, «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 28 ottobre 2014, n. 251), art. 1, co. 1: «Il Governo e' delegato ad adottare, secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, i decreti legislativi per l'attuazione delle direttive elencate negli allegati A e B alla presente legge».

decreti legislativi di attuazione della legge di delegazione europea, entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore dei medesimi decreti.

Il decreto legislativo n. 220/2017 risponde, da un lato, ad un'esigenza di armonizzazione della disciplina in materia di protezione internazionale sorta dal susseguirsi di precedenti interventi normativi[3], alla cui *ratio* comunque si riconduce con chiare finalità attuative, e dall'altro lato opera una razionalizzazione del sistema di tutela e di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, per come già definito dalla l. n. 47/2017.

Il provvedimento normativo si compone di quattro articoli: i primi due contenenti gli interventi modificativi e correttivi della normativa in vigore, il terzo la clausola di invarianza finanziaria ed il quarto le disposizioni transitorie.

Più specificatamente, l'art. 1 del d.lgs. n. 220/2017 modifica il d.lgs. n. 25/2008, per quanto concerne la composizione e la modalità di funzionamento della Commissione territoriale, intervenendo anche sulle modalità di svolgimento del colloquio personale del richiedente protezione internazionale, ed integrando le funzioni già attribuite alla Commissione nazionale. Le misure adottate, che di seguito saranno esaminate specificatamente, sono volte a garantire un più rapido esame delle domande[4], sia attraverso il potenziamento delle Commissioni territoriali, che attraverso il miglioramento qualitativo del loro processo decisionale, in un'ottica più generale di razionalizzazione e continuità dell'intero sistema.

L'art. 2 del d.lgs. n. 220/2017, invece, introduce garanzie nelle modalità di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, e disposizioni correttive tese alla semplificazione ed alla velocizzazione dei procedimenti dell'autorità giudiziaria in tema di competenze tutelari[5] ed accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati,

3. Si veda in particolare il d.l. 13 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni nella l. 13 aprile 2017, n. 46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, entrato in vigore il 19.4.2017, c.d. decreto Minniti-Orlando.

4. Dalla relazione tecnica accompagnatoria al decreto legislativo n. 220/2017 emerge chiaramente l'esigenza, e prima ancora la volontà politica, di dover rispondere in maniera più rapida all'aumento del numero delle domande di protezione internazionale presentate in Italia dal 2015, nonostante il calo del numero degli sbarchi. Nel corso del 2017 sono stati registrati 119.310 sbarchi sulle coste italiane, a fronte dei 181.436 registrati nel corso del 2016, con un calo del 34,24%. Nel 2017 sono state presentate in Italia 130.180 domande di protezione internazionale, a fronte delle 123.600 del 2016, e delle 83.970 presentate nel 2015. Nei primi 6 mesi del 2018 il numero degli sbarchi registrati è stato di 16.566 persone, a fronte dei 70.222 dello stesso periodo del 2016, e degli 83.754 del 2017, ed il numero delle domande di protezione internazionale presentate nei primi tre mesi del 2018 è stato all'incirca 19.000. Situazione che in questa seconda metà del 2018 ha visto un'ulteriore drastica riduzione del numero degli arrivi sulle coste italiane, ma anche del numero di domande presentate, in ragione della riduzione delle attività di ricerca e soccorso nel Mare Mediterraneo e delle note politiche migratorie di "chiusura dei porti" poste in essere dal Governo italiano a partire dal maggio 2018.

5. L'11 luglio 2014 l'Unione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia – n. 2014/2171 – riguardante la situazione dei minori non accompagnati richiedenti asilo e la presunta violazione delle

estendendo anche a questi ultimi l'applicazione delle procedure giurisdizionali previste dal d.l. n. 13/2017, seppur con i limiti di cui meglio diremo nel proseguo.

2. Le modifiche al decreto legislativo n. 25 del 2008

2.1. Premessa

L'art. 1 del d.lgs. n. 220/2017 introduce talune modifiche al d.lgs. n. 25/2008[6], invero in parte interessato anche dal successivo art. 2, con interventi però attinenti alle misure poste a tutela dei minori non accompagnati, e che per logicità di analisi verranno complessivamente esaminate nei paragrafi successivi.

Il d.lgs. n. 25/2008 delinea la cornice normativa in materia di procedure di esame della domanda di protezione internazionale, e dalla sua formulazione originaria è stato oggetto di undici interventi normativi di modifica[7], dei quali ben cinque hanno interessato l'art. 4, che contiene le disposizioni relative all'istituzione ed al funzionamento delle Commissioni territoriali, ed oggetto delle più interessanti novità introdotte con il d.lgs. n. 220/2017.

L'art. 4 citato, infatti, è stato più volte modificato con interventi che si sono posti l'obiettivo di ridurre i tempi di attesa per l'esame della domanda di protezione internazionale – dapprima istituendo delle sezioni delle Commissioni territoriali[8], poi aumentandone il numero massimo[9] – e di migliorare la qualità del processo decisionale

direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE, relativamente ai tempi di apertura delle tutele in favore dei minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale e al numero dei soggetti disponibili a ricoprire l'incarico di tutore dei predetti minori. La procedura d'infrazione è stata archiviata dalla Commissione europea con decisione del 25 gennaio 2018, anche tenuto conto della promulgazione della legge 7 aprile 2017, n. 47 (pubblicata in G.U. n. 93 del 21 aprile 2017) che ha riordinato e completato il sistema di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

6. Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante nome minime per le procedure applicate negli Stati membri si fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

7. Il 4 ottobre 2018 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d.l. n. 113/2018, cd "Decreto Salvini", contenente disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione ed il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'Amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Il decreto legge, che al momento in cui si scrive è in corso di conversione, prevede nell'attuale testo in vigore importanti modifiche normative al d.lgs. n. 286/98, al d.lgs. n. 142/2015 e al d.lgs. n. 25/2008, prevedendo, tra l'altro, l'abrogazione dell'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 286/98 e l'introduzione di nuove tipologie di permesso di soggiorno per fattispecie tipiche, una nuova procedura di esame della domanda di protezione internazionale accelerata alla frontiera, una nuova ipotesi di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale e l'allungamento dei tempi del trattenimento, nonché la forte compressione del Sistema di protezione per i richiedenti protezione internazionale e rifugiati (SPRAR), dal quale vengono esclusi i richiedenti protezione internazionale.

8. Art. 30, co. 1, l. n. 97/2013.

9. Art. 5, co. 2, d.l. n. 119/2014, convertito dalla l. n. 146/2014.

delle Commissioni territoriali con l'introduzione di strumenti volti a garantire la competenza dei componenti attraverso la previsione di formazione continua.

Tali interventi, tuttavia, si sono dimostrati nella loro applicazione concreta di limitata efficacia ed effettività, permanendo negli anni le medesime problematiche che, a tacer d'altro, possono che palesare la marginalità degli interventi stessi[10], evidentemente incapaci di incidere significativamente sulle criticità strutturali dell'intero sistema[11].

Le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 220/2017, invece, appaiono misure più strutturali e certamente di sistema, capaci di incidere maggiormente su entrambe le problematiche, perché dirette a garantire la continuità di lavoro delle Commissioni territoriali e delle sezioni, ed a strutturare un sistema fondato sulla professionalità dei suoi operatori, e dunque favorendo il raggiungimento di una migliore qualità istruttoria, ed omogeneità decisionale.

In tal senso, il legislatore modifica la composizione delle Commissioni territoriali, garantendo la professionalità dei componenti e la continuità del lavoro delle Commissioni (art. 1, lett. a), integra le funzioni della Commissione nazionale (art. 1, lett. b) e modifica le modalità di svolgimento del colloquio personale del richiedente protezione internazionale (art. 1, lett. c) che, soprattutto a seguito delle modifiche normative introdotte con il d.l. n. 13/2017[12], assume oggi un ruolo assolutamente centrale nell'intera procedura volta alla definizione dello *status* giuridico del richiedente la protezione internazionale.

10. Per un'analisi più completa delle criticità si veda: M. Veglio, *Uomini Tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2017; N. Morandi e G. Schiavone, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, pp. 84-116.

11. Secondo un'indagine svolta da Cittalia su un campione di domande di protezione internazionale presentate da richiedenti asilo accolti nello SPRAR negli anni 2015 e 2016, la durata media del procedimento amministrativo – dalla presentazione della domanda di protezione internazionale (C3) alla notifica della decisione della Commissione territoriale – è stata di 307 giorni, a fronte dei 33 giorni previsti dall'art. 27, co. 2, d.lgs. n. 25/2008, quale termine ordinario per l'esame della domanda, prorogabile sino a 6 mesi solo laddove sorga la necessità di svolgere un'ulteriore attività istruttoria. La medesima indagine, inoltre, riporta che nel 49,8% dei casi le decisioni delle Commissioni territoriali sono riformate in sede di giudizio di primo grado avanti all'autorità giurisdizionale, e che in 7 casi su 10 anche i giudizi di secondo grado si concludono con un esito favorevole per il richiedente protezione internazionale (si veda Rapporto sulla protezione internazionale 2017, a cura di Anci, Caritas Italiana, Cittalia, Fondazione Migrantes e Servizio Centrale SPRAR).

12. Per un'analisi critica delle novità introdotte dal d.l. n. 13/2017, convertito con modificazioni con la l. n. 46/2017 si veda: G. Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale una (contro)riforma annunciata*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

2.2. La nuova composizione delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e le novità sulle sue modalità di funzionamento

Il d.l. n. 13/2017, convertito con modificazioni con la l. n. 46/2017 ha autorizzato il Ministero dell'interno all'assunzione a tempo indeterminato di 250 funzionari amministrativi altamente specializzati da destinare alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e alla Commissione nazionale per il diritto di asilo, al fine di «garantire la continuità e l'efficienza dell'attività degli uffici»[13], e finalmente rispondendo in maniera effettiva, e con una soluzione in termini di continuità, alle note disfunzioni di organico delle Commissioni territoriali, e quindi di allungamento dei tempi di durata per l'esame delle domande di protezione internazionale.

Con l'art. 1, lett. a), del d.lgs. n. 220/2017, i 250 funzionari amministrativi con compiti istruttori sono assegnati alle Commissioni territoriali, in un numero non inferiore a quattro funzionari per ciascuna (art. 1-*bis*, d.lgs. n. 25/2008).

La relazione tecnica al decreto legislativo precisa che i funzionari amministrativi sono individuati in un numero ritenuto congruo tenendo conto che il numero massimo (invariato[14]) delle Commissioni e delle sezioni è pari a 50, così da consentire, del tutto ragionevolmente, di modulare l'assegnazione degli ulteriori 50 funzionari alle Commissioni o sezioni presso le quali si registra un maggior numero di domande.

I funzionari amministrativi, assunti a seguito dello svolgimento di una procedura concorsuale per personale altamente qualificato, hanno preso servizio a decorrere dal 21 maggio 2018[15], e sono oramai operativi all'interno delle Commissioni territoriali di cui sono i nuovi membri.

13. Art. 12, d.l. n. 13/2017. La disposizione ha autorizzato l'assunzione mediante procedure concorsuali in aggiunta alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente ed anche in deroga alle procedure di mobilità previste dagli artt. 30 e 34-bis, d.lgs. n. 165/2001. Si tratta di personale «altamente qualificato per l'esercizio di funzioni di carattere specialistico» da ascrivere all'Area III dell'Amministrazione civile dell'interno.

14. L'art. 9, co. 1, lett. b), n. 1), del d.l. n. 113/2018, in corso di conversione, modifica l'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008 introducendo una nuova procedura accelerata alla frontiera, prevedendo che ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale sottoposte a tale particolare procedura siano individuate con decreto del Ministero dell'interno le zone di frontiera o di transito, e che con il medesimo decreto «*possono essere istituite fino a cinque ulteriori sezioni delle Commissioni territoriale*» (nuovo co. 1-*quater*, dell'art. 28-*bis*, d.lgs. n. 25/2008). Al momento l'aumento delle Commissioni territoriali è disposto ad invarianza dell'organico già reclutato che, pertanto, dovrà essere riassegnato alle eventuali nuove Commissioni territoriali.

15. Il concorso è stato indetto con d.m. 26.4.2017 e il relativo bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 maggio 2017, n. 33. Sono state presentate 54.051 domande di partecipazione, ed alla prova preselettiva svoltasi a Roma dal 18 al 20 settembre 2017 hanno partecipato 8068 candidati. La graduatoria finale è stata approvata con decreto ministeriale 23 marzo 2018, e pubblicato nel Bollettino ufficiale del personale dell'amministrazione civile dell'interno di marzo 2018.

Infatti, il nuovo comma 3 dell'art. 4, d.lgs. n. 25/2008 modifica la composizione della Commissione territoriale, prevedendo che i quattro funzionari amministrativi sostituiscano il funzionario della polizia di Stato e il rappresentante designato dall'Ente locale.

Resta ferma la presenza del funzionario di carriera prefettizia, al quale è confermata l'attribuzione della funzione di presidente della Commissione territoriale, ed a completarne la composizione è prevista la presenza di un esperto in materia di protezione internazionale e di tutela dei diritti umani designato dall'UNHCR, e non più dunque un mero «rappresentante designato dall'UNHCR» come previsto nella previgente formulazione.

L'articolo in commento modifica parzialmente anche la procedura di nomina dei componenti della Commissione territoriale, mantenendo comunque fermo quanto già previsto in ordine alla verifica dell'insussistenza di motivi di incompatibilità a ricoprire il ruolo, derivanti da situazioni di conflitto di interesse.

Pur essendo confermata la nomina del Presidente della Commissione territoriale con decreto del Ministro dell'interno, è introdotto l'obbligo della previa acquisizione del parere della Commissione nazionale che, tuttavia, non è specificato in che termini sia vincolante, se non evidentemente per il fatto di essere previamente acquisito.

Diversamente, l'esperto designato dall'UNHCR ed i funzionari amministrativi non sono più nominati con il medesimo decreto del Ministro dell'interno, bensì con provvedimento del Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, anche in questo caso previa acquisizione del parere della Commissione nazionale.

Viene altresì modificata la disposizione che consente di nominare quale componente delle Commissioni territoriali anche personale in collocamento a riposo da non oltre due anni, ma limitatamente alla figura del funzionario della carriera prefettizia con funzioni di Presidente, prevedendosi altresì che quest'ultimo sia tenuto a svolgere l'incarico in via esclusiva.

Nel senso di garantire la continuità nel lavoro delle Commissioni territoriali, il d.lgs. n. 220/2017 dispone l'applicazione delle medesime disposizioni previste per le Commissioni territoriali anche alle sezioni, e dunque sopprimendo la previsione per cui le sezioni siano composte da membri supplenti della Commissione, e dunque prevedendo l'esclusività nello svolgimento dell'incarico, la cui durata, così come la possibilità di una sua proroga, resta invariata.

Le norme sin qui descritte costituiscono certamente dei cambiamenti strutturali e sostanziali, andando ad incidere su due degli aspetti maggiormente disfunzionali del lavoro delle Commissioni territoriali, ovvero quello relativo ai lunghi tempi di attesa per l'esame delle domande di protezione internazionale e di carenza nella qualità del processo decisionale.

L'inserimento dei nuovi funzionari amministrativi con poteri istruttori dovrebbe assicurare sia professionalità che continuità nel lavoro delle Commissioni territoriali, sia per la loro specifica competenza in materia, e comunque per la costante formazione prevista, sia perché vanno a sostituire i componenti delle Commissioni territoriali che sino ad oggi svolgevano tali funzioni senza una effettiva competenza specialistica, e soprattutto in via non esclusiva, causando cronici ritardi nell'esame delle domande e nell'adozione delle decisioni.

Oltre a modificare la composizione della Commissione territoriale, il d.lgs. n. 220/2017 individua un diverso *quorum* per la sua valida costituzione in sede decisionale, modificando l'art. 4, co. 4, e prevedendo che la Commissione sia validamente costituita alla presenza del Presidente, dell'esperto designato dall'UNHCR e di due dei funzionari amministrativi con compiti istruttori, uno dei quali deve essere obbligatoriamente quello che ha svolto il colloquio-intervista con il richiedente protezione internazionale rispetto alla cui domanda deve essere deliberata la decisione. *Quorum* che resta invariato anche nell'ipotesi in cui la Commissione territoriale sia stata integrata con la partecipazione di un funzionario del Ministero degli affari esteri (ovvero «quando, in relazione a particolari afflussi di richiedenti protezione internazionale, sia necessario acquisire specifiche valutazioni di competenza del predetto Ministero in merito alla situazione dei Paesi di provenienza», art. 4, co. 3, nono periodo, d.lgs. n. 25/08), disposizione mantenuta anche nel nuovo testo normativo, seppur con mere modiche formali, ma in concreto di assai rara applicazione.

Secondo le nuove modalità di funzionamento il Presidente di ciascuna Commissione territoriale deve altresì stabilire i criteri di assegnazione delle singole domande di protezione internazionale a ciascuno dei funzionari amministrativi, nonché quelli relativi alla loro partecipazione alle sedute deliberanti della Commissione, accentuandosi così l'aspetto operativo ed organizzativo della funzione del Presidente (art. 4, co. 3, settimo periodo, d.lgs. n. 25/2008). Criteri che, tuttavia, devono auspicabilmente intendersi predeterminati e oggettivi, auspicandosi anche una standardizzazione degli stessi su ambito nazionale, al fine di garantire effettivo coordinamento ed omogeneità tra le diverse Commissioni territoriali, ponendo così in essere efficaci risposte organizzative che laddove mancassero inficerebbero senza dubbio gli aspetti positivi delle misure adottate.

Restano del tutto invariati, invece, i criteri già individuati per la determinazione della competenza territoriale delle Commissioni, ma di particolare pregio appare l'affermazione in positivo del principio generale per cui le Commissioni territoriali debbono essere costituite «in modo da assicurarne la distribuzione sull'intero territorio nazionale», in linea con il principio di prossimità tra l'autorità decidente ed il richiedente protezione internazionale, che risponde anche ad esigenze di garanzie di celerità e di risparmio in

termini dei costi dell'accoglienza e, seppur rimanendo insediate presso le prefetture, deve comunque essere loro assicurata assoluta indipendenza di giudizio e di valutazione nello svolgimento della loro funzione (art. 4, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 25/2008).

2.3. Le modifiche introdotte ai compiti della Commissione nazionale

L'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 220/2017 modifica l'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 25/2008 integrando le funzioni già attribuite alla Commissione nazionale per il diritto di asilo con il compito di «monitoraggio della qualità delle procedure e delle attività delle Commissioni territoriali», novità che va dunque ad aggiungersi a quella già esaminata di rendere parere in ordine alle nomine dei membri delle Commissioni territoriali.

Il nuovo compito attribuito alla Commissione nazionale discende da quello più generale di indirizzo e coordinamento delle Commissioni territoriali, che comunque deve essere svolto nel pieno rispetto del principio di indipendenza di giudizio e valutazione da parte delle stesse.

Nell'ottica della strutturazione di un sistema di maggiore qualità ed efficienza, la nuova attribuzione impone alla Commissione nazionale di monitorare la qualità dei processi valutativi ed organizzativi delle singole Commissioni territoriali e sezioni, evidentemente con l'obiettivo di garantire uniformità e omogeneità di procedure su tutto il territorio italiano.

In particolare è auspicabile che la Commissione nazionale elabori delle direttive precise per indirizzare i criteri e le modalità attraverso i quali ogni Presidente di Commissione e di sezione esercita le sue delicate determinazioni, sia in ordine alle modalità di svolgimento dei colloqui dei richiedenti protezione internazionale, sia sulla composizione del Collegio decidente, sia sull'assegnazione delle singole domande ai funzionari amministrativi.

Infatti, solo garantendo uniformità di indirizzo e di metodologia potrà garantirsi un sistema sottratto all'alea di incertezza che da anni caratterizza le domande di protezione internazionale, in termini di durata e di esiti, a seconda della Commissione territoriale chiamata a valutarla[16].

16. Per un confronto dei tempi di durata di esame delle domande di protezione internazionale e degli esiti delle stesse con riferimento alle single Commissioni territoriali si veda il dossier statistico del Rapporto sulla protezione internazionale 2017 a cura di ANCI, Caritas Italiana, Cittalia, Fondazione Migrantes e Servizio Centrale.

2.4. Le novità in materia di colloquio personale del richiedente protezione internazionale

Una delle principali novità introdotte dal d.lgs. n. 220/2017 riguarda certamente le modalità di svolgimento del colloquio personale del richiedente la protezione internazionale, momento centrale nell'esame della sua domanda, sia per l'intrinseca funzione istruttoria che ricopre, sia per la necessaria professionalità che il ripercorrere eventi per lo più di natura traumatica evidentemente impone.

Nel confermare che il colloquio personale del richiedente protezione internazionale è validamente svolto alla presenza di un singolo componente della Commissione territoriale, o in forma collegiale laddove richiesto dal richiedente, l'art. 1, lett. c) ne attribuisce *di norma* la conduzione ad uno dei funzionari amministrativi con compiti istruttori che compongono la Commissione territoriale, e che ove possibile deve essere del medesimo sesso del richiedente (nuovo art. 12, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 25/2008).

La modifica normativa, pertanto, esclude in maniera certamente discutibile che il colloquio sia svolto dall'esperto designato dall'UNHCR[17], mentre al contrario conferma la possibilità per il Presidente della Commissione territoriale di avocare a sé l'esame di una domanda di protezione internazionale, e dunque anche di conduzione del colloquio personale del richiedente la protezione internazionale.

Tale ipotesi, tuttavia, deve ritenersi che abbia carattere di assoluta eccezionalità, data appunto la regola generale sopra richiamata, e la determinazione del Presidente deve essere previamente comunicata al richiedente, ed adottata sulla base di criteri predeterminati, logicamente da adottarsi nella stessa sede e con le stesse modalità dei criteri fissati per l'attribuzione delle domande ai singoli funzionari istruttori, e per la partecipazione degli stessi alle adunanze della Commissione.

A seguito dello svolgimento del colloquio personale, il nuovo art. 12, co. 1 *bis*, secondo periodo, d.lgs. n. 25/2008, prevede che il funzionario istruttore (che ha svolto il colloquio) rediga la proposta di deliberazione in ordine alla domanda di protezione internazionale, da sottoporre alla Commissione territoriale, che appunto decide a maggioranza dei suoi componenti, e validamente costituita con la presenza del funzionario stesso che ha svolto l'audizione.

Le misure appena esaminate, al pari di quelle precedenti, attribuiscono dunque ai nuovi funzionari amministrativi l'intera attività istruttoria correlata ad una domanda di protezione internazionale, a partire dall'esame delle COI sul Paese di origine, della documentazione prodotta dal richiedente ed alla valutazione della necessità di ricorrere

17. In quanto "esperto", infatti, sarebbe certamente dotato della necessaria competenza e professionalità, inoltre, appare abbastanza contraddittorio con le finalità dichiarate dell'intervento normativo, ovvero di accelerazione delle procedure di esame, sottrare un membro della Commissione dalla possibilità di svolgere i colloqui individuali.

all'ausilio di esperti, oltre appunto al compito di procedere all'ascolto del RA e di stendere la proposta di deliberazione in ordine al riconoscimento o meno di una forma di protezione internazionale e/o umanitaria.

Nel nuovo sistema così descritto, pertanto, si evidenzia come il ruolo dell'esperto designato dall'UNHCR assuma forse una veste più residuale sul piano operativo, anche se c'è da ritenere che la sua presenza continui a svolgere un ruolo di garanzia e di supervisione all'interno delle Commissioni territoriali, oltre a rappresentare comunque un voto nel momento della deliberazione, alla quale deve essere obbligatoriamente presente.

L'attribuzione della conduzione del colloquio personale a funzionari altamente qualificati, rappresenta una misura di gran lunga migliorativa della procedura di esame delle domande di protezione internazionale, peraltro invocata ed attesa da anni, costituendo pertanto un elemento certamente positivo, seppur insufficiente a mitigare le modifiche normative introdotte dal d.l. n. 13/2017 che, come noto, hanno fatto del colloquio/intervista avanti alla Commissione territoriale, fatte salve le ipotesi previste dall'art. 35 *bis*, co. 10 e 11, l'unica possibilità per il richiedente di raccontare gli eventi ed i fatti che lo hanno indotto alla fuga dal Paese.

3. Le modifiche normative in ordine alle modalità di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale[18]

L'art. 2, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 220/2017 attua l'art. 18, co. 4 della direttiva 2013/33/UE[19] modificando l'art. 10, co. 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 142/2015, che disciplina le modalità di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale ospitati nei Centri di cui all'art. 9 del medesimo decreto[20].

18. Con il d.l. n. 113/2017, in corso di conversione, le norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale sono state profondamente modificate. Nel rimandare ad analisi più approfondite delle novità introdotte, successive alla presumibile conversione del decreto, qualora modificato nella sua versione finale, si segnala che l'attuale testo normativo esclude i richiedenti la protezione internazionale dall'accesso alle misure di accoglienza del Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati, ridenominato *Sistema di protezione per i titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati* (art. 12, d.l. n. 113/2018). Inoltre, l'art. 3, co. 1, d.l. n. 113/2017 introduce all'art. 6, d.lgs. n. 142/2015 una nuova ipotesi di trattenimento dei richiedenti la protezione internazionale nelle strutture di cui all'art. 10-*ter*, co. 1, d.lgs. n. 286/98, finalizzato alla determinazione o verifica dell'identità o della cittadinanza del richiedente, per il tempo strettamente necessario a tale scopo, e comunque non superiore a trenta giorni, fatta salva la possibilità di un'ulteriore proroga del trattenimento fino ad un periodo massimo di centottanta giorni, da attuarsi nei Centri dell'art. 14, d.lgs. n. 286/98, e laddove non sia stato possibile concludere le procedure di identificazione.

19. Art. 18, co. 4, direttiva 2013/33/UE: «Gli Stati membri adottano le misure opportune per prevenire la violenza e la violenza di genere in particolare, compresa la violenza sessuale e le molestie, all'interno dei locali e dei centri di accoglienza di cui al paragrafo 1, lettere a) e b)».

20. Si tratta dei Centri di prima accoglienza, ove il richiedente è ospitato per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non già concluse, alla formalizzazione della domanda e alla valutazione delle condizioni di salute.

Il predetto articolo 10, che già stabiliva l'obbligo per i Centri di prima accoglienza di dotarsi di misure volte a prevenire ogni forma di violenza, è ulteriormente specificato prevedendo l'adozione di misure atte alla prevenzione della violenza di genere, ed ampliando opportunamente a favore degli operatori del Centro l'obbligo di adozione di misure volte a garantirne la sicurezza e la protezione, obbligo invece già previsto a tutela dei richiedenti protezione internazionale.

Nei Centri collettivi di prima accoglienza, ove è diffusa la compresenza di uomini e donne, ed anche di nuclei familiari, è infatti fondamentale che siano adottate misure idonee a prevenire ogni ipotesi di violenza, con particolare riguardo a quella di genere e sessuale, primariamente attraverso l'adozione di misure logistico-strutturali di prevenzione del rischio, e che mostrino adeguata attenzione ad esempio alla disposizione dei locali comuni, o alla separazione dei servizi igienici, ovvero alla predisposizione di un'adeguata illuminazione notturna, ma altresì attraverso l'elaborazione di meccanismi rapidi di allerta e di risposta ad episodi di violenza, anche attraverso l'individuazione di procedure standard e criteri che definiscono livelli minimi di riferimento, di cui devono essere adeguatamente informati sia gli ospiti del Centro che gli operatori che vi operano.

Del pari è assolutamente necessaria un'adeguata e specifica formazione del personale che opera presso i Centri, anche di quello delle organizzazioni partner degli enti gestori dell'accoglienza, ma che entrino comunque in contatto con gli ospiti del Centro, e che devono essere adeguatamente sensibilizzati con specifico riguardo alla violenza di genere.

Di tutte le misure adottate, infine, gli enti gestori delle strutture di accoglienza dovrebbero garantire un adeguato sistema di monitoraggio e di valutazione della loro implementazione, affinché evidentemente si possa verificare l'effettiva efficacia delle misure predisposte, così da consentire anche l'eventuale elaborazione di strumenti correttivi.

4. Le modifiche normative al sistema di tutela dei minori stranieri non accompagnati

4.1. Premessa

Il sistema di tutela dei minori stranieri non accompagnati è stato organicamente definito dalla l. n. 47/2017, che ha modificato il d.lgs. n. 142/2015 ridisegnando il sistema di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati richiedenti la protezione internazionale (artt. 18, 19 e 21), introducendo una disciplina organica dell'accoglienza (tanto dei minori stranieri non accompagnati richiedenti la protezione internazionale che non), e un sistema generale di garanzie di uniforme applicazione sul territorio italiano.

Il provvedimento ha riordinato i vari e frammentari interventi normativi succedutesi nel tempo, introducendo dunque una disciplina organica che ha consentito il superamento

di un impianto di tutele caratterizzato dall'assoluta mancanza di standard comuni, da un'elevata variabilità di procedure e metodi di intervento, lasciando tuttavia alcuni margini di incertezza e lacune normative, che alla prova della sua applicazione hanno fatto emergere notevoli criticità[21].

L'art. 2, d.lgs. n. 220/2017 opera dunque un'ulteriore passo in avanti, razionalizzando il sistema di norme definito dalla l. n. 47/2017, correggendolo e coordinandolo in termini di coerenza, efficienza e sistematicità.

Le modifiche introdotte, infatti, garantiscono un migliore coordinamento dell'intero quadro normativo, accentrando come vedremo tutte le competenze in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati avanti ad un'unica autorità giudiziaria, individuata nel Tribunale per i Minorenni quale giudice minorile specializzato, al quale vengono attribuite anche le competenze tutelari, così sottratte al giudice tutelare, nell'ottica di una razionalizzazione delle procedure ed una maggiore effettività dell'intervento assistenziale, con una eliminazione dei costi e degli sprechi come meglio si dirà nel proseguo.

Il decreto in commento, inoltre, introduce misure volte all'attivazione di un sistema di monitoraggio e di raccordo degli interventi, introducendo una competenza funzionale affidata all'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, nei cui confronti i garanti regionali hanno un obbligo generale di collaborazione ed uno specifico di relazionare bimestralmente in ordine alle attività realizzate.

4.2. Le modifiche all'art. 19, d.lgs. n. 142/2015 in materia di accoglienza e tutela dei minori stranieri non accompagnati

L'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 220/2017 modifica il co. 5 dell'art. 19, d.lgs. n. 142/15, che disciplina le procedure immediatamente conseguenti al rintraccio del minore straniero non accompagnato sul territorio italiano e finalizzate alla predisposizione di adeguate misure di protezione – apertura della tutela e predisposizione delle misure di accoglienza – unificandone le competenze in capo alla medesima autorità giurisdizionale.

Nel testo previgente, infatti, si prevedeva che l'autorità di pubblica sicurezza effettuasse una doppia comunicazione[22] del rintraccio del minore non accompagnato: al giudice tutelare ai fini dell'apertura della tutela e della nomina del tutore; alla Procura

21. C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in questa *Rivista*, n. 2.2017.

22. L'art. 19, co. 5, d.lgs. n. 142/2015, non modificato sul punto, prevede altresì che l'autorità di pubblica sicurezza informi del rintraccio del minore straniero non accompagnato anche il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle sue funzioni di censimento e di monitoraggio della presenza dei minori stranieri non accompagnati sul territorio nazionale, ed al fine dell'inserimento del minore nel Sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati istituito presso il Ministero dall'art. 9 l. n. 47/2017.

della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni ed al Tribunale dei minorenni, per procedere alla ratifica delle misure di accoglienza predisposte in suo favore.

Il vecchio impianto normativo, pur seguendo le norme generali in materia di competenze tutelari, ha duplicato dunque i soggetti giurisdizionali coinvolti, con l'avvio di un doppio procedimento presso due distinti uffici giudiziari, che tuttavia spesso collaborano e comunicano con difficoltà, e che sicuramente offrono risposte con tempistiche molto diverse.

Un doppio binario che inevitabilmente portava alla duplicazione degli interventi – doppio avviso da parte delle forze di polizia e degli Enti locali, doppia iscrizione nei registri generali, doppio ascolto del minore da parte dell'autorità giudiziaria, doppio intervento dei servizi sociali – con un aggravamento dei tempi procedurali, a discapito dell'efficacia e dell'efficienza del sistema, e secondo una *ratio* contraddittoria rispetto a quella posta a fondamento dell'impianto di tutele predisposto dalla l. 47/2017.

Il nuovo art. 19, co. 5, d.lgs. n. 142/2015, dunque, trasferisce le competenze tutelari per i minori stranieri non accompagnati dal giudice tutelare al Tribunale dei minorenni, cui è data comunicazione del rintraccio del minore, non più e non solo per la ratifica delle misure di accoglienza, ma anche per l'apertura e la nomina del tutore.

L'unificazione avanti al Tribunale dei minorenni di tutte le competenze in materia di tutela dei minori stranieri non accompagnati pone termine alla competenza concorrente di due giudici diversi, consentendo il superamento di possibili interferenze e sovrapposizioni tra separati procedimenti, nonché un'inutile complicazione amministrativa per l'autorità di pubblica sicurezza, ed un inutile aggravio amministrativo per le Cancellerie dei Tribunali, senza che ciò corrispondesse realmente alla tutela di un'esigenza prioritaria del minore.

D'altra parte, l'intervento correttivo è del tutto coerente con l. n. 47/2017, che ha già affidato al Tribunale dei minorenni la competenza a decidere in ordine al rimpatrio volontario assistito del minore[23], alla sua espulsione[24], e che ha istituito proprio presso questo Ufficio gli elenchi dei tutori volontari disponibili ad assumere la tutela dei minori stranieri non accompagnati[25], oltre ad aver attribuito alla Procura della Repubblica dell'ufficio la competenza per gli accertamenti socio-sanitari in merito all'accertamento della minore età.

23. Art. 8 l. n. 47/2017.

24. Art. 31 d.lgs. n. 286/98.

25. La figura del tutore volontario è andata a sostituire il tutore istituzionale, generalmente il Sindaco o il responsabile della struttura di accoglienza, ma la l. n. 47/2017 prevede di favorire e promuovere l'affidamento familiare in luogo del ricovero del minore in struttura di accoglienza, assegnando agli enti locali il compito di sensibilizzazione e formazione di affidatari per accogliere minori.

Ovviamente l'attribuzione delle nuove competenze tutelari in capo al Tribunale dei minorenni ha imposto l'adozione di ulteriori interventi normativi di coordinamento, quale la modifica dell'art. 26 d.lgs. n. 25/2008, ove la competenza per l'apertura della tutela in favore del minore straniero non accompagnato che ha presentato la richiesta di protezione internazionale è ora attribuita al Tribunale dei minorenni, che dovrà procedere alla nomina del tutore nelle 48 ore successive.

Sotto il profilo procedurale, invece, il secondo periodo del comma 5 dell'art. 19, d.lgs. n. 142/2015, chiarisce che il provvedimento di nomina del tutore e tutti gli altri provvedimenti relativi alla tutela del minore straniero non accompagnato sono adottati dal Presidente del Tribunale dei minorenni o da un giudice da lui delegato.

Il provvedimento, adottato secondo le forme del decreto, può essere oggetto di reclamo avanti al Collegio del Tribunale, nelle forme e nei termini dell'art. 739 c.p.c., precisandosi che del Collegio non può fare parte il giudice che lo ha adottato.

Per quanto concerne, invece, l'individuazione del tutore del minore, l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 220/2017 modifica la l. n. 47/2017 nel senso di limitare la possibilità di nomina del medesimo tutore ad un numero massimo di tre minori, indipendentemente dal fatto che siano fratelli e/o sorelle, come previsto nella previgente formulazione.

Merita infine rilevare che, sebbene l'attribuzione in capo al Tribunale dei minorenni delle nuove competenze segni certamente una razionalizzazione dell'intero sistema, ponendo rimedio al mancato coordinamento della l. 47/2017 con la legislazione vigente, dall'altro avviene senza la messa in campo di nuove risorse, attribuendo ad un'autorità giudiziaria già notoriamente e gravemente in sofferenza di organico, delle competenze che richiedono invece risposte rapide e concrete.

4.3. Le modifiche all'art. 19-bis, d.lgs. 142/2015 in materia di identificazione dei minori stranieri non accompagnati

L'art. 19 *bis*, d.lgs. n. 142/2015, introdotto dalla l. n. 47/2017, stabilisce una procedura unica di identificazione e di accertamento dell'età dei minori che giungono soli sul territorio italiano, da attivarsi soltanto in caso di "fondati dubbi" in ordine all'età dichiarata, e che impone standard procedurali elevati ispirati alla tutela del superiore interesse del minore, con una formulazione tuttavia troppo approssimativa, per poter garantire effettiva omogeneità in un panorama già disseminato da grande difformità applicative e prassi discordanti[26].

26. 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. n. 47/2017*, in questa *Rivista*, n. 3.2017.

L'art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 220/2017 corregge il comma 9 dell'art. 19-*bis*, d.lgs. n. 142/2015, risolvendo una delle più rilevanti criticità cui aveva dato luogo l'adozione della norma, ovvero l'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente ad adottare il provvedimento di attribuzione dell'età del minore.

Come rilevato da molti commentatori[27], e soprattutto come emerso dall'applicazione concreta della nuova procedura per l'accertamento dell'età prevista dall'art. 19-*bis*, d.lgs. n. 142/2015, la l. n. 47/2017 nell'attribuire il potere di avvio del procedimento alla Procura della Repubblica del Tribunale dei minorenni che «qualora permangono dubbi fondati in merito all'età dichiarata da un minore straniero non accompagnato [...] può disporre esami socio-sanitari volti all'accertamento della stessa (art. 19-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 142/2015*)*», aveva omesso di specificare al comma 9 del medesimo articolo, quale fosse l'autorità giurisdizionale competente all'adozione del provvedimento finale di attribuzione della minore età.

Lacuna che, nell'applicazione quotidiana della norma ha dato adito a soluzioni controverse e difformi sull'intero territorio nazionale, peraltro nella maggior parte dei casi coinvolgenti tanto la Procura minorile quanto gli uffici del giudice tutelare presso il Tribunale ordinario.

La nuova formulazione del comma 9 pone definitivamente rimedio alla lacuna normativa, attribuendo logicamente al Tribunale dei minorenni la competenza ad adottare il provvedimento di attribuzione dell'età all'esito degli accertamenti socio-sanitari.

Il procedimento di accertamento dell'età del minore, dunque, ai sensi del nuovo disposto normativo è avviato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni, anche su segnalazione delle forze di pubblica sicurezza, svolto con le garanzie e le cautele previste dai comma 5 e seguenti dell'art. 19-*bis*, d.lgs. n. 142/15, e definito con provvedimento emesso dal Tribunale dei minorenni, notificato al minore ed all'esercente i poteri tutelari, anche ai fini della proposizione dell'impugnazione nelle forme e nei termini di cui all'art. 739 c.p.c.

Del provvedimento, inoltre, è data comunicazione anche alle autorità di pubblica sicurezza, ai fini del completamento delle procedure di identificazione, ed ai sensi del nuovo testo normativo anche al Ministero del lavoro e delle politiche sociali al fine del suo inserimento nel SIM.

Ed infatti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali deve essere notiziato di tutti i provvedimenti adottati nei confronti del minore straniero non accompagnato, compreso appunto il provvedimento di attribuzione della minore età, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett.

27. C. Cascone, *op. cit.*, E. di Napoli, *op. cit.*

c), d.lgs. n. 220/2017 che introduce all'art. 19-*bis*, d.lgs. n. 142/2017 il nuovo co. 3-*bis*, prevedendo che ai fini dell'accertamento dell'età dichiarata dal minore si proceda alla consultazione del sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati, e delle altre banche dati pubbliche[28].

La norma ha chiaramente la finalità di evitare l'avvio di una procedura di accertamento dell'età con lo svolgimento di accertamenti socio-sanitari, certamente dispendiosi in termini di tempo e costi, nei casi di precedenti segnalazioni e/o accertamenti.

4.4. L'applicazione delle norme relative ai procedimenti giurisdizionali in materia di protezione internazionale ai minori stranieri non accompagnati

Di estrema rilevanza è l'intervento modificativo previsto dall'art. 2, co. 4, d.lgs. n. 220/2017 che limita l'operatività della clausola d'inapplicabilità prevista all'art. 19-*bis* del d.l. n. 13/2017, che appunto escludeva l'applicazione di tutte le disposizioni contenute nel decreto legge ai minori stranieri non accompagnati.

L'intervento normativo dispone l'aggiunta di un periodo finale all'art. 19-*bis* del d.l. n. 13/2017, così esplicitando che le norme ivi contenute non sono applicabili ai minori stranieri non accompagnati, fatta eccezione per quelle relative alla procedura amministrativa di esame della domanda di protezione internazionale avanti alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e avanti alla Commissione nazionale per il diritto di asilo, nonché per quelle che regolano i procedimenti giurisdizionali e altresì quelle attributive delle competenze alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE istituite presso i Tribunali.

La Relazione illustrativa chiarisce come l'esclusione dell'applicabilità delle norme procedurali in materia di esame della domanda di protezione internazionale, sia in fase amministrativa che in fase giurisdizionale, costituisse un errore di coordinamento, non sussistendo nell'ordinamento italiano una disciplina procedurale *ad hoc* prevista per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate da minori stranieri non accompagnati, ma bensì rimandandosi a quelle generali previste dal d.lgs. n. 25/2008,

28. Si veda ad esempio il Protocollo d'intesa firmato il 18 gennaio 2018 tra la Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, per la condivisione delle informazioni contenute nella banca dati del Sistema informativo minori (SIM) relative alle denunce di scomparsa di minori stranieri non accompagnati comunicate al CGPS.

seppur con le specifiche ivi previste in ragione della minore età, e tenuto conto delle previsioni a tutela inserite dalla l. n. 47/2017.

L'estensione prevista dalla nuova formulazione dell'art. 19-*bis*, d.l. n. 13/2017 impone dunque che anche i minori stranieri non accompagnati soggiacciono alle regole del nuovo rito processuale in materia di protezione internazionale, che come noto vede gravemente limitata l'ipotesi di svolgimento dell'udienza di comparizione, e dell'audizione personale, avanti all'autorità giurisdizionale, nonché esclusa la possibilità di formulazione di un eventuale giudizio di appello avverso la decisione di primo grado.

Tuttavia, almeno per ciò che riguarda i minori stranieri non accompagnati, bisogna rilevare come resti ferma la disposizione prevista dall'art. 18, co. 2-*ter*, d.lgs. n. 142/2015 che, recependo un principio di carattere internazionale[29] sancisce il diritto del minore di partecipare, per mezzo di un suo rappresentante legale, a tutti i procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano, nonché il diritto ad essere ascoltato nel merito della questione trattata, altresì con la necessaria assistenza di un mediatore culturale.

Ne consegue, pertanto, che nelle ipotesi di presentazione di un ricorso *ex* art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 nell'interesse di un minore straniero non accompagnato, corre in capo al Tribunale l'obbligo di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti e, in quella sede, l'obbligo altresì di procedere all'ascolto del minore, escludendosi al contrario la possibilità che il Tribunale possa adottare un'ordinanza di rigetto del ricorso senza la preventiva comparizione ed audizione del minore.

29. Art. 12, par. 2, Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 176/91.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

DINIEGO DELLO *STATUS* DI RIFUGIATO PER MOTIVI DI ORDINE PUBBLICO, ESPULSIONE E LEGAMI FAMILIARI: QUALE EQUILIBRIO?

NOTA A SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 2 MAGGIO 2018, NELLE CAUSE RIUNITE C-331/16 E C-366/16, CASI K. C. STAATSSECRETARIS VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE (C-331/16), E H.F. C. BELGISCHE STAAT (C-366/16)

di Giuseppe Sciascia

Abstract: *Con una sentenza che si pone nel solco del complesso bilanciamento tra libertà di circolazione, possibilità per gli Stati membri di imporvi restrizioni, principio di proporzionalità e diritti individuali al rispetto della vita privata e familiare, la Corte di Giustizia affronta la questione del rapporto tra diniego dello status di rifugiato in base al diritto internazionale (ed europeo) e diniego di soggiorno a cittadini europei e loro familiari. Il commento ricostruisce la vicenda che ha dato luogo alle questioni pregiudiziali affrontate nella pronuncia, offrendo una panoramica della giurisprudenza correlata e analizza il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte per giungere a negare qualsiasi automatico nesso tra il rifiuto di protezione internazionale e la restrizione alla libertà di circolazione.*

Abstract: *For the first time ever, the European Court of Justice addresses the interaction between denial of refugee status according to international (and European) law and free movement of EU citizens and their relatives. The ruling of the Great Chamber builds upon and extensive EU case law which has remarkably attempted to balance Member States' restrictions to free movement, the principle of proportionality and the right to private and family life. After a brief description of the facts leading to the requests for preliminary ruling addressed by the decision, the article provides an overview of the most relevant decisions to date in this area, and an analysis of the key arguments leading the Court to deny any automatic triggering of the exclusion clauses.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

DINIEGO DELLO *STATUS* DI RIFUGIATO PER MOTIVI DI ORDINE PUBBLICO, ESPULSIONE E LEGAMI FAMILIARI: QUALE EQUILIBRIO?

NOTA A SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 2 MAGGIO 2018, NELLE CAUSE RIUNITE C-331/16 E C-366/16, CASI K. C. STAATSSECRETARIS VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE (C-331/16), E H.F. C. BELGISCHE STAAT (C-366/16)

di Giuseppe Sciascia*

SOMMARIO: 1. Premessa: le questioni al vaglio della Corte. – 2. I fatti e le domande pregiudiziali. – 3. Libertà di circolazione, ordine pubblico e divieti di ingresso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4. La decisione della Corte. – 5. Conclusioni: la portata della sentenza.

1. Premessa: le questioni al vaglio della Corte

La sospetta commissione dei crimini contro la pace, di guerra o contro l'umanità indicati dall'articolo 1, sezione F, lett. a), della Convenzione di Ginevra[1], costituisce elemento sufficiente a ritenere permanente la minaccia per l'ordine pubblico rappresentata da un individuo? In particolare, un precedente diniego del diritto di asilo può consentire una restrizione pressoché automatica della libertà di circolazione e del diritto di soggiornare in uno Stato membro, o i fatti considerati in quella sede costituiscono solo uno dei fattori di cui l'amministrazione interessata deve tener conto? Quanto "pesano", sulla decisione, il decorso di un lungo periodo di soggiorno e la situazione familiare dell'individuo interessato? Quali forme di ponderazione sono imposte, ove si tratti di

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università degli Studi di Roma "Sapienza", Dipartimento di Scienze Politiche.

1. Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954. La norma citata stabilisce che le disposizioni della Convenzione non sono applicabili «alle persone di cui vi sia serio motivo di sospettare che a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del Paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; c) si sono rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite». Il riferimento ai crimini di cui alla lett. a), attorno ai quali ruota la pronuncia in commento, non risulta reperibile in precedenti pronunce della Corte; per contro, le altre due esclusioni sono trattate nelle sentenze rese rispettivamente *i)* in data 9 novembre 2011, nei procedimenti riuniti C-57/09 e C-101/09 aventi a oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte dal Bundesverwaltungsgericht (Germania), nelle cause *Bundesrepublik Deutschland contro B (causa C-57/09), D (causa C-101/09)*, e *ii)* in data 31 gennaio 2017, nel procedimento C-573/14 avente a oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato belga nel procedimento *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*.

richiedenti asilo familiari di cittadini europei, alla luce degli articoli 27 e 28 della direttiva 2004/38/CE[2]?

La sentenza in commento affronta tali interrogativi, fornendo interessanti spunti sul rapporto tra il diritto europeo (e internazionale) in materia di asilo[3], da una parte, e le restrizioni alla libertà di circolazione di cittadini europei e loro familiari[4], dall'altra.

Sollecitata da due domande pregiudiziali rispettivamente formulate da un giudice olandese (il Tribunale dell'Aja, sede di Middelburg) e da un organo amministrativo belga con poteri giudiziali in materia di richiedenti asilo e stranieri in genere (la Commissione del contenzioso per gli stranieri), la pronuncia si pone in continuità con un cospicuo filone giurisprudenziale che, almeno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha contribuito a definire i limiti all'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione fondate su ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, bilanciando la protezione degli interessi fondamentali della comunità di accoglienza e i diritti enucleati dalla direttiva 2004/38 e dai Trattati[5]. Incidendo su uno dei pilastri fondamentali del diritto europeo primario, tali restrizioni pongono infatti esigenze di delicato bilanciamento tra le prerogative riservate agli Stati, la spinta dell'ordinamento europeo ad assicurarne un vaglio omogeneo, e gli interessi individuali incisi, in quanto tutelati da norme di rango elevato.

Come si noterà, si tratta di problematica che ricorre in più ambiti della legislazione europea in materia di cittadinanza e immigrazione: da qui lo sforzo della Corte di Giustizia di prevenire un'applicazione non uniforme da parte delle amministrazioni nazionali, adottando un approccio interpretativo analogico che ha favorito, nel tempo, la costruzione di una nozione unitaria di ordine pubblico, colorata di un significato autonomo nel diritto

2. Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77).

3. Come noto, la disciplina europea in materia di protezione internazionale e *status* dei rifugiati è contenuta nella Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; si veda, conformemente alle norme della Convenzione di Ginevra già ricordate *supra* nel testo, l'articolo 12, paragrafo 2, della medesima.

4. Per un primo commento, S. Peers, *Expelling EU citizen war criminals: no sympathy from the ECJ*, 8 maggio 2018, in http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/05/expelling-eu-citizen-war-criminals-no.html, URL consultato il 22 luglio 2018.

5. In argomento, diffusamente, M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 187 ss. e bibliografia ivi citata.

dell'Unione[6], e, nondimeno, calata in una realtà in cui si individuano plurimi *status migrationis* e *status civitatis*[7].

Il paragrafo che segue introduce i fatti oggetto delle richieste pregiudiziali e i quesiti formulati dai giudici *a quo*; all'interno del terzo paragrafo sono quindi trattati i precedenti giurisprudenziali più significativi, utili a individuare l'evoluzione degli indirizzi elaborati in materia; esaminato il percorso argomentativo seguito nella sentenza in commento all'interno del quarto paragrafo, le conclusioni propongono alcuni spunti di riflessione sulla portata e i limiti della stessa.

2. I fatti e le domande pregiudiziali

Le circostanze oggetto della "doppia" pronuncia riguardano due individui, rispettivamente originari della Croazia e dell'Afghanistan, genitori di cittadini europei. I fatti e le problematiche interpretative sottoposte alla Corte sono analoghi: entrambi si erano infatti visti più volte respingere le rispettive richieste di soggiorno a fronte della sospetta commissione dei crimini di cui all'art. 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra; l'unica differenza riguardava la possibilità, per K., di accedere al regime di maggior favore riservato ai cittadini europei soggiornanti di lungo corso in uno Stato membro diverso da quello di origine.

Le due vicende possono quindi essere brevemente sintetizzate come segue.

Dal 2001 K. soggiornava ininterrottamente sul territorio olandese insieme ai propri familiari, e inoltrava due domande di permesso di soggiorno temporaneo quale richiedente asilo, entrambe respinte. Dopo l'adesione della Croazia all'UE, K. chiedeva la revoca del divieto di ingresso nel territorio olandese; pur accogliendo tale istanza, l'amministrazione dichiarava K. «*soggetto indesiderabile nel territorio dei Paesi Bassi*», in base alla legge nazionale sugli stranieri[8], poiché si era reso colpevole di condotte ricomprese nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra[9]. K. presentava quindi

6. Si soffermano su tali aspetti, G. Roma, A. Romano, *Ordine pubblico, automatismo espulsivo e diritti fondamentali degli stranieri: un commento alla sentenza Zh. e O. della Corte di Giustizia relativa alla partenza volontaria*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 163.

7. Il concetto è sviluppato da L. Ferrara, *Immigrazione e integrazione nelle prospettive di indagine giuridica: scritti recenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2018.

8. In base a tale disposizione, uno straniero (cittadino europeo o meno) può essere dichiarato indesiderabile dal Ministro della sicurezza e della giustizia olandese in cinque ipotesi: *i)* qualora soggiorni illegalmente nei Paesi Bassi ed abbia ripetutamente commesso atti perseguibili a norma della stessa legge sull'immigrazione; *ii)* qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per un reato per il quale è prevista una pena detentiva non inferiore a tre anni; *iii)* qualora rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale e soggiorni illegalmente nei Paesi Bassi; *iv)* in forza di un trattato, o *v)* nell'interesse delle relazioni internazionali dei Paesi Bassi.

9. Secondo i giudici di prime cure, K. sarebbe stato a conoscenza di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalle unità speciali dell'esercito bosniaco e avrebbe preso personalmente parte a tali crimini; la presenza di K. sul

un ricorso volto a dimostrare che i motivi addotti dallo *Staatssecretaris* risultavano contrari al diritto dell'Unione, alla luce del tempo trascorso dai fatti contestati e della mancanza di evidenze circa la presenza di sue vittime in territorio olandese.

Nel 2000, H.F. giungeva nei Paesi Bassi e presentava una prima domanda di asilo, respinta sulla base dell'articolo 1, sezione F, lett. a), della Convenzione di Ginevra, e accompagnata da un provvedimento di espulsione con divieto di ingresso. Dieci anni più tardi, egli si stabiliva in Belgio con la figlia, cittadina olandese, dove avanzava più richieste volte a ottenere un'autorizzazione di soggiorno. Il terzo provvedimento di diniego veniva annullato da un Tribunale belga, ma l'amministrazione adottava un'altra decisione ostativa a un soggiorno di più di tre mesi senza ordine di lasciare il territorio, richiamando le informazioni contenute nel fascicolo della procedura di asilo conclusasi undici anni prima nei Paesi Bassi. Quest'ultima decisione era impugnata da H.F. dinanzi alla Commissione per il contenzioso in materia di stranieri del Belgio.

Le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici rimettenti vertono su tre punti.

In primo luogo, i giudici del rinvio chiedono alla Corte se le decisioni adottate dalle amministrazioni nazionali siano compatibili con l'articolo 27, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/38, e se, quindi, possa presumersi che la presenza sul territorio di uno Stato membro di una persona nei cui confronti sia stata in passato adottata una decisione di esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato in base alla sospetta commissione dei crimini di cui all'articolo 1, sezione F, lett. a), della Convenzione di Ginevra, costituisca per sua natura una minaccia costantemente attuale per un interesse fondamentale della società.

In secondo luogo, e ipotizzando il non operare della suddetta presunzione, i giudici domandano se, in ragione del tempo trascorso, i comportamenti fondanti la reiezione della domanda di accesso allo *status* di rifugiato possano (ancora) essere considerati come una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, quale nesso vi sia tra la norma della direttiva citata e il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare di cui all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quale ruolo debba attribuirsi al principio di proporzionalità.

---

territorio olandese era quindi tale da arrecare pregiudizio alle relazioni internazionali dei Paesi Bassi, posto che «occorreva evitare che tale Stato membro divenisse un Paese di accoglienza per persone rispetto alle quali sussistevano seri motivi di ritenere che si fossero rese colpevoli di gravi crimini, e che la protezione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza esigevano che si facesse tutto il possibile per evitare che cittadini olandesi venissero a contatto con persone che nel loro Paese di origine si erano rese colpevoli dei crimini previsti dalla disposizione prima citata della Convenzione di Ginevra»; per tale ricostruzione, si veda il punto 18 della sentenza in commento.

Nel caso di K., infine, il Tribunale olandese chiede se, anche ai fini della ponderazione del principio di proporzionalità, debba tenersi conto del periodo di dieci anni di soggiorno nello Stato membro ospitante indicato dall'articolo 28, paragrafo 3, della direttiva 2004/38: in base a tale norma, un cittadino dell'Unione che abbia soggiornato nello Stato membro ospitante nel corso dei dieci anni precedenti può essere destinatario di una decisione di allontanamento solo laddove questa sia adottata per *motivi imperativi* di pubblica sicurezza (enfasi aggiunta), richiedendosi cioè un sostanziale *surplus* motivazionale.

3. Libertà di circolazione, ordine pubblico e divieti di ingresso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Prima di approfondire il contenuto della decisione assunta dalla Corte, sembra utile fornire una sintetica rassegna degli approdi della giurisprudenza comunitaria in materia di bilanciamento tra libera circolazione e clausole di salvaguardia dell'ordine pubblico. Da questa emergono infatti alcuni dei tratti interpretativi cui la Corte ricorre nell'affrontare la "nuova" fattispecie sottoposta al suo vaglio: su tutti, il divieto di automatismi nell'assunzione di decisioni limitanti la libera circolazione individuale tanto di cittadini europei quanto di cittadini di Stati terzi, e il rilievo chiave del principio di proporzionalità quale perno equilibratore dei diversi interessi individuali e generali in gioco.

È noto che, già a partire dal celebre caso *Royer*[10], la giurisprudenza europea ha invertito il tradizionale rapporto di matrice liberal-nazionale tra libertà degli stranieri, anche comunitari, e ordine pubblico[11]. In quella storica pronuncia, la Corte ha infatti affermato l'incompatibilità con il diritto europeo di misure espulsive fondate sulla mera inosservanza di formalità relative all'ingresso e al soggiorno, posto che la libera circolazione costituisce estrinsecazione di un diritto pieno fondato sulle norme dei Trattati e, come tale, passibile di restrizioni solo in casi singoli e per giustificati motivi. Nondimeno, la Corte aveva già a suo tempo fatta salva la libertà per gli Stati di espellere dal proprio territorio il cittadino di un altro Stato membro ove l'ordine e la sicurezza pubblici fossero stati minacciati per motivi diversi da quelli meramente formali da essa censurati, e fermi gli ulteriori limiti sostanziali e procedurali precisati nel caso *Rutili*[12].

10. Corte di Giustizia, causa 48/75, *Royer*, sentenza 8 aprile 1976.

11. M. Savino, *Le libertà*, cit., p. 188.

12. Corte di giustizia, causa 36/75, *Rutili*, sentenza del 28 ottobre 1975. In quest'ultimo si era affermato che i diritti dei cittadini degli Stati membri di entrare, soggiornare e spostarsi nel territorio di un altro Stato membro possono essere limitati solo nell'ipotesi in cui la loro presenza o il loro comportamento costituisca, secondo la formula poi codificata dalla vigente direttiva, una minaccia effettiva ed abbastanza grave per l'ordine pubblico, non potendo travalicarsi il noto limite della necessarietà della misura «in una società democratica». Al contempo, la Corte aveva

In alcune importanti sentenze successive, maggiormente calzanti ai casi in commento, la Corte ha ampliato lo spettro delle proprie valutazioni e affrontato il delicato nodo del rapporto tra norme penali e clausola di ordine pubblico, chiave di volta – come si vedrà – della soluzione qui prescelta. Tale rapporto è emerso nell'interpretazione di più ambiti normativi incidenti su aspetti chiave dello *status* giuridico individuale[13], quali, oltre la già ricordata disciplina in materia di cittadinanza, le direttive in materia di ricongiungimento familiare[14], soggiorno di lungo periodo di cittadini di Paesi terzi[15] e rimpatri[16].

In un primo momento, la Corte ha affermato l'incompatibilità con l'ordinamento europeo di qualsiasi presunzione di pericolosità che comporti l'automatica adozione di misure restrittive ed espulsive nei confronti del cittadino comunitario che abbia commesso uno o più reati, anche ove definitivamente accertati in via giudiziale[17]. La giurisprudenza europea ha così tracciato una netta linea di demarcazione tra finalità repressive proprie delle misure penali e finalità preventive proprie delle misure di ordine pubblico, rilevando il fondamento di queste ultime non già in esigenze generali, ma in circostanze specificamente correlate alle condotte tenute dall'individuo interessato[18]. Con tale indirizzo, la Corte ha quindi imposto alle amministrazioni nazionali di accertare la pericolosità di un soggetto ai fini dell'adozione di misure limitative o espulsive nei suoi confronti mediante un giudizio diretto ad asseverare la contrarietà del suo comportamento ai valori di convivenza civile propri della società chiamata ad accoglierlo.

Nei casi riuniti *Orfanopoulos* e *Oliveri*[19], la Corte ha quindi chiarito che l'esistenza di una pluralità di condanne per determinati reati nei confronti di cittadini comunitari non

---

affermato il diritto per gli interessati a conoscere la motivazione di ogni provvedimento restrittivo adottato nei propri confronti e a disporre di un rimedio giuridico effettivo avverso lo stesso. Si vedano, in particolare, i paragrafi 32 e ss.

13. Sul rapporto tra problematiche dell'immigrazione e tendenze in materia di cittadinanza, C. Panzera, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; E. Codini, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2018.

14. Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2002, relativa al ricongiungimento familiare.

15. Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

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

17. Nel caso *Bouchereau*, la Corte ha rimarcato l'esigenza di comprovare l'attualità della minaccia per l'ordine pubblico per il soggetto che sia stato destinatario di provvedimenti di rigore, affermando che «l'esistenza di condanne penali può essere presa in considerazione solo in quanto le circostanze che hanno portato a tali condanne provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico»; Corte di Giustizia, causa 30/77, *Bouchereau*, sentenza 27 ottobre 1977.

18. Corte di Giustizia, causa 67/74, *Bonsignore*, sentenza 26 febbraio 1975. In quell'occasione, più precisamente, la Corte aveva chiarito che la disciplina comunitaria ostava all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro qualora tale provvedimento venisse adottato «nell'intento di dissuadere altri stranieri», ovvero, secondo la terminologia del Tribunale tedesco rimettente, sulla base di considerazioni di prevenzione generale.

19. Corte di Giustizia, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, sentenza 29 aprile 2004. Un ulteriore precedente è rappresentato da Corte di Giustizia, causa C-348/96, *Calfa*, sentenza 19 gennaio 1999.

indebolisce quel divieto di automatismo tra condanna penale e adozione di misure della specie, né autorizza presunzioni. Si è così riaffermato che solo laddove le circostanze che hanno condotto a una condanna provino «un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico» è possibile giustificare un'espulsione sulla base della condanna stessa[20], fermo restando che il presupposto dell'attualità della minaccia deve essere soddisfatto al momento dell'adozione della misura stessa[21]. Ancora, in *Rendòn Marìn*, la Corte ha ribadito che, per essere giustificati, i provvedimenti restrittivi del diritto di soggiorno di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare adottati per motivi di ordine pubblico «devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati»[22].

In un secondo momento, il rifiuto di forme di automatismo ha trovato spazio anche in ipotesi nelle quali venissero in rilievo reati commessi da cittadini di Stati terzi. La questione, emersa nel filone giurisprudenziale riguardante l'applicazione della c.d. Direttiva rimpatri, è stata infatti affrontata ricorrendo alle coordinate interpretative già sviluppate a partire dal caso *Orfanopoulos*: per tale via si è così imposta alle amministrazioni nazionali, anche in tali casi, una valutazione caso per caso agganciata a criteri obiettivi[23].

Nei casi riuniti *Zh. e O.*[24], e nel più recente caso *E.*[25], la giurisprudenza europea ha infatti osservato che l'adozione di una decisione di rimpatrio accompagnata dal divieto d'ingresso ai sensi della direttiva 2008/115/CE nei confronti di un cittadino di un Paese

20. *Ibid*, § 67, dove la Corte nota che «la deroga dell'ordine pubblico deve [...] essere interpretata restrittivamente, cosicché l'esistenza di una condanna penale può giustificare un'espulsione solo nei limiti in cui le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico».

21. *Ibid*, § 79 ss., ove la Corte concludeva affermando che il diritto europeo «osta a una pratica nazionale secondo la quale, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, il giudice nazionale non deve prendere in considerazione elementi di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento del soggetto interessato costituirebbe per l'ordine pubblico. Ciò avviene soprattutto qualora tra la data del provvedimento di espulsione, da un lato, e quella della sua valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, sia trascorso molto tempo».

22. Corte di Giustizia, causa C-165/14, *Rendòn Marìn*, sentenza 13 settembre 2016, § 55.

23. G. Roma, A. Romano, *Ordine pubblico*, cit., 172.

24. Corte di Giustizia, causa C-554/13, *Z. Zh. e O.*, sentenza 11 giugno 2015, riguardante due cittadini di un Paese terzo destinatari di ordini di allontanamento dal territorio olandese a fronte della commissione di reati in materia di possesso di titoli di viaggio falsificati e maltrattamenti personali. Su tale pronuncia, si vedano, S. Peers, *Jump before you're pushed: the CJEU rules on the voluntary departure of irregular migrants*, in *EU Law Analysis*; G. Cornelisse, *Zh. and O.*: *EU law and the Constitutionalisation of the Excercise of Migration Control*, 17 luglio 2015; tali contributi sono citati in G. Roma, A. Romano, *Ordine pubblico*, cit., 163.

25. Corte di Giustizia, causa C-240/17, *E.*, sentenza 16 gennaio 2018, riguardante un cittadino nigeriano condannato per reati relativi al traffico di stupefacenti.

terzo può essere adottata da uno Stato membro solo previa valutazione della condotta personale del soggetto interessato e della sua capacità di costituire un pericolo reale e attuale per l'ordine pubblico, tenendo nondimeno presente che «la mera circostanza che il cittadino medesimo sia stato oggetto di condanna penale non è di per sé sufficiente per integrare tale pericolo»[26]. In aggiunta a una valutazione dei fatti di reato ascritti al soggetto in questione, la Corte ha quindi richiamato l'esigenza di tenere «debitamente conto del comportamento personale del cittadino e del pericolo che tale comportamento rappresenta per l'ordine pubblico», attraverso una valutazione di «qualsiasi elemento di fatto o di diritto relativo alla situazione del cittadino interessato di un Paese terzo idoneo a chiarire se il comportamento personale del medesimo costituisca siffatta minaccia»[27]. Tale valutazione, d'altro canto, costituisce espressione dell'esigenza di assicurare il pieno rispetto del principio di proporzionalità in tutte le fasi della procedura di rimpatrio: è infatti quest'ultimo che impone, in ultima analisi, che anche l'assunzione della decisione di rimpatrio discenda da una valutazione da compiersi «caso per caso e tenendo debitamente conto dei diritti fondamentali della persona interessata»[28].

In uno al descritto divieto di automatismi espulsivi, sancito in via giurisprudenziale tanto per cittadini europei quanto per cittadini di Stati terzi ed espressamente ribadito dal legislatore europeo nella stessa direttiva 2004/38[29], il principio di proporzionalità costituisce, in effetti, uno dei *leitmotiv* nei richiami della giurisprudenza europea[30]. Codificato nella disciplina in questione[31], il principio è stato espressamente impiegato, nella sua declinazione classica, nei casi *Jipa*[32] e *Gaydarov*[33]: in questi ultimi, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato l'esigenza per il giudice *a quo* di accertare se la limitazione al diritto di circolazione in concreto imposta a un cittadino europeo sia atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito e non vada al di là di quanto necessario per il suo raggiungimento.

26. Corte di Giustizia, *Zh. e O.*, cit., § 50 e 54; Corte di Giustizia, causa C-240/17, *E.*, § 48-49.

27. Corte di Giustizia, *Zh. e O.*, cit., § 50 e 61.

28. *Ibid*, § 49 e 69.

29. L'articolo 27, paragrafo 2, ultimo periodo, stabilisce infatti che la sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di provvedimenti di limitazione della libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

30. Sul rilievo del principio di proporzionalità, M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

31. Lo stesso articolo 27, paragrafo 2, infatti, prevede che i provvedimenti rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati.

32. Corte di Giustizia, causa C-33/07, *Jipa*, sentenza 10 luglio 2008, spec. § 29.

33. Corte di Giustizia, causa C-430/10, *Gaydarov*, sentenza 17 novembre 2011, spec. § 40.

Tale principio ha assunto valore dirimente anche ai fini dell'adozione di un provvedimento di allontanamento dal territorio di uno Stato membro di un cittadino europeo soggiornante da oltre dieci anni e responsabile della commissione di gravi reati. Nel caso *Tsakouridis*[34], ad esempio, la Corte si è misurata con il rapporto tra la commissione di reati legati al traffico di stupefacenti e le nozioni di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» e di «gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» impiegate rispettivamente dagli articoli 28(2) e 28(3) della direttiva 2004/38. Pur riconoscendo che l'obiettivo della lotta contro il traffico di stupefacenti tramite associazioni criminali non è necessariamente escluso dalle predette nozioni, i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che l'adozione di un provvedimento fondato su motivi imperativi di pubblica sicurezza può essere giustificata solo laddove tale obiettivo «non possa essere realizzato con provvedimenti meno restrittivi, alla luce della durata della residenza del cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante e, in particolare, delle gravi conseguenze negative che un provvedimento del genere può causare ai cittadini dell'Unione che si sono effettivamente integrati nello Stato membro ospitante»[35]. In tali ipotesi, spetta cioè al giudice nazionale vagliare la proporzionalità tra il provvedimento di allontanamento prospettato dall'amministrazione e il comportamento tenuto dal suo destinatario, avendo riguardo a elementi quali «la natura e la gravità della violazione commessa, la durata del soggiorno dell'interessato nello Stato membro ospitante, il periodo trascorso dalla violazione commessa e la condotta dell'interessato durante tale periodo nonché la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con lo Stato membro ospitante», nonché, in senso più ampio, «il rischio di compromettere il reinserimento sociale del cittadino dell'Unione nello Stato in cui è effettivamente integrato, reinserimento che rientra non solo nell'interesse di quest'ultimo, bensì dell'Unione europea in generale»[36].

Sulla falsariga di tale indirizzo, nei casi *P.I.*[37] ed *E.*[38] la Corte è stata chiamata a valutare se la nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» ricomprendesse anche reati sessuali su minori commessi da soggiornanti europei di lungo corso in Stati membri diversi da quello di origine. Seguendo un percorso analogo a quello sviluppato in

34. Corte di Giustizia (Grande Sezione), causa C-145/09, *Tsakouridis*, sentenza del 23 novembre 2010.

35. *Ibid*, § 49.

36. *Ibid*, § 50 e 53.

37. Corte di Giustizia, causa C-348/09, *P.I.*, sentenza 22 maggio 2012. La vicenda di tale causa riguardava un cittadino italiano residente in Germania e destinatario di una condanna per gravi abusi sessuali su minori, cui aveva fatto seguito una decisione di allontanamento dal territorio tedesco fondata sui ricordati «motivi imperativi di pubblica sicurezza» previsti dall'articolo 28(3), della direttiva 2004/38.

38. Corte di Giustizia, causa C-193/16, *E.*, sentenza 13 luglio 2017. I fatti alla base di tale causa erano del tutto simili a quelli oggetto del succitato caso *P.I.*, interessando un cittadino italiano residente in Spagna e condannato a tre sentenze definitive di reclusione per delitti reiterati di abuso sessuale su minori.

Tsakouridis, la Corte ha confermato che episodi della specie «costituiscono un attentato particolarmente grave a un interesse fondamentale della società, tale da rappresentare una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, e, pertanto, possono rientrare nella nozione di "motivi imperativi di pubblica sicurezza" atti a giustificare un provvedimento di allontanamento»[39]. Nondimeno, l'accertamento in base al quale reati della specie costituiscono una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, non deve necessariamente comportare l'allontanamento della persona in questione, risultando necessario valutare, in linea con il criterio di proporzionalità, tanto «l'esistenza di una tendenza a ripetere in futuro tale comportamento», quanto «elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale in tale Stato e l'importanza dei suoi legami con il Paese d'origine»[40].

4. La decisione della Corte

Pur confrontandosi con una questione sostanzialmente inedita, la decisione in commento fa leva sulle coordinate interpretative acquisite nella giurisprudenza europea appena riepilogata. La problematica della commissione di crimini che escludono l'accesso allo *status* di protezione internazionale è qui assimilata alle ipotesi di accertamento di reati connotati da particolare gravità, come visto di frequente oggetto di rinvii pregiudiziali. Allo stesso modo, la Corte valorizza la portata del principio di proporzionalità, reputando essenziale assicurare un bilanciamento tra interessi fondamentali della comunità dello Stato membro di ingresso e diritti fondamentali della persona sospettata di gravi crimini.

In prima battuta, i giudici europei affrontano la questione interpretativa, di più ampio respiro, relativa alla portata dell'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, a sua volta articolata in tre interrogativi essenziali. Sulla base di questa disposizione, le autorità nazionali possono considerare che la semplice presenza di un cittadino europeo (o familiare di altro cittadino europeo) destinatario di una decisione di esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato fondata su seri sospetti di un suo coinvolgimento in crimini di guerra o contro l'umanità, costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società? Ove così non fosse, come deve essere valutata l'esistenza di tale minaccia, e che peso deve essere dato al lasso di tempo trascorso dalla presunta commissione degli atti fondanti il diniego? Quale incidenza ha, infine, il principio

39. Corte di Giustizia, causa C-348/09, *P.I.*, cit., § 28; in termini del tutto simili, Corte di Giustizia, causa C-193/16, *E.*, cit., § 20.

40. Corte di Giustizia, causa C-348/09, *P.I.*, cit., § 30-32.

di proporzionalità sull'adozione di una decisione relativa all'indesiderabilità della persona destinataria di una tale decisione di esclusione?

Nell'affrontare la prima questione, i giudici ripercorrono i tratti salienti della giurisprudenza comunitaria in materia di determinazione delle regole di ordine pubblico e di pubblica sicurezza. Richiamando i ricordati casi *P.I.*[41] ed *E.*[42] sotto il profilo dell'individuazione dei suddetti motivi legittimanti misure della specie, la Corte ribadisce che le regole in questione, incidendo sul principio fondamentale della libera circolazione dei cittadini, devono essere intese in senso restrittivo e sottoposte al controllo delle istituzioni dell'Unione. In particolare, mentre la nozione di «ordine pubblico» presuppone in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale che consegue a qualsiasi violazione di legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave verso un interesse fondamentale della società, quella di «pubblica sicurezza» comprende tanto la sicurezza interna quanto quella esterna di uno Stato membro[43], l'una riferibile a «una minaccia diretta per la tranquillità e la sicurezza fisica della [propria] popolazione»[44], e, l'altra, al «rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali [...] o della coesistenza pacifica dei popoli»[45].

Nei casi di K. e H.F., le autorità amministrative olandese e belga avevano essenzialmente fatto riferimento a circostanze atte a incidere sia sull'ordine pubblico che sulle dimensioni interna ed esterna della clausola di pubblica sicurezza. Dato il mancato riconoscimento dello *status* di rifugiati in base alla Convenzione di Ginevra e alla direttiva 2011/95, la loro mera presenza all'interno dei confini nazionali era stata infatti ritenuta idonea a pregiudicare i rapporti internazionali degli Stati membri interessati, ovvero tale da determinare il rischio di un contatto indesiderabile con cittadini degli stessi Stati membri che fossero stati vittime dei reati e dei comportamenti loro ascritti. Sottolineando che i crimini e le azioni idonei a escludere un individuo dall'accesso allo *status* di rifugiato costituiscono una grave minaccia a valori fondanti del diritto dell'Unione e agli scopi che essa stessa si prefigge di promuovere, quali la pace e il rispetto della dignità e dei diritti umani, la Corte afferma che i motivi addotti nei due casi in questione possono essere legittimamente considerati dagli Stati membri quali idonei a giustificare l'adozione di misure che limitano la libertà di circolazione e di soggiorno.

41. Corte di Giustizia, causa C-348/09, *P.I.*, cit.

42. Corte di Giustizia, causa C-193/16, *E.*, cit.

43. Corte di Giustizia, causa C-145/09, *Tsakouridis*, cit., spec. § 43 e ss., ove sono richiamate varie pronunce che hanno ribadito tale principio.

44. Corte di Giustizia, causa C-348/09, *P.I.*, cit., § 28.

45. Corte di Giustizia, causa C-145/09, *Tsakouridis*, cit., § 44.

Tuttavia, la Corte precisa subito che tali misure «devono essere fondate esclusivamente sul comportamento personale del soggetto in questione», ovvero su una condotta tale da costituire – secondo la formula più volte ricordata – «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società o dello Stato membro ospitante». Per contro, le cause di esclusione dello *status* di rifugiato previste dal diritto internazionale e codificate nella disciplina europea sancita dalla direttiva 2011/95 intendono prevenire che l'accesso a tale beneficio sia accordato a soggetti ritenuti indegni di protezione, altresì consentendo loro di sottrarsi alla responsabilità penale. Diversamente dalle misure limitative della libertà di circolazione e di soggiorno, si tratta quindi di decisioni che hanno una finalità *generale* che di per sé non presuppone l'esistenza di un pericolo *attuale* (e specifico) per lo Stato membro di accoglienza.

Il nesso stabilito dall'amministrazione tra la precedente esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato e la posteriore adozione di misure limitative della specie dà quindi luogo a un automatismo logico non tollerabile. Esso contrasta infatti con la circostanza che la seconda tipologia di decisioni deve discendere da una valutazione caso per caso, da compiersi da parte delle autorità competenti, del comportamento dell'individuo richiedente, e del suo costituire, per l'appunto, una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società: riecheggia evidente, in questa argomentazione, la demarcazione tracciata sin dai casi *Bonsignore* e *Orfanopoulos*, sopra ricordati.

A parere della Corte, ancora, la valutazione in questione si connota per molteplici aspetti, fra cui lo stesso decorso di un cospicuo lasso temporale tra i fatti addotti e l'istanza agli organi competenti formulata dal soggetto interessato: per un verso, l'amministrazione nazionale può certamente prendere in considerazione gli elementi fondanti il diniego dello *status* di rifugiato, con particolare riguardo alla natura e alla gravità dei reati e dei comportamenti contestati, al livello di coinvolgimento in essi dell'interessato e all'eventuale esistenza di motivi di esclusione della responsabilità penale in relazione agli stessi; tale esame, peraltro, risulta vieppiù necessario in ipotesi nelle quali – come nei casi di K. e H.F. – il soggetto interessato non sia stato destinatario di una condanna penale per i crimini e gli atti assunti a fondamento del diniego; in terzo luogo, il tempo trascorso da tali atti costituisce un elemento di cui tener conto per valutare l'esistenza della minaccia di cui all'art. 27, paragrafo 2, e l'eventuale eccezionale gravità degli atti in questione può evidenziare – anche dopo il trascorrere di un lungo lasso temporale – la persistenza della minaccia stessa; in correlazione a ciò, assume particolare rilievo l'ulteriore elemento del rischio di recidiva, da valutarsi alla luce dell'eventuale permanere di un atteggiamento del richiedente che tenda ad attentare a valori fondamentali dell'Unione europea.

Nel ricostruire il novero degli elementi di cui l'amministrazione nazionale deve tener conto, la Corte non manca quindi di richiamare l'esigenza del pieno rispetto del principio di proporzionalità. Ricorrendo alle indicazioni sviluppate nel caso *Tsakouridis*, viene infatti sancita l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra la minaccia posta dal comportamento personale dell'interessato, da un lato, e la tutela dei diritti che discendono per i cittadini dell'Unione e per i loro familiari dalla direttiva 2004/38, dall'altro; al contempo, la Corte ritiene opportuno includere in tale bilanciamento il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'articolo 7 della Carta di Nizza e dall'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo[46]. Il principio di proporzionalità impone quindi alle autorità nazionali di valutare la possibile adozione di misure che ledano in misura meno incisiva la libertà di circolazione e di soggiorno del richiedente, ma che risultino comunque parimenti efficaci nel garantire la protezione degli interessi fondamentali della comunità nazionale interessata.

Esaurita la disamina delle questioni interpretative sottese all'articolo 27, paragrafo 2, la Corte affronta, in seconda battuta, la questione sottoposta dal solo Tribunale olandese nel caso di K. circa l'interpretazione dell'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2004/38.

Sul punto, la Corte conferma, in primo luogo, che l'obbligo di lasciare il territorio olandese annesso alla dichiarazione di indesiderabilità formulata nei confronti di K. si configura come una decisione di allontanamento ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2004/38. Tuttavia, la pronuncia nota succintamente che il regime di maggior favore di cui possono godere i cittadini dell'Unione che abbiano soggiornato nello Stato membro ospitante per i dieci anni precedenti è limitato alle ipotesi in cui l'interessato disponga di un diritto di soggiorno permanente e "regolare" in base agli articoli 16, 7, paragrafo 1, e 28, paragrafo 2, della stessa direttiva 2004/38: tale orientamento, già seguito dalla Corte in una pronuncia di poco precedente[47], comporta quindi che un cittadino dell'Unione che non goda di un tale diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante non possa beneficiare del regime più restrittivo previsto dall'articolo 28, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/38. Nel caso di K., la Corte ritiene quindi probabile che non sussistano le condizioni per configurare l'avvenuta acquisizione, da parte dell'interessato, di un diritto di soggiorno permanente, attesa la sua decennale presenza irregolare nel territorio olandese in contrasto con le ricordate disposizioni della direttiva 2004/38, pur rimettendo al giudice *a quo* ogni valutazione in merito.

46. Già nella sentenza *Orfanopoulos e Oliveri*, citata più volte *supra*, la Corte di Giustizia aveva riconosciuto che «l'esclusione di una persona da un Paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8 della Convenzione».

47. Corte di Giustizia, cause riunite C-316/16 e C-424/16, *B e Vomero*, sentenza 17 aprile 2018.

5. Conclusioni: la portata della sentenza

La sentenza qui annotata costituisce un importante monito per le amministrazioni nazionali. Nel confrontarsi con simili casi, queste non potranno stabilire alcun automatismo tra la negazione dello *status* di rifugiato per motivi di ordine pubblico e la restrizione della libertà di circolazione, ma dovranno vagliare tutti gli elementi utili a valutare la pericolosità del richiedente e la sua effettiva capacità di costituire una minaccia attuale per la comunità di accoglienza. Conformemente al principio di proporzionalità, le amministrazioni dovranno inoltre ricorrere a misure che non comportino un sacrificio eccessivo degli interessi individuali e familiari, fermo il rispetto degli obiettivi preventivi sottesi a restrizioni della specie.

Alcuni aspetti della pronuncia meritano qualche notazione aggiuntiva.

Una prima considerazione riguarda la sua estensione applicativa, comprensiva di tutti i destinatari di una decisione di esclusione dal beneficio dello *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra, o dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE. In sede di primo commento[48] è stato ritenuto difficile ipotizzarne un'estensione a coloro i quali siano stati esclusi dal beneficio della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 17, paragrafo 1, lett. b), della Direttiva 2011/95, che si riferisce alla commissione di un reato grave, ovvero «*any crime which would be punishable by imprisonment in the Member State concerned*»[49]; recentemente, tuttavia, la stessa Corte di Giustizia ha rilevato che, sebbene l'ambito di applicazione della causa di esclusione prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2011/95 sia più ampio di quello della causa di esclusione dallo *status* di rifugiato di cui all'articolo 1, sezione F, lettera b), della Convenzione di Ginevra e di cui all'articolo 12, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2011/95, anche nel primo caso spetta «all'autorità o al giudice nazionale competente che statuisce sulla domanda di protezione sussidiaria [il compito di] valutare la gravità dell'illecito considerato, effettuando un esame completo di tutte le circostanze del caso individuale di cui trattasi»[50]. Nondimeno, le coordinate interpretative potrebbero rilevare nelle ipotesi di revoca dello *status* di rifugiato, ovvero ove l'amministrazione

48. S. Peers, Expelling EU citizen war criminals, cit.

49. *Ibid.*

50. Corte di Giustizia, causa C-369/17, *Shajin Ahmed c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, sentenza 13 settembre 2018. A parere della Corte, quindi, l'art. 17, paragrafo 1, lett. b), della direttiva 2011/95 «osta a una legislazione di uno Stato membro in forza della quale si considera che il richiedente protezione sussidiaria abbia "commesso un reato grave" ai sensi di tale disposizione, il quale può escluderlo dal beneficio di tale protezione, sulla sola base della pena prevista per un determinato reato ai sensi del diritto di tale Stato membro».

debba valutare se vi siano fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova[51].

Una seconda considerazione concerne l'atteggiamento della Corte rispetto al rilievo del lasso temporale trascorso dai fatti che avevano giustificato l'iniziale rifiuto della protezione internazionale. A parere di chi scrive, la sentenza avrebbe potuto meglio precisare che la valutazione dell'elemento temporale non rileva come dato fine a stesso, ma come fattore per circoscrivere la rilevanza di quegli stessi elementi suppletivi il cui vaglio è rimesso all'amministrazione procedente[52]. Il tempo, in altre parole, costituisce un fattore di assimilazione al contesto sociale e culturale nel quale lo straniero si trova inserito, sicché il suo trascorrere può essere indicativo della rottura di quel legame (negativo) con il Paese d'origine nel quale si era verificata la (sospetta) commissione di determinati crimini.

In terzo luogo, va sottolineata la prudenza con la quale la Corte si misura con il rapporto tra misure restrittive della libertà di circolazione e presunzione di innocenza: consci dei limiti normativi posti dagli stessi strumenti internazionali ed europei che attribuiscono rilevanza al mero ricorrere di un serio sospetto circa la commissione dei gravi crimini in questione, nonché della diffusione delle misure di prevenzione all'interno degli Stati membri, i giudici comunitari sembrano spostare l'equilibrio verso un rafforzamento della motivazione dei provvedimenti restrittivi della libera circolazione, esigendo un vaglio istruttorio più penetrante per i casi nei quali le responsabilità dell'interessato non siano state accertate da un giudice.

Un ultimo profilo di interesse della pronuncia annotata riguarda il succinto passaggio dedicato alla minaccia, e alla conseguente esigenza di protezione, dei valori fondamentali su cui l'Unione si fonda e che essa ha lo scopo di promuovere[53]. In esso, la Corte sembra voler aggiungere un tassello alle nozioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza, ulteriore rispetto alla matrice strettamente nazionale: nell'affermare che «i crimini e le azioni di cui all'articolo 1, sezione F, della Convenzione di Ginevra o all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 costituiscono una grave minaccia ai valori fondamentali quali il rispetto della dignità umana e dei diritti umani, su cui [...] l'Unione si fonda, e alla pace, che l'Unione ha lo scopo di promuovere [...]», la Corte sembra voler tanto ribadire l'interesse delle istituzioni dell'Unione (e, in particolare, di essa stessa) a esercitare un controllo sui

51. Cfr. art. 14, paragrafo 4, lett. a), della direttiva 2011/95.

52. Come affermato dalla Corte EDU nel caso Maslov, «the rationale behind making the duration of a person's stay in the host country one of the elements to be taken into account lies in the assumption that the longer a person has been residing in a particular country the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with the country of his or her nationality will be»; cfr., Corte EDU, Grande Camera, *Maslov v. Austria*, sentenza 23 giugno 2008, § 68.

53. Cfr. § 45-47 della sentenza.

limiti frapposti dagli Stati membri alla libera circolazione e sulla rispondenza di questi ultimi a interessi condivisi e fondati sul diritto primario europeo, quanto assicurare rilievo autonomo alla tutela dei diritti fondamentali, intesi quale nucleo minimo di valori sulla cui adesione e rispetto si misura la valutazione delle condotte individuali.

Per sapere se si tratti di un argomento che prefigura ulteriori restrizioni dei "margini di manovra" nazionali, o di un mero accidente determinato dalla gravità dei crimini interessati nei casi al vaglio della Corte, occorrerà certamente attendere le future evoluzioni interpretative, e la reazione dei Tribunali e delle amministrazioni nazionali agli indirizzi sin qui formulati.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI E DEI LORO FAMILIARI: OSSERVAZIONI A "CERCHI CONCENTRICI" SUL CASO *COMAN C. ROMANIA* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

di Simone Penasa

Abstract: *La sentenza* Coman c. Romania *della Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto la natura* gender neutral *della nozione di "coniuge" contenuta nella direttiva 2004/38/CE, sancendo l'obbligo per lo Stato membro ospitante di concedere il diritto di soggiorno per un periodo superiore ai tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione. Il commento segue una struttura a "cerchi concentrici", prendendo avvio dagli aspetti più tradizionali e coerenti con la giurisprudenza precedente, passando attraverso l'interpretazione del concetto di "coniuge" previsto dalla direttiva e sulla determinazione dell'ambito e delle condizioni della sua applicazione, fino a giungere all'analisi della sentenza in prospettiva "dinamica", individuando alcuni possibili effetti "di sistema" delle argomentazioni dalla Corte, relativamente alla funzione dell'identità nazionale degli Stati membri e agli effetti della pronuncia oltre l'ambito della libertà di circolazione.*

Abstract: *In the case* Coman v. Romania, *the Court of Justice of the European Union affirmed the* gender neutral *nature of the concept of "spouse" contained in Directive 2004/38/EC and the duty for a Member State to acknowledge the right to stay for the spouse of a Union's citizen. The commentary provides a "concentric circles" analysis, starting from the interpretation of "spouse" and the determination of its scope of implementation, leading to a dynamic analysis focused on the eventual systematic effects of the judgment, with a special attention to the relationship with the Memeber States' national identity and its impact beyond the limited scope of freedom of circulation.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI E DEI LORO FAMILIARI: OSSERVAZIONI A "CERCHI CONCENTRICI" SUL CASO *COMAN C. ROMANIA* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

di Simone Penasa[*]

SOMMARIO: 1. Il caso Coman: una lettura a "cerchi concentrici". – 2. Il primo "cerchio": una continuità "evolutiva" con la giurisprudenza europea in materia di libertà di circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari. – 3. Il secondo "cerchio": un attivismo giudiziale attenuato? – 3.1. La definizione *gender neutral* di coniuge. – 4. Il terzo "cerchio": l'argomento dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale. – 5. Il quarto "cerchio": è prospettabile una lettura espansiva degli effetti della sentenza? – 6. La "dottrina Coman": un (piccolo) passo verso l'emersione di una identità costituzionale europea fondata sul «riconoscimento universale del pluralismo»?

1. Il caso Coman: una lettura a "cerchi concentrici"

Uno Stato membro dell'Unione europea è legittimato a negare il riconoscimento di un matrimonio tra un proprio cittadino e un cittadino dello stesso sesso di uno Stato terzo, finalizzato ad ottenere un permesso di soggiorno di lungo periodo sulla base della direttiva 2004/38/CE?

La Corte di giustizia ha offerto una puntuale risposta, non priva – come verrà sottolineato nel paragrafo conclusivo – di possibili letture espansive in termini di effetti di sistema, a tale quesito nella sentenza relativa al caso *Coman e altri c. Romania* (C-673/16, 5 giugno 2018)[1]. In tale sentenza, la Corte di giustizia ha risposto alla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dalla Corte costituzionale romena relativa alla interpretazione di alcuni articoli della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

La Corte costituzionale romena propone rinvio pregiudiziale dopo essere stata adita relativamente alla costituzionalità dell'articolo del codice civile che, oltre a vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso (art. 277, primo comma, c.c.), dispone il divieto di riconoscere tali matrimoni anche se conclusi all'estero sia da cittadini romeni sia da

[*] Ricercatore t.d. presso l'Università degli studi di Trento.

1. Corte giust. (Grande sezione), 5 giugno 2018, Causa C-673/16 *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociaţia Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2018:385.

cittadini stranieri (art. 277, secondo comma), facendo però salve le disposizioni relative alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (art. 277, quarto comma). I giudici della Corte, al fine di risolvere la questione, propongono alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali, finalizzate a chiarire l'interpretazione da attribuire in particolare – su tali aspetti si concentrerà il commento – al termine "coniuge" ai sensi dell'art. 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38/C, e a determinare se tale concetto comprenda anche il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione europea, di un cittadino dell'Unione europea con il quale il cittadino si sia legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, nel caso di specie il Belgio (§ 17); e se, in caso di risposta positiva, ai sensi del diritto dell'Unione europea si configuri un obbligo per lo Stato membro ospitante (la Romania) di concedere il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore ai tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione (§ 17).

È su tali questioni che la Corte di giustizia si concentra, attraverso un percorso argomentativo che offre una pluralità di spunti, i quali saranno affrontati secondo una struttura a "cerchi concentrici", prendendo avvio dagli aspetti più tradizionali e coerenti con la giurisprudenza precedente, passando attraverso il nucleo centrale della sentenza, incentrata sulla interpretazione del concetto di "coniuge" previsto dalla direttiva e sulla determinazione dell'ambito e delle condizioni della sua applicazione, fino a giungere all'analisi della sentenza in prospettiva "dinamica", individuando – in continuità con la dottrina che ha già avuto modo di commentare il caso – alcuni possibili effetti "di sistema" delle argomentazioni apportate (o non apportate) dalla Corte (la funzione dell'identità nazionale, gli effetti della pronuncia oltre l'ambito della libertà di circolazione dei coniugi dello stesso sesso, come ad esempio nelle politiche di immigrazione).

2. Il primo "cerchio": una continuità "evolutiva" con la giurisprudenza europea in materia di libertà di circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari

Preliminarmente, la Corte di giustizia tratteggia in modo attento la mappa concettuale che si troverà a seguire, seguendo in modo coerente la propria giurisprudenza consolidata in materia di libertà di circolazione dei familiari dei cittadini europei. Utilizzando un'immagine architettonica, si potrebbe affermare che la Corte di giustizia con la sentenza in commento non abbia modificato la natura dei parametri statici della propria giurisprudenza in materia, ma ne abbia piuttosto rafforzato la tenuta, ampliandone l'ambito di applicazione e rendendone la struttura potenzialmente aperta a eventuali futuri innesti. Fuor di metafora, i presupposti normativi della sentenza richiamano quanto

affermato in precedenza dalla Corte, fornendo una sintesi dei principi giurisprudenziali consolidati attraverso una ormai ampia giurisprudenza:

a) l'obiettivo della direttiva 2004/38/CE consiste nel rafforzare l'esercizio del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri attribuito ai cittadini europei dall'art. 21 TFUE (§ 18);
b) le garanzie previste dalla direttiva citata si applica a qualsiasi cittadino europeo che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari (§ 19);
c) pertanto, la medesima direttiva non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possieda la cittadinanza (§ 20);
d) tuttavia, in alcuni casi è possibile riconoscere tale diritto sulla base dell'art. 21 TFUE, in particolare quando l'attribuzione di tale diritto al cittadino di uno Stato terzo sia funzionale a garantire la prosecuzione della vita familiare che il cittadino dello Stato membro abbia sviluppato o consolidato durante un soggiorno effettivo in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza (§ 23);
e) l'attribuzione di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'art. 21 TFUE risulta funzionale a garantire l'effettivo esercizio del diritto alla circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione, il quale potrebbe in assenza di tale riconoscimento essere dissuaso dall'esercitare tale libertà, «per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare in tal modo sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante» (§ 24);
f) al fine di riconoscere tale diritto derivato, non possono essere previste condizioni più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38/CE, dovendosi applicare quest'ultima per analogia anche al caso di un soggiorno all'interno dello Stato membro di cui il cittadino europeo titolare del diritto *ex* art. 21 TFUE abbia la cittadinanza (§ 25[2]).

Pertanto, è possibile individuare una evidente continuità, attraverso il quale la Corte è venuta a consolidare un approccio tendenzialmente stabile alla questione. Ci si potrebbe pertanto chiedere, anche alla luce della speciale rilevanza sociale e politica della questione oggetto della sentenza in commento, se – ed eventualmente in quale misura – la sentenza Coman possa rappresentare una nuova stagione all'interno di tale traiettoria

2. Sul punto, N.N. Shuibnne, *The Developing Legal Dimensions of Union Citizenship*, in A. Arnull, D. Chalmers (eds) *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 503 ss.

giurisprudenziale o se, come alcune letture immediatamente successive alla sua pubblicazione sembrano suggerire, si debba fornire una lettura "debole" o comunque "limitata" del potenziale di innovatività espresso da quest'ultima[3]. Come si cercherà di spiegare meglio nel paragrafo conclusivo, il verso di tale lettura pare dipendere dalla prospettiva – statica o dinamica – dalla quale si osserva il percorso argomentativo e i potenziali effetti "a cascata" da esso producibili in ambiti tangenziali rispetto alla questione oggetto del giudizio, quale la disciplina da parte degli Stati del matrimonio tra persone dello stesso sesso e gli effetti sulla gestione dell'immigrazione. In una prospettiva inter-ordinamentale (multilivello), un ulteriore ambito potenzialmente interessato dalla pronuncia è rappresentato dall'individuazione del baricentro – nell'oscillare tra autorità europee e nazionali – della relazione tra diritto dell'Unione e identità costituzionale statale, intesa quale "freno" alla pressione esercitata sulle politiche nazionali da parte delle fonti europee.

In dottrina è stato sottolineato in tal senso che il paradigma adottato dalla Corte di giustizia, tendente a riconoscere il diritto di residenza dei familiari di cittadini dell'Unione, non subisce un mutamento ma piuttosto un rafforzamento nel senso della estensione dell'ambito soggettivo di protezione[4], a seguito – come si vedrà – della apertura del concetto di "coniuge" al partner dello stesso sesso. All'interno di una continuità argomentativa fondata su un tendenziale *favor*[5] per il riconoscimento di tale diritto, il riferimento ai propri precedenti consente alla Corte di giustizia di "massimizzare"[6] l'effetto utile delle norme europee relative alla libertà di circolazione e di attrarre una categoria di soggetti precedentemente non ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 21 TFUE intrepretato per analogia alla direttiva 2004/38/CE.

L'elemento di innovazione è rinvenibile pertanto nella estensione dell'ambito delle categorie di cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, che possono legittimamente godere delle garanzie del diritto europeo; tale estensione – evoluzione – avviene attraverso un'operazione ermeneutica solo apparentemente neutra – la determinazione dell'ambito concettuale di "coniuge" – ma sostanzialmente creatrice di una

3. Optano per tale lettura, sulla quale diffusamente nel paragrafo 5, M. Rhimes, *The "gay marriage" case that never was: Three thoughts on Coman, Part 2*, in *UK Human Rights Blog*, 6 giugno 2018; M. Beury, *The CJEU's judgment in Coman: a small step for the recognition of same-sex couples underlying European divides over LGBT rights*, in *Strasbourg Observers* (www.strasbourgobservers.com), 24 luglio 2018.

4. M. Svobodová, V. Šmejkal, *ECJ´s New Approach towards Rights to Move, to Reside and to Get Social Assistance*, in *Prague Law Working Paper Series*, 2018/II/13, 14.

5. Sul punto, C. Berneri, *Family Reunification in the EU. The movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, Oxford, Hart, 2017, p. 84.

6. M. Svobodová, V. Šmejkal, *ECJ´s New Approach towards Rights to Move, to Reside and to Get Social Assistance*, cit., 15.

nuova categoria di soggetti destinatari di tutela: i coniugi dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione, anche se cittadini di uno Stato terzo, trovano ora tutela diretta e piena, non mediata dalle eventuali politiche migratorie degli Stati membri né solo parziale o comunque condizionata da una previa valutazione discrezionale delle autorità nazionali relativa alla equiparazione con i partner stabili di una coppia di fatto. Tuttavia, non manca chi in dottrina ha opportunamente rilevato come l'atteggiamento della Corte di giustizia sia caratterizzato da una certa prudenza, dovuta alla «particolare rilevanza per la delicatezza della materia matrimoniale e per il forte legame esistente tra norme sostanziali di diritto di famiglia e tradizioni nazionali»[7], che ha condotto la Corte a circondare la propria pronuncia di alcune cautele, soprattutto in relazione alla determinazione delle condizioni di applicabilità della nozione estesa di "coniuge", sulle quali ci si soffermerà nel paragrafo successivo. Nella prospettiva del rapporto tra protezione europea della libertà di circolazione delle persone e politiche nazionali di controllo dell'immigrazione, è stato sottolineato come la recente giurisprudenza europea, precedente al caso Coman, abbia introdotto una parziale retromarcia della Corte di giustizia, la quale, attraverso il riferimento a condizioni quali la residenza effettiva e una interpretazione meno rigida del criterio dell'effetto "deterrente" rispetto all'effettivo esercizio della libertà di circolazione e stabilimento in Stati membri diversi rispetto a quello di cui la persona sia cittadina, sembra avere assunto un atteggiamento di maggiore recettività rispetto agli interessi nazionali relativi all'immigrazione[8].

3. Il secondo "cerchio": un attivismo giudiziale attenuato?

La scelta di optare per una definizione autonoma ed omogenea a livello europeo di "coniuge", fondata – come vedremo – su un insieme di criteri ermeneutici tradizionali, che comprendono anche una concezione vivente di originalismo[9], rappresenta indiscutibilmente il *focus* argomentativo della sentenza. Tale opzione inevitabilmente orienta l'approccio della Corte di giustizia rispetto alla valutazione degli elementi che lo Stato resistente – la Romania – e quegli intervenienti hanno individuato come contro-interessi in grado di far prevalere, considerata la natura della questione, l'autonomia degli Stati nella definizione della qualificazione giuridica dei rapporti familiari: in particolare, come vedremo, i motivi legati a esigenze di ordine pubblico e di tutela della identità nazionale.

7. G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog* (URL: http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-giustizia-matrimonio-tra-persone-dello-stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/), 8 luglio 2018.

8. C. Berneri, *Family Reunification in the EU*, cit., pp. 64-65.

9. Il riferimento è alla dottrina riferibile a J. Balkin, *Living Originalism*, Harvard, Harvard University Press, 2011.

Gli elementi che sembrano poter qualificare tale pronuncia come espressione di un approccio attivista o proattivo da parte della Corte di giustizia sono duplici: da un lato, come anticipato, la decisione di determinare direttamente il concreto ambito di applicazione della direttiva, attraverso l'individuazione di una definizione autonoma e comune di "coniuge" a livello europeo; dall'altro lato, quale conseguenza non automatica né obbligata della scelta di non delegare a ciascuno Stato membro la determinazione del contenuto normativo del concetto di "coniuge", la mancata attribuzione alle autorità nazionali – in particolare quelle giudiziarie – di un seppur limitato margine di apprezzamento nell'adeguare tale definizione alla specificità del singolo ordinamento giuridico.

Relativamente alla prima dimensione – l'opzione "interventista" rispetto alla definizione di coniuge – è possibile individuare nella giurisprudenza precedente un chiaro fondamento dell'atteggiamento della Corte di giustizia: infatti, come peraltro richiamato anche dall'Avvocato generale Wathelet nelle Conclusioni dell'11 gennaio 2018, «dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, devono di norma essere oggetto [...] di una interpretazione autonoma e uniforme»[10]. Sulla base del medesimo principio, la Corte di giustizia ha esercitato pienamente la propria funzione ermeneutica relativamente alla definizione del concetto di "embrione" ai fini della applicazione della direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, adottando – come noto – una interpretazione ampia del medesimo, in assenza, come nel caso che qui si commenta, di un consenso unanime a livello di Stati membri e in relazione ad una questione che assiologicamente coinvolge la dimensione costituzionale di questi ultimi[11].

In dottrina, proprio in relazione alla questione della possibilità di estendere alle coppie omosessuali il concetto di coniuge contenuto nella direttiva 2004/38/CE, ci si è chiesti se il principio giurisprudenziale appena richiamato debba necessariamente condurre a una nozione autonoma, e quindi di matrimonio, richiamando una serie di precedenti nei quali la Corte è venuta a qualificare nel senso della eterosessualità dei coniugi l'istituto

10. Avv. Gen. M. Wathelet, Causa C-673/16, *Coman e a. c. Romania*, 11 gennaio 2018, § 34; sul punto, prima della sentenza, anche J. Rijpma, N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. Gallo et al. (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, Springer, 2014, pp. 470-471.

11. Il riferimento è a *O. Brüstle c. Greenpeace*, C-34/10, 18 ottobre 2011.

matrimoniale[12]. L'opzione intrapresa dalla Corte risulta pertanto legittima, alla luce dei propri precedenti, ma certamente non obbligata. Infatti, riconoscendo la pluralità di approcci identificabili a livello nazionale rispetto alla disciplina di tali rapporti familiari, la Corte di giustizia avrebbe potuto rinviare alle norme nazionali, come intrepretate dalle Corti statali[13], anche alla luce – come detto – della speciale natura della questione[14].

Pertanto, la scelta della Corte risulta particolarmente significativa e può far propendere per una lettura forte dei suoi effetti, unitamente alla deliberata scelta di escludere ogni ambito di intervento "accomodatore" dei giudici nazionali, come peraltro avvenuto in passato sia rispetto alla valutazione della effettività e genuinità della residenza in altro Stato membro[15] e del legame familiare[16], sia rispetto all'esigenza di bilanciamento con l'identità nazionale[17]. Il mancato riferimento al ruolo tradizionalmente svolto dai giudici nazionali sembra confermare che la sentenza Coman rappresenti un rafforzamento della portata della precedente giurisprudenza, tale da non poter essere ricondotto meramente alla mera estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva 2004/38/CE (coniuge del medesimo sesso), giungendo a interessare un livello che potremmo definire ordinamentale, o più propriamente, multilivello.

Probabilmente in ragione dei potenziali effetti sul rapporto tra Unione europea e Stati membri, la Corte di giustizia si è premurata di temperare la portata innovativa della sentenza, richiamando una serie di condizioni, alle quali l'applicazione dei principi espressi devono essere subordinati e che riguardano: la natura del diritto di residenza, che in linea con la giurisprudenza precedente viene qualificato come derivato e funzionale all'esercizio effettivo della libertà di circolazione del coniuge cittadino dell'Unione; l'ambito di applicazione della definizione, limitato «ai soli fini della concessione di un diritto di

12. Pur se in un contesto giuridico diverso, cfr. i casi *D. and Sweden v. Council*, *Joined Cases* C-122/99 P & C-125/99 P, judgment of 31st May 2001 [2001] ECR I-4319, § 34, e Roodhuijzen, T-58/08 P, judgment of 5th October 2009 [2009] ECR II-3797, § 79; cfr. J. Rijpma, N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, cit., p. 468 ss.

13. *Ivi*, 471.

14. Sia in termini assiologici generali, che possono evocare – come proposto dagli Stati che sono intervenuti nel processo – il limite della identità nazionale, sia in termini di influenza su rilevanti competenze statali, in materia di *status* civile, famiglia e immigrazione.

15. C. Berneri, *Family Reunification in the EU*, cit., p. 63, relativamente alla natura genuina della residenza, la cui valutazione in concreto viene generalmente delegata dalla Corte di giustizia all'apprezzamento dei giudici nazionali (*Ivi*, 84, al quale sottolinea l'apertura nei confronti degli Stati membri nel valutare se sussista in concreto la natura deterrente del mancato riconoscimento del rapporto rispetto all'esercizio della libertà di circolazione.

16. F. Battaglia, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 307.

17. Corte giust., 12 maggio 2011, C-391/09, caso Runevič-Vardyn, in cui si afferma che spetta al giudice nazionale verificare che sia garantito il «giusto equilibrio» tra esigenze di tutela dei diritti e della identità nazionale (§ 91).

soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo»[18]; le caratteristiche di celebrazione del matrimonio, che deve essere stato legalmente contratto nello Stato membro ospitante[19]; la natura del soggiorno nello Stato diverso da quello di cittadinanza, che deve essere "effettivo", conforme a quanto previsto dall'art. 7, primo comma, della direttiva 2004/38/CE, e della relazione familiare, che deve essersi sviluppata o consolidata nel medesimo Stato[20].

3.1. La definizione gender neutral di coniuge

La definizione neutra, dal punto di vista del genere, di coniuge adottata dalla Corte si inserisce pertanto in continuità evolutiva, rispetto ai precedenti. Secondo la Corte di giustizia, la nozione di coniuge esprime una natura neutra dal punto di vista del genere, potendo comprendere anche il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato[21], attraverso un'interpretazione testuale e sistematica della direttiva[22]. La Corte è attenta a ricondurre la portata innovativa della interpretazione al solo ambito della tutela della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, specificando però come la prerogativa statale di prevedere o meno il matrimonio tra persone del medesimo sesso, che secondo la Corte non viene in alcun modo violata o limitata[23], deve comunque rispettare il diritto dell'Unione e in particolare quanto disposto in materia di libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri[24].

A giudizio della Corte, un'interpretazione ampia, ma teleologicamente fondata, di coniuge risulta funzionale a garantire l'uguaglianza nel godimento della richiamata libertà, che altrimenti varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione della specifica – e potenzialmente differenziata – scelta operata a livello nazionale[25].

Pertanto, l'imposizione di una nozione autonoma ed uniforme risulta funzionale al godimento effettivo della libertà di cui ogni cittadino dell'Unione risulta titolare *ex* art. 21 TFUE, in quanto quest'ultima verrebbe privata del proprio effetto utile nel caso in cui il cittadino dell'Unione si veda privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui

18. Corte di giustizia, *Coman c. Romania*, § 40.

19. Occorre in tal senso rilevare come l'Avv. Gen. nelle Conclusioni abbia espressamente affermato che il termine "coniuge" a cui rinvia la direttiva è «neutro dal punto di vista del genere e indifferente al luogo in cui il matrimonio è stato contratto» (§ 49).

20. Corte di giustizia, *Coman c. Romania*, § 51.

21. *Ivi*, § 35.

22. *Ivi*, § 36.

23. *Ivi*, § 37.

24. *Ivi*, § 38.

25. *Ivi*, § 39.

ha la cittadinanza, accompagnato dal coniuge[26]. In dottrina tale argomentazione – che riduce la questione relativa al concetto di "coniuge" esclusivamente agli effetti sulla libertà di circolazione delle persone coinvolte – è stata giudicata inadeguata, in quanto in astratto anche una definizione uniforme ed autonoma di coniuge individuata dalla Corte avrebbe potuto ammettere variazioni nelle modalità di esercizio della libertà di movimento in Stati diversi, a seconda del tipo di legislazione concretamente adottata in materia di riconoscimento di matrimonio tra persone del medesimo sesso[27]. Prendendo a prestito concetti tipici della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di ammissibilità referendaria, si potrebbe affermare che la Corte di giustizia abbia implicitamente riconosciuto, seppur ai limitati fini della libertà di circolazione dei cittadini europei, la natura «a contenuto vincolato» – e non solo «necessario»[28] – del concetto di coniuge, in quanto rappresenterebbe l'unica in grado di garantire il pieno rispetto degli obblighi europei in materia. Indubbiamente, la tenuta della struttura ermeneutica individuata dalla Corte presenta elementi di debolezza, che sarebbero potuti essere evitati, o comunque limitati, da una più convinta adesione all'Opinione dell'Avvocato generale, che sul punto si dimostra più persuasiva.

In più punti l'Avvocato generale si riferisce all'esigenza di interpretare le norme europee alla luce delle circostanze odierne e tenendo conto della realtà contemporanea[29], ricavando dall'analisi dei lavori preparatori della direttiva la volontà originaria di escludere che il significato della nozione di "coniuge" sia fissato definitivamente ed indifferente alle evoluzioni della società[30] e proponendo pertanto un'interpretazione evolutiva della medesima che non può non superare, alla luce dell'evoluzione normativa e sociale avvenuta in un numero considerevole di Stati membri, la definizione di matrimonio quale unione tra due persone di sesso diverso precedentemente proposta dalla stessa Corte di giustizia (*D* e *Svezia c. Consiglio*[31]). Come anticipato, ciò non equivale alla affermazione di un dovere da parte di ciascuno Stato membro di assicurare una formale copertura giuridica a questo tipo di relazione familiare, in quanto gli Stati restano liberi di prevedere

26. *Ivi*, § 40.

27. M. van den Brink, *Is the Reasoning in "Coman" as Good as the Result?*, in *VerfBlog*, 10 giugno 2018, https://verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-asgood-as-the-result.

28. L'evidente riferimento è alla definizione proposta da G. Zagrebelsky, *Relazione* al Secondo convegno giuridico del Gruppo parlamentare radicale su *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma, Piramide, 1978, p. 28.

29. Conclusioni, causa C-673/16, cit., § 56.

30. *Ivi*, § 52.

31. *Ivi*, § 57.

o meno il matrimonio tra persone del medesimo sesso[32]. Resta da verificare quale potrà essere, eventualmente, il livello di porosità tra queste due dimensioni, nonostante gli sforzi della Corte di tenerle rigidamente distinte.

La dottrina che, prima della sentenza Coman, ha affrontato tale questione è sembrata cogliere le potenzialità espansive insite in tale approccio e le relative criticità, giungendo – anche sulla base della giurisprudenza precedente – a individuare possibili soluzioni intermedie di riconoscimento di tale relazione familiare, nella prospettiva realista di contemperare le concomitanti esigenze di tutela individuale e di rispetto degli interessi statali in materia di famiglia e immigrazione. Vanno in tal senso il richiamo al meccanismo della «*downgrade recognition*»[33], che consiste nell'equiparare il matrimonio tra persone del medesimo sesso a una forma di unione civile, che la Corte supera estendendo la nozione di coniuge e con ciò limitando – come detto – la discrezionalità delle autorità nazionali nel verificare la legittimità di tale equiparazione; la proposta di un approccio *case-by-case*[34], all'interno del quale gli Stati membri avrebbero potuto legittimamente invocare insuperabili ragioni di interesse generale al fine di giustificare un rifiuto di riconoscere il matrimonio tra persone del medesimo sesso, soluzione che avrebbe il vantaggio di evitare alla Corte di prendere posizione su una questione così complessa[35]; o il riferimento a un approccio procedurale al principio di proporzionalità[36], fondato, più che sullo scrutinio del contenuto sostanziale della misura, sulla coerenza e sulla trasparenza delle politiche nazionali, eventualmente richiamando l'esigenza di tutela dell'identità nazionale come limite legittimo al riconoscimento[37].

L'elemento comune delle soluzioni succintamente richiamate sembra essere rappresentato dall'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra tutela della libertà di circolazione del cittadino dell'Unione e, in maniera mediata, il diritto di residenza

32. *Ivi*, § 37. Molto più incisive in questa ottica risultano le osservazioni dell'Avvocato Generale, il quale definisce «superata» la soluzione adottata in precedenza dalla Corte di individuare nella diversità del sesso dei coniugi un elemento necessario dell'istituto matrimoniale, § 57, riferendosi al «riconoscimento universale della pluralità di famiglie» (§ 58).

33. Prima della sentenza Coman, sembrano orientati in tale direzione E. Guild, S. Peers, J. Tomkin (eds), *The EU CItizenship Directive. A Comentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 35; e L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Orlandi ed altri c. Italia*, in *GenIUS*, 1, 2018, p. 155.

34. K. Lenaerts, *Federalism and the rule of law: perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 33, 2010, pp. 1360-1361, citato criticamente da J. Rijpma, N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, cit., p. 472.

35. J. Rijpma, N. Koffeman, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, cit., p. 472.

36. M. van den Brink, *What's in a Name Case? Some Lessons for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, in *German Law Journal*, 3, 2016, 446, riferendosi criticamente a F. de Witte, *Sex, Drugs & EU Law: The Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 1569.

37. *Ivi*, 447.

del coniuge cittadino di un Paese terzo e il relativo diritto al rispetto della vita familiare sorto sulla base di tale rapporto, da un lato, e rispetto dell'identità costituzionale nazionale, che trova espressione piena negli ambiti interessati dalla direttiva 2004/38/CE, dall'altro lato. Tale intreccio, sul quale ci si soffermerà nel paragrafo successivo, è stato oggetto di valutazione da parte della Corte di giustizia, che significativamente lo ha dipanato orientando il baricentro del bilanciamento verso la tutela piena della libertà di circolazione del cittadino dell'Unione e del diritto derivato di residenza del coniuge di quest'ultimo.

4. Il terzo "cerchio": l'argomento dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale

L'argomento del rispetto dell'ordine pubblico e della identità nazionale degli Stati membri non può essere invocato, a giudizio della Corte di giustizia, quale giustificazione della restrizione all'art. 21 TFUE derivante dal mancato riconoscimento di un matrimonio tra persone del medesimo sesso contratto validamente in altro Stato membro[38]. Decisiva in tal senso risulta la scelta della Corte di distinguere – nella prospettiva della loro connessione con la «struttura fondamentale, politica e costituzionale»[39] di uno Stato membro – tra obbligo di riconoscere tale forma matrimoniale al fine dell'effettivo esercizio dell'art. 21 TFUE e prerogativa statale di qualificare in modo discrezionale l'istituto matrimoniale all'interno del proprio ordinamento giuridico[40]. Tale distinzione, che rappresenta il filo rosso della sentenza, consente alla Corte di giustizia non tanto di negare quanto disposto dall'art. 4, secondo comma, TUE, quanto di disinnescarne gli effetti nel caso concreto, per come ricostruito nella sentenza. Si tratta di una sorta di mutamento di paradigma, dalla disciplina dell'istituto familiare – che non potrebbe essere determinata in modo omogeneo a livello europeo – a quella della libertà di circolazione dei componenti di un nucleo familiare, sussumibile nella formula aperta dell'art. 2 della direttiva 2004/38/CE.

La Corte, pertanto, non sembra negare che la concreta qualificazione giuridica dell'istituto matrimoniale, in particolare in riferimento alla sua natura esclusivamente eterosessuale, possa concorrere a determinare l'identità costituzionale nazionale, ma considera non rilevante tale aspetto, in quanto non interessato né in alcun modo condizionato dall'estensione delle garanzie contenute nella direttiva anche alla mobilità di coniugi omosessuali. In tal senso, la Corte è chiara nell'affermare che ciò «non pregiudica l'istituto del matrimonio» nei singoli Stati membri, che «è definito dal diritto nazionale e

38. Corte di giustizia, *Coman c. Romania*, § 46.
39. *Ivi*, § 42.
40. *Ivi*, § 45.

rientra nella competenza dei medesimi»[41]. Tuttavia, come nel caso della scelta di non rinviare ai singoli Stati membri la definizione di coniuge, questo atteggiamento non rappresenta una scelta obbligata.

La Corte di giustizia avrebbe infatti potuto – quale soluzione intermedia – riconoscere il rilievo della questione in termini di identità nazionale e garantire di conseguenza una tutela affievolita, ad esempio equiparando tale forma familiare a quella, prevista dalla direttiva, del partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata in altro Stato membro, il cui riconoscimento sarebbe stato però condizionato al fatto che la legislazione dello Stato membro ospitante avesse equiparato l'unione al matrimonio[42]. Pertanto, la scelta di non attivare la clausola del rispetto dell'identità nazionale esprime una precisa opzione assiologica, che sembra trovare fondamento in modo più convincente nell'Opinione dell'Avvocato generale piuttosto che nel testo della sentenza, nel quale la Corte di giustizia ha scelto di limitarsi a una qualificazione formale degli interessi in gioco.

Diversamente, l'Avvocato generale riconosce come, pur se limitata su un piano giuridico all'ambito della libertà di circolazione, su un piano valoriale «la definizione della nozione di "coniuge" che sarà adottata coinvolgerà, necessariamente, l'identità stessa degli uomini e delle donne interessati – e dunque la loro dignità – ma altresì la concezione personale e sociale che i cittadini dell'Unione hanno del matrimonio, la quale può variare da una persona all'altra, da uno Stato all'altro»[43]. Tale formula pare esprimere le due dimensioni da bilanciare in tale ambito: una dimensione individuale e di coppia, rispetto alla quale si manifesta un'istanza di tutela, in quanto in gioco viene la dignità stessa delle persone coinvolte; una dimensione sociale e pubblica, nella quale si esprimono le concezioni di tale istituto all'interno delle singole comunità statali. Occorre comunque rilevare che anche nelle Conclusioni dell'Avvocato generale si distingue l'obiettivo di precisare la portata di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione da quello, non messo in discussione dall'esigenza di prevedere una definizione automa e comune di coniuge a livello europeo, relativo alla libertà degli Stati membri per quanto attiene alla legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso[44].

A differenza dei precedenti giurisprudenziali che la Corte richiama espressamente[45], non sussisterebbe quindi l'esigenza di bilanciare tutela della libertà di circolazione (seppur derivata) e identità nazionale, in quanto nel caso di specie quest'ultima non verrebbe in

41. *Ibidem*.

42. Direttiva 2004/38/CE, art. 2, co. 2, lett. b).

43. Conclusioni, causa C-673/16, cit., § 2.

44. *Ivi*, § 41.

45. F. Battaglia, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, cit., pp. 316-317.

alcun modo interessata né tanto meno condizionata. Tuttavia, quanto meno in via indiretta, ciò equivale a limitare l'ambito di influenza del riferimento alla identità nazionale rispetto alla operatività del diritto dell'Unione.

La rilevanza di tale passaggio della sentenza assume ancor maggiore rilievo se si paragona alla centralità attribuita dalla dottrina alla funzione di blocco che il rispetto dell'identità nazionale avrebbe potuto svolgere in tale contesto. Infatti, pur all'interno di posizioni dottrinali favorevoli ad una estensione delle garanzie contenute nella direttiva anche alle unioni omosessuali, si è affermato che la rilevanza crescente attribuita alla clausola dell'identità nazionale avrebbe potuto ostacolare l'utilizzo del meccanismo del mutuo riconoscimento quale strumento per garantire la libertà di circolazione delle coppie del medesimo sesso. Secondo la dottrina citata, «the diverging normative postitions on same-sex marriage go to the core of how Member States define themselves»[46], risultando difficile, soprattutto quando il paradigma eterosessuale del matrimonio sia sancito a livello costituzionale, negare che gli Stati membri possano invocare la propria concezione costituzionale dell'istituto del matrimonio quale limite alla libertà di circolazione[47]. È stato sottolineato, inoltre, come dalla giurisprudenza europea in materia sia ricavabile un atteggiamento che, pur tendenzialmente orientato ad un *favor* per la posizione dei cittadini di Stato terzo familiari di un cittadino dell'Unione, non risulta insensibile all'esigenza di considerare le esigenze degli Stati membri nel caso in cui vengano in rilievo questioni di particolare rilievo, quali il controllo dell'immigrazione o la sicurezza nazionale[48].

La soluzione interpretativa adottata nella sentenza potrebbe essere intesa quale implicita espressione di una dimensione assiologica (costituzionale?) europea, fondata sull'intreccio tra libertà di circolazione e diritto al rispetto della vita familiare. Tuttavia, questo esito sembra depotenziato dalla timidezza con la quale la Corte richiama l'obbligo per gli Stati di garantire il diritto alla vita familiare quale limite per l'attivazione della clausola identitaria[49]. Per trovare una piena valorizzazione del paradigma della tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, occorre riferirsi a quanto affermato dall'Avvocato generale, il quale individua espressamente nell'evoluzione avvenuta grazie alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritto al rispetto della vita familiare il fondamento giuridico di una «interpretazione della nozione di "coniuge" necessariamente indipendente dal sesso delle persone interessate», pur specificando ciò

46. M. van den Brink, *What's in a Name Case? Some Lessons for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, cit., p. 440.

47. Ivi, 167.

48. C. Berneri, *Family Reunification in the EU. The movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, cit., p. 87.

49. Corte giust., *Coman c. Romania*, § 48-50.

può avvenire «allorché essa è circoscritta all'ambito di applicazione della direttiva 2004/38»[50].

L'utilizzo debole del riferimento a tale diritto ha trovato una reazione critica tra i primi commentatori della sentenza, i quali hanno sottolineato come un più convinto utilizzo del paradigma dei diritti[51] avrebbe consentito di rafforzare l'interpretazione fornita relativamente all'ambito di applicazione della clausola dell'identità nazionale[52], consentendo di rafforzare un filone giurisprudenziale che considera la tutela dei primi come parametro per valutare l'opponibilità da parte di uno Stato membro della seconda[53]. La valorizzazione del paradigma dei diritti rispetto a quello della identità nazionale avrebbe potuto rafforzare una lettura espansiva degli effetti della sentenza[54], sulla cui percorribilità ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

5. Il quarto "cerchio": è prospettabile una lettura espansiva degli effetti della sentenza?

Da questa prospettiva, la struttura della sentenza pone il commentatore di fronte a un bivio, che potrà essere ragionevolmente risolto solamente alla luce della futura applicazione che dei principi espressi in essa verrà fatta dalla medesima Corte e dai giudici nazionali: se quindi prevarrà un'interpretazione "statica" della sentenza, tesa a ricondurne gli effetti esclusivamente all'ambito di applicazione della direttiva; o se possa configurarsi un effetto "espansivo" della medesima, nel senso che quest'ultima sia in grado di incidere su ambiti ulteriori rispetto alla libertà di circolazione.

In alcuni commenti la sfera di influenza della sentenza è stata considerata limitata al solo ambito della libertà di circolazione[55] e quindi quale «piccolo passo» nella prospettiva del riconoscimento delle coppie del medesimo sesso[56]. La natura limitata della portata della sentenza non riguarderebbe esclusivamente la materia coinvolta – la libertà di circolazione

50. Conclusioni, causa C-673/16, § 66.

51. Una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta (§ 47).

52. M. van den Brink, *Is the Reasoning in "Coman" as Good as the Result?*, cit.

53. G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, cit. Cfr. anche M. Rhimes, *The "gay marriage" case that never was: Three thoughts on Coman, Part 2*, cit., il quale rileva un «lack of fundamental rights analysis» nella sentenza, testimoniato anche dall'assenza nel dispositivo di qualsiasi riferimento alla Carta dei diritti dell'Unione europea.

54. Di «struttura a scatole cinesi» tra identità costituzionali nazionali e tutela dei diritti garantiti dalla Carta, nella quale i secondi «si ergono [...] a nucleo ancor più duro del nucleo duro degli ordinamenti costituzionali nazionali», P. Faraguna, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, p. 715.

55. M. Rhimes, *The "gay marriage" case that never was: Three thoughts on Coman, Part 2*, cit.

56. M. Beury, *The CJEU's judgment in Coman: a small step for the recognition of same-sex couples underlying European divides over LGBT rights*, cit.

e non quella familiare – ma anche l'ampiezza degli effetti del riconoscimento dell'unione all'interno di tale circoscritta finalità: sarebbe infatti garantito esclusivamente il diritto derivato di residenza, ma non altri diritti il cui godimento sia fondato sulla residenza[57]. Tuttavia, è stata suggerita anche un'interpretazione espansiva, secondo cui l'impatto della sentenza è destinato a prodursi anche oltre l'ambito della libertà di circolazione[58], potendo comprendere anche l'accesso a diritti sociali condizionati alla residenza nello Stato[59]. Se tale seconda interpretazione dovesse prevalere, sulla spinta di un uso coraggioso di tale giurisprudenza da parte dei giudici nazionali, lo spettro di influenza sulle politiche nazionali dei principi contenuti in Coman potrebbero decisamente espandersi, anche oltre l'ambito di competenza del diritto dell'Unione, con inevitabili rilevanti effetti su ambiti normativi tradizionalmente espressione delle specifiche sensibilità nazionali[60]. In ogni caso, anche aderendo a una lettura debole della portata degli effetti prodotti dalla sentenza, una conseguenza che pare incontestabile – anche alla luce della "reazione" della Corte costituzionale romena, su cui subito *infra* – è rappresentata dal fatto che le autorità statali, anche quando l'ordinamento di riferimento preveda un divieto legislativo esplicito relativamente al matrimonio tra persone del medesimo sesso, non potranno opporsi al riconoscimento dello *status* validamente contratto in altro Paese membro dell'Unione europea, quando le condizioni richiamate dalla Corte di giustizia siano soddisfatte (in particolare, relative alla genuinità del rapporto e alla durata del medesimo). Ciò esclude la percorribilità, eventualmente alla luce del diritto internazionale privato, di soluzioni intermedie che prevedano – anche nell'ordinamento italiano – una degradazione dello *status* da quello matrimoniale a quello corrispondente ad una unione civile[61]; nonché, in particolare quando non si prevedano espliciti divieti a livello costituzionale, un eventuale diniego fondato sul richiamo all'ordine pubblico, al quale sembra potersi applicare il medesimo schema adottato dalla Corte di giustizia in riferimento al limite dell'identità

57. *Ibidem*.

58. F. Battaglia, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, cit., p. 304.

59. N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 73, parla in tal senso – prima della sentenza – di effetto boomerang; F. Battaglia, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, cit., p. 218 ss., ritiene che «la libera circolazione non consiste semplicemente nella possibilità di "circolare" e "soggiornare" negli Stati membri, intendendo questi due termini nel loro senso letterale, ma anche nell'acquisizione di una serie di benefici che ne discendono, tesi ad equiparare il cittadino dello Stato terzo ai cittadini nazionali».

60. A. Tryfonidou, *Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman judgment*, in *European Law Blog*, 19 giugno 2018, ritiene che la sentenza possa produrre effetti anche oltre l'ambito del diritto alla riunificazione familiare, per incidere su «potential in broader range of circumstances even outside UE law».

61. Su tale aspetto, diffusamente L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Orlandi ed altri c. Italia*, cit., pp. 154-155.

nazionale. Pertanto, la sentenza Coman sembra porsi in linea con l'idea di federalizzazione del diritto internazionale privato attraverso lo strumento del mutuo riconoscimento[62], secondo cui i singoli Stati membri non sono legittimati a introdurre limiti ulteriori a quelli previsti a livello federale, nel caso di specie il diritto dell'Unione europea[63].

A prescindere dalla lettura che si voglia fornire dello spettro applicativo futuro della sentenza, la centralità delle Corti nazionali, che il caso Coman sembra avere ridotto nell'escludere l'esistenza di un margine di apprezzamento relativo alla definizione di coniuge, pare destinata pertanto a riemergere – potenziata – relativamente alla concreta determinazione dell'ambito di applicazione dei principi enunciati, potenzialmente anche oltre la materia della libertà di circolazione.

6. La "dottrina Coman": un (piccolo) passo verso l'emersione di una identità costituzionale europea fondata sul «riconoscimento universale del pluralismo»[64]?

L'analisi svolta pare dimostrare come, almeno potenzialmente, il percorso argomentativo che ha condotto la Corte di giustizia nel caso Coman a rispondere in modo affermativo – seppur con i limiti, le condizioni e le incertezze legate alla futura applicazione – alle questioni che si sono richiamate in apertura possa essere interpretato secondo diversi canoni. Tale andamento è stato reso attraverso l'immagine dei cerchi, richiamando quelli prodotti da un sasso gettato in uno specchio d'acqua, i quali tanto più si allontanano dal centro, tanto più allargano il proprio raggio ma inevitabilmente sfumano e rendono più incerto il proprio perimetro. È quanto caratterizza le diverse dimensioni, argomentative ma anche normative, rinvenibili nella sentenza Coman: tanto più ci si allontana dal nucleo della decisione, il quale coincide con un inequivoco riconoscimento delle garanzie in materia di libertà di circolazione e residenza nell'Unione anche per il coniuge del medesimo sesso cittadino di uno Stato terzo, tanto più la portata e i possibili effetti sulla dimensione giuridica europea e degli Stati membri risultano di difficile definizione, risultando arduo – in assenza di una prassi applicativa che ne confermi l'ampiezza – offrire una valutazione prognostica della sua capacità di penetrazione assiologica in materie tradizionalmente collegate alle specificità delle singole realtà nazionali. In una prospettiva volta a valorizzare in modo pieno ciò che è stata definita una

62. Principio richiamato secondo G. Rossolillo, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, cit., dalla terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia in Coman, dalla quale emergerebbe quindi un riferimento al «principio di fiducia reciproca tra Stati membri».

63. M. van den Brink, *What's in a Name Case? Some Lessons for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, cit., p. 436.

64. Si riprende il concetto utilizzato dall'Avvocato generale nelle Conclusioni in riferimento al riconoscimento della pluralità delle famiglie (§ 58).

concezione espansiva di tale percorso argomentativo, in dottrina la sentenza è stata definita quale «huge step forward in federalizing the EU constitutional space»[65], in quanto destinata a trascendere il limitato ambito della circolazione per estendersi verso orizzonti federali[66].

Il ruolo svolto dalle Corti, destinate a reagire alle pressioni esercitate dalla evoluzione della realtà sociale e culturale dei diversi contesti nazionali, risulterà determinante, quale metronomo dell'intensità degli effetti a livello nazionale di quegli aspetti che sembrano rappresentare elementi di novità, pur come detto nella generale continuità con la precedente giurisprudenza in materia di libertà di circolazione. Occorre riconoscere che la prima reazione a livello nazionale è stata timida[67]. La Corte costituzionale della Romania, dando attuazione alla sentenza Coman nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto l'articolo del codice civile relativo al divieto di riconoscimento di matrimoni tra persone del medesimo sesso contratto validamente all'estero, ne ha riconosciuto la legittimità, nella misura in cui riconosce il diritto alla libertà di circolazione e di residenza all'interno del territorio romeno. In tal modo, la Corte costituzionale ha interpretato le disposizioni interne nello spirito della sentenza Coman, chiarendo come non si sia pronunciata sul riconoscimento del matrimonio tra persone del medesimo sesso: in fase di prima applicazione, pertanto, i principi enunciati in Coman sembrano essere stati intesi dal giudice nazionale in modo statico e non espansivo, facendo surrettiziamente prevalere le esigenze di garanzia dell'identità nazionale su quelle di protezione dinamica dei diritti individuali e di coppia.

65. U. Belavusau, *The Federal Rainbow Dream: On Free Movement of Gay Spouses under EU Law*, in *VerfBlog*, 5 giugno 2018, https://verfassungsblog.de/the-federal-rainbow-dream-on-free-movement-of-gay-spousesunder-eu-law/.

66. *Ibidem*. Non condivide tale lettura P. Faraguna, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, cit., p. 715, secondo cui «Nel caso della Corte di giustizia non può parlarsi di "federalizzazione" del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma soltanto dell'obbligo di riconoscere il matrimonio validamente contratto in uno Stato membro [...], ai limitati fini di garantire l'esercizio della libertà di circolazione».

67. E. Brodeala, *Paying Lip Service to the CJEU: The Unsurprising Decision of the Constitutional Court of Romania in the Coman Case*, in *Constitutionalism and Politics*, EUI Blogs, 29 luglio 2018 (URL: https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/paying-lip-service-cjeu-unsurprising-decision-constitutional-court-romania-coman-case/).

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2018

LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 106, 107 E 166 DEL 2018: DIRITTO ALLA MOBILITÀ E ILLEGITTIMITÀ DEI REQUISITI DI LUNGO-RESIDENZA PER L'ACCESSO ALL'ALLOGGIO E ALLE PRESTAZIONI SOCIALI

di Alberto Guariso

Abstract: *L'articolo esamina le tre recenti sentenze della Corte costituzionale n. 106/18, 107/18 e 166/18 – tutte in materia di accesso dei cittadini extra UE alle prestazioni sociali – con le quali la Corte ha ritenuto irragionevoli requisiti di lungo-residenza previsti da leggi nazionali o regionali, pervenendo a tale conclusione sulla base di una pluralità di motivazioni: estraneità del requisito rispetto alla finalità dei vari istituti; violazione del diritto alla libera circolazione; violazione del divieto di discriminazione in ragione della cittadinanza; contrasto rispetto alle clausole di parità di trattamento previste nelle direttive UE. L'articolo compie anche una breve rassegna delle predette clausole di parità eurounitarie con riferimento all'accesso all'alloggio (oggetto delle sentenze 106/18 e 116/18) e segnala la funzione reciprocamente complementare del controllo di ragionevolezza e del principio di non discriminazione.*

Abstract: *The article examines three recent decisions of the Italian constitutional Court (n. 106/18, 107/18 and 166/18), all concerning the access of non-EU citizens to social benefits. In all three, the Court held that the requirement of long-term residence provided by national or regional laws in order to access the benefits was uncostitutional because it violates the principle of reasonableness. The Court relied on three different arguments in the three decisions: in one, it criticizes the irrelevance of the requirement in connection with the purpose of benefits; in the second one, the requirement was regarded as in contrast with the equality clauses provided in EU directives and violates the right to free movement, in the third one, it was deemed incompatible with the prohibition of discrimination on grounds of citizenship. The article also provides for a brief review of the UE equality clauses with reference to access to housing (considered by the Court in the decisions 106/18 and 116/18) and points out to the relevance of the mutually complementary function of the reasonableness test and the principle of non-discrimination.*

© 2017-2018 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE 106, 107 E 166 DEL 2018: DIRITTO ALLA MOBILITÀ E ILLEGITTIMITÀ DEI REQUISITI DI LUNGO-RESIDENZA PER L'ACCESSO ALL'ALLOGGIO E ALLE PRESTAZIONI SOCIALI

di Alberto Guariso*

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte tra "nucleo essenziale" e controllo di ragionevolezza. – 2. La sentenza 106/18 e la disciplina dell'accesso agli alloggi pubblici nel diritto dell'Unione. – 3. La sentenza 107/18 e la questione del "nesso reale" con il territorio. – 4. La sentenza n. 166/18 e la valutazione congiunta di irragionevolezza e discriminazione.

1. La giurisprudenza della Corte tra "nucleo essenziale" e controllo di ragionevolezza

In tema di accesso degli stranieri alle prestazioni sociali[1], la Corte costituzionale, a partire dalla notissima sentenza n. 432/05, ci aveva abituato a uno schema argomentativo apparentemente semplice: le prestazioni volte a soddisfare bisogni essenziali della persona non possono essere soggette a limitazione alcuna; le prestazioni esterne a questo "nucleo forte" possono essere assoggettate a limitazioni in relazione alla limitatezza delle risorse, purché si tratti di limitazioni ragionevoli, o meglio assistite da "ragionevole correlabilità" tra la finalità perseguita e il criterio selettivo adottato.

Che non si trattasse di un assetto idoneo a risolvere ogni problema risultava già chiaro dalle tensioni che continuano ad affollarsi attorno al tema della ripartizione del *welfare*, ma prima ancora dalle incertezze con le quali la Corte ha di volta in volta offerto soluzioni sia sull'uno che sull'altro versante: così, quanto alla individuazione del "nucleo essenziale", essa ha utilizzato espressioni inevitabilmente piuttosto generiche («provvidenze destinate a

* Avvocato del Foro di Milano e socio ASGI.

1. In generale, sulla questione stranieri e accesso alle prestazioni sociali, si veda C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. Bartolini, A. Pioggia (a cura di) *Cittadinanze amministrative*, Firenze, Firenze University Press, 2016; W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013; S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, il Mulino, 2012; M. Cinelli, S. Giubboni, *Cittadinanza, Lavoro, diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2014; A. Guariso, A. Baracchi, *I cittadini extra UE e accesso alle prestazioni di assistenza e sicurezza sociale*, in *Immigrazione, Asilo e cittadinanza*, a cura di Paolo Morozzo della Rocca, Rimini, Maggioli, 2018; per alcuni commenti più recenti su aspetti specifici cfr. C. Carta, *Parità di trattamento e divieto di discriminazione per nazionalità: il caso esemplare dell'assistenza ai nuclei familiari numerosi*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, fascicolo 2/18; E. Ales, *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti economicamente non attivi: una parola definitiva della Corte di Giustizia*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni* industriali, n. 154, 2017, 2.

far fronte al sostentamento della persona»[2]; «Provvidenze destinate ... alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili»[3]; prestazioni volte alla tutela di «Valori di essenziale risalto quali ... la salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto a condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza per le famiglie»[4]); e anche quanto al controllo di ragionevolezza (che è stato prevalentemente applicato ai requisiti di lungo-residenza previsti dalle normative regionali), le soluzioni non sono sempre state omogenee: così, se da un lato è assolutamente prevalente l'affermazione secondo cui un requisito di lungo-residenza «introduce nel tessuto normativo elementi di distinzioni arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e la situazione di bisogno e disagio ...»[5], dall'altro non sono mancate occasioni in cui la Corte ha riconosciuto che il legislatore può valorizzare «il contributo offerto alla comunità dal nucleo famigliare, con adeguata costanza»[6].

Il 2018 ha visto la Corte costituzionale intervenire sulla materia con tre sentenze, tutte riferite non tanto al primo profilo (sicché, sul punto, l'ultima sentenza che ha trattato di «prestazioni essenziali» rimane la n. 230/15, riferita alla pensione di invalidità civile per i sordi) quanto piuttosto sul secondo, quello cioè del controllo di ragionevolezza sui requisiti di lungo-residenza nella Regione per le prestazioni esterne al "nucleo".

Si cercherà qui di evidenziare le peculiarità di queste nuove pronunce e di delineare i possibili sviluppi futuri.

2. La sentenza 106/18 e la disciplina dell'accesso agli alloggi pubblici nel diritto dell'Unione

La prima sentenza (24.5.2018, n. 106) decide su un ricorso in via principale proposto dall'allora Governo Renzi contro una legge regionale ligure (l.r. 6.6.17, n. 13) che, poco dopo l'insediamento della attuale maggioranza regionale, aveva modificato la legge regionale sull'edilizia economia popolare (l.r. 29.6.2004, n.10) introducendo per i soli stranieri il requisito di 10 anni di residenza sul territorio nazionale.

Inspiegabilmente il ricorso del Governo, che pure avrebbe potuto attingere a numerosi precedenti in proposito, non invocava la violazione del canone di ragionevolezza, né sotto il profilo della eccessiva dilatazione del requisito, né sotto il profilo della illogica previsione

2. Così la sentenza Corte cost. n. 187/10, riferita all'assegno invalidità.

3. Cosi la sentenza Corte cost. n. 22/15, riferita alla indennità per ciechi, e la sentenza n. 230/15, riferita alla indennità per sordi.

4. Così la sentenza Corte cost. n. 40/13, riferita alla indennità di accompagnamento e alla pensione di inabilità.

5. Così, ad esempio, la sentenza n. 40/11, riferita a un requisito di residenza di 36 mesi nella Regione Friuli per l'accesso a tutte le prestazioni sociali.

6. Sentenza n. 222/13, riferita a un requisito di residenza biennale nella Regione Friuli per l'accesso a un *bonus* bebè.

del requisito per i soli stranieri (ben potendo anche un italiano essere residente sul territorio da meno di 10 anni): si limitava, invece, a invocare la violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento alla direttiva 2003/109, con il rischio, dunque, di una dichiarazione di incostituzionalità che, in relazione all'unico parametro invocato, si limitasse a espungere il requisito decennale per i soli cittadini extra UE titolari di permesso per soggiornanti di lungo periodo, ai sensi della citata direttiva.

In effetti l'art. 11, co. 2, lett. f) della direttiva prevede la parità di trattamento per quanto riguarda «le procedure per l'ottenimento dell'alloggio», senza contemplare la possibilità di deroga da parte degli Stati membri.

È stato dunque agevole per il Giudice delle leggi prendere atto che simili prescrizioni paritarie (e la Corte richiama in proposito anche l'analoga previsione contenuta nell'art. 24, par. 1, direttiva 2004/38, relativa ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari) non consentono di introdurre, per una sola delle due categorie in comparazione, un requisito restrittivo, come appunto i dieci anni di residenza nel territorio dello Stato: le condizioni di accesso previste per lungosoggiornanti e cittadini dell'Unione devono, quindi, essere le stesse previste per gli italiani.

In realtà l'ordinamento nazionale interno conteneva, sin dal 1998, una previsione in tal senso: l'art. 40, co. 6, del TU immigrazione prevede appunto la parità di trattamento per i titolari di "carta di soggiorno" (dunque oggi di permesso di soggiorno di lungo periodo) sicché anche sotto questo profilo non poteva trovare giustificazione una norma regionale che disponeva diversamente. Solo per gli altri cittadini extra UE l'art. 40, co. 6 cit. prevede una parità più limitata, condizionata alla titolarità di un permesso di soggiorno almeno biennale e a una «regolare attività di lavoro subordinato o autonomo»[7].

La conclusione della Corte – che sul punto appare assolutamente scontata, tanto che v'è da chiedersi come possa un Consiglio regionale pretendere di ignorare così clamorosamente il diritto dell'Unione e la stessa normativa nazionale – consente una breve rassegna per verificare se anche altri cittadini extra UE possono far valere, ai sensi del diritto dell'Unione, una analoga prescrizione paritaria.

In realtà le previsioni delle direttive sono molto differenziate.

Così, rispetto all'art. 11 cit., la previsione relativa ai titolari di protezione internazionale (art. 32, dir. 2011/95/UE) è assai più labile, essendo solo previsto il diritto di accesso all'alloggio secondo «modalità equivalenti a quelle previste per altri cittadini di

7. Per un caso in cui la legislazione regionale prevedeva per tutti i richiedenti stranieri, ivi compresi i lungosoggiornanti, il requisito della regolare attività lavorativa, cfr. Trib. Arezzo 30.3.2016, reperibile in https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-arezzo-sezione-lavoro-ordinanza-del-30-marzo-2016/, che ha ritenuto detta previsione in contrasto con l'art. 11 della direttiva 2003/109, ordinando al Comune l'ammissione nelle graduatorie di una lungosoggiornante priva di occupazione.

Paesi terzi regolarmente soggiornanti». Il recepimento della norma – che avrebbe imposto soltanto il vincolo di parità con gli altri cittadini extra UE, con conseguente applicazione dell'art. 40, co. 6, cit. – è stato tuttavia di maggiore ampiezza, avendo sancito la parità dei titolari di protezione internazionale con i cittadini italiani[8].

Quanto ai titolari di permesso unico lavoro, l'art. 12, co. 1, lett. g), direttiva 2011/98 prevede la parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi, ivi comprese le procedure per l'ottenimento di un alloggio. Il successivo comma 2, lett. d) ii) prevede tuttavia che gli Stati membri possano «limitare la parità di trattamento per quanto concerne l'assistenza abitativa», dovendosi così affrontare la questione se possa tenersi conto, ai fini della deroga, di discipline preesistenti alla direttiva[9] e se la deroga ammessa da una direttiva possa essere esercitata da organismo *sub* statale di uno Stato membro[10].

Analoga previsione e analoga possibilità di deroga è prevista dall'art. 22 della direttiva 2016/801 sui ricercatori universitari.

Quanto ai lavoratori altamente qualificati, la parità nelle procedure per l'ottenimento di un alloggio, anche pubblico, è garantita dall'art. 14, co. 2, lett. g), direttiva 2009/50, che non prevede possibilità di deroga da parte degli Stati membri, sicché la motivazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame va sicuramente estesa anche ai titolari di Carta blu[11].

Infine, le direttive relative ai lavoratori distaccati (direttiva 2014/66/UE, art. 18, co. 2) e ai lavoratori stagionali (art. 23, direttiva 2014/36/UE) prevedono espressamente che la materia dell'accesso all'alloggio sia esclusa dalla clausola di parità.

Il quadro è, quindi, estremamente diversificato e corrisponde ancora una volta all'ormai noto procedere del legislatore dell'Unione in modo un po' disordinato, frammentando la figura del migrante in relazione al titolo di soggiorno, ma con una

8. Si veda l'art. 29, co. 3-*ter*, del d.lgs. 19.11.2007, n. 251, come modificato dal d.lgs. 21.2.2014, n. 18, a norma del quale l'accesso ai benefici di cui all'art. 40, co. 6, TU immigrazione «è consentito ai titolari dello *status* di rifugiato politico e di protezione sussidiaria in condizioni di parità con i cittadini italiani».

9. Come sarebbe appunto il citato art. 40, co., 6 TU che, come si è visto, prevede una parità condizionata al permesso biennale e alla «regolare attività lavorativa», ma che è stato introdotto senza poter considerare il vincolo imposto dalla direttiva, intervenuta solo 10 anni dopo; nel senso che una disposizione antecedente la direttiva non può ritenersi «quale chiara espressione della volontà di deroga da parte del legislatore nazionale», cfr. Corte appello Milano 5.11.14 reperibile in

https://www.asgi.it/banca-dati/corte-dappello-di-milano-sezione-lavoro-sentenza-del-5-novembre-2014/.

Aderendo a questa tesi si dovrebbe ritenere che, nell'ordinamento nazionale, tutti i titolari di permesso unico lavoro hanno diritto alla parità di trattamento nell'accesso agli alloggi pubblici.

10. Come sarebbe appunto nel caso della nuova legge della Regione Liguria esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento.

11. Peraltro il recepimento nazionale, per quanto adotti una formula generica, è conforme alla direttiva: l'art. 27 *quater* del TU immigrazione introdotto dal d.lgs. 28.6.2012, n. 108 prevede infatti che «I titolari di Carta blu UE beneficiano di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini italiani, conformemente alla normativa vigente, ad eccezione dell'accesso al mercato del lavoro nei primi due anni, come previsto dal comma 13».

indubbia tensione verso l'estensione della parità tra cittadini UE e cittadini extra UE anche in un settore così delicato come l'accesso all'alloggio pubblico.

Certo è che, soprattutto dopo la sentenza 106/18, è definitivamente esclusa la possibilità per il legislatore (nazionale o regionale che sia) di introdurre requisiti più gravosi, rispetto agli italiani, quantomeno per i titolari di permesso di lungo periodo – che costituiscono ormai oltre il 60% dei migranti presenti in Italia[12] – per i cittadini UE e i loro familiari e per i titolari di Carta blu.

Tornando appunto alla sentenza, qualche interrogativo suscita la seconda parte della motivazione, laddove la Corte motiva in punto di irragionevolezza e mancanza di proporzionalità del requisito: argomentazione che appare incongrua rispetto al dispositivo, che dichiara l'incostituzionalità della norma ai sensi del solo art. 117 Cost. (non dell'art. 3 Cost.); e che appare anche superflua, posto che se vi è obbligo "eurounitario" di parità assoluta e inderogabile non c'è motivo per valutare se una differenza è più o meno ragionevole o proporzionata.

Così come lascia perplessi il passaggio ove la Corte afferma che irragionevolezza e sproporzione «si risolvono in una forma dissimulata di discriminazione nei confronti degli extracomunitari» (punto 3.4): affermazione che poteva forse essere pertinente con riferimento alla sentenza 168/14 (che riguardava un requisito di otto anni previsto indifferentemente per italiani e stranieri) ma che difficilmente potrebbe adattarsi al caso esaminato, dove il gravosissimo requisito di lungo-residenza era previsto per i soli stranieri e dunque la discriminazione non era affatto dissimulata, ma assolutamente esplicita.

La scelta di una duplice motivazione potrebbe così indurre il sospetto di una scarsa fiducia nelle clausole di parità eurounitarie, quasi che le imposizioni del diritto UE avessero bisogno di essere rafforzate dal controllo interno di ragionevolezza. Ma sarebbe un sospetto malevolo. Più probabilmente, la doppia motivazione è stata dettata dalla volontà (e necessità) di pervenire a una dichiarazione di incostituzionalità della norma nel suo insieme e non limitata alla parte in cui richiede il requisito ai titolari del permesso di lungo periodo (come forse il Governo avrebbe voluto, essendo altrimenti inspiegabile il tenore così limitato del ricorso): e tale è, appunto, l'effetto della sentenza, che non determina affatto una incostituzionalità della norma «nella parte in cui ...» discrimina l'una o l'altra categoria di stranieri extra UE, ma che, in coerenza con l'affermata irragionevolezza della previsione, ne determina completa caducazione.

12. Si vedano i dati del *Dossier statistico immigrazione* 2017 a cura di Centro Studi e Ricerche IDOS in collaborazione con UNAR.

3. La sentenza 107/18 e la questione del "nesso reale" con il territorio

Diverso è il caso della sentenza n. 107/18 (emessa anch'essa su ricorso in via principale del Governo) riguardante la l.r. Veneto 21/2/17 n. 6 che, modificando la precedente l.r. 23/4/90 n. 32 in materia di servizi educativi alla prima infanzia, ha sostituito la previsione secondo cui «hanno titolo di precedenza all'ammissione i bambini menomati, disabili o in situazione di rischio e di svantaggio sociale» con la seguente previsione: «hanno titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido nel seguente ordine di priorità: a) i bambini portatori di disabilità; b) il figlio di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno 15 anni o che prestino attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno 15 anni ...».

La sentenza colloca innanzitutto l'asilo nido nell'ambito dei precetti costituzionali, riconoscendo allo stesso una funzione sociale (attuativa dell'articolo 37, co. 1, nel senso della garanzia della possibilità per la donna di conciliare il lavoro con la funzione familiare, e dell'articolo 3, co. 2, in quanto consente ai genitori privi di adeguati mezzi economici di svolgere un'attività lavorativa, contribuendo così alla uguaglianza sostanziale) e una funzione educativa, attestata in particolare dalla l. 8.11.2000, n. 328 (legge quadro sui servizi socio-assistenziali).

Ciò premesso, la sentenza, nei suoi primi paragrafi, sembra avviarsi a risolvere il problema secondo gli ormai consueti canoni del controllo di ragionevolezza, ma perviene poi ad affermazioni che appaiono invece decisamente innovative, quantomeno per la forza con cui vengono enunciate.

In primo luogo, la Corte prende atto della oggettiva contrapposizione tra prevalenza del bisogno e prevalenza del radicamento, rappresentata con insuperabile chiarezza proprio dalle due formulazioni della norma prima e dopo la modifica censurata: «titolo di precedenza allo ... svantaggio sociale»; «titolo di precedenza ai residenti da almeno 15 anni».

Sul punto la Corte, questa volta, non ha dubbi: la precedenza è alla tutela del bisogno. La questione del radicamento territoriale (che per sua natura deve essere riferito ai genitori) non ha infatti nulla a che vedere con la funzione educativa dell'asilo nido (che per sua natura deve essere riferita al figlio), «essendo ovviamente irragionevole ritenere che i figli di genitori radicati in Veneto da lungo tempo presentino un bisogno educativo maggiore degli altri». E non ha nulla a che vedere neppure con la funzione sociale, che può ritenersi assolta solo allorché il servizio assuma un respiro universalistico, che è invece contraddetto da una norma come quella impugnata.

L'obiezione classica della Regione (in sintesi: «riconosco il servizio a coloro che hanno maggiormente contribuito al contesto economico e sociale della Regione») viene cassata dalla Corte con l'ovvia considerazione che né la residenza prolungata in Veneto garantisce

che si sia contribuito alle finanze della Regione, né lo garantisce il lavoro prolungato in Veneto, posto che le tasse saranno state pagate nella Regione di residenza; tanto più che le risorse per l'erogazione dei servizi all'infanzia derivano in gran parte da fondi statali.

E ancora, ricorda la Corte che «sotto un profilo più generale l'argomento del contributo pregresso tende inammissibilmente ad assegnare al dovere tributario una finalità commutativa, mentre esso è una manifestazione del dovere di solidarietà sociale» e che «applicare un criterio di questo tipo alle prestazioni sociali è di per sé contraddittorio perché porta a limitare l'accesso proprio di coloro che ne hanno più bisogno».

Quest'ultima affermazione appare dirompente, se si considera che nell'ambito della già ricordata sentenza n. 222/13 la Corte, nel legittimare un requisito di residenza biennale nella Regione per un *bonus* bebè, era giunta ad affermare che «il legislatore ha lo scopo di valorizzare, con misura eccedente i livelli essenziali delle prestazioni, il contributo offerto alla comunità dal nucleo familiare con adeguata costanza, sicché non è manifestamente irragionevole indirizzare gli sforzi a favore dei nuclei già attivi da tempo apprezzabile e perciò stesso parti vitali della comunità»: laddove nel riferimento al «contributo offerto alla comunità» si intravvede proprio quello scambio tributi/prestazioni sociali e quella adesione a una «finalità commutativa» che oggi la Corte mette invece meritoriamente in discussione. Tra l'altro, rafforzando la sua tesi anche nella sintetica parte finale ove ravvisa violazione anche dell'art. 31, co. 2, Cost. (sulla protezione della maternità e dell'infanzia), giacché la norma impugnata indirizza il servizio di asilo nido «non allo scopo di tutelare le famiglie che ne hanno bisogno, ma a quello di privilegiare che è radicato in Veneto da lungo tempo».

Una contestazione ancora più radicale dei requisiti di lungo residenza (in parte già presente nella sentenza n. 168/14) si rinviene poi nella riconosciuta violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. in relazione all'art. 21 TFUE, nonché dell'art. 120 Cost. in punto di divieto di provvedimenti che ostacolino «la libera circolazione delle persone ... tra le Regioni» «in qualsiasi modo» (e la precisazione del costituente è decisiva per la nostra materia) o che pongano limiti «all'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale»: un titolo di precedenza sproporzionato di lungo-residenza viola infatti anche il diritto di libera circolazione, il cui esercizio non può incidere negativamente sull'accesso alle prestazioni sociali.

Il punto è molto delicato perché di per sé suscettibile di precludere qualsiasi requisito di residenza prolungata che è inevitabilmente destinato a premiare l'immobilità a discapito della mobilità interna al territorio nazionale o nell'ambito dell'Unione. Tuttavia la Corte correttamente precisa, con riferimento ad entrambe, che il contrasto tra il requisito di radicamento e il diritto alla mobilità riguarda i soli requisiti sproporzionati (come sicuramente è quello in esame) e soprattutto troppo esclusivi: su quest'ultimo punto, di

particolare rilievo è il richiamo al precedente della sentenza Corte giust. 21.7.2011, *Stewart*, C-503/09 ove la Corte UE – chiamata a valutare la conformità al regolamento 1408/71 di una clausola che prevedeva il requisito di 26 settimane di residenza nello Stato nelle ultime 52, per accedere a una prestazione di disabilità – ha ritenuto irragionevole fare riferimento alla sola residenza, perché il nesso reale con lo Stato deve essere valutato anche sulla base di altri elementi, in particolare il contesto familiare in cui si trova il richiedente[13].

Resta da rilevare che le argomentazioni della Corte sono state riferite, nella vicenda in esame, a un mero titolo di precedenza e non a un requisito di ammissione, sicché a maggior ragione dovrebbero essere considerate pertinenti laddove la lungo-residenza costituisca requisito addirittura per l'accesso alla prestazione; ma resta aperto il quesito di quale sia il limite temporale al di sotto del quale il requisito può ritenersi proporzionato: come noto, il legislatore nazionale, con riferimento al Reddito di Inclusione, ha scelto il limite biennale di residenza sul territorio nazionale (art. 3, d.lgs. 15.9.2017, n. 147), ma molte Regioni continuano a indicare il requisito di residenza quinquennale nella Regione, ignorando cosi il richiamo appena ricordato a una valutazione più complessiva del nesso reale con il territorio[14].

4. La sentenza n. 166/18 e la valutazione congiunta di irragionevolezza e discriminazione

Siamo, infine, all'ultima sentenza della trilogia, la numero 166 del 20.7.2018.

Qui la questione, introdotta in via incidentale dalla Corte d'appello di Milano nell'ambito di un ricorso promosso dalle associazioni ASGI e APN, riguardava una modifica (varata nell'ambito del "pacchetto sicurezza" dell'allora ministro Maroni) alla disciplina del Fondo per il sostegno degli affitti *ex* art. 11, l. 421/98, destinato a erogare un contributo economico al pagamento del canone di locazione in favore delle famiglie in condizioni di bisogno. Secondo la modifica intervenuta 10 anni dopo l'istituzione del Fondo (d.l. 122/08, conv. in l. 133/08) l'accesso allo stesso è stato limitato, per i soli «immigrati», a coloro che potessero far valere «il certificato storico di residenza da almeno 10 anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione».

Si trattava, dunque, analogamente al caso esaminato dalla sentenza n. 106/18, di un requisito previsto per i soli stranieri, ma censurato questa volta esclusivamente sotto il

13. Nello stesso senso anche la sentenza *Thiele Meneses*, C-220/12, anch'essa citata dalla Corte.

14. Clamoroso da questo punto di vista, il caso della Regione Lombardia che, con d.g.r. X/6711 del 20.6.2017 ha previsto l'erogazione di un consistente *bonus* bebè a condizione che entrambi i genitori siano residenti in Lombardia da almeno 5 anni, ignorando cosi ogni altro elemento indicativo del radicamento, quale la condizione lavorativa anche di uno dei coniugi (che potrebbe risiedere e lavorare in Lombardia anche da moltissimi anni), la presenza di minori nati in Italia e inseriti nel contesto scolastico e così via.

profilo dell'art. 3 Cost.: era dunque ragionevole aspettarsi che la Corte appuntasse la sua attenzione proprio sul differente regime per italiani e stranieri, essendo ben difficile individuare la *ratio* di una previsione di radicamento territoriale che, se davvero necessaria, avrebbe dovuto riguardare sia gli italiani che gli stranieri. D'altra parte, nella giurisprudenza della Corte anche antecedente alla sentenza n. 106/18, non si ravvisa un solo caso nel quale siano stati ritenuti legittimi requisiti di lungo-residenza previsti appunto per i soli stranieri[15], sicché anche in questo caso la conclusione poteva apparire scontata.

La scelta della Corte, identica ai precedenti nelle conclusioni, è stata tuttavia parzialmente diversa da quella ipotizzata dal giudice rimettente. Anziché puntare l'attenzione sulla differenza italiano/immigrato la Corte ha preferito puntare l'attenzione ancora una volta sulla irragionevolezza intrinseca della previsione.

E così, quanto al requisito decennale, ha potuto concludere che lo stesso «attinge gli estremi della irrazionalità intrinseca ... dato che tale termine coincide con quello necessario e sufficiente a richiedere la cittadinanza italiana» e comunque – aggiunge la Corte – determina una condizione di svantaggio per i titolari di permesso di lungo periodo che invece, come si è visto, vantano un diritto assoluto di fonte eurounitaria alla parità di trattamento.

Quanto al requisito quinquennale nella Regione, lo stesso, è «palesemente irragionevole e sproporzionato, trattandosi di una provvidenza che ... viene riservata a casi di vera e propria indigenza», sicché «non si può ravvisare alcuna ragionevole correlazione tra soddisfacimento dei bisogni abitativi primari ... della persona che versi in condizione di povertà e sia insediata nel territorio nazionale e la lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale».

Così impostata, dunque, la conclusione si attaglia perfettamente non solo alle norme che prevedono requisiti di lungo-residenza per soli stranieri (e, da questo punto di vista, l'opera di riordino sembra conclusa con le sentenze nn. 106 e 166, non risultando altre norme che differenzino italiani e stranieri quanto a requisiti di residenza), ma anche alle norme che prevedono detti requisiti in modo indifferenziato, posto che l'illegittimità della norma attiene alla sua irragionevolezza intrinseca e non tanto alla differenza.

15. Si vedano in proposito la sentenza n. 40 del 2011, inerente un requisito di 36 mesi per tutte le prestazioni sociali; la sentenza n. 133 del 2010, inerente il requisito di cinque anni di residenza per un assegno familiare; la sentenza n. 222 del 2013, inerente ancora un requisito di cinque anni per l'insieme delle prestazioni sociali; la sentenza n. 2 del 2013, riguardante sia il requisito di cinque anni per varie prestazioni sociali e per prestazioni di diritto allo studio, sia il requisito di un solo anno per la sovvenzione all'apprendimento delle lingue straniere; infine, la sentenza n. 172/2013, inerente il requisito di cinque anni sul territorio nazionale quale componente dell'accesso al permesso di lungo periodo per un assegno di cura. Si tratta, si ripete, di casi di requisiti richiesti ai soli stranieri.

Si tratta, peraltro, di due profili che nella giurisprudenza qui esaminata si accavallano e si intersecano continuamente. Ne è prova il già citato passaggio della sentenza n. 106, laddove si legge che irragionevolezza e mancanza di proporzionalità si risolvono «in una forma dissimulata di discriminazione nei confronti degli extracomunitari», senza che venga più approfonditamente illustrato in che senso ciò che irragionevole risulta di per sé anche discriminatorio.

Nella giurisprudenza precedente è stata ancora una volta la (sola) sentenza n. 168/14 a creare un legame più esplicito tra le due nozioni usando l'espressione (anch'essa di per sé non limpidissima, ma certamente efficace) di «irragionevolmente discriminatorio» e rilevando che il requisito, benché richiesto in quel caso sia a gli italiani che agli stranieri, poneva questi ultimi «in una condizione di inevitabile svantaggio in particolare rispetto alla comunità regionale, ma anche rispetto agli stessi cittadini italiani, che potrebbero più agevolmente maturare gli otto anni di residenza in maniera non consecutiva, realizzando una discriminazione vietata dal diritto comunitario»: con un fugace accenno, dunque, alla nozione classica di discriminazione indiretta, ma senza tuttavia pretendere che la maggiore difficoltà dello straniero nel maturare il requisito venisse supportata da dati statistici, trattandosi di questione che – come peraltro ha sempre ritenuto anche la Corte di Giustizia[16] – può ritenersi acquisita secondo la comune esperienza.

Come si vede, dunque, vincolo di uguaglianza e controllo di ragionevolezza si inseguono e si alternano continuamente alla ricerca di un equilibrio. Certamente un utilizzo più rigido della nozione di uguaglianza, quanto meno laddove prescritto in sede di diritto dell'Unione, sembrerebbe poter semplificare il percorso logico-giuridico (se un principio sovraordinato impone l'uguaglianza, nessuna condizione di svantaggio può essere ammessa, neppure quando appaia tollerabile o ragionevole), ma la Corte sembra voler privilegiare – pur senza trascurare i vincoli eurounitari – quella del controllo di ragionevolezza, certamente di più difficile applicazione, ma probabilmente più adatta al contemperamento tra le diverse esigenze e i diversi valori in gioco.

16. Si veda ad esempio Corte giust., *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-388/01, sentenza 16.1.2003 relativa alle agevolazioni tariffarie per l'accesso ai musei comunali assicurate alle sole persone residenti; Corte giust., *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-299/01, sentenza 20.6.2002, relativa ad una normativa che richiedeva un'anzianità di residenza quinquennale nel Paese ai fini della concessione del reddito minimo garantito; Corte giust., *Commissione c. Lussemburgo*, Corte giust., C-111/91, 10.03.1993, relativa ad una norma che prevedeva, ai fini dell'erogazione di un assegno di natalità *una tantum*, il requisito di anzianità di residenza nell'anno antecedente alla nascita; Corte giust. *O'Flynn*, causa C-237/94, sentenza 23.5.1996 secondo la quale «devono essere considerate indirettamente discriminatorie le condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti [...] o che rischiano di essere sfavorevoli in modo particolare ai lavoratori migranti».

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani[1]

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Nel periodo in esame, la Corte Edu si è pronunciata su numerosi ricorsi riguardanti l'art. 3 Cedu, relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

a) *Non-refoulement*

Nel caso *Batyrkhairov c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 5.06.2018), un cittadino del Kazakhstan lamentava di essere stato rinviato nel suo Paese nonostante i rischi, noti alle autorità turche, di essere esposto a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu per presunti legami con gruppi terroristici. Dopo aver visto rigettata la sua domanda di protezione internazionale, il sig. Batyrkhairov veniva in effetti allontanato dalle autorità turche su precisa richiesta delle autorità kazache nonostante la Corte turca che aveva valutato il caso si fosse pronunciata in senso contrario. Secondo la Corte Edu, alla luce delle informazioni a sua disposizione e dei rapporti internazionali che confermavano le frequenti violenze perpetrate in Kazakhstan nei confronti di sospetti terroristi (ad es. *Report of the United Nations Special Rapporteur on Torture*, 16 dicembre 2009; *Report on Human Rights Practices in Kazakhstan*, 2012, dell'*US Department of State*; rapporti annuali sui diritti umani di Amnesty International), gravava sulla Turchia l'obbligo di esaminare in modo rigoroso la situazione individuale del ricorrente al fine di dissipare ogni dubbio sui possibili rischi derivanti dal suo allontanamento. Poichè tale valutazione non è stata adeguatamente condotta, non è stata adottata e notificata alcuna decisione formale prima dell'allontanamento ed è stata ignorata la stessa decisione della Corte interna in favore del ricorrente, la Corte ritiene che il rinvio del ricorrente ha dato luogo a una violazione dell'art. 3 Cedu. A ciò si aggiungono in base alla mancata presentazione di prove rispetto a un miglioramento strutturale della situazione interna già constatata in altre pronunce (cfr. Corte Edu, *Aliev c. Turchia* e *Musaev c. Turchia*, sentenze del 21.10.2014, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154), una violazione dell'art. 5 Cedu (diritto alla libertà e sicurezza), para. 1, 4 e 5, a causa delle lacune esistenti nell'ordinamento turco in materia di trattenimento di persone straniere, dell'art. 3 per le condizioni di detenzione sofferte nel centro di espulsione per stranieri di Kumkapı e dell'art. 13, letto in combinato con l'art. 3, per la mancanza di un mezzo di ricorso effettivo per denunciare tali condizioni di detenzione.

Chiamata a pronunciarsi su un caso del tutto analogo in *Amerkhanov c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 5.06.2018), anch'esso relativo a un richiedente asilo del Kazakhstan ricercato dalle autorità del suo Paese per presunti legami con movimenti estremisti, la Corte Edu giunge

alle medesime conclusioni circa la violazione dell'art. 3, sia per il rinvio del ricorrente nel suo Paese in assenza di una valutazione individuale del rischio cui sarebbe stato esposto, sia per le condizioni di detenzione nel centro di Kumkapı, dell'art. 5, para. 1, 4 e 5, relativamente al trattenimento subito prima dell'allontanamento, e dell'art. 13, letto in combinato con l'art. 3, per la mancanza di un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui denunciare le condizioni di detenzione nel centro suddetto.

In *X c. Paesi Bassi* (Corte Edu, sentenza del 10.07.2018) il ricorrente, ritenuto una minaccia per la sicurezza nazionale dallo Stato convenuto, lamenta una possibile violazione dell'art. 3 Cedu se allontanato in Marocco dato il trattamento riservato dalle autorità marocchine a coloro che sono sospettati di aver avuto o hanno legami con movimenti terroristici. Ricordando che spetta al ricorrente avanzare tutti gli elementi da cui possono emergere rischi sostanziali di essere esposto a torture o trattamenti inumani o degradanti in caso di allontanamento, la Corte Edu osserva, da un lato, come la situazione in Marocco rispetto al trattamento di terroristi o presunti tali sia in via di miglioramento (cfr. report del *Working Group on Arbitrary Detention delle Nazioni Unite*, 4 agosto 2014, e del Comitato sui diritti umani, *Osservazioni in merito al sesto rapporto periodico presentato dal Marocco*, 6 novembre 2016) e, dall'altro, che le autorità olandesi hanno effettivamente condotto un esame rigoroso basato su fonti oggettive prima di decidere l'allontanamento. A tal proposito, non solo il Marocco non ha mai richiesto la sua estradizione o ha mostrato interesse nei confronti del ricorrente, ma non vi sono elementi per ritenere che quel Paese non rispetti il principio del *ne bis in idem* riprocessando il sig. X per fatti esaminati nel corso di procedimenti penali avviati nei Paesi Bassi. Peraltro, proprio le autorità olandesi avevano accertato, attraverso specifiche indagini, l'assenza di inchieste o procedimenti pendenti a carico del ricorrente in Marocco. Pertanto, diversamente da casi precedenti riguardanti presunti terroristi che rischiavano di essere rinviati in quel Paese (ad es. Corte Edu, 9.01.2018, *X c. Svezia*, in questa *Rivista*, XX, n. 2, 2018), l'allontanamento del ricorrente non darebbe luogo a una violazione dell'art. 3 Cedu.

Con il caso *Rabah Medjaouri c. Francia* (Corte Edu, decisione del 12.06.2018), relativo a un cittadino algerino soggetto a una misura di allontanamento in seguito ad alcune condanne, la Corte Edu ritiene che il ricorrente non possa ritenersi "vittima" di una violazione degli artt. 3 e 8 Cedu ai sensi dell'art. 34 della Convenzione poichè l'esecuzione dell'allontanamento non risulta imminente. Infatti, visti i suoi gravi problemi di salute, il ricorrente ha potuto rimanere in Francia per un lungo periodo dopo la decisione contestata al fine di ottenere le cure necessarie e, successivamente, gli è anche stato rilasciato un permesso di soggiorno provvisorio. Tenendo peraltro conto che, visto il lungo periodo trascorso, le autorità francesi procederebbero comunque a rivalutare tutte le circostanze del caso prima di dare esecuzione all'allontanamento, la Corte Edu dichiara il ricorso del sig. Medjaouri inammissibile.

Con il caso *H. e altri c. Svizzera* (Corte Edu, decisione del 15.5.2018), la Corte Edu ritorna a pronunciarsi in merito a un'eventuale violazione dell'art. 3 Cedu in caso di rinvio di una famiglia con due minori in Italia quale Paese responsabile per la valutazione della loro domanda di asilo ai sensi del Regolamento di Dublino III (su tutte, Corte Edu, Grande Camera, 4.11.2014, *Tarakhel c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154). In sostanza, la Corte rigetta le argomentazioni dei ricorrenti basate sui dubbi che il sistema di accoglienza italiano possa prendere adeguatamente in carico famiglie con seri problemi di salute, dato lo stato di sieropositività di due di essi. Infatti, essa nota come la Svizzera abbia ottenuto assicurazioni specifiche dall'Italia sull'inserimento in uno SPRAR adatto alle esigenze dell'intera famiglia mentre le condizioni di salute dei ricorrenti non ne impediscano il trasferimento, oltre al fatto che le cure mediche necessarie siano disponibili anche in Italia (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 13.12.2016, *Paposhvili c. Belgio*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017). Pertanto, confermando la sua recente giurisprudenza (cfr. Corte Edu, 22.06.2017, *E.T. e N.T. v. Svizzera e Italia*, dec., in questa *Rivista*, XX, n. 1, 2018), la Corte Edu dichiara il ricorso dei sig. H e altri inammisibile.

b) *Condizioni materiali*

Nel caso *S.Z. c. Grecia* (Corte Edu, sentenza del 21.06.2018), un cittadino siriano entrato irregolarmente in Grecia lamenta una violazione dell'art. 3 Cedu perchè, a suo avviso, le condizioni in cui era stato trattenuto nella stazione di polizia di Zografou, in vista del suo allontanamento, ammontano a un trattamento inumano o degradante, nonchè dell'art. 5 Cedu per essere stato liberato solo dopo il riconoscimento dello *status* di rifugiato nonostante l'impossibilità pratica di essere allontanato in Siria. Al di là delle divergenze sulle effettive condizioni di trattenimento tra le parti, la Corte Edu si sofferma sull'inadeguatezza dei locali di polizia per privazioni della libertà per lunghi periodi potendo, di per sè, dar luogo a una violazione dell'art. 3 Cedu. Ora, poichè il ricorrente era stato trattenuto per 52 giorni, per la Corte Edu vi è stata una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti. Inoltre, poichè la privazione della libertà del ricorrente ha smesso di essere legittima quando ha sufficientemente provato di essere un cittadino siriano con la conseguenza di generare quantomeno dubbi sulle reali possibilità di procedere a un rapido allontanamento verso quel Paese dato il conflitto in corso (cfr. anche Corte Edu, 14.02.2017, *S.K. c. Russia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 2, 2017), la Corte Edu conclude anche per una violazione dell'art. 5, para. 1, Cedu. A ciò si aggiunge, infine, una violazione dell'art. 5, para. 4, perchè al ricorrente non è stato garantito un ricorso effettivo attraverso cui lamentare l'illegittimità del suo trattenimento, come dimostra il fatto che nemmeno le Corti interne, alle quali si era rivolto, avevano tenuto conto unicamente delle ragioni avanzate dalle autorità per trattenerlo e non anche l'impossibilità di essere allontanato in Siria.

In *N.T.P. e altri c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 24.05.2018), una madre e i suoi tre figli, tutti cittadini del Congo, denunciano dinanzi la Corte Edu di aver subito un trattamento inumano o degradante come conseguenza delle precarie condizioni di accoglienza durante il periodo in cui attendevano che la domanda di asilo venisse opportunamente registrata dalle autorità francesi. In particolare, fino al momento della convocazione nei locali delle autorità competenti per la registrazione, fissata dopo circa tre mesi dal loro arrivo, la sig.ra N.T.P. non aveva potuto accedere ai benefici previsti per i richiedenti asilo ed era stata costretta, di notte, ad alloggiare nei locali di un ente privato ricevendo solo un pasto caldo al giorno e, di giorno, a vagare per la città non potendo rimanere nella stessa struttura dopo le prime ore del mattino. Per le Corti interne, alle quali la prima ricorrente si era rivolta per lamentare una violazione degli *standard* previsti dalla normativa Ue in materia di accoglienza (Direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003, in vigore all'epoca dei fatti), il periodo di attesa imposto per la registrazione della sua domanda non costituiva un'interferenza grave nel suo diritto di richiedere protezione internazionale considerato che, anche se attraverso enti privati, lo Stato le garantiva comunque i servizi essenziali, compresa la scolarizzazione dei figli. Proprio in ragione del godimento di tali benefici e nonostante le difficoltà pratiche quotidiane, anche la Corte Edu i ricorrenti non avevano vissuto in un totale stato di abbandono e nutrivano anche buone prospettive di migliorare la loro situazione in seguito alla registrazione, già certa, della domanda di asilo (cfr. in senso contrario, Corte Edu, 31.07.2014, *F.H. c.Grecia*, e 11.12.2014, *Al.K. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154). Pertanto, non essendo stata raggiunta nel caso dei ricorrenti la soglia di severità richiesta dall'art. 3 Cedu, non vi è stata alcuna violazione di tale disposizione.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

Il caso *Kahadawa Arachchige e altri c. Cipro* (Corte Edu, sentenza del 19.06.2018) riguarda tre cittadini dello Sri Lanka che, giunti a Cipro per lavoro, venivano fermati in seguito ad alcuni episodi di violenza, trattenuti in vista del loro allontanamento con conseguente revoca dei permessi di soggiorno in corso e, infine, rinviati nel loro Paese. Proprio in relazione al trattenimento subito, i ricorrenti lamentavano la violazione di vari profili dell'art. 5 Cedu, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza. Per la Corte Edu, il caso in esame rientra nell'ambito dell'art. 5, para. 1, lett. f, visto che, dopo la revoca dei permessi di soggiorno, i ricorrenti devono essere considerati a tutti gli effetti migranti irregolari trattenuti in vista del loro allontanamento, come permette la stessa Convenzione. Ora, tale disposizione non è stata violata poiché, oltre ad avere adottato tutte le decisioni rilevanti in conformità a quanto previsto dalla normativa interna, le autorità cipriote hanno trattenuto i ricorrenti in condizioni adeguate e hanno agito con la necessaria diligenza ponendo fine rapidamente al trattenimento con il rinvio dei ricorrenti in Sri Lanka pochi giorni dopo. Invece, poiché l'ordinamento giuridico cipriota non prevedeva all'epoca dei fatti un mezzo di ricorso attraverso cui denunciare l'eventuale illegittimità del trattenimento, vi è stata una violazione dell'art. 5, para.

4, Cedu (cfr. già Corte Edu, 23.7.2013, *M.A. c. Cipro*, in questa *Rivista*, XV, n. 4, 2013, p. 107). Infine, diversamente da quanto sostenuto dai primi due ricorrenti, per la Corte Edu non risulta applicabile nei loro confronti l'art. 1 del Protocollo 7 alla Cedu, relativo al diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento, poiché quest'ultimo riguarda stranieri "regolarmente soggiornanti", *status* appunto non più attribuibile ai ricorrenti per le ragioni summenzionate. Pertanto, questa parte del ricorso è inammissibile.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Il caso *Zezev c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 12.06.2018) riguarda un cittadino del Kazakhstan, soggiornante regolare in Russia con moglie e figlio, entrambi cittadini russi, che lamenta una violazione dell'art. 8 Cedu, relativamente al diritto al rispetto per la sua vita familiare, in seguito all'allontanamento subito per supposti motivi di sicurezza nazionale. In effetti, né la decisione notificatagli conteneva le ragioni per cui rappresentava una minaccia per la Russia, né le Corti interne avevano proceduto a un esame sostanziale di tali motivi ritenendo l'intera questione di competenza dei servizi di sicurezza federali. Di conseguenza, in tali procedimenti, non erano state esaminate nemmeno le ragioni avanzate dal ricorrente relativamente alla sua vita familiare in Russia e all'assenza di qualsiasi legame sostanziale con il suo Paese di origine. Tenuto conto di questo contesto, per la Corte Edu anche quando vi sia il sospetto che una persona costituisca una minaccia per la sicurezza nazionale gli interessi di quest'ultima devono comunque essere bilanciati con quelli pubblici. Poiché tale bilanciamento non è avvenuto e la decisione adottata non è stata accompagnata da sufficienti garanzie procedurali, nel caso del sig. Zezev vi è stata una violazione del diritto al rispetto per la sua vita familiare.

Medesima conclusione è stata raggiunta nel caso *Gaspar c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 12.06.2018), relativo alla revoca del permesso di soggiorno di una cittadina americana, da tempo soggiornante in Russia con la famiglia, e al conseguente ordine di lasciare il Paese per motivi legati alla sicurezza nazionale. Nonostante l'accesso ai documenti dei servizi di sicurezza era stato richiesto attraverso un apposito procedimento avviato dinanzi le Corti interne, queste confermavano il rifiuto di comunicare i fatti alla base delle accuse mosse nei confronti della sig.ra Gaspar poiché coperti da segreto di Stato e, al contempo, procedevano a un esame puramente formale della questione concludendo che quest'ultima non aveva subito alcuna restrizione nel godimento del suo diritto al rispetto della vita familiare. Per la Corte Edu, in mancanza di ogni garanzia procedurale di cui la ricorrente avrebbe dotuto beneficiare per ottenere una valutazione effettiva e adeguata del suo caso, anche alla luce dei suoi legami familiari in Russia, vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Art. 10: Libertà di espressione

Il caso *Ibragim Ibragimov e altri c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 28.08.2018) trae origine da due diversi ricorsi relativi alla censura di testi basati sugli scritti di Said Nursi, un teologo

musulmano di origine turca, distribuiti o pubblicati dai ricorrenti per fini religiosi. Le autorità russe avevano classificato tali opere come estremiste poiché incitanti all'odio e alla violenza nei confronti di coloro che non professano l'Islam. Nell'ambito dei procedimenti interni, le Corti chiamate a valutare i casi si erano affidate a numerosi esperti che, pur con qualche differenza, sostenevano come i testi controversi, per il linguaggio utilizzato, sostenessero l'inferiorità dei non credenti e incitassero all'odio interreligioso proclamando, al contempo, la superiorità dell'Islam. Nonostante le richieste dei ricorrenti, i quali lamentavano tra l'altro l'incompetenza degli esperti incaricati dalle Corti interne e la violazione delle libertà protette anche dalla Cedu, non era sempre stato loro possibile contrastare tali accuse. Per tali ragioni, i testi controversi venivano totalmente banditi e le copie esistenti soggette a confisca e/o distruzione. Ribadendo la centralità della libertà di espressione per l'esistenza stessa di una società democratica, specie quando letta in combinato con la libertà di religione, protetta dall'art. 9 Cedu, la Corte Edu nota come la decisione delle autorità russe abbia certamente dato origine a un'interferenza nel godimento della libertà protetta dall'art. 10 Cedu e, come tale, debba essere giustificata sulla base dei criteri previsti al suo paragrafo 2. In particolare, tale interferenza doveva essere prevista dalla legge, perseguire un fine legittimo ed essere necessaria in una società democratica (cfr. Corte Edu, 12.01.2016, *Genner c. Austria*, in questa *Rivista*, XX, n. 1, 2017). Nutrendo già dubbi sulla normativa interna applicabile, in quanto basata su un concetto di "attività estremista" molto generico e ampio, passibile quindi di abusi da parte dell'autorità pubblica (cfr. Commissione di Venezia, Opinione del 15-16 giugno 2012), la Corte Edu si concentra sulla necessità delle censure comminate ai ricorrenti. A tal fine, essa nota come volumi basati sul pensiero del teologo siano sempre stati pubblicati e diffusi in tanti Paesi senza che ciò abbia mai causato particolari tensioni sociali o scontri interreligiosi, come del resto non è avvenuto in Russia. Inoltre, le Corti interne non hanno valutato esse stesse le pubblicazioni censurate *alla luce* delle opinioni degli esperti da loro incaricati ma hanno essenzialmente riprodotto questi pareri attraverso le loro decisioni. Al contempo, i giudici interni non hanno indicato in modo puntuale quali passaggi specifici potessero generare gli effetti da loro dichiarati e non hanno tantomeno considerato le conseguenze della censura rispetto ai diritti dei ricorrenti protetti dagli artt. 9 e 10 Cedu, privandoli persino della facoltà di avanzare le loro argomentazioni o di pubblicare versioni riviste o ridotte dei testi controversi. Peraltro per la Corte Edu, anche quando le Corti interne hanno menzionato alcuni riferimenti specifici, non si può trarre dal loro contenuto che diano origine a un discorso d'odio che, se preso nel contesto di un complesso testo religioso basato sulla superiorità di un credo sugli altri, risulti offensivo per coloro che professano una religione diversa dall'Islam. In breve, le autorità russe non hanno quindi saputo indicare motivi "rilevanti e sufficienti" in grado di giustificare l'interferenza subita dai ricorrenti e la stessa Corte Edu non ritrova elementi tali per concludere che i testi generino l'effetto da loro indicato. Pertanto, nonostante l'ampio margine di apprezzamento goduto dallo Stato convenuto in materia, nel caso in esame vi è stata una violazione dell'art.

10 Cedu in quanto la misura imposta dalle autorità, anche eccessiva rispetto allo scopo perseguito, non risulta necessaria in una società democratica.

Art. 14: Divieto di discriminazione

Il caso *Negrea e altre c. Romania* (Corte Edu, sentenza del 24.07.2018) riguarda tutte donne di origine Rom non sposate che, difese dal Centro europeo per i diritti delle persone di etnia Rom (ERRC), lamentano una violazione dell'art. 14 Cedu, relativo al divieto di discriminazione, per il trattamento subito al momento della richiesta di benefici sociali previsti dalla normativa interna, allora vigente, per i nuovi nati. In effetti, poiché le ricorrenti convivevano con i rispettivi compagni secondo i loro usi, le autorità locali avevano rifiutato di registrare le domande presentate per l'ottenimento dei suddetti benefici in ragione dell'assenza di matrimonio. Secondo le ricorrenti, imponendo loro, quantomeno indirettamente, di modificare il loro stile di vita tradizionale, tali autorità avevano previsto un requisito arbitrario che colpiva essenzialmente le famiglie di etnia Rom. Quindi, in parallelo a un ricorso per discriminazione, le ricorrenti promuovevano anche un'azione legale contro gli ufficiali civili coinvolti non ottenendo tuttavia alcun riscontro positivo alle loro argomentazioni. Pur avendo constatato una violazione dell'art. 6 e dell'artt. 13, letto in combinato con l'art. 6, Cedu per la durata irragionevole di alcuni dei procedimenti avviati e l'assenza di rimedi per poter lamentare tali ritardi, la Corte Edu non trova elementi sufficienti per sostenere che le condizioni richieste alle ricorrenti fossero state loro effettivamente imposte, né la normativa interna sembrava prevederle. Oltre ad alcune testimonianze indirette, le ricorrenti non avevano fornito prove adeguate per suffragare i fatti contestati né le stesse Corti interne ne avevano trovate. Inoltre, come avevano chiarito le autorità locali, tali criteri erano stati imposti, seppur erroneamente, a tutti i residenti della comunità in modo indipendente dalla loro origine etnica. Pertanto, non essendo nemmeno stato possibile presumere una discriminazione indiretta, la Corte Edu ha rigettato questa parte del ricorso come manifestamente infondata.

Art. 1, Protocollo 7: Diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento

In *Ljatifi c. Ex Repubblica Yugoslava di Macedonia* (Corte Edu, sentenza del 17.05.2018), la Corte Edu riconosce la possibilità di applicare al caso di una rifugiata originaria del Kosovo, che lamentava una violazione dell'art. 6 Cedu, l'art. 1, Protocollo 7 alla Cedu, il diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento. In effetti, dopo aver visto revocato l'asilo in quanto ritenuta una minaccia per la sicurezza nazionale, quest'ultima non aveva goduto di garanzie procedurali relativamente all'ordine di lasciare lo Stato convenuto. Facendo rientrare anche un tale ordine nell'ambito dell'art. 1, Prot. 7, la Corte Edu ricorda che tale disposizione ha istituito garanzie che si sommano a quelle previste dagli artt. 3, 8 e 13 Cedu per tutelare gli stranieri regolarmente soggiornanti da decisioni di allontanamento arbitrarie richiedendo che queste ultime debbano essere adottate secondo criteri accessibili a tutti gli interessati in modo da potersi difendere in modo adeguato (Corte Edu, 24.03.2016, *Sharma c. Lettonia*, in

questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017; cfr. anche le interessanti opinioni separate, una concordante e una discordante, allegate alla sentenza in esame). Rispetto al caso della ricorrente, la Corte Edu ricorda come anche una decisione originata da questioni legate alla sicurezza nazionale non possa sfuggire totalmente al requisito di pubblicità poiché la persona interessata deve essere posta nelle condizioni di potersi difendere dalle accuse. Peraltro, nei confronti della sig.ra Ljatifi sono state adottate decisioni basate su fatti generici, la cui sostanza non è stata nemmeno esaminata dai giudici interni e non è stata chiarita dallo Stato convenuto dinanzi la Corte Edu. Pertanto, vi è stata una violazione dell'art. 1 del Protocollo 7 alla Cedu.

[1] *La rassegna relativa all'art. 3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 5-1, Prot. 7 è di C. Danisi.*

Corte di Giustizia dell'Unione europea[2]

Regolamento "Dublino III": richiesta di presa in carico

Il caso *X* (CGUE, 5.7.2018, C-213/17) riguarda i criteri di competenza circa l'esame di domande di protezione internazionale a seguito di richiesta di presa in carico presentata da un primo a un secondo Stato membro.

Le autorità olandesi emettevano un mandato di arresto europeo a carico di X, che nel frattempo si trovava in Italia, dove aveva depositato una domanda di protezione internazionale. X veniva allora trasferito e, qualche mese più tardi, proponeva una domanda di protezione internazionale anche in Olanda. La richiesta veniva rigettata, a causa della competenza dell'Italia, ma X impugnava il provvedimento. Nel procedimento che seguiva, il giudice interno decideva di rivolgere alla Corte una serie di quesiti. La prima questione verte sull'art. 23, par. 3, del regolamento 604/2013 (regolamento Dublino III), che dispone il passaggio della competenza all'esame di una domanda di protezione internazionale da uno Stato membro all'altro se lo Stato che aveva titolo per effettuare una richiesta di presa in carico non ha rispettato i termini previsti al par. 2 della stessa norma. Il giudice intendeva sapere se fosse possibile per l'Olanda richiedere all'Italia la presa in carico del richiedente protezione internazionale anche oltre i termini anzidetti, posto che l'Italia era divenuto lo Stato competente e che i termini per la richiesta erano scaduti in pendenza di un ricorso presentato dall'interessato di fronte agli organi giurisdizionali olandesi contro una decisione di diniego. La Corte si sofferma sull'art. 18, par. 2, lett. d), del regolamento, che stabilisce che lo Stato divenuto competente è tenuto alla ripresa in carico di un cittadino di un paese terzo o un apolide «del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro». Siccome l'art. 46 del regolamento 604/2013 prevede il diritto per il richiedente di esperire un ricorso contro una decisione dell'autorità competente, la Corte conclude che l'art. 18, par. 2, lett. b) e, di conseguenza, l'art. 23, par. 2, del medesimo regolamento si riferiscono a decisioni non definitive. Malgrado ciò, i limiti previsti dall'art. 23, par. 2, del Dublino III, trovano applicazione indipendentemente dalle modalità di svolgimento delle procedure relative a domande di protezione internazionale presentate precedentemente nello Stato che avrebbe potuto chiedere il trasferimento del richiedente; il che significa che l'Olanda perde la facoltà di ottenere la presa in carico del richiedente ad opera dell'Italia se i termini dell'art. 23, par. 2 sono spirati nelle more di un ricorso interno proposto dall'interessato contro una decisione adottata nei suoi confronti. In aggiunta, rispondendo a un altro quesito del giudice remittente, la Corte fa presente che l'art. 18, par. 2, del regolamento non impone allo Stato che effettua la richiesta di ripresa in carico la sospensione dell'esame del ricorso in questione, né di porvi termine nel caso in cui l'altro Stato dia seguito alla richiesta. Procedendo nell'esame dei quesiti

contenuti nel rinvio pregiudiziale, la Corte si concentra anche sulle modalità con le quali deve essere realizzata la richiesta di ripresa in carico. Nello specifico, la Corte ricorda che il formulario standard indicato all'art. 24, par. 5, del Dublino III, serve per consentire alle autorità dello Stato membro richiesto di ricevere elementi utili a verificare se tale Stato è competente o meno. Ora, nel caso *X* la competenza dello Stato richiesto si fonda sulla scadenza dei termini *ex* art. 23, par. 2, quindi gli elementi dell'art. 24, par. 5, sono irrilevanti ai fini della valutazione da compiere: non era necessario che le autorità dello Stato richiesto fossero a conoscenza del ricorso proposto dall'interessato nello Stato richiedente per orientarsi. Da ultimo, l'attenzione viene posta sul trasferimento del Sig. X dall'Italia all'Olanda in forza di mandato di arresto europeo. Il giudice olandese chiedeva se, alla luce del regolamento 604/2013, per lo Stato verso il quale il trasferimento era eseguito fosse possibile chiedere all'altro Stato di riprendere in carico il soggetto che non avesse presentato domanda di protezione internazionale. La Corte risponde affermativamente, notando come il regolamento non faccia dipendere la richiesta di ripresa in carico dalla modalità di ingresso dell'interessato nel territorio dello Stato richiedente.

Nel caso *Hassan* (CGUE, 31.5.2018, C-647/16) sono state esaminate le procedure per il trasferimento di un cittadino di Stato terzo verso lo Stato membro che si presume essere competente all'esame di una domanda di protezione internazionale. Il Sig. Hassan veniva fermato dalle autorità locali al suo arrivo in Francia. Da controlli più approfonditi emergeva che il Sig. Hassan aveva già presentato due domande di protezione internazionale in Germania e che le sue impronte erano già state acquisite nel sistema Eurodac. Le autorità francesi decidevano quindi, in conformità al diritto interno, di trasferire il Sig. Hassan in Germania, notificandogli il provvedimento contestualmente alla formulazione dell'apposita richiesta di presa in carico verso tale Stato. Il Sig. Hassan si opponeva, dando vita a un procedimento interno. Il giudice si chiedeva se la prassi amministrativa che ammette il trasferimento dell'interessato verso lo Stato UE richiesto prima ancora di una sua risposta (esplicita o implicita) fosse compatibile con l'art. 26, par. 1, reg. 604/2013; per la risoluzione del dubbio, veniva attivato un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Per quanto rileva nel caso di specie, la CGUE constata che l'art. 26, par. 1, reg. 604/2013 dispone che solo quando vi è l'accettazione, da parte dello Stato richiesto, di riprendere in carico un individuo che abbia presentato domanda di protezione internazionale, lo Stato richiedente notifica all'interessato la decisione di trasferirlo: questo vale anche se l'interessato ha depositato la propria domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno (come nel caso del Sig. Hassan). Dall'analisi del dato testuale dell'art. 26, par. 1, la Corte ricava che una prassi come quella francese è illecita, perché il trasferimento non può essere disposto senza una previa accettazione dello Stato richiesto o, in alternativa, senza che i termini finali per la risposta siano decorsi. Ad ogni modo, la Corte dimostra che alla stessa conclusione si giungerebbe anche attraverso un'interpretazione sistematica e teleologica della

norma. *In primis*, dall'economia generale dell'intero regolamento risulta che vi sono termini e procedure da seguire obbligatoriamente per il trasferimento di un richiedente protezione internazionale verso lo Stato richiesto. Tra l'altro, proprio lo Stato richiesto deve poter compiere tutte le verifiche sulla sua effettiva competenza, non essendo sufficiente che le impronte dell'individuo siano già state assunte nel suo territorio in precedenza. Così facendo, sarebbero assicurati anche gli obiettivi del "Dublino III", tra i quali figura la tutela giurisdizionale da assicurare al richiedente protezione internazionale nel corso delle procedure sottese alla sua domanda. Essa contempla la possibilità di proporre ricorso contro una decisione di trasferimento (*ex* art. 27, par. 1, del regolamento), ma per garantire appieno tale diritto è opportuno che l'individuo sia a conoscenza dei motivi precisi che fondano il provvedimento; e ciò non potrebbe accadere se la decisione di trasferimento fosse notificata prima che lo Stato richiesto si pronunci sulla propria competenza o in presenza di una richiesta di presa in carico basata solo sugli elementi di prova e le circostanze indiziarie raccolti dallo Stato membro richiedente. Sicché, la notifica della decisione di trasferimento non può avere effetto se lo Stato richiesto non ha risposto o ha lasciato spirare i termini previsti dal Dublino III per rispondere. Secondo la CGUE, le regole procedurali previste dall'art. 26, par. 1, reg. 604/2013 per la notifica della decisione di trasferimento valgono anche per l'adozione della decisione stessa. Infatti, benché l'art. 26, par. 1, non accenni alla decisione di trasferimento, la Corte è dell'opinione che accogliere la tesi contraria significherebbe frustrare gli obiettivi del "Dublino III". D'altronde, l'art. 5, par. 2, lett. b), e l'art. 5, par. 3, del regolamento stabiliscono che l'eventuale colloquio e ogni altra possibilità per il richiedente di fornire le informazioni pertinenti devono avvenire prima che la decisione di trasferimento sia presa conformemente a detto articolo 26, par. 1. Peraltro, l'art. 26, paragrafo 2, primo comma, afferma che la decisione di trasferimento deve contenere informazioni sui mezzi di impugnazione disponibili, sui termini per il loro esercizio e sui termini relativi all'esecuzione del trasferimento; contiene altresì, se necessario, informazioni su luogo e data in cui la persona interessata deve presentarsi nel caso in cui si rechi nello Stato membro competente con i propri mezzi. Naturalmente, tutte queste informazioni dipendono dalla risposta dello Stato richiesto: di conseguenza, non è ammissibile adottare una decisione di trasferimento dell'interessato verso lo Stato richiesto che non abbia ancora risposto in maniera esplicita o implicita.

Rimpatrio di familiare straniero di cittadino dell'Unione e diritto al ricongiungimento familiare

Nel caso *K.A. e a.* (CGUE, 8 maggio 2018, C-82/16) la CGUE è stata consultata da un giudice belga per fornire delucidazioni sui diritti da osservare a favore, da un lato, dei cittadini europei e, dall'altro, dei loro familiari stranieri che siano stati oggetto di un diniego di soggiorno accompagnato da ordine di allontanamento dal territorio di uno Stato membro. Nei casi al vaglio del giudice nazionale gli interessati sono cittadini di Stati terzi, familiari di cittadini belgi che non avevano esercitato la libertà di circolazione. Tutti gli stranieri coinvolti nella vicenda

avevano presentato domande di soggiorno a titolo di ricongiungimento familiare in Belgio. Le autorità competenti non avevano preso in considerazione le domande per via della vigenza di un divieto di ingresso nel territorio per ciascuno dei richiedenti e avevano adottato decisioni di rimpatrio nei confronti di ciascun individuo. Per rimediare alla loro situazione, i ricorrenti avrebbero dovuto lasciare il territorio dell'Unione e chiedere la revoca o la sospensione del divieto di ingresso. Nella sua disamina, la CGUE in primo luogo delimita il campo normativo di riferimento. La direttiva 2008/115 ("direttiva rimpatri") riguarda solo l'adozione di decisioni di rimpatrio e l'esecuzione di tali decisioni, non anche la presa in considerazione di una domanda di soggiorno da parte degli Stati membri. È invece pertinente l'art. 20 TFUE, che, come noto, non prevede diritti autonomi in capo ai cittadini di Stati terzi. La funzione dell'art. 20 TFUE nel caso *K.A. e a.* è assicurare che i diritti insiti nello *status* di cittadino dell'Unione non vengano frustrati dal rimpatrio del familiare cittadino di Stato terzo; ciò vale anche se spetta agli Stati membri determinare le modalità di attuazione del diritto di soggiorno derivato dei cittadini di Stati terzi. Per risolvere il problema di fondo dei procedimenti pregiudiziali è quindi necessario verificare se tra il cittadino dell'Unione e il suo familiare straniero esiste un rapporto di dipendenza tale da costringere il primo ad accompagnare il secondo nel suo paese d'origine; al contrario, se le autorità competenti decidono di rimpatriare il richiedente senza avere preso in considerazione la sua domanda, pur a fronte di un divieto di ingresso pendente, si rischia di menomare lo *status* di cittadino europeo dei suoi familiari e, di conseguenza, di compromettere l'effetto utile dell'art. 20 TFUE. Per comprendere se effettivamente sussiste il rapporto di dipendenza nei termini enunciati dalla Corte, vengono in soccorso alcuni criteri utili. La Corte invita a distinguere tra cittadini dell'Unione maggiorenni e minorenni. Nel primo caso, il predetto rapporto si configurerebbe solo in via eccezionale, ossia se, tenuto conto dell'insieme delle circostanze pertinenti, il soggetto interessato non può in alcun modo essere separato dal familiare da cui dipende. Nel secondo è più probabile ravvisare l'esistenza di questa relazione, che sarà appurata mediante un'analisi condotta nel rispetto degli artt. 7 e 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali: dovranno essere considerate caso per caso tutte le circostanze che interessano il minore, soprattutto l'età, lo sviluppo fisico ed emotivo, l'intensità sua relazione affettiva con ciascuno dei genitori, nonché del rischio che la separazione dal genitore cittadino di un paese terzo comporterebbe per il suo equilibrio. La Corte però sottolinea che il solo vincolo familiare di tipo biologico o giuridico non è per sé conclusivo sull'esistenza della relazione di dipendenza che si sta illustrando. Anche altre circostanze sono da ritenersi ininfluenti se considerate autonomamente: tra queste il fatto che il rapporto di dipendenza sia sorto prima dell'adozione del divieto di ingresso nei confronti del cittadino di Stato terzo, o che tale decisione fosse già definitiva al momento del deposito della domanda di soggiorno; non rileva nemmeno che l'adozione di un provvedimento di divieto di ingresso nel territorio sia stata giustificata dal mancato rispetto dell'obbligo di rimpatrio o, più in generale, per ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza. In questi casi è sempre necessario compiere la valutazione di cui sopra (basandosi su tutte le circostanze rilevanti del

caso concreto) per scongiurare violazioni dell'art. 20 TFUE. Infine, la Corte si sofferma su diritti del familiare cittadino di Stato terzo che debba essere rimpatriato per l'effetto della mancata applicazione dell'art. 20 TFUE al cittadino dell'Unione nel caso concreto. Il punto nodale è rilevare se sia necessario considerare gli elementi della vita familiare del cittadino di Stato terzo anche quando questo sia destinatario di una decisione di rimpatrio che si somma ad una decisione analoga adottata in precedenza e ancora in vigore. La Corte risponde in questo senso, facendo leva sull'art. 5 dir. 2008/115, finalizzato a garantire il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo da rimpatriare. Questo a meno che l'interessato non abbia fatto valere senza indugio tali elementi all'autorità nazionale competente; invero, l'inerzia del soggetto integrerebbe la violazione del suo obbligo di leale cooperazione e paralizzerebbe l'applicabilità dei temperamenti appena menzionati.

Cumulo di decisioni di *status* e di rimpatrio

Nel caso *Gnandi* (CGUE, 19.6.2018, C-181/16) la CGUE è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del cumulo tra decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale e ordine di allontanamento del cittadino di Stato terzo. Dopo avere depositato una domanda di protezione internazionale in Belgio, il Sig. Gnandi era incorso in questa situazione. Il giudice da lui adito chiedeva alla CGUE se una decisione di allontanamento adottata contestualmente a una decisione negativa di *status* fosse compatibile con la direttiva 2008/115, nel combinato disposto con la direttiva 2005/85, e alla luce del principio di *non-refoulement* e degli artt. 18, 19, par. 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte comincia il suo ragionamento chiarendo che l'ordine di allontanamento avente come destinatario il Sig. Gnandi è una decisione di rimpatrio e come tale è esperibile nei confronti del cittadino di Stato terzo che soggiorni irregolarmente nel territorio di uno Stati membro (art. 6, par. 1, dir. 2008/115). Si tratta dunque di capire se il Sig. Gnandi fosse da considerarsi irregolare immediatamente dopo il rigetto della sua domanda di protezione internazionale. Dal combinato disposto dell'art. 3, punto 2, dir. 2008/115 e dell'art. 7, par. 1, dir. 2005/85 ("direttiva procedure", applicabile *ratione temporis* al caso di specie) si ottiene che il soggiornante irregolare è il cittadino di Stato terzo che non abbia rispettato i requisiti stabiliti dallo Stato membro ospitante ai fini dell'ingresso, del soggiorno o di residenza; per il richiedente protezione internazionale, questa situazione si manifesta a partire dalla decisione di primo grado con cui viene rigettata la sua domanda. Insomma, fino a quel momento il richiedente protezione internazionale non è un "soggiornante regolare", ma mantiene comunque il diritto di restare nello Stato membro ospitante; successivamente, l'interessato che non abbia altro titolo giuridico per rimanere nello Stato membro ospitante diviene un soggiornante irregolare e nessuna disposizione delle direttive anzidette fa dipendere la regolarità del soggiorno dalla proposizione di un ricorso contro la decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale. Perciò, la direttiva 2008/115 si applica a chi soggiorna irregolarmente in uno Stato membro nel quale è temporaneamente autorizzato a rimanere fino all'allontanamento.

Poiché l'obiettivo principale della direttiva rimpatri è porre in essere un'efficace politica di allontanamento e di rimpatrio nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità delle persone interessate, l'art. 6, par. 6, permette agli Stati membri di decidere, con un unico atto di natura amministrativa, in merito alla fine del soggiorno regolare e, al tempo stesso, in merito al rimpatrio della persona: è quindi consentito il "cumulo" delle due decisioni e, anzi, se ciò non fosse possibile verrebbe meno l'effetto utile della direttiva. Sul cumulo di decisioni non incidono il principio di *non-refoulement*, né i rimedi giurisdizionali effettivi, sanciti dagli artt. 18, 19, par. 2, e 47 della Carta. Ciò premesso, la Corte ribadisce l'obbligo imposto dall'art. 6, par. 6, dir. 2008/115, ossia che gli Stati membri sono tenuti a fare in modo che ogni decisione di rimpatrio rispetti le garanzie procedurali di cui al capo III della direttiva, nonché le altre pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione e del diritto nazionale. Ciò significa che in un caso come quello del Sig. Gnandi se è vero che può essere disposto il cumulo tra decisione di diniego della protezione internazionale e decisione di rimpatrio, gli Stati membri devono pur sempre garantire la piena efficacia del ricorso contro la prima. Anzitutto, al ricorso vanno attribuiti effetti sospensivi; inoltre, l'interessato deve poter beneficiare, in linea di principio, dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2003/9 ("direttiva accoglienza") e deve poter far valere qualsiasi mutamento delle circostanze verificatesi successivamente alla decisione di rimpatrio che presenti rilevanza significativa per la valutazione della sua situazione (circostanze che saranno verificate dal giudice nazionale).

Direttiva procedure e limiti alla discrezionalità degli Stati membri nell'individuazione dei paesi di origine sicuri

Nel Caso *A* (CGUE, 25.7.2018, C-404/17) è stata presa in considerazione la presunzione sulla sicurezza di un paese terzo da parte di uno Stato membro che non aveva dato completa attuazione alle disposizioni della direttiva 2013/32. Un cittadino serbo, il sig. A, chiedeva asilo in Svezia, spiegando che nel suo paese di origine aveva subito minacce e violenze da parte di un gruppo paramilitare clandestino tra il 2001 e il 2003. Per anni la Serbia aveva offerto al Sig. A lo *status* di testimone protetto, ma questi dopo qualche tempo vi aveva rinunciato. Le autorità svedesi rigettavano la domanda di A ritenendola manifestamente infondata e asserendo che, sulla base delle informazioni fornite dal richiedente, la Repubblica di Serbia era in grado di offrirgli una protezione efficace (e che comunque spettava principalmente alle autorità del paese di origine garantire la protezione richiesta nel caso di specie). Disponevano anche che A lasciasse immediatamente il territorio svedese, stante l'assenza manifesta di elementi che consentissero di accogliere la domanda di asilo e la carenza di argomenti pertinenti a sostegno della domanda di permesso di soggiorno. A impugnava la decisione sfavorevole e il giudice adito si rivolgeva alla Corte di giustizia dell'Unione europea per sapere se un simile provvedimento fosse compatibile con il combinato disposto degli artt. 31, paragrafo 8, lettera b), e 32, paragrafo 2, della direttiva 2013/32. La Corte esclude che le norme UE in questione ammettano un diniego come quello realizzato dalle autorità svedesi nel caso *A*, dal momento

che il legislatore nazionale al momento del ricorso non aveva individuato quali fossero i paesi di origine sicuri secondo le modalità previste agli artt. 36 e 37 e l'allegato I della direttiva 2013/32. Inoltre, per la Corte è irrilevante che il richiedente abbia reso dichiarazioni insufficienti, poiché con l'entrata in vigore della direttiva 2013/32 tale requisito non è più idoneo a qualificare una domanda di protezione internazionale come infondata.

Particolari categorie di richiedenti protezione internazionale

Nel caso *Aletho* (CGUE, 25.7.2018, C-585/16) la CGUE ha affrontato varie questioni attinenti alla situazione di una cittadina palestinese che si era allontanata da un diverso Stato terzo di residenza, la Giordania, per entrare in Bulgaria con visto turistico, salvo poi chiedere invano protezione internazionale. La peculiarità del caso Aletho è che l'interessata, prima di recarsi in territorio UE, era registrata presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel Vicino Oriente ("UNRWA") in uno Stato terzo diverso da quello di cui è cittadina. Il giudice interno chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla Sig.ra Alheto contro la decisione dell'autorità bulgara rivolgeva numerosi quesiti alla CGUE nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Riassumendo il giudizio, la Corte annota da subito che chi beneficia della protezione dell'UNRWA non potrebbe ottenere lo *status* di rifugiato nell'Unione, ma precisa che l'art. 12, par. 1, lettera a) dir. 2011/95 ("direttiva qualifiche") dispone una causa di cessazione di tale esclusione per il cittadino di un paese terzo o per l'apolide che per un qualsiasi motivo non benefici più della protezione o dell'assistenza di un organo o di un'agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'Alto commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati (senza che la posizione dell'individuo sia stata definitivamente stabilita in conformità delle pertinenti risoluzioni adottate dall'assemblea generale delle Nazioni Unite). Poiché per la Corte una simile decisione dipende sempre dalla valutazione di tutti gli elementi pertinenti, è necessario valutare se l'UNRWA è ancora in grado di fornire la protezione e l'assistenza insite nello scopo della sua missione alla Sig.ra Alheto. Viene dunque in rilievo la portata dell'art. 12, par. 1, lett. a) dir. 2011/95, che di fatto ricalca l'art. 12, par. 1, lett. a) secondo periodo della direttiva 2004/83: la Corte dichiara che la norma deve essere correttamente recepita e le riconosce efficacia diretta, ammettendo addirittura che può essere applicata anche se il richiedente protezione internazionale non l'abbia invocata. Quanto ai contenuti dell'art. 12, par. 1, lett. a), la CGUE afferma che devono essere valutati non solo dall'autorità accertatrice, ma pure dal giudice adito dal richiedente protezione internazionale per decidere sul ricorso avente ad oggetto il provvedimento di *status*. La Corte arriva a questa conclusione interpretando l'art. 46, par. 3, dir. 2013/32, secondo il suo significato abituale. Tale norma stabilisce che gli Stati Membri "assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto": tenendo a mente l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e ricordando che tra gli obiettivi della direttiva vi è la trattazione delle domande di protezione internazionale in modo adeguato e completo, l'espressione "*ex nunc*" va interpretata nel senso che il giudice investito del ricorso

deve procedere a una valutazione che tenga conto, se del caso, dei nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione. Alla luce del combinato disposto dell'art. 46, par. 3, dir. 2013/32 e dell'art. 47 della Carta, detto esame può riguardare anche i motivi d'inammissibilità della domanda di protezione internazionale di cui all'articolo 33, par. 2, se il diritto nazionale lo consente. In tal caso, e sempre per soddisfare i requisiti dettati dall'art. 12, par. 1, lett. a) dir. 2011/95, il giudice è tenuto a procedere all'audizione del richiedente se l'autorità accertatrice non si era pronunciata sul motivo di inammissibilità venuto in rilievo; viceversa, se questo esame è stato condotto dall'autorità accertatrice, non sarà più necessario sentire il ricorrente sulla circostanza. Logicamente, nel corso dell'eventuale audizione l'interessato avrà il diritto di esporre di persona e in una lingua che conosce il suo punto di vista sull'applicabilità del motivo di inammissibilità alla sua situazione particolare. Su invito del giudice bulgaro, la CGUE conferma che se l'autorità giudiziaria annulla la decisione dell'autorità accertatrice non è obbligata a statuire a sua volta sullo *status* del richiedente. Dal combinato disposto dell'art. 46, par. 3, dir. 2013/32 e dell'art. 47 della Carta non deriva quest'obbligo; semmai, nell'ipotesi di rinvio del fascicolo all'autorità accertatrice, questa dovrà assicurare l'effetto utile dell'art. 46, par. 3, dir. 2013/32, adottando entro un breve termine una nuova decisione che sia conforme alla valutazione contenuta nella sentenza del giudice. Da ultimo, poiché la Giordania fa parte della zona operativa dell'UNRWA, si pone un problema ulteriore: se la ricorrente palestinese beneficia di protezione o di assistenza effettiva in un paese terzo come la Giordania, si può concludere che la Giordania sia un paese di "primo asilo" e che lì l'interessata sia sufficientemente protetta ai sensi dell'art. 35, co. 1, lett. b), dir. 2013/32? La domanda sorge dal fatto che l'art 33, par. 2, lett. b), dir. 2013/32 permette agli Stati membri di giudicare inammissibile una richiesta di protezione internazionale da parte del cittadino di Stato terzo che possa ottenere protezione sufficiente in uno Stato terzo di primo asilo. La Corte risponde che nella fattispecie la cittadina palestinese potrà essere considerata sufficientemente protetta in Giordania (con conseguente possibilità per la Bulgaria di dichiarare l'inammissibilità della domanda di protezione internazionale) se il giudice interno è certo che quel paese si impegna a riammettere la richiedente, riconosce la protezione o l'assistenza fornite dall'UNRWA e aderisce al principio di *non-refoulement*. Analogamente a quanto esposto in precedenza, anche questa valutazione dovrà essere realizzata considerando tutti gli elementi pertinenti del caso concreto.

Familiari cittadini di Stato terzo e limiti alla circolazione di cittadini dell'Unione

Il caso *Altiner* (CGUE, 27.6.2018, C-230/17) concerne i limiti che gli Stati membri possono imporre al diritto di soggiorno derivato di un cittadino di Stato terzo che sia familiare di un cittadino dell'Unione. Il sig. Altiner, minorenne turco, aveva soggiornato in Svezia in forza di un visto Schengen, ospite del padre e della sua seconda moglie, la Sig.ra Ravn, cittadina danese che in precedenza aveva soggiornato nel proprio Stato di origine. Qualche anno più tardi, i coniugi decidevano di trasferirsi in Danimarca per risiedervi. In seguito, anche il Sig. Altiner

si recava in Danimarca con un nuovo visto Schengen e lì chiedeva un permesso di soggiorno in qualità di familiare della moglie di suo padre. Le autorità danesi respingevano la domanda perché non si inseriva nel naturale prolungamento del ritorno della sig.ra Ravn in Danimarca, visto che il Sig. Altiner non aveva fatto ingresso in tale Stato assieme alla donna. Il problema di fondo era che in Danimarca il diritto di soggiorno derivato di un cittadino di uno Stato terzo che sia familiare di un cittadino danese tornato in Danimarca dopo un soggiorno in un altro Stato membro viene meno se tale familiare non fa ingresso nel territorio danese o non presenta una domanda di permesso di soggiorno in Danimarca come naturale prolungamento del ritorno del cittadino danese. Il Sig. Altiner impugnava il provvedimento sfavorevole e il giudice nazionale si rivolgeva alla CGUE per sapere se una simile normativa fosse compatibile con l'art. 21, par. 1, TFUE e, per analogia, con la direttiva 2004/38. La Corte chiarisce che il diritto di soggiorno derivato del cittadino di Stato terzo familiare di un cittadino UE sussiste anche se il primo raggiunge solo successivamente il secondo nello Stato membro di cittadinanza di quest'ultimo: lo si ricava dall' art. 7, par. 2, direttiva 2004/38. Piuttosto, il diritto di soggiorno in uno Stato UE del cittadino di Stato terzo in questo caso deriva dall'esercizio della libera circolazione da parte del familiare cittadino europeo. La Corte poi ammette che l'art. 21, par. 1, TFUE prevede questo diritto per consentire il proseguimento, nello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione possiede la cittadinanza, della vita familiare che si è sviluppata o consolidata con un suo familiare, cittadino di uno Stato terzo, nello Stato membro ospitante. Da ciò deriva la possibilità, per le autorità nazionali competenti, di accertarsi che la vita familiare instauratasi tra i due soggetti non si sia interrotta prima che anche il cittadino di Stato terzo faccia ingresso nel territorio dello Stato UE di cittadinanza dell'altra persona. In questo senso, la circostanza che entrambi non siano giunti nello Stato UE di cittadinanza ha valore meramente indiziario. Analogamente, se la richiesta di permesso di soggiorno non è stata presentata come "naturale prolungamento" del ritorno, in tale Stato membro, del cittadino dell'Unione di cui trattasi, le autorità nazionali competenti possono tenerne conto, ma sempre come elemento non determinante nell'esercizio di una valutazione complessiva delle circostanze del caso in esame. Al riguardo, la Corte precisa che il giudice nazionale è chiamato a considerare ulteriori elementi pertinenti, in particolare quelli idonei a dimostrare che, nonostante la già accennata discrepanza temporale, la vita familiare sviluppata e consolidata nello Stato membro ospitante non è cessata.

Nei casi *K e H.F.* (CGUE, 2.5.2018, cause riunite C-331/16 e C-366/16), è stata esaminata l'applicabilità di alcune tutele a individui destinatari di decisioni di allontanamento da uno Stato UE. I Sig. K e H.F. sono, rispettivamente, cittadino croato-bosniaco e cittadino afghano familiare di cittadino dell'Unione: avevano depositato domanda di asilo nei Paesi Bassi in tempi diversi, ma le autorità nazionali ne disponevano il rigetto e ordinavano l'allontanamento dei richiedenti, perché era emerso che entrambi avevano commesso reati indicati all'articolo 1, sezione F, lettera a), della Convenzione di Ginevra (nello specifico, crimini di guerra e crimini contro l'umanità). K. e H.F. impugnavano i provvedimenti adottati nei loro confronti. I giudici

olandesi sospendevano i procedimenti interni e rivolgevano alcuni quesiti interpretativi alla CGUE. Per prima cosa, entrambi i giudici rilevavano profili di incompatibilità tra le decisioni contro K. e H.F. e l'articolo 27, par. 1, della direttiva 2004/38, che consente agli Stati membri di adottare misure limitative della libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare in particolare per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Nella sua risposta, la Corte dapprima constata che, sebbene gli Stati membri siano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le regole di ordine pubblico e pubblica sicurezza, queste devono però essere intese in senso restrittivo e non possono dipendere da un'interpretazione unilaterale a livello nazionale; bisogna dunque riferirsi al diritto UE, in particolare all'interpretazione fornita dalla CGUE. Ebbene, ai fini della direttiva 2004/38, la nozione di "ordine pubblico" presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società. Invece, la nozione di "pubblica sicurezza" comprende tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna. Fatte queste premesse, la Corte osserva che i fatti per i quali i ricorrenti non avevano ottenuto lo *status* di rifugiato in teoria possono costituire ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza; ciò non può comunque essere deciso in automatico, cioè al netto di un'attenta valutazione condotta caso per caso, incentrata sul comportamento dell'interessato e volta a verificare se il soggetto rappresenti una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società. Tale valutazione dovrà poi essere effettuata nel rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità, nel senso che una misura *ex* art. 27, par. 1, dir. 2004/38 sarà lecitamente adottata se idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo che persegue e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo. In sostanza, la Corte afferma che le autorità nazionali competenti sono chiamate ad eseguire un bilanciamento tra la minaccia che il comportamento personale dell'interessato rappresenta per gli interessi fondamentali della società di accoglienza e la tutela dei diritti che i cittadini dell'Unione e i loro familiari traggono dalla direttiva 2004/38. Prendendo spunto dagli elementi dei casi sottoposti ai giudici del rinvio, la Corte spiega che la valutazione deve anche tenere conto del tempo trascorso dalla presunta commissione dei crimini, nonché del comportamento successivo della persona, e in particolare considerare se tale comportamento manifesti la persistenza di un atteggiamento che attenti ai valori fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 TUE, sì da turbare gravemente la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione. A questo punto, sorge l'esigenza di rispondere a due ulteriori quesiti, rivolti da uno dei giudici remittenti. Tale giudice chiedeva se per disporre l'allontanamento del richiedente autore di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra in uno Stato terzo tempo addietro fosse (i) necessario considerare gli elementi elencati all'art. 28, par. 1, dir. 2004/38 (durata del soggiorno dell'interessato nel territorio dello Stato membro ospitante, età, stato di salute, situazione familiare ed economica, grado di integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine) e (ii) se fosse applicabile l'articolo

28, paragrafo 3, lett. a), della direttiva, (i cittadini dell'Unione che hanno risieduto per i precedenti dieci anni nello Stato membro ospitante possono essere allontanati solo con decisione per motivi imperativi di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro ospitante). La Corte risponde che gli elementi dell'art. 28, par. 1, devono essere considerati anche in un caso come quello di specie, dato che sono funzionali a una valutazione che sia effettivamente realizzata nel rispetto del principio di proporzionalità. Quanto alla protezione rinforzata dell'art. 28, par. 3, lett. a), la Corte dichiara che questa si applica solo in presenza di un soggiorno permanente del cittadino europeo in uno Stato membro ospitante. Tuttavia, ai sensi dell'art. 16 della direttiva 2004/38, il diritto di soggiorno permanente può essere acquisito unicamente se vi è stato un soggiorno legale nello Stato membro ospitante e in via continuativa per cinque anni. Dagli atti della causa che dovrà decidere il giudice del rinvio non risulta con certezza che il soggiorno del ricorrente abbia soddisfatto tutte queste condizioni.

La giurisprudenza UE sulla circolazione dei cittadini europei dipendente dalle sorti di familiari stranieri si è arricchita di un'importante pronuncia nel caso *Coman e a.* (CGUE, 5.6.2018, C-673/16). Il Sig. Coman, cittadino rumeno e statunitense aveva sposato a Bruxelles il Sig. Hamilton, cittadino statunitense. I due decidevano di recarsi in Romania e chiedevano all'ispettorato se il Sig. Hamilton potesse soggiornare per più di tre mesi. L'ispettorato specificava che ciò non era possibile, dato che il diritto rumeno non riconosce il matrimonio tra individui dello stesso sesso. I coniugi proponevano allora ricorso contro l'ispettorato. Nel giudizio veniva sollevata una questione di costituzionalità presso la Corte costituzionale rumena, che dal suo canto si rivolgeva alla CGUE per sapere essenzialmente se le autorità interne potessero negare al Sig. Hamilton il diritto di soggiorno superiore a tre mesi in base alla direttiva 2004/38. Di fronte alla richiesta della Corte costituzionale rumena, la CGUE dichiara che gli elementi interpretativi per risolvere il quesito non possono essere limitati ai contenuti della direttiva 2004/38, essendo necessario considerare anche l'art. 21, par. 1, TFUE. L'opinione della Corte è che se "nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'effetto utile dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che tale cittadino abbia condotto nello Stato membro suddetto possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo". In caso contrario, il cittadino europeo sarebbe probabilmente svantaggiato se decidesse di esercitare il suo diritto di circolazione in altro Stato membro. La CGUE fa poi presente che le condizioni di concessione di questo diritto derivato non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione di un simile diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Nel caso del

Sig. Coman, trova quindi applicazione in via analogica la direttiva 2004/38, che all'art. 2, par. 2, lett. a), prevede diritti anche a favore del "coniuge" del cittadino dell'Unione che abbia esercitato il suo diritto di circolazione. Quella di "coniuge" è un'espressione neutra dal punto di vista del genere e non può essere determinata dal diritto interno, cosa che invece è espressamente consentita dalla lettera b) della medesima disposizione (con riferimento al "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata"). Perciò, anche se astrattamente riconducibile a competenze esclusivamente interne degli Stati membri, una limitazione come quella operata nel caso in esame dalle autorità rumene finirebbe per pregiudicare l'esistenza e l'applicazione uniforme di un diritto fondamentale riconosciuto e garantito anche dal TFUE. Di fronte a questa situazione di contrasto tra diritto interno e diritto UE, la Corte non ravvisa alcuna eccezione giuridicamente ammissibile nel caso oggetto di rinvio pregiudiziale. Da un lato, non può essere validamente invocato l'art. 4, par. 2, TUE, in quanto non è in discussione l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Dall'altro, non vi sono gli estremi per lamentare la violazione dell'ordine pubblico, concetto che di per sé deve essere interpretato restrittivamente (sulla base di criteri di diritto UE) e che viene in rilievo soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società. Inoltre, tramite l'art. 53, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali la CGUE si rifà agli standard di tutela emersi dalla giurisprudenza CEDU: in tal senso, la Corte nota che i giudici di Strasburgo hanno già affermato a più riprese come la relazione di una coppia omosessuale ben possa rientrare nella nozione di "vita privata", nonché in quella di "vita familiare", al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione (Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, Corte EDU, *Orlandi e a. c. Italia*, 14.12.2017). Dovendo quindi garantire un livello di protezione quantomeno equivalente a quello offerto dalla CEDU per gli stessi diritti, la CGUE conclude che ammettere la restrizione imposta dal diritto rumeno ai Sig.ri Coman e Hmilton sarebbe in contrasto con il rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 7 della Carta. In conclusione, il Sig. Hamilton ha un diritto di soggiorno in Romania; e poiché tale diritto non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle sancite dalla direttiva 2004/38, applicabile per analogia al caso concreto, il Sig. Hmilton beneficia anche dell'art. 7, par. 2, della direttiva (che di regola consente al familiare straniero che accompagni o raggiunga un cittadino europeo di soggiornare per più di tre mesi nello Stato membro ospitante).

Anche al centro del caso *Banger* (CGUE, 12.7.2018, C-89/17) vi è l'applicabilità o meno dell'art. 21, par. 1, TFUE e della direttiva 2004/38 alla circolazione di un cittadino di Stato terzo che sia partner di un cittadino dell'Unione. La Sig.ra Banger è cittadina sudafricana e partner del Sig. Redo, cittadino del Regno Unito. Dopo che entrambi avevano vissuto per un certo periodo di tempo nei Paesi Bassi, si recavano nel Regno Unito, dove la Sig.ra Banger richiedeva una carta di soggiorno. Le autorità competenti rigettavano la richiesta, perché la normativa interna non consente il rilascio di una carta di soggiorno a chi sia "partner non

coniugato" di un cittadino del Regno Unito. La Sig.ra Banger impugnava il provvedimento e il giudice nazionale rivolgeva alcuni quesiti alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Per rispondere al giudice remittente, la CGUE anticipa che ai cittadini di Stati terzi non si applica la direttiva 2001/38, ma che questi in alcuni casi possono beneficiare dell'art. 21, par. 1, TFUE. Rifacendosi alla sentenza *Coman e a.* (CGUE, 5.6.2018, C-673/16), la Corte conclude nuovamente per l'applicazione analogica alla fattispecie dell'art. 3, par. 2, della direttiva, che impone allo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, di agevolare l'ingresso e il soggiorno anche del partner con il quale il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata. La CGUE precisa che tale norma concede un determinato vantaggio alle domande presentate dai cittadini di Stati terzi in essa indicati rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi: non a caso, la disposizione in parola dispone che "lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno". Pertanto, la Sig.ra Banger ha diritto non solo all'agevolazione del proprio ingresso e soggiorno nel Regno Unito, ma anche che la sua richiesta sia valutata tenendo conto di tutti i vari fattori che possono risultare pertinenti e che un eventuale rigetto sia motivato. In questa ultima ipotesi, in virtù di un'interpretazione della direttiva 2004/38 che sia conforme all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il familiare del cittadino europeo ha la possibilità di ricorrere contro la decisione, avvalendosi delle garanzie procedurali dell'art. 21, par. 1, della direttiva stessa. Se ne ricava che la Sig.ra Banger potrà fondare il proprio ricorso su una base tanto di diritto quanto di fatto, purché sufficientemente solida. Infine, la Corte aggiunge che le garanzie procedurali del ricorrente dovranno sempre essere rispettate e che fra dette garanzie sussiste l'obbligo, per le autorità nazionali competenti, di effettuare un esame approfondito della situazione personale dell'interessato e di motivare ogni rifiuto di ingresso o di soggiorno.

Circolazione dei cittadini dell'Unione e prestazione di malattia transfrontaliera

Il caso *A– Aide pour une personne handicappée* (CGUE, 25.7.2018, C-679/16) verte sul concetto di "prestazione di malattia" e sull'applicabilità dell'art. 21, par. 1, TFUE al cittadino dell'Unione che chieda coperture a titolo di prestazione di malattia per beneficiare del suo diritto di circolazione e soggiorno in un altro Stato UE. Il cittadino finlandese A. è un ragazzo disabile ed economicamente inattivo, bisognoso di assistenza individuale quotidiana. Presentava apposita domanda presso il comune di residenza (Espoo), chiedendo però che la fornitura dei servizi richiesti avvenisse in Estonia: il suo obiettivo, infatti, era ottenere una copertura economica per proseguire gli studi superiori a Tallin per circa tre anni. A., comunque, specificava che non avrebbe trasferito la propria residenza a Tallin: sarebbe rimasto lì solo tre o quattro giorni a settimana, salvo poi ritornare regolarmente a Espoo. La domanda di A. veniva respinta, con la motivazione che la normativa nazionale non prevedeva il diritto a questo tipo di assistenza per soggiorni al di fuori della Finlandia che potessero essere considerati di natura occasionale (anche se il comune di residenza rimaneva Espoo). A.

decideva di impugnare il provvedimento che gli negava l'assistenza richiesta. Il giudice adito si rivolgeva alla CGUE per sapere se la prestazione richiesta da A. rientrasse nella casistica delle prestazioni di malattia (art. 3, par. 1, lett. a), reg. 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale) e, in caso negativo, se il provvedimento delle autorità finlandesi nel caso di specie fosse contrario agli artt. 20 e 21 TFUE. La Corte inizialmente limita il campo di applicazione *ratione materiae* del giudizio, esponendo le due condizioni cumulative che integrano la nozione di "prestazioni previdenziali": (i) la prestazione deve essere attribuita ai beneficiari, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e (ii) deve riferirsi a uno dei rischi espressamente elencati nell'articolo 3, par. 1, reg. 883/2004 (che menziona al primo posto le prestazioni di malattia). Circa la situazione del Sig. A, la Corte ritiene soddisfatta la prima condizione, ma non la seconda, dato che l'assistenza personale prevista dalla legge finlandese sulle prestazioni a favore delle persone con disabilità non può essere considerata come intesa a migliorare lo stato di salute del beneficiario disabile: in effetti, la legge in commento è diretta a creare condizioni che consentano alle persone con disabilità di vivere e interagire attivamente con gli altri come membri paritari della società, nonché a prevenire ed eliminare difficoltà e ostacoli dovuti a una disabilità. Posto che l'assistenza richiesta da A. non rientra nelle prestazioni di malattia di cui al regolamento UE sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, la Corte analizza anche il secondo quesito. Afferma che l'art. 165, par. 1, TFUE rende gli Stati membri competenti a stabilire i contenuti dell'insegnamento e l'organizzazione dei rispettivi sistemi educativi; tuttavia, la Corte aggiunge che anche nell'esercizio di questa competenza le autorità nazionali devono rispettare il diritto dell'Unione, in particolare la libertà di circolazione e soggiorno sancita all'art. 21, par. 1, TFUE. Nel caso di A., la Corte conferma che la misura nazionale è pregiudizievole per tale diritto, in quanto ne scoraggia l'esercizio: in virtù della legge finlandese oggetto di causa A. sarebbe svantaggiato se si recasse in Estonia per studiare. Oltre a ciò, la Corte conclude che la restrizione a danno di A. non è ammissibile, poiché non risulta fondata su considerazioni oggettive d'interesse generale, indipendenti dalla cittadinanza dell'interessato, e non è commisurata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale. In realtà, il governo finlandese ritiene che nessun motivo imperativo di interesse generale sia idoneo a giustificare la restrizione di cui trattasi nel procedimento principale. Per contro, il governo svedese è dell'idea che la restrizione sia riconducibile agli obblighi di sorveglianza sulle modalità di organizzazione dell'assistenza personale ai quali il comune sarebbe soggetto per assicurare la garanzia dell'equilibrio finanziario del sistema di previdenza sociale. Malgrado questa osservazione, nel ragionamento della Corte, il comune di Espoo non incontrerebbe particolari difficoltà nel vigilare sul rispetto dei requisiti per la concessione e delle modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza richiesta da A., che si sposterebbe a Tallin solo qualche giorno a settimana: A. manterrebbe un collegamento reale e sufficiente con il proprio Stato di cittadinanza e sarebbe facilmente controllabile

nonostante i suoi spostamenti da e verso Tallin. Pertanto, la misura restrittiva derivante dalla normativa finlandese viene giudicata contraria all'art. 21, par. 1, TFUE.

[2] *La rassegna è di Marco Borraccetti.*

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

La rassegna del numero 3 del 2018 prende in considerazione, senza pretesa di esaustività, gli orientamenti giurisprudenziali in materia di espulsioni e trattenimenti intervenuti nel secondo quadrimestre del 2018.

ESPULSIONI

Profili sostanziali

Espulsione amministrativa ed espulsione giudiziale: differenze ontologiche e ricadute sul termine per il divieto di reingresso

Una interessante sentenza della Cassazione penale (Cass. pen. sez. I, n. 37305/2018) in tema di mancata convalida dell'arresto in flagranza perpetrato in danno di uno straniero che, espulso a titolo di misura di sicurezza, faceva rientro nel territorio nazionale in violazione dell'art. 235, co. 3, c.p.p. (disposizione che punisce il trasgressore con la pena della reclusione da uno a quattro anni e per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza), consente di chiarire le differenze strutturali tra le espulsioni amministrative e quelle giudiziali e di mettere ben in luce le relative conseguenze sui termini del divieto di reingresso che è comunque previsto in entrambi i casi.

Nello specifico, l'arrestato era stato precedentemente espulso a titolo di misura di sicurezza (ai sensi dell'art. 86, d.p.r. 309/90, legge stupefacenti) e, ciononostante, aveva fatto reingresso in Italia decorsi cinque anni, essendo privo di titolo abilitante il suo ingresso. Il Tribunale non convalidava l'arresto sul presupposto che, non essendo prevista la durata massima del divieto di reingresso per le espulsioni comminate a titolo di misura di sicurezza, si potesse operare un'assimilazione strutturale tra queste e le espulsioni amministrative (che, come noto, prevedono un divieto di reingresso non superiore a cinque anni), sicché il rientro in Italia decorso un quinquennio dall'allontanamento non avrebbe alcun rilevo penale.

La Corte suprema accoglie il ricorso della Procura della Repubblica, ritenendo errata l'equiparazione strutturale tra le espulsioni amministrative e quelle disposte dal giudice penale (tra le quali vanno annoverate le misure di sicurezza) poiché assolvono a finalità differenti. Infatti, mentre le misure amministrative hanno essenzialmente lo scopo di controllare la regolarità della presenza dello straniero sul territorio, quelle giudiziali hanno la tipica funzione di controllo della pericolosità *post delictum* e sono pertanto collegate alla commissione di un reato ed alla pericolosità del suo autore. La mancata previsione normativa di un termine massimo di durata dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza è strettamente connaturata alla gravità del fatto commesso ed alla pericolosità del suo autore, sicché la sua revocabilità sarà soggetta alla verifica del venir meno dei presupposti legittimanti, attraverso lo strumento del riesame della pericolosità sociale.

In conclusione, poiché i diversi tipi di misura per struttura e finalità non postulano lo stesso statuto giuridico, è privo di fondamento il ragionamento analogico che estende alle espulsioni a titolo di misura di sicurezza i termini di divieto di reingresso previsti per le espulsioni amministrative.

L'espulsione dello straniero inottemperante a pregresso ordine di allontanamento emesso in esecuzione di un'espulsione dichiarata illegittima in sede giurisdizionale

È noto che la maggior parte delle espulsioni sono corredate dall'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni dalla notificazione di tali atti (art. 14, co. 5 *bis*, d.lgs. 286/98): ciò avviene quando non sia possibile disporre l'accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica e nemmeno sia possibile disporre il trattenimento nei CPR. Nei casi in cui lo straniero non ottempera all'ordine di allontanamento nel predetto termine, ove rintracciato sul territorio nazionale, deve essere nuovamente espulso. Si tratta di una seconda espulsione che trae la sua giustificazione nel fatto storico di avere violato la precedente (art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. 286/98).

Il caso in esame riguarda uno straniero espulso nel 2012 con provvedimento prefettizio corredato da un ordine di allontanamento del questore cui lo stesso non aveva ottemperato, ma che era stato annullato a seguito di ricorso giurisdizionale, cui ha fatto seguito un secondo decreto di espulsione consequenziale al primo, emanato nel 2013. In sede di ricorso per Cassazione l'interessato si duole del fatto che il Giudice di pace adito a seguito di ricorso avverso la seconda espulsione non avesse considerato la stretta consequenzialità tra i due provvedimenti e, soprattutto, che il primo era stato annullato.

Quod nullum est nullum producit effectum, verrebbe da dire, ma la Corte (Cass. civ. sez. VI, ord. n. 21608/2018 pubblicata il 4.9.2018) ha deciso diversamente avallando l'operato del Giudice di pace.

L'ordinanza in commento così motiva: vero è che lo straniero è stato espulso una seconda volta, dopo l'annullamento della prima espulsione, perché non aveva ottemperato all'ordine del questore, ma il provvedimento di espulsione ha carattere obbligatorio e vincolato, sicché il giudice ordinario è tenuto unicamente a controllare – al momento dell'espulsione – l'assenza del titolo di soggiorno del lo straniero e gli è preclusa ogni tipo di valutazione, anche ai fini della sua eventuale disapplicazione, sulla legittimità del provvedimento del questore che è sindacato spettante unicamente al giudice amministrativo, come insegnano le Sezioni Unite fin dalla sentenza 16.10.2006, n. 22217.

Questa decisione soffre di una evidente confusione tra istituti differenti. Infatti, confonde l'ordine del questore emanato *ex* art. 14, co. 5 *bis*, d.lgs. 286/98 che costituisce misura esecutiva del decreto di espulsione del prefetto, con il diniego del rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, la cui emanazione è sempre devoluta all'autorità questorile, che sovente costituisce l'atto presupposto del decreto espulsione qualora lo straniero si trattenga nel

territorio dello Stato, dopo che sia decorso il termine di 15 giorni per il c.d. "volontario esodo" consentito ai sensi dell'art. 12, d.p.r. 394/98.

Infatti, se è corretto affermare che, al lume della giurisprudenza delle citate Sezioni Unite, è inibito al giudice ordinario qualsiasi sindacato sulla legittimità del rifiuto di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno perché trattasi di materia devoluta alla giurisdizione amministrativa (fatte salve le numerose eccezioni in cui – trattandosi di diritti soggettivi – è prevista la giurisdizione ordinaria, come nelle controversie inerenti il diritto all'unità familiare o la protezione internazionale o umanitaria), altrettanto non può dirsi per l'ordine del questore *ex* art. 14, co. 5 *bis*, che è misura meramente attuativa del decreto di espulsione – che attiene esclusivamente alla sua esecuzione – tant'è vero che non è autonomamente impugnabile né dinanzi al giudice ordinario, né a quello amministrativo, secondo il costante e risalente orientamento giurisprudenziale (Cass. civ. sez. VI, 15.6.2011, n. 13115). Consegue che l'ordine questorile di allontanamento non goda di "vita propria" ma la sua efficacia ed esistenza sia strettamente connessa con il decreto espulsivo cui accede.

Tornando ora al caso oggetto della decisione in commento, pare evidente che se l'espulsione comminata al ricorrente nel 2012 era stata annullata era altresì caducato – per illegittimità derivata – l'ordine di allontanamento del questore emesso parallelamente a quella espulsione. Consegue l'evidente illegittimità dell'espulsione comminata nel 2013 che trovava la sua giustificazione nell'inosservanza di un ordine ormai privo di effetti.

La mancata concessione del termine per la partenza volontaria ed i limiti della sua sindacabilità

Occorre rammentare che la modalità esecutiva dell'espulsione amministrativa con la concessione di un termine per la partenza volontaria (ordinariamente compreso tra i 7 ed i 30 giorni) è stata inserita nel nostro ordinamento con la legge 129/2011, di recepimento della direttiva 115/2008/CE (c.d. direttiva rimpatri). L'art. 13, co. 5, d.lgs. 286/98 prevede che il destinatario di un provvedimento di espulsione possa chiedere di beneficiare della concessione del termine in questione solo qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento coattivo alla frontiera, tali condizioni sono indicate al comma 4 della medesima disposizione e, tra queste, vi è proprio la mancata richiesta del termine stesso. Ovvio, quindi, che l'espellendo debba essere adeguatamente informato della facoltà che la legge gli consente e, proprio a tal fine, il co. 5.1 del citato art. 13 prescrive che egli debba essere adeguatamente informato tramite apposite schede informative plurilingue. È opportuno ancora ricordare che l'esecuzione dell'espulsione con la concessione del termine per la partenza volontaria costituisce modalità esecutiva del provvedimento ablativo assai più favorevole rispetto all'espulsione eseguita coattivamente, sia perché non viene adottata alcuna misura coercitiva (trattenimento o allontanamento coatto), sia soprattutto perché, ove l'espulso ottemperi all'obbligo di allontanarsi dal territorio dello Stato nel termine concesso, potrà chiedere ed ottenere tramite la Rappresentanza diplomatica italiana del Paese di destinazione la revoca del divieto di

reingresso (da tre a cinque anni). Evidente è dunque la natura fortemente premiale insita in questa modalità esecutiva degli atti ablativi.

Si pone la questione relativa alla sede in cui l'interessato possa dolersi della mancata concessione del termine per la partenza volontaria vuoi perché lamenti di non essere stato adeguatamente informato della possibilità di avvalersi di tale facoltà, vuoi perché lamenti che erroneamente l'amministrazione ha ritenuto che sussistessero le condizioni per l'accompagnamento coattivo.

La Suprema Corte (sez. VI civ., ord. n. 16273/18 pubblicata in data 20.6.2018), investita da un ricorso proposto dal Ministero dell'interno avverso un decreto di un Giudice di pace che aveva annullato un decreto espulsivo proprio perché viziato dalla mancata concessione del termine in questione, ha ritenuto (conformemente alla sua giurisprudenza) che «la decisione relativa alla modalità di attuazione della misura coercitiva dell'espulsione non attiene all'esistenza e legittimità di quest'ultima misura amministrativa, ma alla sua esecuzione, e, conseguentemente, non può essere censurata in sede di opposizione all'espulsione. Tale vizio rileva in sede di sindacato della convalida dell'accompagnamento e/o del trattenimento». Non è quindi il ricorso avverso il decreto di espulsione la *sedes* in cui dolersi della mancata concessione del termine in questione, quanto solo ed esclusivamente l'udienza di convalida dell'accompagnamento coatto ovvero del trattenimento.

La *ratio* della decisione si basa sulla distinzione tra provvedimento di espulsione – di competenza del prefetto – e sua esecuzione – di competenza del questore – e, quindi, su una presunta autonomia della seconda rispetto al primo. Questa scissione tra provvedimenti tra loro intrinsecamente connessi è alla base della c.d. "doppia tutela" che presiede le forme di tutela giurisdizionale in materia di espulsione. Infatti, in *subjecta materia*, convivono una tutela eventuale a cognizione piena, qual è il ricorso avverso il decreto di espulsione, ed una tutela officiosa ma a cognizione parziale, qual è la convalida del trattenimento o dell'accompagnamento coatto alla frontiera. La giurisprudenza di legittimità si è adoperata per ampliare il sindacato del giudice della convalida fino a riconoscergli il potere di sindacare la manifesta illegittimità dell'espulsione (cfr. Cass. civ. sez. VI, n. 17407/2014, 11.7.2014), tuttavia pare che l'orientamento di cui la decisione in commento è espressione paradossalmente riduca il sindacato del giudice della tutela piena, il tutto in una cornice basata sulla distinzione tra provvedimento espulsivo e sua attuazione. Ora, a ben vedere, è proprio questa autonomia tra le due fasi che non convince appieno, specie con riferimento all'espulsione con previa concessione del termine per la partenza volontaria: invero è sempre il prefetto (e mai il questore) a disporre l'espulsione con partenza volontaria, ed è solo al prefetto che l'interessato ha la facoltà di chiedere la concessione di tale termine, a differenza dei casi di espulsione con accompagnamento coattivo che è disposta dal prefetto ma attuata dal questore il quale solo ha il potere di optare per l'esecuzione con accompagnamento immediato, previo trattenimento, ovvero con l'ordine questorile di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni. Ed allora, la distinzione di fondo da operare – conformemente alla direttiva rimpatri – è tra espulsione con

previa concessione del termine per la partenza volontaria (che nella disciplina eurounitaria dovrebbe essere la regola), ed espulsione con accompagnamento coattivo (che dovrebbe rappresentare l'eccezione). Se si condivide questa impostazione si converrà che non esiste una fase esecutiva della prima, posto che sarà l'interessato a darvi volontaria esecuzione, e, del pari, sarà solo contestando il provvedimento prefettizio – in sede di opposizione all'espulsione – che ci si potrà dolere del mancato riconoscimento della misura non coercitiva (cui conseguono vantaggi sostanziali in ordine alla revoca del divieto di reingresso).

Peraltro, v'è un ulteriore profilo di criticità cui si espone l'indirizzo giurisprudenziale in commento: si tratta dei numerosissimi casi in cui l'espulsione sia corredata dall'ordine di allontanamento disposto dal questore *ex* art. 14, co. 5 *bis*, d.lgs. 286/98. In queste ipotesi non si celebra alcuna udienza di convalida, anche se tale tipologia di esecuzione dell'espulsione presuppone sempre un'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica (e non con termine per la partenza volontaria) che non viene attuata solo per motivi contingenti di mero fatto (l'indisponibilità di un vettore, la necessità di procedere all'identificazione dello straniero, l'indisponibilità di posti nei Centri per il rimpatrio). Consegue che, in assenza dell'udienza di convalida, lo straniero espulso con espulsione corredata da ordine di allontanamento del questore non avrà una sede in cui dolersi del mancato riconoscimento del termine per la partenza volontaria e non potrà beneficiare della revoca del divieto di reingresso per tre o cinque anni. Il che fa dubitare della fondatezza dell'orientamento del Supremo Collegio.

Divieto di espulsione in pendenza della domanda di protezione internazionale

Ricorre per Cassazione una richiedente protezione internazionale avverso un decreto del Giudice di pace che respinse un ricorso avverso la sua espulsione sul presupposto che costei non fosse titolare di permesso di soggiorno e che la presentazione dell'istanza di protezione, in caso di accoglimento, avrebbe impedito il rimpatrio e la richiedente sarebbe stata accolta in apposito Centro.

La Corte (Cass. civ. sez. VI, ord. n. 19819/18 del 15.5.2018), ritiene fondata la violazione dell'art. 7, co. 3, d.lgs. 25/2008 (diritto a rimanere nel territorio dello Stato durante l'esame della domanda) richiamando la nota sentenza della CGUE 30.5.2013 C-534/11, Arslan. La Corte rammenta che, ove la domanda di protezione sia stata avanzata in pendenza del procedimento di espulsione, cionondimeno non può farsi luogo all'esecuzione del provvedimento ablativo, ben potendo il richiedente essere trattenuto nei CPR se si ritenga che la domanda sia stata avanzata al solo scopo di eludere o ritardare l'adozione o l'esecuzione del provvedimento di espulsione. La decisione impugnata viene cassata e decisa nel merito con l'annullamento dell'espulsione.

Negli stessi termini Cass. civ. sez. VI, ord. 19867/18, pubblicata il 26.7.2018, con riferimento alla pendenza dei termini per impugnare il provvedimento negativo della Commissione territoriale.

Divieto di espulsione a seguito del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari

Il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari rende inefficace il decreto di espulsione precedentemente emesso, che deve essere revocato in autotutela dalla stessa amministrazione. In caso di inerzia della stessa, il Giudice di pace, investito della questione a seguito di impugnazione del silenzio serbato dalla prefettura, deve provvedere a dichiarare la perdita di efficacia dell'espulsione. È quanto statuito dalla Corte di cassazione civile, sez.VI, ord. n. 21609/18, pubblicata in data 4.9.2018.

Obbligo del giudice di valutare la legittimità del decreto espulsivo solo con riferimento alla fattispecie contestata dall'amministrazione

Si registra una tendenza di alcuni Giudici di pace a confermare decreti di espulsione sulla base di presupposti di diritto diversi da quelli indicati dall'amministrazione, già oggetto di valutazione nel precedente numero di questa *Rivista*. Il principio di diritto per cui «il giudice, ove accerti l'insussistenza dell'ipotesi contestata, deve annullare il provvedimento, non potendo convalidarlo sulla base dell'accertata sussistenza di una diversa ragione di espulsione non contestata dal prefetto» è stato ancora ribadito da Cass. civ. sez. VI, ordd. n. 19868/2018, depositata il 26.7.2018, e n. 10529/2018, depositata il 3.5.2018.

Profili procedurali

Condizioni per la declaratoria della cessata materia del contendere

Un Giudice di pace ha dichiarato la cessione della materia del contendere in un ricorso avverso un decreto di espulsione semplicemente sulla base della dichiarazione del rappresentante dell'amministrazione che si stava «valutando la possibilità di revocare il provvedimento». Trattasi di decisione abnorme, perché la declaratoria della cessata materia del contendere è una causa di estinzione del giudizio che presuppone che la parte che ha agito in giudizio per la tutela dei propri interessi, ne abbia conseguito l'integrale soddisfacimento per fatti sopravvenuti nel corso del giudizio stesso. Tale evidentemente non può essere il mero intento della PA di revocare il provvedimento. Così Cass. civ. sez. VI, ord. 17712/18, pubblicata il 5.7.2018.

Procura conferita da soggetto non identificato

Un Giudice di pace ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso un decreto di espulsione, ritenendolo carente di valida procura alle liti stante l'impossibilità di identificare la ricorrente, priva di documenti. Il decreto è stato cassato con rinvio da Cass. civ. sez. VI, ord. 19784/18, pubblicata il 25.7.2018 secondo cui il difensore coll'autentica della procura compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualifica di pubblico ufficiale la cui certificazione può essere contestata solo con la querela di falso. Si precisa che la pubblicazione di decisioni come questa e quella che precede non è certo giustificata dal peculiare interesse scientifico, quanto piuttosto

per evidenziare i gravi errori in cui troppo spesso inciampano le decisioni di alcuni Giudici di pace.

TRATTENIMENTO

Garanzie del contradditorio – udienza di convalida – avviso al difensore

La Corte di Cassazione ha affermato con ordinanza n. 18769/2018 che la effettiva nomina di un difensore di fiducia prima dell'udienza di convalida del provvedimento di trattenimento rende necessaria la partecipazione del difensore che deve essere consentita mediante una puntuale specificazione e comunicazione del luogo e del tempo in cui si svolgerà l'udienza di convalida.

La Corte ha richiamato il proprio costante orientamento secondo cui in tema di procedimento di convalida del trattenimento dello straniero nel Centro di identificazione ed espulsione le garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, trovano applicazione senza che sia necessaria la richiesta dell'interessato di essere sentito (Cass. civ. sez. VI-1 n. 26803 del 13 novembre 2017).

La Corte ha inoltre ribadito che la mancata partecipazione del difensore di fiducia nel procedimento di convalida della misura di trattenimento presso un Centro di permanenza temporanea adottata dal questore, a causa del mancato avviso al difensore nominato della data fissata per la relativa udienza non può essere sanata da alcun altro atto equivalente, quale la presenza in udienza del difensore designato dal Giudice di pace, atteso che, ai sensi dell'art. art. 14, co. 4, d.lgs. 286/1998, si applicano all'udienza di convalida del provvedimento di trattenimento le disposizioni di cui al sesto e settimo periodo del comma 8 del precedente art. 13, dove viene esplicitamente affermato che solo qualora lo straniero sia sprovvisto di un difensore sarà assistito da uno nominato d'ufficio (Cass. civ. sez. I n. 16212 del 17 luglio 2006).

MISURE ALTERNATIVE AL TRATTENIMENTO

Garanzie del contradditorio – udienza di convalida – avviso al difensore

Facendo seguito alla pronuncia n. 2997/2018 del 7/02/2018, in cui aveva affermato implicitamente che anche per la convalida delle misure alternative è necessaria la celebrazione di un'udienza, la Corte con le ordinanze interlocutorie nn. 21930/2018 del 7/9/2018 e 21931/2018 del 7/9/2018 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1 *bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida della misura di cui alla lett. c) di tale disposizione si svolga in udienza con la partecipazione necessaria del difensore dell'interessato, eventualmente nominato d'ufficio, per contrasto con gli artt. 13 e 24, co. 2, Cost.

La Corte ha rilevato che le misure alternative al trattenimento incidono in modo significativo sulla libertà personale del destinatario, il quale è presumibilmente inibito da limiti culturali e sociali che ne ostacolano le consapevolezze, nonché le capacità di autodifesa, e pertanto ha

bisogno dell'assistenza e difesa tecnica. Queste considerazioni hanno indotto la Corte a ritenere che non si potessero applicare alla convalida delle misure alternative le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 144/1997 che aveva escluso l'illegittimità costituzionale delle norme che disciplinano il c.d. DASPO, misura per certi verti analoga a quella in esame ma non altrettanto incidente sulla libertà personale e rivolta a soggetti che possono presumersi, per cultura personale e radicamento nella società, maggiormente consapevoli dei propri diritti e capaci, tra l'altro, di produrre al giudice scritti difensivi redatti personalmente.
La Corte ha altresì escluso di poter interpretare la norma in senso costituzionalmente orientato.

Proroga del trattenimento, motivazione, presenza del trattenuto, termini
La Corte, con ordinanza n. 16740/2018 del 26.6.2018, ha affermato che è illegittimo, perché fondato su motivazione del tutto apparente, il decreto di proroga del trattenimento che si limiti a dare atto della «sussistenza dei presupposti che legittimano la concessione della proroga del temine di permanenza presso il CIE per ulteriori 30 gg», senza alcuna menzione delle ragioni, in fatto o in diritto, che legittimano la proroga, e senza dar conto alcuno delle deduzioni difensive della parte, riportate anche nel verbale d'udienza (cfr. Cass. 18748/2015; n. 5744/2017). Nella stessa ordinanza la Corte ha invece ritenuto legittimo il decreto di proroga del trattenimento adottato in udienza alla quale non ha partecipato l'interessato per motivi precauzionali di natura igienico-sanitaria, ma alla presenza del difensore. Del pari ha ritenuto irrilevante la circostanza che il provvedimento di proroga del trattenimento sia stato disposto qualche giorno prima della scadenza del precedente termine di trattenimento, risultando anzi del tutto coerente con l'esigenza di provvedere tempestivamente che la decisione sulla proroga debba avvenire prima della predetta scadenza, dovendosi altrimenti disporre il rilascio dello straniero (cfr. Cass. 6326/2017).
Con ordinanza n. 13990/2018 del 31/5/2018 la Corte, dopo aver ribadito che il cittadino straniero ha l'interesse ad ottenere l'annullamento del decreto di convalida del trattenimento anche se il trattenimento è nel frattempo cessato, 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, ha inoltre confermato che la presenza dell'interessato all'udienza di convalida del trattenimento è necessaria e indefettibile, e la sua assenza, in mancanza di indicazione delle ragioni e di una motivazione atta a ritenere giustificata tale assenza, integra difetto assoluto di motivazione che costituisce, di per sé, vizio sufficiente all'annullamento del provvedimento impugnato.

Provvedimento presupposto
La Corte con ordinanza n. 18035/2018 del 9/7/2018 ha affermato che è legittima la proroga del trattenimento disposto, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. d), d.lgs. 142/2015, sulla base del

ritenuto rischio di fuga del richiedente asilo, non rilevando che fosse stata in precedenza disposta dal giudice penale, e nelle more del trattenimento revocata dal magistrato di sorveglianza, l'espulsione come misura di sicurezza.

Precedente detenzione

La Corte con ordinanza n. 16417/2018 del 21/6/2018 ha chiarito che è illegittimo il provvedimento del Giudice di pace che convalidi il trattenimento senza prendere in considerazione il pregresso trattenimento per un periodo superiore a 90 giorni e la pregressa detenzione in struttura carceraria per un periodo di tre anni, fatti dedotti dalla difesa e rilevanti per la decisione poiché ostano a un ulteriore trattenimento.

ROSARIA TRIZZINO, NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Rinnovo del permesso di soggiorno per attesa occupazione

La sentenza n. 5176/2018 del Consiglio di Stato esamina una controversia originata da un provvedimento con cui il questore di Verona aveva negato ad una cittadina straniera il rinnovo del permesso di soggiorno, per attesa occupazione, stante l'assenza di un reddito minimo per un biennio e la prolungata disoccupazione; decisione amministrativa confermata dal Tar Veneto e oggetto di appello. Il Consiglio di Stato, dopo avere ritenuto irrilevante la circostanza della convivenza di fatto *ex* art. 1, co. 36, l. 76/2016 con cittadino straniero titolare di PSUE, perché dedotta per la prima volta in appello, analizza la condizione giuridica del lavoratore straniero che perda il posto di lavoro alla luce dei principi giurisprudenziali. In proposito, l'Alto Consesso ribadisce la necessità del possesso di un reddito minimo, «requisito soggettivo non eludibile ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno, in quanto attinente alla sostenibilità dell'ingresso dello straniero nella comunità nazionale, al suo inserimento nel contesto lavorativo e alla capacità di contribuire con il proprio impegno allo sviluppo economico e sociale del paese (cfr., tra le tante, Cons. St., III, n. 2558/2018; n. 1971/2017; n. 1524/2017)». Requisito che non è indeterminato e valutabile caso per caso ma rapportato, quanto al lavoro subordinato, all'art. 29, co. 3, lett. b), TU, richiamato anche dall'art. 22, co. 11 del medesimo TU, e quanto al lavoro autonomo all'art. 26, co. 3, TU.

Precisa il Consiglio di Stato che non è necessaria la dimostrazione del possesso «in modo assoluto ed ininterrotto» di tale reddito, dovendosi tener conto anche di elementi nuovi sopravvenuti che facciano presumere «una prospettiva di continuità per il futuro» (Cons. St. n. 3655/2018, n. 2335/2018, n. 2585/2017).

Precisa, altresì, il giudice amministrativo d'appello che la tutela riservata al lavoratore straniero che perda il lavoro di mantenere il permesso di soggiorno per attesa occupazione, comporta che egli si debba attivare fin dall'inizio a cercare un'altra occupazione lavorativa, in quanto «ai cittadini extracomunitari è richiesto, infatti, un atteggiamento attivo nella ricerca di un lavoro regolare (o nell'avvio di un'attività autonoma), e non è ammissibile il rinnovo del titolo di soggiorno quando la condizione di disoccupazione o di occupazione irregolare si prolunghi oltre limiti ragionevoli (cfr. Cons. St., III, n. 2399/2017)», tenuto conto che «la spettanza di un periodo di attesa occupazione (non trattandosi di una misura di carattere umanitario o puramente solidaristico) riposa sul presupposto tacito secondo il quale, chi ha dimostrato in passato di poter reperire una legittima ed adeguata occupazione, può ritenersi di regola in grado di reperirne una nuova entro il lasso di tempo concesso dalla norma; tuttavia, perché la presunzione risulti giustificata, occorre che nel periodo precedente, cioè in costanza del permesso di soggiorno per lavoro, un'attività lavorativa sia stata effettivamente svolta, ed abbia prodotto un reddito adeguato (cfr. Cons. St., III, n. 1068/2015 e n. 2645/2015)».

Secondo la pronuncia in esame, infine, la disoccupazione rileva anche se avviene in costanza di permesso rilasciato per lavoro, non potendo ammettersi la spettanza di un ulteriore periodo di attesa occupazione «avendo lo straniero già fruito di un anno di permanenza, utile a trovare un lavoro (cfr. Cons. St., III, n. 4237/2018, oltre a n. 1068/2015 e n. 2645/2015, cit.)».
Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità del provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno perché la ricorrente non aveva dimostrato di essersi attivata in tal modo, essendosi iscritta al Centro per l'impiego «soltanto in vista della scadenza del titolo» e non avendo prodotto alcun reddito per un biennio.

Contributo per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno
La Corte d'appello di Milano, con sentenza n. 4564/2018 ha confermato l'ordinanza di 1^ grado che ha ritenuto discriminatoria l'imposizione della *tassa di soggiorno* per i cittadini stranieri titolari di permesso di soggiorno ordinario nella misura indicata dal d.m. del Ministero dell'economia e delle finanze 6.10.2011 (€ 80,00 per permessi di durata inferiore ad 1 anno, € 100,00 per permessi di durata inferiore a 2 anni ed € 200,00 per PSUE).
Appellata la pronuncia dall'Amministrazione dello Stato, il giudice d'appello milanese ha confermato la discriminazione rispetto a quanto previsto per i cittadini italiani per documenti analoghi (carta di identità), rigettando l'argomentazione dello Stato secondo cui la sentenza della Corte di giustizia 2.9.2015 causa C-309/2014 – che ha dichiarato contraria alla direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo l'imposizione della tassa di € 200,00 (e in base alla quale il Consiglio di Stato, con sentenza n. 4487/2016 ha confermato la sentenza del Tar Lazio, Roma, n. 6095/2016 che ha dichiarato illegittimo il d.m. 6.10.2011) – si riferirebbe esclusivamente a detta categoria e non indistintamente ai permessi ordinari, non potendo valere *ultra partes*.
Tesi che, ricorda la Corte d'appello, è stata già censurata dal Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4487/2016 che, esaminando compiutamente la decisione della Corte di giustizia, ha in essa rinvenuto principi che escludono la compatibilità della tassazione italiana sul permesso di soggiorno non solo con la direttiva 2003/109/CE ma con la libertà di stabilimento da essa perseguita, riguardante tutti i cittadini di Paesi terzi che intendono acquisire uno *status* di soggiorno permanente, per raggiungere il quale sono costretti a rinnovare di frequente il titolo di soggiorno corrispondendo costi che tale aspirazione comprimono. Secondo il Consiglio di Stato, poiché il d.m. 2011 «pone una serie di ostacoli sproporzionati rispetto alla finalità perseguita dalla direttiva – l'inserimento dei lungosoggiornanti – e costituenti un ostacolo all'esercizio dei diritti che essa loro conferisce», confligge con il principio fondamentale dell'Unione europea di garantire l'effetto utile perseguito dal diritto europeo, imponendosi, dunque, «che il giudice nazionale debba disapplicare qualsiasi disposizione di legge (anche di diritto penale, tradizionalmente rientrante nelle attribuzioni degli Stati membri), quando essa frustri gli obiettivi della legislazione eurounitaria e li privi del loro effetto utile».

La Corte d'appello di Milano condivide tale interpretazione e sottolinea come «per il cd. effetto utile, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva è un limite invalicabile al potere discrezionale degli Stati membri nella determinazione dei contributi anche con riferimento ai permessi di soggiorno di breve periodo».
Ribadisce, altresì, che l'attività amministrativa sottesa al rilascio della carta d'identità non è diversa da quella afferente il rilascio del permesso di soggiorno, né le Amministrazioni dello Stato hanno spiegato la ragione della differenza di tassazione dei singoli permessi, atteso che l'istruttoria è analoga.
La sentenza in esame definisce, dunque, discriminatoria l'imposizione di una tassa di soggiorno che crea una situazione di svantaggio per i cittadini di Paesi terzi, impedendo il realizzarsi dell'effetto utile perseguito dalle disposizioni europee.

L'ostatività delle condanne

Con sentenza n. 898/2018 il Tribunale amministrativo per la Toscana censura il provvedimento con cui il questore di Arezzo aveva diniegato a cittadino straniero il rinnovo del permesso di soggiorno in conseguenza di una condanna per spaccio di sostanze stupefacenti (art. 73, co. 1 e 5 d.p.r. n. 309), ritenuta automaticamente ostativa *ex* art. 4, co. 3, TU 286/98. L'impugnazione era stata proposta per violazione dell'obbligo di tenere conto dell'esistenza di vincoli familiari, impeditivi all'automatica ostatività della condanna, in quanto l'autorità di P.S. non aveva considerato la convivenza con cittadina comunitaria regolarmente soggiornante e pertanto omesso di applicare analogicamente quanto previsto dall'art. 3, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 30 del 2007 («partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale»), richiamando, al riguardo, la decisione del Consiglio di Stato n. 5040/2017.
Il Tar Toscana annulla il provvedimento questorile ma sotto un diverso punto di vista, ovverosia ritenendo applicabili i principi espressi dalla giurisprudenza in materia di non automaticità preclusiva delle condanne qualora vengano in rilievo vincoli familiari in Italia *ex* art. 5, co. 5, TU 286/98 ed equiparando il matrimonio alle convivenze di fatto registrate anagraficamente ai sensi dell'art. 1, co. 36 e 37, l. n. 76/2016 («si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile»).
Nel caso di specie, infatti, il ricorrente aveva prodotto in giudizio il «certificato anagrafico del Comune di Arezzo, dal quale si evince non solo la coabitazione tra i due soggetti, ma l'esistenza di un rapporto di convivenza» e dunque l'esistenza di una famiglia anagrafica *ex* art. 4, d.p.r. 223/1989. Secondo il Tar toscano, ai fini della necessaria applicazione dell'art. 5, co. 5, TU 286/98, non è necessario un contratto di convivenza ai sensi degli artt. 4 e 13, d.p.r. 223/1989, che riguarda le coppie dello stesso sesso (Unioni civili), mentre è sufficiente, la «convivenza di fatto tra due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di

coppia», dovendo pertanto il questore valutare imprescindibilmente la rilevanza dei vincoli familiari, escluso ogni automatismo preclusivo, trattandosi di diritti fondamentali della persona (Cons. St. n. 969/2018, n. 1826/2018, n. 2654/2018).

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO *STATUS* DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

L'appartenenza al gruppo sociale dei *renitenti alla leva* giustifica, nell'argomentare della Corte d'appello di Bologna (sentenza n. 1388/2018), il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Nella pronuncia in esame, il giudice di secondo grado, nel respingere l'appello proposto dal Ministero dell'interno avverso la decisione del Tribunale di Bologna, ha condiviso la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del ricorrente (il quale aveva riferito di esser originario di Donbass e di aver ricevuto comunicazioni dall'ufficio militare competente in merito alla possibilità di essere chiamato alle armi come riservista) e, in ragione della situazione in Ucraina, della normativa sulla chiamata alle armi, delle sanzioni per la renitenza o la diserzione e della commissione di crimini di guerra e contro l'umanità nel conflitto in Ucraina, ha confermato il giudizio di attualità del rischio in caso di ritorno nel Paese d'origine del ricorrente.

Il Tribunale di Catanzaro, con decreto del 25.7.2018, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un *cittadino camerunense appartenente alla minoranza anglofona*, soffermandosi sull'esistenza di una discriminazione (per motivi linguistici) come atto persecutorio. In particolare il Collegio ha ritenuto dimostrata l'esistenza di una persecuzione in atto in danno degli anglofoni, minoranza camerunese, sufficientemente grave, per natura e frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, con conseguente fondatezza del timore allegato dal ricorrente e grave rischio per la sua incolumità e quella della sua famiglia in caso di rimpatrio. Nel decreto in esame si legge che: il ricorrente proveniva da Douala (sita nel sud ovest del Paese) ed era stato ritenuto credibile quanto all'appartenenza alla minoranza anglofona; il conflitto aveva carattere personalizzante, nella misura in cui coinvolgeva due categorie ben individuate (anglofoni e forze di sicurezza); rimpatriare il ricorrente – anglofono – in una città come Douala, prossima geograficamente al conflitto e a maggioranza francofona, determinerebbe il forte rischio che lo stesso subisca discriminazioni, anche violente, per la sua appartenenza alla minoranza linguistica, senza la possibilità per lo stesso di avvalersi della protezione del suo Paese, primo autore della repressione violenta degli appartenenti alla sua categoria.

L'aver subito in passato una *mutilazione genitale* e l'esser stata costretta ad un *matrimonio forzato* giustificano, nella decisione assunta il 13.6.2018 dal Tribunale di Catanzaro, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Il Collegio, ritenuta la credibilità del racconto, quanto meno in relazione alla connessione dell'infibulazione con il matrimonio forzato, ha osservato che secondo le Linee Guida n. 9 dell'UNHCR, il matrimonio forzato costituisce persecuzione fondata sul genere. Nel decreto in esame si legge che: «quest'ultimo, in uno con la mutilazione

già subita, lasciano ragionevolmente ritenere che in caso di rimpatrio, la ricorrente sarebbe esposta al rischio concreto di essere perseguitata dai suoi familiari, per il disonore e la vergogna che la stessa ha loro arrecato con l'abbandono del marito. Il timore allegato, ossia quello di lesione della sua incolumità personale da parte della famiglia, appare quindi fondato. E ciò non soltanto in base alla presunzione secondo la quale, per effetto del suo comportamento, è stata rinnegata dalla famiglia, ma anche e soprattutto perché quella stessa famiglia ha già dimostrato – costringendola alla mutilazione e al matrimonio – di non proteggerne le ragioni. Né tale protezione può con alta probabilità attendersi da parte delle autorità statali, in quanto l'art. 378 dell'Ivorian Penal Code incrimina il matrimonio forzato solo se la donna è infradiciottenne, mentre consente tale pratica in caso di maggiore età. E dal momento che la ricorrente si è sposata a diciannove anni, la stessa non troverebbe alcuna tutela».

Opinioni politiche

Il Tribunale di Brescia (24.1.2018) ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino del Biafra, di cittadinanza nigeriana, in ragione della sua appartenenza all'*IPOB(Indigenous People of Biafra)*. Particolarmente interessante la motivazione relativa alla valutazione di credibilità delle dichiarazioni del ricorrente, compiuta in modo del tutto discordante rispetto a quella effettuata dalla Commissione territoriale, anche grazie all'esame di elementi emersi a chiarimento nel corso dell'audizione dinanzi al Tribunale. Il Collegio bresciano ha ritenuto che l'incarcerazione subita dal ricorrente per aver manifestato pacificamente per l'indipendenza del Biafra, le torture subite in carcere, nonché il persistere della persecuzione attuata dal governo della Nigeria nei confronti degli appartenenti all'IPOB costituiscano prova del fondato timore del richiedente di essere perseguitato ai sensi degli artt. 2 lett. e) e 7, co. 1 e 2 lett. a), d.lgs. n. 251/07.

Ancora il Tribunale bresciano, con decisione del 18.9.2018 ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino del Togo che aveva manifestato e si era proposto come promotore di istanze sociali contro l'amministrazione togolese, a causa dell'indifferenza della stessa verso le esigenze della comunità rurale e che, proprio per questo, in ben due occasioni era stato arrestato ed imprigionato arbitrariamente, oltre a subire violenze. Il Collegio ha ritenuto sussistenti i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, alla luce dei seguenti elementi: l'iscrizione e la partecipazione del richiedente al movimento politico P.N.P. (Parti National Panafrican) e la sua partecipazione nella vita politico sociale della propria comunità; il compimento di atti persecutori nei confronti dell'odierno ricorrente per il solo fatto di protestare o comunque di dissentire dalle politiche governative; la sottoposizione dello stesso a gravi atti lesivi (pestaggi ed arresti arbitrari) di diritti fondamentali (limitazione del diritto di associazione, di critica politica, della dignità della persona e della libertà personale) ripetuti nel tempo ad opera dello Stato di origine o di apparati di esso; la possibilità di individuare l'agente di persecuzione nel rappresentante locale dell'attuale governo, il prefetto, responsabile sia della repressione dei manifestanti, sia del secondo arresto del richiedente.

Persecuzione per motivi di religione

La Suprema Corte – con la pronuncia n. 21612/2018 – nel confermare la sentenza della Corte d'appello di Napoli che aveva ritenuto insussistenti i requisiti per il riconoscimento dello *status* – si è soffermata su un'ipotesi di persecuzione per ragioni di *fede religiosa, perpetrata dai genitori del ricorrente*. Sebbene, pertanto, venga ribadito (implicitamente) come anche i genitori possano rappresentare un agente di persecuzione non statale, rispetto al motivo della fede religiosa, nel caso in esame, il racconto del ricorrente non è stato ritenuto credibile, proprio in ragione delle dichiarazioni rese dallo stesso (egli, infatti, aveva riferito che aveva sempre vissuto con i genitori ed aveva frequentato scuole cristiane, in tal modo dovendosi ritenere non verosimile che il padre potesse non approvare proprio quella fede che era maturata nella scuola cristiana dove gli stessi genitori avevano iscritto il figlio).

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

Art. 14 lett. c), d.lgs. 251/2007

Nell'ordinanza n. 14006/2018, la Suprema Corte, dopo aver richiamato i principi affermati dalla Corte di Giustizia, nelle note pronunce rese nella cause C-285/12 e C-465/2007, ha censurato la decisione del giudice di prime cure che, argomentando della situazione del Paese di provenienza del ricorrente, il Kashmir (Pakistan), si è limitata a ritenere che la crescente insicurezza nel Paese, il clima di violenza diffusa, l'instabilità politica, la forte discriminazione delle minoranza religiose, la mancanza di libertà di espressione, l'abuso dell'utilizzo della pena di morte e le nuove leggi contro il terrorismo determinerebbero un serio rischio per l'incolumità del ricorrente in caso di rientro in Pakistan. Ad avviso della Corte, una tale motivazione non è rispettosa dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito all'individuazione dei presupposti per ritenere sussistente una situazione di conflitto armato da violenza indiscriminata. Ha, pertanto, cassato la decisione impugnata, riaffermando il seguente principio di diritto: «in tema di protezione sussidiaria dello straniero prevista dall'art. 14 lett. c), d.lgs. n. 251 del 2007, l'ipotesi della minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale implica o una contestualizzazione della minaccia suddetta, in rapporto alla situazione soggettiva del richiedente, laddove il medesimo sia in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico, in ragione della sua situazione personale, ovvero la dimostrazione dell'esistenza di un conflitto armato interno, nel Paese o nella regione, caratterizzato dal ricorso ad una violenza indiscriminata, che raggiunga un livello talmente elevato da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile, rientrato nel Paese in questione o, se del caso, nella regione in questione, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la detta minaccia».

Art. 14 lett. a) e b), d.lgs. 251/2007

La Corte di Cassazione, ord. 21610/2018 – chiamata a pronunciarsi sul caso di un cittadino guineano che aveva dichiarato di essere stato costretto a fuggire dal proprio Paese d'origine in seguito all'incendio scoppiato in una pompa di benzina (dal quale era derivata la morte di un bambino) ed a causa dell'impossibilità di chiedere protezione alle autorità statuali (in ragione delle pratiche corruttive dilaganti nella polizia locale e nel sistema giudiziario, nonché delle gravi condizioni carcerarie e delle pene molto elevate per l'omicidio colposo ed il danneggiamento) – ha ribadito il dovere del giudice di effettuare una verifica officiosa sull'attuale situazione del Paese d'origine del richiedente e sull'eventuale inutilità di una richiesta di protezione alle autorità locali. Non può, infatti, essere esclusa la sussistenza del requisito del «danno grave» sulla base della asserita possibilità di chiedere protezione alle autorità, omettendo di effettuare gli accertamenti richiesti circa le pratiche corruttive all'interno delle forze dell'ordine e del sistema giudiziario della Guinea, che avrebbero reso vana la richiesta di protezione.

Il Tribunale di Bari, con decreto del 6.9.2018 , ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del Bangladesh in ragione della sua passata militanza politica presso il BNP e della sua attività di collaborazione giornalistica con la testata Mukto-mona. In particolare, il Collegio barese ha evidenziato che il ricorrente, avendo collaborato con la predetta testata giornalistica – "congregazione" di liberi pensatori, razionalisti, scettici, atei e umanisti con lo scopo di promuovere la scienza, i diritti umani e la tolleranza religiosa – possa subire ritorsioni ad opera del partito di governo, Awami League, o da parte di altri gruppi islamici, in ragione del fatto che nel Paese d'origine continuano ad essere diffuse forme di aggressione nei confronti di individui portatori di opinioni laiche.

QUESTIONI PROCESSUALI

Rapporto tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale

Con decreto del 10.4.2018, il Tribunale di Brescia – investito di un ricorso avverso il decreto con il quale la Commissione territoriale di Brescia, sezione di Bergamo, aveva deliberato la *sospensione della procedura attivata in sede amministrativa* – ha dichiarato la domanda inammissibile per difetto di giurisdizione, non potendo essere autonomamente impugnabile una tale decisione dinanzi al Tribunale. Nella decisione si legge che proprio l'art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 prevede che l'impugnazione avanti il Tribunale riguardi le decisioni delle Commissioni territoriali (o di quella nazionale), decisioni che, tuttavia, sono quelle di cui all'art. 32, d.lgs. n. 25/2008, cioè il riconoscimento di una forma di protezione, il rigetto per difetto dei presupposti o la dichiarazione di inammissibilità. In esito al provvedimento di sospensione, il richiedente è tenuto a richiedere alla Commissione la riapertura del procedimento. Quand'anche a seguito della mancata richiesta di riapertura venisse disposta l'estinzione della procedura, il richiedente ben potrebbe ripresentare la propria domanda di protezione internazionale alla Commissione, come implicitamente consente l'art. 23-*bis*, co. 2, d.lgs. cit. che richiede soltanto un preventivo vaglio da parte del Presidente della Commissione, ai sensi

dell'art. 29, co. 1-*bis* d.lgs. cit. riguardo ai motivi addotti a sostegno dell'ammissibilità della domanda, comprese le ragioni dell'allontanamento.

Ancora il Tribunale di Brescia (12.6.2018) chiarisce che, in seguito alla declaratoria di estinzione – pronunciata in conseguenza della mancata domanda di riapertura del procedimento amministrativo – il ricorrente, non può proporre ricorso alla sezione specializzata, ma dovrà ripresentare la propria domanda di protezione internazionale alla Commissione, come implicitamente consente l'art. 23 *bis*, co. 2, d.lgs. cit. che richiede soltanto un preventivo vaglio da parte del Presidente della Commissione, ai sensi dell'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. cit. riguardo ai motivi addotti a sostegno dell'ammissibilità della domanda, comprese le ragioni dell'allontanamento (decreto del 12.6.2018, con il quale il Tribunale ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso).

Il Tribunale di Trieste, con ordinanza del 22.6.2018 , ha accolto il ricorso *ex art. 700 c.p.c. proposto da un richiedente al quale era stata preclusa la possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale* perché privo di un'*autonoma sistemazione*, ordinando al questore di Pordenone di procedere alla registrazione/accettazione della domanda di protezione internazionale da parte del ricorrente. In particolare, nel provvedimento in esame si legge che «la normativa interna, nel prevedere che la domanda di asilo sia presentata all'ufficio di polizia di frontiera ovvero alla questura competente per il luogo di dimora a) non legittima un rifiuto assoluto e protratto di ricevere tale domanda, dovendo la norma essere interpretata alla luce del mutato contesto normativo (6, § 1, secondo alinea, della direttiva 2013/32/UE) ed imponendosi in ogni caso all'autorità statale l'obbligo che la registrazione sia effettuata entro sei giorni lavorativi dopo la presentazione della domanda; b) deve essere intesa come presupponente, al fine della presentazione della domanda di protezione, una semplice situazione di transeunte dimora, anche caritatevole, come tale sufficiente per far scattare l'obbligo di accettare la richiesta di registrazione».

Valutazione di credibilità

La Suprema Corte, nella pronuncia n. 15673/2018, torna a pronunciarsi sulle valutazione di credibilità e, in particolare, sul valore da attribuire al *mutamento tra le dichiarazioni rese in sede di audizione amministrativa e quelle rese dinanzi al Tribunale*. Nel caso in esame, la Corte di Cassazione ha condiviso il giudizio di inattendibilità soggettiva del ricorrente (cittadino turco di etnia curda) il quale, dinanzi alla Commissione territoriale, aveva dichiarato di aver rifiutato di svolgere il servizio militare non per ragioni legate all'obiezione di coscienza, bensì unicamente per non essere coinvolto negli scontri in corso presso i confini turchi. Nel corso dell'audizione dinanzi al Tribunale, invece, ha dichiarato di essere renitente alla leva in quanto obiettore di coscienza e di temere, per tale ragione, di correre un grave rischio in caso di rientro in Turchia, il cui ordinamento prevede pene severe per gli obiettori. Il negativo giudizio sulla credibilità soggettiva fa venir meno uno degli elementi costitutivi dello *status* di

rifugiato, rappresentato dal nesso di causalità tra il *fondato timore* di persecuzione e uno dei motivi previsti dalla Convenzioni di Ginevra del 1951 e dall'art. 8, d.lgs. 251/2007.

Fissazione dell'udienza in assenza di videoregistrazione ed audizione del ricorrente

La Corte di Cassazione , nella pronuncia n. 17717/2018 – chiamata a pronunciarsi in merito ad un decreto del Tribunale di Napoli che aveva deciso di non procedere ad un nuovo colloquio personale e di non fissare udienza di trattazione, in considerazione della «sufficienza della verbalizzazione» delle dichiarazioni rese nel corso della fase amministrativa – ha affermato che «in materia di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35 *bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 13 [...] ove non sia disponibile la videoregistrazione con mezzi audiovisivi del richiedente la protezione dinnanzi alla Commissione territoriale, il Tribunale chiamato a decidere del ricorso avverso la decisione adottata dalla Commissione, è tenuto a fissare l'udienza di comparizione delle parti a pena di nullità del suo provvedimento decisorio, salvo il caso dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio». Ad avviso della Suprema Corte, tale interpretazione è resa evidente non solo dalla lettura, in combinato disposto, dei commi 10 ed 11 dell'art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25 del 2008, che distinguono, rispettivamente, i casi in cui il giudice può fissare discrezionalmente l'udienza, da quelli in cui egli deve necessariamente fissarla, ma anche dalla valutazione delle intenzioni del legislatore che ha previsto la videoregistrazione quale elemento centrale del procedimento, per consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli non verbali, anche in ragione della natura camerale non partecipata della fase giurisdizionale.

La sentenza, pur affermando che la mancata ripetizione dell'udienza nel caso di mancanza di videoregistrazione determina la nullità della decisione, allo stesso tempo ribadisce il proprio orientamento, formatosi con riferimento alle procedure trattate con il rito sommario *ante* riforma, sulla non necessità della ripetizione del colloquio personale, la cui mancata rinnovazione non determina la nullità della decisione.

Questioni di legittimità costituzionale dell'art 35 *bis*, d.lgs. 25/2008 e dell'art. 21, d.l. 13/2017, convertito nella l. 46/2017

Nella pronuncia n. 17717/2018, la Suprema Corte ha affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-*bis*, co. 13, d.lgs. n. 25 del 2008, nella parte in cui stabilisce che la *procura alle liti per la proposizione del ricorso per Cassazione debba essere conferita, a pena di inammissibilità, in data successiva alla comunicazione del decreto* da parte della Cancelleria, poiché tale previsione non determina una disparità di trattamento tra la parte privata ed il Ministero dell'interno, che non deve rilasciare procura, armonizzandosi con il disposto dell'art. 83 c.p.c., quanto alla specialità della procura, senza escludere l'applicabilità dell'art. 369, co. 2, n. 3 c.p.c.

Manifestamente infondata è stata, altresì, considerata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 *bis*, co. 13, d.lgs. n. 25 del 2008, relativa *all'eccessiva limitatezza del termine di trenta giorni prescritto per proporre ricorso per Cassazione* avverso il decreto del Tribunale, poiché la previsione di tale termine è stata ritenuta espressione della discrezionalità del legislatore e trova fondamento nelle esigenze di speditezza del procedimento.
Del pari manifestamente infondata, ad avviso della Suprema Corte, la questione di legittimità costituzionale, per *violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio*, dell'art. 35-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 25 del 2008 poiché il rito camerale *ex art. 737 c.p.c.*, che è previsto anche per la trattazione di controversie in materia di diritti e di *status*, è idoneo a garantire il contraddittorio anche nel caso in cui non sia disposta l'udienza, sia perché tale eventualità è limitata solo alle ipotesi in cui, in ragione dell'attività istruttoria precedentemente svolta, essa appaia superflua, sia perché in tale caso le parti sono comunque garantite dal diritto di depositare difese scritte.
Infine, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, co. 1, d.l. n. 13 del 2017, conv. con modifiche in l. n. 46 del 2017, per *difetto dei requisiti della straordinaria necessità ed urgenza* poiché la disposizione transitoria – che differisce di 180 giorni dall'emanazione del decreto l'entrata in vigore del nuovo rito – è connaturata all'esigenza di predisporre un congruo intervallo temporale per consentire alla complessa riforma processuale di entrare a regime.

Patrocinio a spese dello Stato

La Corte di Cassazione, n. 5819/2018 – espressamente affermando di non poter condividere le argomentazioni contenute nella sentenza n. 18538/2012, secondo cui qualora la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato sia vittoriosa in una controversia civile proposta contro un'amministrazione statale, l'onorario e le spese spettanti al difensore vanno liquidati ai sensi dell'art. 82 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, ovvero con istanza rivolta al giudice del procedimento, non potendo riferirsi a tale ipotesi l'art. 133 del medesimo d.p.r. n. 115 del 2002, – ha statuito che in un giudizio di protezione internazionale che vede soccombente il Ministero, a carico di quest'ultimo devono essere poste anche le spese relative all'interprete, mentre l'ufficio del gratuito patrocinio è tenuto a sopportare le spese solo nel caso in cui risulti soccombente la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato.
Chiamata a pronunciarsi in merito alla revoca del provvedimento di ammissione al gratuito patrocinio, la Suprema Corte, nella pronuncia n. 21610/2018 – dopo aver richiamato il principio, già affermato nella sentenza n. 20270/2017, secondo il quale l'art. 136 d.p.r. 115/2002 disancora il giudizio sul merito dell'azione giudiziaria proposta da quello della fondatezza del decreto di revoca, che deve basarsi esclusivamente sul dolo o colpa grave nell'agire in giudizio, e non sull'infondatezza dell'azione nel merito – ha accolto il ricorso avverso il provvedimento con il quale la Corte d'appello di Torino aveva fondato la revoca sulle «esposte ragioni di infondatezza dell'appello», in contrasto con il principio sopra enunciato.

Con riferimento allo scaglione da applicare per la liquidazione dei compensi al difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, la Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 16671/2018, ha affermato che, laddove il Tribunale riconosca che la causa in materia di protezione internazionale sia di valore indeterminato, lo scaglione da applicare per la liquidazione del compenso professionale avrebbe dovuto essere parametrato allo scaglione compreso da un minimo di €. 26.000 ed un massimo di €. 260.000. Nella sentenza si legge che la dizione «di valore non inferiore a 26.000 euro» non sta a significare che i 26.000 euro rappresenterebbero il valore massimo ma, al contrario, il valore da cui partire per individuare lo scaglione applicabile.

Sospensione feriale dei termini

La sesta sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 16420/2018 ha chiarito che la disciplina introdotta dall'art. 35-*bis*, co. 14, d.lgs. 25/2008 – che prevede che non operi più la sospensione feriale dei termini – si applica alle cause e ai procedimenti giudiziari sorti dopo il centottantesimo giorno dall'entrata in vigore del nuovo modello processuale introdotto dal d.l. 13/2017, vale a dire dal 17.8.2017. Nella pronuncia in esame è stato chiarito che «la lettura testuale della norma e la sua natura giuridica (processuale) inducono a ritenere che essa trovi applicazione per tutte le controversie instaurate a partire dalla sua entrata in vigore, dovendosi, tuttavia, escludere un'applicazione retroattiva del regime derogatorio della sospensione dei termini feriali».

Sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di diniego

Con decreto del 16.8.2018 il Tribunale di Bologna – chiamato a decidere sull'istanza di sospensione degli effetti di un provvedimento giudiziale di diniego del riconoscimento della protezione internazionale – ha affermato che nella valutazione della domanda di sospensiva debba esservi necessariamente una valutazione del requisito del *fumus boni iuris*, ma anche del *periculum in mora* relativo all'istante, relativo al grave ed irreparabile danno che a lui possa conseguire dalla messa in esecuzione della decisione. In merito a tale secondo requisito, il Collegio ha preso in esame le condizioni personali del ricorrente, relative al rischio di rimpatrio forzato del richiedente (non essendo più autorizzato a rimanervi ai sensi dell'art. 32, d.lgs. 25/08 e 13, co. 2, d.lgs. 286/98) e il fatto che egli, essendo accolto in una struttura di accoglienza in pendenza del procedimento relativo alla richiesta di protezione internazionale, perderebbe l'alloggio ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 142/15 e la possibilità di procurarsi lecitamente mezzi di sussistenza in mancanza del permesso di soggiorno per richiesta asilo.

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL PROCEDIMENTO DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Con ordinanza n. 5085/2018 la Corte di cassazione enuncia importanti principi in materia di protezione umanitaria: da un lato, il diniego di questa peculiare tutela *non può derivare*

automaticamente dal mancato riconoscimento delle due forme di protezione internazionale (rifugio politico e protezione sussidiaria), necessitando anche questa residuale domanda di una specifica motivazione; dall'altro, la tutela umanitaria *non può essere negata per il difetto di credibilità* ritenuto sussistente per dette maggiori protezioni.
Secondo la Corte, infatti, «il difetto di credibilità sul rifugio politico e la protezione sussidiaria non esclude l'obbligo di fornire una motivazione non meramente apparente a tale domanda. Nella specie il rigetto della domanda relativa alla protezione umanitaria (art. 5, co. 6, d.lgs. 286/98) è giustificato soltanto dalla reiezione delle altre due domande, senza alcuna indagine sulle diverse condizioni poste a base del peculiare titolo di soggiorno temporaneo da rilasciarsi quando ricorrano gravi violazioni dei diritti umani ancorché non sufficienti ad integrare né i requisiti per il rifugio politico né per la protezione sussidiaria (Cass. n. 26566/2013, 15466/2014), che il giudice, anche ove genericamente dedotti, deve accertare, con riferimento al luogo o ai luoghi del Paese di origine del cittadino straniero».
Inoltre, la Suprema Corte ritiene che, ai fini della valutazione dei presupposti per la protezione umanitaria, *non sia elemento irrilevante l'assenza di legami affettivi del richiedente nel Paese di appartenenza*, in quanto quella condizione soggettiva «non elide né le allegazioni relative alla situazione di violazione grave dei diritti umani oggettivamente desumibile dalla narrazione delle vicende umane del richiedente, così come risultante dal provvedimento impugnato, né impedisce di accertarne la fondatezza mediante il potere dovere-istruttorio spettante al giudice in tali controversie (art. 27, co. 1 bis, d.lgs. 25/2008)».

L'ordinanza n. 11399/2018 della Corte di cassazione merita di essere evidenziata non tanto per pacifici principi affermati, quanto perché cassa la sentenza della Corte d'appello di Catanzaro che aveva annullato la decisione del Tribunale di quel capoluogo – di riconoscimento della protezione umanitaria ad un cittadino del Mali – , ma motivando esclusivamente con riguardo alla protezione sussidiaria (di cui ha escluso il riconoscimento), nonostante l'appello del Ministero riguardasse la decisione sull'umanitaria.
Trattasi di un esempio significativo di come, talvolta, l'autorità giudiziaria tratti con superficialità i giudizi della protezione internazionale.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 21452/2018, nel solco dei principi delineati dalla sentenza n. 4455/2018, ha cassato la sentenza della Corte d'appello di Napoli che, nel negare al richiedente protezione del *Gambia* il riconoscimento della protezione internazionale (decisione rispetto alla quale i motivi dedotti in Cassazione sono stati ritenuti inammissibili poiché sottendevano una censura di merito), non aveva esaminato e valutato l'integrazione lavorativa in Italia del richiedente, omettendo di comparare l'attuale sua condizione soggettiva con quella a cui sarebbe esposto in caso di rientro nel Paese di appartenenza.

Con sentenza n. 67/2018 la Corte d'appello di Trento , affronta alcune questioni rilevanti nei giudizi di protezione internazionale: a) l'incidenza della comunicazione di avvio del procedimento, *ex* art. 7 legge 241/90, prima della decisione negativa della Commissione territoriale, escludendola in quanto il giudizio non è di impugnazione dell'atto amministrativo ma di riconoscimento del diritto alla protezione, b) la necessità della traduzione in lingua conosciuta dal destinatario, ritenuta dalla Corte non incidente sul diritto di difesa tant'è che il richiedente ha potuto proporre tempestivamente ricorso; c) l'importanza della credibilità per tutte le forme di protezione richieste, compresa quella umanitaria (Cass. 26641/2016) e la necessità che, se pur non contestata né dalla Commissione territoriale né in sede giudiziale dal Ministero dell'interno, sia rivalutata dal giudice, tenendo conto dei principi espressi dalla giurisprudenza nazionale ed europea (Cass. 8282/2013); d) l'inesistenza dell'obbligo per il richiedente di qualificare giuridicamente il fatto allegato a fondamento della richiesta di protezione (Cass. 7333/2015); e) l'onere di cooperazione istruttoria del giudice.
Nel merito dell'appello, la Corte trentina esclude il riconoscimento delle forme maggiori di protezione (confermando la decisione di 1^ grado) con ampi richiami di giurisprudenza ma riconosce al richiedente del *Bangladesh* la protezione umanitaria in quanto, valutando gli stessi fatti posti a base della richiesta di protezione internazionale, ha ritenuto che il rimpatrio esporrebbe l'interessato a violazioni di diritti umani fondamentali a causa della insicurezza del Paese, in cui potrebbe trovarsi «*suo malgrado coinvolto nei disordini che frequentemente pare affliggano la zona*».

Con sentenza n. 246/2018 la Corte d'appello di Trieste , annullando la decisione di rigetto di 1^ grado, ha riconosciuto ad un giovane richiedente protezione internazionale del *Gambia* la protezione umanitaria, ritenendo sussistenti i presupposti *ex* art. 5, co. 6 TU 286/98 in ragione del suo esodo dal Paese durante la minore età, l'essere stato vittima (già orfano) di maltrattamenti familiari e di violenze inenarrabili in Libia (queste ultime certificate da specifica relazione psicologica), nonché valorizzando il positivo inserimento sociale in Italia.

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza n. 2285/2018, ha annullato la decisione di 1^ grado, di rigetto del ricorso proposto da un richiedente protezione internazionale del *Ghana*, ritenendo che il Tribunale abbia disapplicato i principi per l'esame della domanda sanciti dall'art. 3, d.lgs. 251/2007 (dovere di cooperazione istruttoria, verifica dei criteri di valutazione in assenza di documentazione comprovante le dichiarazioni, necessaria verifica della coerenza tra credibilità soggettiva e pertinenti informazioni sul Paese di origine), in quanto ha ritenuto le dichiarazioni del richiedente soggettivamente credibili (coazione alla successione ereditaria ad una carica religiosa tradizionale) ma non plausibili e coerenti con le specifiche informazioni sul Ghana. La Corte d'appello, invece, dopo avere accertato attraverso le fonti allegate che «le ritualità religiose tradizionali sono una realtà anche in Ghana (come

nella gran parte dei Paesi africani)» e che «... le tradizioni locali possono incidere fortemente sulla vita delle persone, anche limitando le libertà individuali, pur aggiungendo che le autorità pubbliche spesso intervengono di fronte a violazioni normative e in caso di crimini commessi anche sulla base di superstizioni locali», ha ritenuto coerenti complessivamente le dichiarazioni del giovane secondo l'insieme dei parametri legali di cui sopra. Tuttavia, ha ritenuto insussistente il fondato timore di subire un danno grave ai sensi dell'art. 14 lett. b), d.lgs. 251/2007 perché la paura delle conseguenze del rifiuto di successione alla carica religiosa è elemento prettamente soggettivo, non essendoci riscontri circa azioni della comunità compiute nei suoi confronti.
La Corte felsinea ha riconosciuto, però, la protezione umanitaria proprio in ragione di quel timore soggettivo (che trova, come detto, oggettivi riscontri in Ghana) ed in quanto «il rientro in Ghana lo esporrebbe al rischio di essere costretto ad assumere la carica e in caso di persistente rifiuto a conseguenze sociali quali l'ostracismo da parte della comunità e dunque l'espulsione dalla stessa». Il giudice d'appello ha, inoltre, valorizzato la risalenza nel tempo della migrazione ed il fatto che all'epoca il richiedente era ancora minorenne, evidenziando il rischio di emarginazione in caso di rientro nel Paese.

Con ordinanza 28.7.2018 il Tribunale di Bologna (RG. 14618/2016) ha riconosciuto ad un richiedente protezione internazionale del *Senegal - Casamance* la protezione umanitaria, ritenendo sussistenti i seri motivi di carattere umanitario e gli obblighi costituzionali ed internazionali, di cui all'art. 5, co. 6 TU 286/98, tenuto conto della condizione di grave povertà e privazione culturale del suo vissuto in quel Paese, delle gravi violenze subite in Libia (Paese di transito) e dell'impossibilità di un positivo reinserimento in Senegal. Elementi che escludono egli possa vivere dignitosamente, ovverosia esercitando effettivamente i diritti umani fondamentali.
Il Tribunale ha, anche, valorizzato il positivo percorso di integrazione in Italia (apprendimento della lingua, partecipazione a vari progetti di volontariato e assunzione del ruolo di mediatore culturale con altri ospiti della struttura pubblica di accoglienza).

Con ordinanza 10.7.2018 il Tribunale di Firenze (RG. 12206/2016) ha riconosciuto ad un richiedente protezione internazionale del *Senegal* la protezione umanitaria, dopo avere escluso sia il rifugio politico che la protezione sussidiaria per l'irrilevanza delle sue dichiarazioni ai fini dell'istituto in questione. Richiamando le COI della Commissione nazionale asilo, il Tribunale fiorentino ha riconosciuto la tutela residuale in quanto «*Non vi è dubbio, infatti, che anche il Senegal sia coinvolto da un apprezzabile grado di violenza terroristica idoneo a costituire un pericolo per l'incolumità del richiedente*», nel contempo valorizzando il positivo percorso di integrazione sociale svolto in Italia (apprendimento lingua e attività lavorativa).

Con ordinanza 12.4.2018 il Tribunale di Bologna ha riconosciuto ad un richiedente protezione internazionale della *Nigeria* la protezione umanitaria, nonostante abbia ritenuto che egli abbia reso dichiarazioni totalmente discordanti davanti alla Commissione territoriale rispetto a quella riferite in giudizio, queste ultime ritenute del tutto inverosimili. Pur in difetto di credibilità soggettiva il Tribunale ha ritenuto sussistenti i presupposti per la tutela umanitaria in ragione della condizione di *grave povertà e grave emarginazione sociale in cui viveva in Nigeria*, senza sostegni familiari. Effettuando una comparazione tra il vissuto in Italia e quello nel Paese di appartenenza ed il rischio di ulteriore grave esclusione sociale in caso di rimpatrio, il giudice bolognese ha ritenuto sussistenti le serie ragioni umanitarie di cui all'art. 5, co. 6, TU 286/98.

Con decreto 26.9.2018 (RG. 2453/2018) il Tribunale di Bari, sezione specializzata , ha rigettato il ricorso di richiedente protezione internazionale della *Nigeria (Edo State)*, proposto per il solo riconoscimento della protezione umanitaria, *ex* art. 5, co. 6, TU. Il giudice affronta, in primo luogo, il *rito applicabile* in queste ipotesi (se *ex* art. 737 c.p.c. o *ex* art. 702-*bis* c.p.c.), da cui dipende la sorte processuale della controversia, cioè se soggetta ai tre gradi di giudizio (*ex* art. 702-*bis* c.p.c.) o al solo ricorso per Cassazione (*ex* art. 737 c.p.c.) come previsto dall'art. 35-*bis,* d.lgs. 25/2008 riformato dal d.l. n. 13/2017.
Il Tribunale giunge a concludere nel senso della ricomprensione all'interno del modello del rito camerale *ex* art. 737 c.p.c. anche dei ricorsi nei quali si chieda solo il riconoscimento della protezione umanitaria, in quanto: la decisione della Commissione territoriale è unica ed unitaria (art. 32, d.lgs. 25/2008); la domanda di protezione è solo parzialmente soggetta al principio dispositivo e dunque sia in sede amministrativa che giudiziale l'autorità preposta all'esame esamina d'ufficio tutte le tre forme di protezione; dunque, anche senza espressa richiesta, il giudice potrebbe riconoscere una forma superiore a quella richiesta, senza che questo comporti lesione dei diritti di cittadinanza del richiedente il quale potrebbe evitare tale lesione solo con espressa rinuncia ad una specifica forma di protezione; differenziare processualmente i due giudizi a seconda della forma di protezione richiesta risulterebbe discriminatorio ai danni di colui che, richiedendo le forme maggiori di protezione, avrebbe a disposizione un solo grado di giudizio di merito, mentre colui che chiede solo la tutela umanitaria ne avrebbe due.
Decisione che, tuttavia, lascia perplessi perché, pur condividendo la valutazione sull'unitarietà della domanda in sede amministrativa e sull'assenza di onere per il richiedente protezione di qualificare la forma di protezione richiesta (Cass. 14998/2015), contrasta con le regole processuali ordinarie applicabili, se non diversamente previsto dal legislatore, tra le quali il principio dispositivo, per il quale la parte sceglie quale diritto richiedere all'autorità giudiziaria, cui consegue l'applicazione del principio, ad esempio, del legittimo contraddittorio *ex* art. 101 c.p.c. Se fosse condivisibile il potere dell'autorità giudiziaria di valutare *ex officio* tutte le forme di protezione internazionale ed umanitaria (oggi di protezione speciale, *ex* d.l. n. 113/2018), a prescindere dalla espressa domanda proposta, non avrebbe senso giuridico l'indicazione di un termine perentorio di impugnazione e soprattutto il dovere di allegazione, pur attenuata, che

grava in capo al ricorrente (*ex* art. 3, d.lgs. 251/2007), potendo l'autorità giudiziaria d'ufficio acquisire tutte le informazioni a supporto delle dichiarazioni del richiedente. E infatti, in maniera contraddittoria, il Tribunale di Bari, entrando nel merito del ricorso, esclude il riconoscimento del rifugio politico *ex* art. 7, d.lgs. 251/2007 «*atteso che non sono state neppure dedotte, ai sensi di tale disposizione, situazioni di persecuzione intesa quale vessazione o repressione violenta implacabile*» e analogamente afferma con riguardo alla protezione sussidiaria (esclusa anche perché l'Edo State sarebbe area nigeriana priva di violenza indiscriminata).

Il Tribunale di Bari, infine, affronta preliminarmente anche la *questione dell'udienza*, escludendola ma senza effettiva motivazione.

Decisione, anche questa, criticabile in quanto motiva il diniego di riconoscimento della protezione umanitaria, formulata nel ricorso anche con riguardo alle violenze subite durante la permanenza in Libia, perché di queste non vi era traccia nelle dichiarazioni rese davanti alla Commissione territoriale e la circostanza sarebbe stata dedotta solo nel ricorso. Invero, già questa "difformità" doveva essere valutata come «*elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado*», di cui all'art. 35-*bis*, co. 11, d.lgs. 25/2008, che rende necessaria l'udienza con comparizione della parte.

Per il resto, la protezione umanitaria viene negata per ritenuta mancata dimostrazione di condizione di vulnerabilità e di lesione di diritti fondamentali in caso di rientro in Nigeria.

Infine, il giudice barese, rigettando il ricorso e qualificandolo "manifestamente infondato" rigetta la richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (già negato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Bari e riproposto al giudice).

Decisione, quest'ultima, priva di effettiva motivazione e che, non riguardando la nuova ipotesi di cui all'art. 35-*bis*, co. 17, d.lgs. 25/2008, si pone in contrasto con l'ormai prevalente giurisprudenza della Cassazione che esclude ogni automatismo tra rigetto della domanda giudiziale e revoca del patrocinio a spese dello Stato (analogo principio deve valere per la non ammissione in sede giudiziale).

DIRITTO INTERTEMPORALE *POST* DECRETO LEGGE N. 113/2018

[Si veda, sulla questione: ASGI, *Il regime intertemporale nell'ambito della protezione umanitaria ai tempi del d.l. 113/2018. Brevi osservazioni sull'art. 1, co. 8 e 9, d.l. 113/18***]**

Con ordinanza 8.10.2018 (RG. 599/2016) il Tribunale di Palermo ha riconosciuto ad un richiedente protezione della *Nigeria* la protezione umanitaria, *ex* art. 5, co. 6 TU 286/98, dopo avere ritenuto insussistenti i presupposti per il riconoscimento di entrambe le forme di protezione internazionale, innanzitutto per difetto di credibilità, oltre che dei requisiti legali oggettivi.

Tutela umanitaria dichiarata in relazione alla situazione di estrema insicurezza dell'area del Delta del Niger, da cui il richiedente proveniva.

Il Tribunale ha affrontato la questione della disciplina normativa applicabile alla controversia, instaurata nel 2016, tenuto conto dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 che ha modificato l'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, prevedendo che la tutela residuale sia riconoscibile solo in relazione all'art. 19, co. 1 e 1.1. TU e non più ai sensi dell'art. 5, co. 6, TU.
Il giudice siciliano ha ritenuto inapplicabile la nuova disciplina, stante la natura non impugnatoria del giudizio, oltre che per non determinare una discriminazione ingiustificata tra la disposizione transitoria prevista per i procedimenti amministrativi *ex* art. 1, co. 9, d.l. n. 113/2018 ed i procedimenti giurisdizionali ed infine ritenendo applicabile l'art. 11 preleggi al codice civile, secondo cui la legge dispone per l'avvenire.

Con ordinanza 15.10.2018 (RG. 7398/2017) il Tribunale di Bologna ha riconosciuto a richiedente protezione internazionale del *Senegal* la protezione umanitaria in considerazione della condizione di vulnerabilità connessa alla vicenda posta a fondamento della richiesta di protezione (gravi maltrattamenti familiari) e stante l'assenza, in caso di rimpatrio, di significativi legami affettivi e familiari, in una situazione sociale instabile tale da precludergli un'esistenza dignitosa, a fronte, invece, di una positiva integrazione sociale e lavorativa in Italia.
Pur non affrontando espressamente la questione del regime giuridico applicabile alla protezione umanitaria in un giudizio iniziato prima della riforma operata con il d.l. n. 113/2018, nel dispositivo il Tribunale rinvia al questore per il rilascio del permesso di soggiorno umanitario «*o come riqualificato ex d.l. 113/2018*».
Implicitamente il giudice bolognese ha ritenuto applicabili al giudizio i requisiti per il riconoscimento della protezione umanitaria previgenti alla riforma attuata con il d.l. 113, ovverosia quelli indicate dall'art. 5, co. 6 TU nel testo originario del 1998.

Con ordinanza 15.10.2018 (RG. 5658/2016) il Tribunale di Firenze , con riguardo al ricorso proposto da un richiedente protezione internazionale della *Nigeria (Edo State)* – che aveva indicato a motivo della richiesta il rischio di essere costretto ad entrare in una setta religiosa tradizionale (Ogboni) di cui il padre era stato capo a Benin City –, dopo avere escluso il riconoscimento delle due forme di protezione internazionale per insussistenza dei presupposti normativi, ha riconosciuto la protezione umanitaria per il rischio di violazione, in caso di rientro nel Paese, del diritto fondamentale alla libertà religiosa, protetto dalla Costituzione italiana e dalle *Carte internazionali sui diritti fondamentali* e pertanto obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato (art. 10 Cost.).
Tutela umanitaria che il Tribunale ha collegato anche alla generale situazione di insicurezza sociale di tutta la Nigeria, anche se non assurge a violenza indiscriminata in tutti gli Stati del Paese, con conseguente applicazione del divieto di *refoulement* di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sul rifugio politico.

Violazioni dei diritti fondamentali accertate mediante fonti di informazione specifiche, indicate nella pronuncia.
Oltre alla puntuale ricostruzione dell'istituto giuridico della protezione umanitaria, l'ordinanza fiorentina è di particolare interesse perché affronta espressamente *il regime giuridico applicabile ad una domanda di protezione internazionale ed umanitaria e ad un giudizio iniziati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018*.
Secondo il Tribunale di Firenze i nuovi criteri di cui al riformato art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 non possono applicarsi ai procedimenti in corso stante il divieto di retroattività *ex* art. 11 preleggi al codice civile e la *natura sostanziale e non processuale* delle nuove previsioni. Inoltre, come la protezione internazionale anche quella umanitaria è una condizione che preesiste al suo riconoscimento (Cass. n. 4455/2018) e la pronuncia che la riguarda ha natura dichiarativa e non costitutiva (Cass. SU n. 907/99).
Infine, nell'ordinanza in esame si ritiene rilevante non creare un'illegittima discriminazione tra coloro che hanno presentato la domanda di protezione prima del 5 ottobre 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018) e hanno avuto una decisione nel rispetto dei termini indicati dalla legge per la definizione del procedimento amministrativo e/o giudiziale, e coloro che, invece, hanno conseguito la decisione oltre detti termini.
Conclude il Tribunale affermando che «*Con l'arrivo sul territorio nazionale e con la presentazione del modello C/3 si è acquisito il diritto a presentare la domanda di protezione (ovvero di tutte le forme di protezione ex art. 10 Costituzione) e a quel momento si aggancia la normativa applicabile al caso concreto*».

Con decreto 19.10.2018 (RG. 1086/2018) il Tribunale di Trento, sezione specializzata, ha riconosciuto la protezione umanitaria a richiedente della *Nigeria (Edo State)* – la cui domanda traeva origine dal rischio di coazione in una setta religiosa tradizionale –, pur negando la credibilità delle sue dichiarazioni (motivo per cui è stato escluso il riconoscimento della protezione internazionale).
La tutela umanitaria è stata riconosciuta sia in considerazione del suo positivo inserimento sociale e lavorativo, sia in relazione all'accertata situazione di generale insicurezza della Nigeria, pur se non integrante i presupposti di cui all'art. 14, lett. c), d.lgs. 251/2007.
Anche il Tribunale di Trento prende posizione sul diritto intertemporale applicabile al giudizio, affermando che le previsioni del d.l. n. 113/2018 riguardano il diritto sostanziale e pertanto non applicabile retroattivamente ai sensi dell'art. 11 preleggi al codice civile, mentre si applicheranno «*alle sole domande di protezione internazionale presentate in epoca successiva alla sua entrata in vigore*».
Il giudice trentino, riconoscendo la protezione umanitaria, ha rinviato al questore per il rilascio del permesso di soggiorno *per casi speciali*, secondo le nuove previsioni di cui all'art. 1, co. 9, d.l. n. 113/2018 [*Permesso di soggiorno di durata biennale e convertibile in lavoro*].

LA PROTEZIONE UMANITARIA DIRETTA

Con sentenza n. 2088/2018 la Corte d'appello di Firenze ha rigettato l'appello del Ministero dell'interno proposto contro l'ordinanza del Tribunale di Firenze che aveva riconosciuto il diritto di due *cittadini albanesi* (madre e figlio) al permesso di soggiorno umanitario richiesto direttamente al questore e da questi negato. *Il giudice di 1^ grado* aveva ritenuto sussistenti i presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU in considerazione del fatto che il nucleo familiare viveva in Italia dal 2005, erano sempre stati titolari di permesso per «assistenza minori» (art. 31, co. 3 TU), i figli avevano frequentato le scuole dell'obbligo ed erano tutti inseriti positivamente nella società italiana anche sotto il profilo lavorativo, per cui «il rientro nella terra di origine risultava essere inumano e crudele secondo il comune sentire ed il generale rispetto della persona umana». Il Ministero dell'interno ha proposto appello affermando l'insussistenza dei seri motivi umanitari che sarebbero rinvenibili solo in esigenze di salute o di nuclei familiari con madri sole.

La Corte d'appello di Firenze ha rigettato l'impugnazione ministeriale, confermando la natura di norma di chiusura del sistema dell'art. 5, co. 6 TU ed affermando che l'integrazione da sola non è sufficiente a riconoscere il diritto soggettivo al permesso di soggiorno umanitario ma va valutata in relazione alla lesione di diritti fondamentali della persona, al rispetto dei quali lo Stato è tenuto per obblighi costituzionali ed internazionali. Nel caso specifico, la Corte ha qualificato diritti fondamentali dei ricorrenti sia il diritto al lavoro che il diritto allo studio, oltre al diritto all'unità del nucleo familiare, valorizzando anche la risalente presenza sul territorio italiano. Conclude la Corte affermando che «Si tratta non di una mera integrazione ambientale, ma di una vera e fattiva integrazione nello Stato per cui sussistono a tutti gli effetti le condizioni per sostenere che lo sradicamento da esso, attraverso il diniego dell'invocato permesso di soggiorno per fini umanitari, rappresenta una condizione di oggettiva vulnerabilità per gli appellati, compromettendosi così i loro diritti fondamentali, e non già una semplice sofferenza per il cambiamento di condizioni di vita in dipendenza dal rientro nel Paese di origine».

La pronuncia assume un particolare significato, sia perché rappresenta uno dei casi, invero meno frequenti nel mondo giudiziario, di applicazione diretta dell'art. 5, co. 6, TU al di fuori della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, ma soprattutto perché non richiede una comparazione tra l'attuale condizione della persona straniera in Italia e quella a cui andrebbe incontro in caso di rimpatrio nel Paese di origine, ove potrebbero essere violati i diritti fondamentali, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza nell'ambito della protezione internazionale (Cass. n. 4455/2018). La Corte fiorentina, infatti, effettua una valutazione sulle conseguenze del rimpatrio ma in riferimento alla *lesione dei diritti fondamentali acquisiti in Italia*, quali il lavoro, lo studio, l'unità familiare.

Decisione che sembra più conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani con riguardo al diritto al rispetto alla vita privata *ex* art. 8 CEDU, che valorizza di per sé l'integrazione ed il radicamento sul territorio nazionale ove vive la persona straniera.

L'ordinanza 11.9.2018 del Tribunale di Trento riguarda un procedimento cautelare *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un cittadino straniero da anni soggiornante in Italia ma che da tempo non aveva avuto il rinnovo del titolo di soggiorno a causa della perdita di lavoro conseguente a problemi di salute. Richiesto al questore di Trento il rilascio di un permesso umanitario *ex* art. 5, co. 6 TU, detta autorità di p.s. aveva preavvisato il rigetto della domanda, avverso il quale il cittadino straniero ha proposto ricorso cautelare d'urgenza, chiedendo la sospensione della sua efficacia per evitare l'emanazione di un provvedimento espulsivo che riteneva gravemente pregiudizievole.
Il Tribunale di Trento ha accolto la richiesta sospensiva *inaudita altera parte* e in corso di procedimento ha accolto nel merito il ricorso cautelare, riconoscendo il diritto del ricorrente al permesso umanitario, in quanto l'art. 5, co. 6 TU rappresenta una «*norma di chiusura e di garanzia del sistema di accoglimento degli stranieri*», che consente di riconoscere una protezione, in presenza di determinati presupposti (nel caso di specie rinvenibili nelle ragioni di tutela della salute), al di fuori del sistema della protezione internazionale.

Con ordinanza n. 10291/2018 la Corte di cassazione affronta la peculiare questione del permesso umanitario, rilasciabile dal questore, *ex* art. 5, co. 6, TU 286/98, alla persona straniera vittima di grave sfruttamento lavorativo, di cui all'art. 22, co. 12-*quater* TU (introdotto dal d.lgs. 109/2012, di attuazione della direttiva europea n. 52/2009) ed in particolare la valenza giuridica del parere rilasciabile dal pubblico ministero, l'ambito di esercizio del questore ed infine i poteri del giudice ordinario adito in opposizione al diniego di rilascio del permesso umanitario a seguito di parere negativo del PM.
I fatti traevano origine dal diniego di rilascio di questo specifico permesso umanitario in conseguenza del parere negativo del P.M. titolare dell'inchiesta sullo sfruttamento lavorativo (che aveva, invece, rilasciato nulla osta per il rilascio di un permesso per motivi di giustizia, *ex* art. 11, co. 1 lett. c-*bis*) d.p.r. 394/99), ritenuto vincolante per il questore al quale, dunque, non era consentita alcuna diversa valutazione discrezionale. Diniego confermato dalla Corte d'appello di Lecce proprio in ragione di tale vincolatività.
La Corte di cassazione esamina, innanzitutto, la fattispecie, collocandola nell'ambito del generale istituto della protezione umanitaria *ex* art. 5, co. 6 TU, avendo pertanto natura di diritto soggettivo e diritto umano fondamentale, alla pari della tutela riconosciuta nel sistema della protezione internazionale dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 e definendo il rapporto tra la norma generale e quella speciale di specie a genere.
Secondo il Giudice di legittimità, come per la tutela umanitaria afferente la protezione internazionale, anche quella sottesa all'art. 22, co. 12-*quater* ha una fase amministrativa ed una giudiziale, nella prima intervenendo autorità (Commissione e P.M.) la cui decisione o parere sono richiesti dalla legge per il rilascio del titolo di soggiorno da parte del questore (il quale può solo opporre condizioni ostative previste da altre disposizioni di legge), mentre nell'opposizione alla determinazione finale amministrativa *al giudice è devoluta interamente la*

questione, senza il vincolo del parere propedeutico avendo *il P.M. esaurito il proprio potere discrezionale tecnico nel procedimento amministrativo*. La Cassazione, infatti, afferma che «La peculiare articolazione bifasica del procedimento tuttavia non incide sull'ambito della cognizione del giudice ordinario, il quale è tenuto alla verifica, integrale e senza subordinazione alcuna alla valutazione svolta in sede amministrativa, dell'esistenza dei requisiti per il riconoscimento del titolo di soggiorno, dal momento che la valutazione dell'autorità giudiziaria inquirente ha esaurito la propria efficacia deliberativa all'interno del procedimento amministrativo che ha condotto al provvedimento impugnato».

LA REVOCA DELLE MISURE DI ACCOGLIENZA

Con sentenza 1307/2018 il Tar per la Toscana ha riunito ed accolto due ricorsi presentati da richiedenti protezione internazionale ai quali erano state revocate le misure di accoglienza con provvedimenti recanti la medesima motivazione, ovverosia per essersi, ognuno dei ricorrenti, «rifiutato di partecipare alle lezioni di italiano e di firmare il regolamento della struttura, oltre ad aver tenuto un comportamento aggressivo nei confronti del responsabile del Centro».
In corso di giudizio è stata dimostrata l'infondatezza oggettiva di due dei tre presupposti motivazionali, cioè la mancata partecipazione ai corsi di lingua (comprovata, invece, dalla dirigente scolastica) e la mancata sottoscrizione del regolamento dell'accoglienza, essendo emerso che i due richiedenti avevano sottoscritto quello della prefettura (l'unico obbligatorio *ex* art. 23 d.lgs. 142/2015) e non, invece, quello interno della struttura che il primo intendeva modificare soprattutto con riguardo ad elementi economici. Regolamento di cui, secondo il Tar, «si sconosce il valore giuridico, indebitamente utilizzato quale parametro di adeguatezza dei comportamenti tenuti dagli ospiti del CAS».
Per quanto riguarda il ritenuto comportamento aggressivo, il Tar ha accertato che in realtà i due ricorrenti erano tra coloro che protestavano per la gestione irregolare del CAS, in un contesto nel quale già da tempo si erano evidenziati gravi disservizi della cooperativa, per i quali era dovuta intervenire la prefettura stessa.
I provvedimenti di revoca delle misure di accoglienza sono stati, dunque, annullati, in parte per infondatezza dei presupposti, in parte perché la prefettura di Lucca ha omesso di operare un «necessario bilanciamento imposto dalla complessità della situazione descritta e dalle specifiche circostanze sopra evidenziate [...] anche alla luce della gravità della misura prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 142/2015 (in disparte la questione della conformità della normativa interna di recepimento alla direttiva UE invocata), la cui applicazione va riservata ai casi di accertata incompatibilità della condotta, univocamente accertata a carico degli ospiti del Centro di accoglienza, con una ordinata ed efficiente gestione della struttura».

Con sentenza n. 1400/2018 il Tar per la Campania, sede di Salerno, affronta la questione della permanenza del diritto all'accoglienza di un richiedente asilo a cui la Commissione territoriale ha negato il riconoscimento della protezione internazionale ed il Tribunale rigettato

il ricorso avverso detta decisione. Conseguentemente al rigetto giudiziale, la prefettura ha revocato le misure di accoglienza, nonostante la pendenza.

Il Tar campano esamina il regime transitorio derivante dalla riforma del giudizio di protezione internazionale di cui al d.l. n. 13/2017, il cui art. 21 stabilisce che le nuove disposizioni si applicano «alle cause e ai procedimenti giudiziari sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto», mentre ai procedimenti introdotti precedentemente si applicano le previgenti disposizioni.

Poiché le nuove disposizioni del d.l. 13/2017 attribuiscono efficacia definitiva al provvedimento della Commissione territoriale, una volta respinto il ricorso dal Tribunale, non potevano essere revocate le misure di accoglienza del ricorrente, il cui contenzioso rientrava nel regime precedente l'entrata in vigore del d.l. 13/2017 (cfr. Tar Lombardia, BS, n. 374/2018; Tar Toscana, n. 565/2018).

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Nel consueto panorama della giurisprudenza rilevante in materia – qui dedicato al periodo maggio-agosto 2018 – si rinvengono quasi esclusivamente pronunce dei giudici amministrativi relative all'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.
L'unica eccezione è costituita da una sentenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, chiamata a decidere un caso altrettanto inconsueto in tema di acquisto della cittadinanza per elezione.

Acquisto della cittadinanza per elezione
La vicenda che ha dato origine alla sentenza qui rilevante risulta francamente singolare. Una cittadina etiope, nata in Italia da madre etiope di cui era stata constatata l'impossibilità di allevarla, viene affidata a due coniugi italiani, i quali tentano a più riprese di adottarla durante la minore età, ma invano a causa dell'opposizione della madre stessa.
L'adozione viene dunque pronunciata solo al raggiungimento della maggiore età della giovane. Senonché l'Ufficio dell'anagrafe del Comune siciliano dove ella risiedeva in quel momento, a seguito della sua richiesta di una nuova carta di identità recante l'aggiunta del cognome dei genitori adottivi, rilascia il documento con la modifica della cittadinanza dell'interessata, da etiope a italiana. L'acquisto automatico della cittadinanza per adozione è tuttavia previsto dall'art. 3 della l. 5.2.1992, n. 91 solo nei casi di adozione di minorenni; viceversa, i maggiori di età stranieri adottati da cittadini italiani possono ottenere la cittadinanza italiana al termine del procedimento di naturalizzazione, riguardo al quale l'art. 9, co. 1 lett. b) si limita ad esigere un periodo di residenza di soli quattro anni, che decorrono dal momento dell'adozione.
In ogni caso, l'attestazione del possesso della nuova cittadinanza viene reiterata non solo nei successivi documenti anagrafici, ma anche da parte della questura locale mediante il rilascio del passaporto italiano; e connota la carriera scolastica e universitaria della pseudo-neo-cittadina. Solo a seguito del suo trasferimento della residenza a Milano emerge l'errore.
Dopo aver inutilmente richiesto il rilascio del passaporto etiope la ricorrente presenta al Comune di Milano la richiesta di acquisto della cittadinanza italiana ai sensi degli artt. 4, l. 91/92 e 16 d.p.r. 572/93, facendo valere di non aver potuto esercitare prima questo diritto a causa dell'errore suddetto e invocando il principio del legittimo affidamento. Il rifiuto opposto dal Comune a causa della scadenza del termine ivi previsto (un anno dopo il raggiungimento della maggiore età) induce l'interessata ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria.
Nella sua interessante pronuncia (*Trib. Milano, sent. 28.2.2018*) il Collegio milanese ribadisce anzitutto, con ampi richiami alle norme e alla prassi, l'ormai più che consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale le funzioni statali in materia di tenuta dei registri di stato civile e di popolazione sono delegate al Sindaco in qualità di Ufficiale di Governo e che tale delega di funzioni comporta l'immediata riferibilità allo Stato italiano – e

per esso al Ministero dell'interno – degli atti concernenti la cittadinanza italiana, accogliendo così l'eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dal Comune di Milano. Si noti peraltro che il suddetto Ministero, pur a seguito dell'integrazione del contraddittorio disposta dai giudici, è rimasto contumace.

Nel merito, il Tribunale, dopo aver verificato la sussistenza in capo all'interessata dei primi due requisiti previsti dall'art. 4, co. 2 della l. 91/92 (nascita e permanenza ininterrotta in Italia sino alla maggiore età), ne accerta anche la buona fede e soprattutto il suo legittimo affidamento quanto alla omissione della dichiarazione diretta all'acquisto della cittadinanza nei termini previsti. A tale omissione non può tuttavia essere attribuito il significato di una volontà contraria all'acquisto stesso né tanto meno alla stessa può riconnettersi un effetto decadenziale del diritto riconosciuto dalla norma suddetta. L'atteggiamento omissivo dell'attrice è stato infatti diretta conseguenza dell'evidente errore commesso dall'amministrazione comunale della sua prima residenza e per di più protrattosi per anni. Ne consegue il diritto dell'attrice all'acquisizione della cittadinanza italiana.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione

Non muta il panorama generale delle pronunce – negative – dei giudici amministrativi riguardo a questo modo di acquisto della cittadinanza. Come sempre, si tratta ovviamente di sentenze provenienti in larga prevalenza dal Tar del Lazio, il quale ha modo di ribadire ripetutamente i criteri sottesi alle proprie decisioni.

In particolare, viene sottolineato anzitutto che l'amplissima discrezionalità dell'Amministrazione in questo procedimento si esplica in un potere valutativo che si traduce in un apprezzamento di opportunità circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulla base di un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irreprensibilità della condotta. In secondo luogo, l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di concessione della particolare capacità giuridica connessa allo *status* di cittadino impone che si valutino, anche sotto il profilo indiziario, le prospettive di ottimale inserimento del soggetto interessato nel contesto sociale del nostro Paese. Infine, trattandosi di esercizio di potere discrezionale da parte dell'Amministrazione stessa, il sindacato sulla valutazione compiuta da quest'ultima non può che essere di natura estrinseca e formale; non può spingersi, quindi, al di là della verifica della ricorrenza di un sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole.

In base a questi criteri sono stati respinti diversi tipi di ricorso contro il rifiuto della Pubblica Amministrazione riguardo alla concessione della cittadinanza italiana per naturalizzazione. Anzitutto quelli motivati da pregresse condanne per reati quali rapina, lesioni e porto abusivo d'armi (*Tar Lazio, sez. I, sent. 18.6.2018 n. 6824*,) così come la resistenza a pubblico ufficiale e porto abusivo d'armi e la ricettazione (*Tar Lazio, sez. I, sent. 28.6.2018 n. 7212*), a nulla

valendo in entrambi i casi l'intervenuta concessione dell'indulto, poiché l'Amministrazione mantiene il suo potere discrezionale di valutazione della condotta e dell'inserimento sociale dell'interessato. Le valutazioni volte all'accertamento di una responsabilità penale si pongono infatti su un piano assolutamente differente ed autonomo rispetto alla valutazione del medesimo fatto ai fini dell'adozione di un provvedimento amministrativo, dunque anche a prescindere dagli esiti processuali. E la medesima motivazione viene anche ripresa nel caso di condanna di porto abusivo di un coltello (*Tar Lazio, sez. I, sent. 28.6.2018 n. 7213*).

Di maggiore complessità si presentano i casi nei quali il diniego della cittadinanza da parte del Ministero dell'interno viene giustificato alla luce dei collegamenti (o della contiguità) del ricorrente con movimenti che mettono in pericolo la sicurezza nazionale, emersi dall'attività informativa esperita. Ciò indica, secondo i giudici, in primo luogo l'inaffidabilità dell'istante e, inoltre, integra un autonomo motivo ostativo al rilascio della cittadinanza italiana, nessun rilievo potendo assumere, al riguardo, l'assenza di procedimenti penali; la verifica dei motivi ostativi alla sicurezza della Repubblica non si riduce infatti all'accertamento dei fatti penalmente rilevanti, ma attiene alla prevenzione di eventuali rischi per la sicurezza pubblica. Inoltre, la motivazione ancorata a tale presupposto è risultata in ogni caso adeguata, stante il carattere secretato delle informazioni sottese all'adozione del provvedimento negativo. Per di più, il provvedimento è stato preceduto dal preavviso di diniego inviato al ricorrente, e ha dato conto delle osservazioni dallo stesso svolte, ritenute non pertinenti alle motivazioni del diniego (*Tar Lazio, sez. I, sent. 12.4.2018 n. 4002*; *Tar Lazio, sez. I, sent. 16.5.2018 n. 5469*, *ibidem*; *Tar Lazio, sez. I, sent. 24.5.2018 n. 5775*, *ibidem*).

Rimane pur sempre il problema relativo ai limiti e alle modalità del carattere secretato delle informazioni che hanno condotto al diniego in esame. Nelle sentenze testé citate il Tar Lazio si limita a ritenere adeguata la motivazione fornita dal Ministero, alla luce appunto del carattere suddetto. Talvolta però il ricorrente non si ritiene soddisfatto da questa scarna osservazione e si rivolge al Consiglio di Stato. In un caso particolare, venivano prospettati tra l'altro eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, in quanto, a suo avviso, i motivi posti a fondamento del diniego di accesso agli atti, ossia la contiguità del ricorrente stesso a movimenti aventi scopi non compatibili con la sicurezza nazionale (indicati nella nota del Ministero dell'interno impugnata in primo grado nonché nel decreto di rigetto della richiesta di cittadinanza) altro non sarebbero stati che una mera formula di stile applicata in migliaia di provvedimenti del medesimo tenore.

Dal canto loro, i giudici di Palazzo Spada (*Cons. St., sez. III, sent. 29.5.2018 n. 3206*) respingono il ricorso ricordando che i casi di esclusione dal diritto di accesso sono espressamente contemplati dall'art. 24 della l. n. 241/1990, tra i quali è compresa l'ipotesi in cui i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione

e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini.

Per di più, il Consiglio di Stato rammenta che il diniego della c.d. ostensione è stato ritenuto legittimo anche dalla Corte costituzionale (Corte Cost. 10.4.1998 n. 110), la quale ha precisato che la sicurezza interna ed esterna dello Stato costituisce un interesse essenziale ed insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro; pertanto, nel caso in cui si tratti di agire per la salvaguardia dei supremi interessi dello Stato, può trovare legittimazione il segreto, quale strumento necessario per raggiungere il fine di quella sicurezza e per garantire l'esistenza, l'integrità e l'assetto democratico dello Stato, valori tutelati dagli artt. 1,5,52,87 e 126 Cost.

Infine, tra le fattispecie di (mancato) acquisto della cittadinanza per naturalizzazione si deve annoverare anche un caso di comportamento assai meno grave rispetto a quelli precedentemente indicati: ovvero, quello relativo alla esigua conoscenza della lingua italiana e allo scarso inserimento nella comunità nazionale. Nemmeno in questa occasione viene accolto tuttavia il ricorso. I giudici amministrativi infatti, dopo aver richiamato i criteri illustrati in precedenza, considerano che la scarsa conoscenza della lingua italiana, orale e scritta, costituisce un elemento determinante nella valutazione della non ancora sufficiente integrazione dello straniero nel tessuto sociale e nella comunità nazionale. Non ritengono perciò irragionevole la valutazione operata dall'Amministrazione circa la non completa integrazione nella collettività nazionale dell'interessato in relazione alla non piena conoscenza della lingua, presupposto fondamentale della integrazione (*Tar Lazio, sez. I, sent. 23.7.2018 n. 8318*).

Da ultimo, torma a prospettarsi – ancora una volta – l'ulteriore problema attinente ai ritardi della Pubblica Amministrazione nella definizione del procedimento qui analizzato. Ed è noto che a tale problema intende fornire una peculiare soluzione l'art. 14 del recente decreto-legge 4 ottobre 2018 n. 113 (c.d. decreto sicurezza) sancendo un generale allungamento dei termini suddetti a quattro anni.

Una nuova fattispecie processuale trae origine dalla richiesta di acquisto della cittadinanza da parte di un cittadino egiziano, il quale, una volta trascorsi inutilmente i 730 giorni previsti dall'art. 3 del d.p.r. n. 362/94 senza aver ottenuto alcun provvedimento, dapprima aveva presentato una diffida contro il Ministero dell'interno e, perdurando il silenzio di quest'ultimo, un ricorso al Tar del Lazio. Successivamente, prendendo atto della concessione della cittadinanza intervenuta nelle more del giudizio, il ricorrente rappresentava ai giudici la cessazione della materia del contendere, ma chiedeva la liquidazione a suo favore delle spese di lite, quantificate in più di 4.000 euro, oltre agli oneri accessori, presentando una analitica nota spese.

Dal canto suo, il Tar Lazio (sent. n. 5806/2017), dichiarava il ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e, quanto alle spese di lite, le compensava a causa della sussistenza di gravi ed eccezionali motivi, identificati nella grande mole di lavoro degli uffici

competenti ad esaminare le istanze di concessione della cittadinanza italiana da parte di immigrati.

Di diverso avviso si mostra invece il Consiglio di Stato in sede di impugnazione della suddetta pronuncia (*Cons. St., sez. III, sent. 5.6.2018 n. 3411*). Anzitutto, censura la decisione impugnata rilevando che sussiste l'interesse del ricorrente, volto ad ottenere esclusivamente il pagamento delle spese di lite. Riguardo a queste ultime, il Collegio esclude che esistano i presupposti per disporre la compensazione tra le parti delle spese di primo grado, nemmeno per i gravi motivi, di cui all'art. 92 c.p.c.

Infatti, appare al Collegio non provata (in quanto generica e non corredata neanche da una indicazione di massima del numero di istanze di quel periodo né delle eventuali difficoltà incontrate nello specifico procedimento), e comunque non determinante, la giustificazione avanzata dal Ministero, relativa al gran numero di pratiche da esaminare.

All'accoglimento nel merito del ricorso consegue però il dimezzamento della somma richiesta, tenendo conto non solo degli scaglioni previsti in relazione al valore della controversia, ma anche della circostanza che il giudizio di secondo grado ha richiesto un limitato impegno professionale.

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Diritto di soggiorno del cittadino di Paese terzo familiare di cittadino dell'Unione europea che non abbia esercitato il diritto alla libera circolazione

La Grande Sezione della Corte di Giustizia UE, con la sentenza 8.5.2018, *K.A. e al. c. Belgische Staat* (C-82/16) ha avuto occasione di chiarire la propria giurisprudenza in merito ai vincoli famigliari con cittadini dell'Unione europea "statici" idonei a far sorgere un diritto al soggiorno del familiare cittadino di uno Stato terzo. Per cittadini dell'Unione europea "statici" la Corte intende i cittadini europei che non abbiano mai esercitato il diritto alla libera circolazione e al soggiorno, i cui famigliari quindi non possono invocare i diritti derivati loro riconosciuti dalla direttiva 38/2004.

Con le sentenze dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano* (C-34/09) e del 5 maggio 2011, *McCarthy* (C-434/09), i giudici di Lussemburgo avevano affermato alcuni importanti principi precisando in quali condizioni anche i famigliari dei cittadini dell'Unione europea "statici" potessero vantare un diritto al soggiorno derivato nel Paese di cittadinanza del familiare, diritto fondato direttamente sull'articolo 20 TFUE e avente quale fine di evitare che il cittadino dell'Unione, costretto a seguire il familiare, venga di fatto a vedersi negato il diritto a risiedere in Europa.

Tale giurisprudenza, per la sua rilevanza soprattutto in ordinamenti che diversamente da quello italiano non estendono i diritti riconosciuti ai famigliari dei cittadini europei che abbiano esercitato la libera circolazione anche ai famigliari dei cittadini europei statici, richiedeva di essere precisata in relazione al suo esatto perimetro applicativo.

La sentenza in esame precisa quali siano i cittadini di Paesi terzi che possono invocare la diretta applicazione dell'art. 20 TFUE per derivarne un diritto al soggiorno insieme al familiare cittadino dell'Unione che non abbia esercitato il diritto alla libera circolazione. In particolare, la Corte precisa che l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che:

- se il cittadino dell'Unione è maggiorenne, il diritto di soggiorno derivato del familiare sussiste solo quando sia riscontrabile un rapporto di dipendenza, rapporto che per la Corte è riscontrabile «solo in casi eccezionali», nei quali, tenuto conto dell'insieme delle circostanze pertinenti, il cittadino dell'Unione interessato non possa in alcun modo essere separato dal familiare da cui dipende);
- se il cittadino dell'Unione è minorenne, «la valutazione dell'esistenza di un simile rapporto di dipendenza dev'essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del bambino, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, della sua età, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva con ciascuno dei genitori nonché del rischio che la separazione dal genitore cittadino di un Paese terzo

comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso». Sul punto, la Corte precisa che «l'esistenza di un vincolo familiare con tale cittadino, di tipo biologico o giuridico, non è sufficiente, e una convivenza con quest'ultimo non è necessaria, per fondare un tale rapporto di dipendenza».
I chiarimenti forniti dalla pronuncia in esame hanno, da un lato, un'importanza diretta fondamentale nei Paesi europei che escludono i familiari dei cittadini statici dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/38, dall'altro, pongono dei principi utili anche per gli altri Paesi.
In tali Paesi, si pone comunque la questione di identificare quali siano i vincoli familiari idonei a far sorgere o mantenere un diritto al soggiorno e i principi indicati dalla Corte possono costituire utili linee guida per identificare i casi in cui la vita familiare merita una tutela rafforzata anche in fattispecie diverse e autonome poste dal diritto nazionale.

Ricongiungimento familiare e condanne dello straniero.
La Sesta sezione della Cassazione civile, con l'ordinanza 28.6.2018, n. 17070, ha confermato il principio per cui «in caso di richiesta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi idi coesione familiare non è più prevista l'applicabilità del meccanismo di automatismo espulsivo, in precedenza vigente, che scattava in virtù della sola condanna del richiedente per i reati identificati dalla norma, sulla base di una valutazione di pericolosità sociale effettuata ex ante in via legislativa, occorrendo, invece, per il diniego, la formulazione di un giudizio di pericolosità sociale effettuato in concreto, il quale induca a concludere che lo straniero rappresenti una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza, tale da rendere recessiva la valutazione degli ulteriori elementi contenuti nel novellato art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998».
La Suprema Corte ricorda che, ai sensi di tale disposizione, gli elementi da prendere in considerazione sono:
- 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 soggiorno pregresso.
Per i giudici di legittimità, il rispetto di tali principi impone in primo luogo all'autorità amministrativa e, successivamente, all'autorità giurisdizionale, di esplicitare le ragioni della pericolosità sociale, alla luce dei parametri normativi appena menzionati, in caso contrario, e ciò al fine di non incorrere nel vizio di motivazione.

MINORI

Individuazione del tutore del minore non accompagnato
Con la legge 47/2017 (c.d. legge Zampa), è stato previsto che i tutori dei minori non accompagnati vengano scelti in un elenco distrettuale di tutori volontari (art. 11 della medesima legge).

Con il *decreto del 20.6.2018*, il Tribunale per i minorenni di Palermo (in *Banca dati Juris data*) ha deciso un caso in cui tale tutore volontario non fosse concretamente individuabile, «in ragione del numero delle tutele già loro assegnato e dell'ubicazione della struttura di ricovero del minore, lontana dal Comune di residenza dei rimanenti tutori iscritti in elenco».
Si tratta di situazione che può ricorrere spesso, soprattutto in Regioni, come la Sicilia, ove la presenza dei minori non accompagnati è particolarmente elevata.
In tal caso, secondo il Tribunale, la tutela vada affidata al «Sindaco del Comune ove insiste la struttura comunitaria, delegando lo stesso a trasferire il minore in una struttura ubicata in altra zona del territorio nazionale che consenta la nomina di un tutore volontario».
Dunque, i giudici ritengono che nel medio termine, al minore vada comunque nominato un tutore volontario, in conformità alla legge, ma che tale tutore debba poter svolgere il mandato in modo effettivo e che quindi, in assenza di persone disponibili, sia necessario trovare una soluzione provvisoria (identificata nella nomina del Sindaco con delega al trasferimento del minore presso altra struttura) che renda possibile l'attuazione del diritto del minore ad un tutore che abbia le caratteristiche indicate dalla legge.
Il Tribunale prevede che ai fini dell'individuazione della struttura comunitaria in cui trasferire il minore, vada coinvolta l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, ricordando come la stessa abbia «più volte denunciato la necessità, per il funzionamento del sistema, di una distribuzione uniforme sul territorio nazionale dei minori stranieri non accompagnati».
Tramite questo provvedimento, il Tribunale interviene di fatto sul problema della iniqua distribuzione dei minori non accompagnati che in Italia sono per la maggior parte concentrati in Sicilia, sottolineando come solo un trasferimento del minore permetta allo stesso di «fruire del tutore volontario» di cui viene sottolineato il ruolo fondamentale, volto ad assicurare «al minore straniero privo dei genitori un riferimento sostitutivo indispensabile, che gli consenta di esercitare i suoi diritti in modo effettivo e appropriato, corrispondente cioè ai suoi specifici e individuali bisogni».

Permesso di soggiorno per lavoro a favore di minore affidato diventato maggiorenne che non sia mai stato titolare di un permesso di soggiorno durante la minore età

Con la sentenza del 2.5.2018, n. 1166, il Tar della Lombardia affronta la fattispecie di uno straniero neomaggiorenne affidato allo zio con provvedimento giudiziale durante la minore età, per il quale non era mai stato chiesto un permesso di soggiorno prima del compimento dei 18 anni. Solo con il compimento della maggiore età, lo straniero aveva chiesto il rilascio di un permesso di soggiorno per lavoro.
Secondo la questura, la mancanza di un titolo di soggiorno durante la minore età renderebbe irricevibile la domanda di rilascio di un permesso dello straniero, non potendo trovare applicazione l'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998.
Di diverso avviso il Tribunale amministrativo, il quale osserva come «ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. n. 286/1998, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro nell'ipotesi

di minore sottoposto a tutela, non è necessario ottenere in via preventiva il permesso di soggiorno per minore età, ma è indispensabile solo il parere del Comitato per i minoro stranieri». Per i giudici amministrativi, la richiesta di tale parere, in base a consolidata giurisprudenza, è un obbligo facente capo all'Amministrazione procedente e non anche requisito di formalità posto a carico dell'istante (cfr. Tar Bologna, 3.2.2016, n. 147, Tar Lazio, 4.1.2016, n. 26).

Kafalah e nomina di un tutore

Con il *decreto del 10.5.2018*, il Tribunale di Mantova (in *Banca dati Juris data*) ha ritenuto di poter riconoscere effetto diretto nell'ordinamento italiano ad un provvedimento di *kafalah* emesso da un Tribunale algerino, ai sensi dell'art. 116-117 del codice della famiglia dell'Algeria. Secondo i giudici, la diretta efficacia nel nostro ordinamento è prevista dagli articoli 65 e 66, l. n. 218/1995, e dalla normativa internazionale (in particolare, dall'articolo 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dagli articoli 3, lett. e) e 33 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, ratificata dall'Italia e resa esecutiva con l. n. 101/15).

In forza di tale decisione, ha escluso di dare luogo a provvedere in ordine alla richiesta di nomina di un tutore a favore del minore, dal momento che in caso di *kafalah*, la tutela legale è attribuita al *kafil*.

Art. 31, co. 3, Testo unico e tutela dell'ordine pubblico

L'esigenza di effettuare un bilanciamento in concreto tra l'interesse dello Stato ad allontanare lo straniero per motivi di ordine pubblico e quello dello straniero a soggiornare in Italia viene ribadita dalla Prima sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza 4.6.2018, n. 14238, anche in relazione all'autorizzazione all'ingresso e alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero ai sensi dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998.

Secondo la Suprema Corte, la sussistenza di comportamenti del familiare medesimo incompatibili con il suo soggiorno nel territorio nazionale deve essere valutata in concreto e attraverso un esame complessivo della sua condotta, al fine di stabilire, all'esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali inerenti alla tutela dell'ordine pubblico debbano prevalere su quelle derivanti da gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel secondo quadrimestre del 2018 sia la Corte costituzionale, sia la Corte di Cassazione sono intervenute richiamando il rispetto dei precisi obblighi assunti dallo Stato nel contesto dell'Unione europea, in tema di trattamento dei cittadini stranieri sottolineando che il legislatore nazionale deve agire nei limiti imposti dal principio di non discriminazione e di ragionevolezza, più volte enunciati dalla Corte costituzionale.
Tuttavia ancora nel corso del secondo quadrimestre del 2018 i giudici di merito sono nuovamente dovuti intervenire sia per affermare la diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE con conseguente disapplicazione delle norme nazionali sulla base delle quali l'INPS rifiuta la erogazione delle prestazioni sociali, sia per evidenziare la presenza di requisiti discriminatori inseriti nei bandi di concorso per l'accesso all'impiego pubblico o alla formazione.

Requisiti di residenza
La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su un rinvio della Sezione lavoro della Corte di Appello di Milano in una causa promossa per far accertare il carattere discriminatorio della deliberazione della Giunta della Regione Lombardia «n. X/3495» del 30 aprile 2015, nonché delle determinazioni del Comune di Milano «PG n. 264079» dell'8 maggio 2015 e «n. 68/2015 - prot.» del 12 maggio 2015, nella parte in cui fissano i requisiti necessari per l'accesso al Fondo «sostegno affitti» (recte: «sostegno alla locazione 2015 per i cittadini in grave disagio economico»). Nell'ordinanza di rimessione era stato evidenziato che l'impugnata delibera della Giunta della Regione Lombardia era frutto di una iniziativa regionale finanziata dal fondo di cui alla legge n. 431 del 1998 a cui sono aggiunte risorse regionali, confluite nel «Fondo Sostegno "Grave Disagio Economico 2015"» e che, quanto ai criteri per l'accesso a tale fondo, la stessa ricalcava quelli previsti dal legislatore statale, come modificati nel 2008 ed in particolare che, nel caso in cui i richiedenti non fossero cittadini italiani o di altro Stato dell'Unione europea, era condizione di ammissione la certificazione della residenza almeno decennale nel territorio nazionale ovvero quinquennale nel territorio della Regione Lombardia. Tale requisito trovava fondamento nell'art. 11, co. 13, d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008 e quindi, a giudizio del remittente, tale norma offriva una base legale al provvedimento amministrativo discriminatorio oggetto del giudizio. La Corte costituzionale, ritenuta ammissibile la questione, dopo un'accurata disamina della normativa nazionale ed europea, ha affermato che «la certificazione della residenza almeno decennale nel territorio nazionale ovvero quinquennale nel territorio della Regione Lombardia ... introduce una irragionevole discriminazione a danno dei cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea», sia in quanto «il censurato art. 11, comma 13, prevede, solo per gli «immigrati» una

certa durata della residenza, tanto a livello nazionale quanto in territorio regionale; per i cittadini italiani ed europei tale requisito non è richiesto...», sia in quanto «trattandosi di una provvidenza che, alla luce della scarsità delle risorse destinabili alle politiche sociali nell'attuale contesto storico, viene riservata a casi di vera e propria indigenza, non si può ravvisare alcuna ragionevole correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni abitativi primari della persona che versi in condizioni di povertà e sia insediata nel territorio regionale, e la lunga protrazione nel tempo di tale radicamento territoriale (sentenze n. 222 del 2013, n. 40 del 2011 e n. 187 del 2010)».

Pertanto con sentenza del 20 giugno 2018, n. 166 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, co. 13, del d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella l. 6.8.2008, n. 133 per violazione dell'art. 3 Cost.

Pensione di invalidità civile

La Corte di Cassazione con ord. n. 23763 del 1.10.2018 *(in Banca dati ASGI)* è intervenuta affermando che ai fini del riconoscimento delle prestazioni sociali, volte a rispondere a bisogni primari della persona non è consentita nel nostro ordinamento, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., nessuna differenziazione tra cittadini italiani e stranieri che hanno titolo al soggiorno nel territorio dello Stato italiano. L'erogazione della pensione di invalidità civile a uno straniero non può dunque essere subordinata al possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo.

Bonus bebè

In relazione al c.d. bonus bebè previsto dall'art. 1, co. 125 della l. n. 190/14, si richiama l'ord. 1.8.2018 del Tribunale di Monza (in Banca dati ASGI) nella quale si afferma che l'eliminazione della condotta discriminatoria non si consegue solamente attribuendo la prestazione ai soggetti legittimati, ma nel contempo ordinando all'INPS di darne pubblicità sul sito istituzionale e di adeguare i moduli online di richiesta della prestazione, aderendo all'indirizzo giurisprudenziale del Tribunale di Bergamo che già si era espresso in merito alla necessità di imporre all'istituto un comportamento conforme alla legge, sottolineando l'obbligo per l'INPS di dare corretta informazione al pubblico.

Si ribadisce nel testo del provvedimento in esame quanto già evidenziato dalla giurisprudenza di merito maggioritaria e cioè che l'art. 1, co. 125, l. 190/2014, nella parte in cui riconosce il bonus bebè ai soli cittadini stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per i soggiornanti di lungo periodo, contrasta con quanto disposto all'art. 12 della dir. 2011/98/UE che riconosce ai titolari di permesso unico lavoro la parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro di soggiorno in materia di sicurezza sociale nella quale rientra il beneficio in questione riconducibile alle prestazioni familiari di cui all'art. 3, co. 1, lett. j) del reg. 883/2004/CE.

Assegno di natalità

L'esclusione della prestazione prevista dall'art. 1, co. 353, l. 232/2016 alle cittadine extra UE titolari di un permesso unico lavoro istituita tramite circolare INPS 39/2017, che ha esteso a suddetto beneficio i medesimi requisiti previsti per il *bonus bebè*, è stata reputata dai giudici di merito comportamento discriminatorio, sia in quanto non sussiste alcun potere in capo all'Istituto di restringere i potenziali beneficiari della prestazione, sia perché una tale limitazione contrasta con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della dir. 2011/98/UE che, in quanto sufficientemente chiaro preciso e incondizionato, è dotato di efficacia diretta. Al riguardo si richiamano le ordinanze della Corte di Appello di Milano in data 15.5.2018 e del Tribunale di Treviso in data 30.5.2018 (in *Banca dati ASGI).*

Assegno per il nucleo familiare

Il Tribunale di Pavia con ord. 6.6.2018 (in *Banca dati ASGI*) si è pronunciato sul comportamento discriminatorio posto in essere dall'INPS, in relazione alla mancata concessione ai cittadini di paesi terzi, titolari di permesso di soggiorno a fini lavorativi o lungo soggiornanti, i cui familiari a carico risultino residenti all'estero, dell'assegno per il nucleo familiare di cui all'art. 2, l. 153/1988 aderendo all'orientamento del Tribunale di Alessandria (vedi nella rubrica n. 2/2018 il richiamo all'ordinanza del 1.3.2018 in *Banca dati ASGI*), che già aveva evidenziato che tale comportamento costituisce una discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità per violazione del principio direttamente applicabile di parità di trattamento di cui all'art. 12 della dir. 2011/98/UE e all'art. 11 della dir. 2003/109/CE.

La Corte d'Appello di Brescia con sentenza del 16.7.2018 (in *Banca dati ASGI*) ha confermato la pronuncia del Tribunale di Brescia (rigettando la tesi dell'INPS secondo la quale gli assegni per il nucleo famigliare non sarebbero una prestazione assistenziale di carattere essenziale) richiamando la giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha da tempo chiarito che «l'assegno per il nucleo familiare, disciplinato dall'art. 2 del d.l. 13 marzo 1988, n.69, convertito in legge 13 maggio 1988, n.153 – finalizzato ad assicurare una tutela in favore delle famiglie in stato di effettivo bisogno economico ed attribuito in modo differenziato in rapporto al numero dei componenti ed al reddito del nucleo familiare, tenendo conto dell'eventuale esistenza di soggetti colpiti da infermità o difetti fisici o mentali (e quindi nell'assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi ad un proficuo lavoro) ovvero minorenni che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della loro età – ha natura assistenziale, ... (cfr. Cass. 6351/2015)». Inoltre la Corte giunge ad accertarne anche il carattere di essenzialità. Ricondotta la prestazione nell'ambito di operatività della lett. d), del primo paragrafo dell'art. 11 della direttiva 2003/109, la Corte d'Appello ha affermato che «la deroga al principio di parità di trattamento nella materia in esame non può ritenersi conforme alla normativa europea» e costituisce una oggettiva discriminazione. Da ultimo la Corte ha sottolineato che, una volta cessato il rapporto di lavoro, la somma deve essere pagata

direttamente dall'INPS essendo l'istituto l'unico obbligato all'erogazione degli assegni familiari ed ha confermato, anche sotto questo profilo, la sentenza di primo grado. Degna di nota è la circostanza che la Corte abbia accolto l'appello incidentale sulle spese formulato dalla parte appellata, evidenziando che il giudice di primo grado aveva errato nel disporre l'integrale compensazione delle spese che «non risulta giustificata posto che la questione è oramai nota e sussistendo varie altre pronunce (seppure solo di merito) favorevoli a ricorrenti nelle stesse condizioni dell'odierno appellato».

Assegno sociale

La Corte di Appello di Firenze, con sentenze del 22.5.2018 e del 28.6.2018 in diversa composizione (in *Banca dati ASGI*) ha evidenziato che l'erogazione dell'assegno sociale di cui all'art. 3, co. 6, l. 335/1995, sia per i cittadini italiani che per gli stranieri, è subordinata al requisito del soggiorno legale in Italia per dieci anni continuativi previsto dall'art. 20, co. 10, d.l. n. 112/2008 conv. l. n. 133/2008 e che tale previsione supera l'esigenza del possesso della carta di soggiorno di lungo periodo. Per dimostrare il soggiorno legale in Italia per dieci anni continuativi è sufficiente il possesso di più permessi di soggiorno reiterati della durata complessiva e continuativa di dieci anni e l'iscrizione anagrafica. Richiamato il regolamento anagrafico della popolazione residente di cui al d.p.r. n. 223/89 e successive modificazioni, la Corte ha concluso che qualora il richiedente sia iscritto all'anagrafe per il periodo continuativo di dieci anni è onere dell'INPS provare che il soggiorno in Italia sia stato interrotto per significativi periodi «ad es. richiedendo ex art. 210 c.p.c. l'esibizione del passaporto».

l Tribunale di Monza con sentenza in data 7.8.2018 (in *Banca dati ASGI*) si è pronunciato sul contenuto dell'art. 41 TU affermando che «l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali, sono concesse alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno». Sicché, ad avviso del giudice, l'interpretazione restrittiva dell'INPS che pretende di affermare che la carta di soggiorno di cui alla legge n. 388/2000 sia da riferirsi unicamente al titolo «permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo» e non anche al diverso titolo di soggiorno relativo ai familiari di cittadini UE che continua a chiamarsi appunto carta di soggiorno non è fondata né sul dato testuale, né su alcuna ipotizzabile *ratio legis*. Il Tribunale ha sottolineato, richiamando in particolare un precedente della Corte di Appello di Firenze del 2017 che «l'art. 20, comma 10, d.l. 112/2008, convertito con legge con modificazioni nella legge n. 133/2008 ha previsto che "a decorrere dal 1° gennaio 2009, l'assegno sociale di cui all'art. 3 co. 5, l. 8 agosto 1995, n. 335, è corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, per almeno dieci anni nel territorio nazionale". "Nell'interpretazione della normativa appena citata deve ritenersi che il requisito del soggiorno legale e decennale in Italia (richiesta pur anche agli stessi italiani dalla normativa del 2008, come ha notato Corte cost. 15.7.2016, n. 180) è venuto a superare l'esigenza del possesso della carta di soggiorno

di lungo periodo per i cittadini extracomunitari: dovendosi aggiungere che l'interpretazione ora enunciata aderente al testuale e chiaro tenore delle disposizioni citate, risulta l'unica conforme alla Costituzione e alla normativa sovranazionale in materia (artt. 10, primo comma, e 117, primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848", (Corte d'Appello di Firenze, sentenza n. 563 dell'11 maggio 2017*)»*. Il Tribunale ha quindi concluso che il requisito del legale soggiorno in Italia per oltre dieci anni sarebbe da solo sufficiente, in presenza dei requisiti reddituali, ad affermare il diritto al conseguimento del beneficio richiesto, a prescindere da ogni considerazione sul titolo di soggiorno.

Ticket sanitario

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza ex art. 700 c.p.c. in data 31.7.2018 (in *Banca dati ASGI*), ha dichiarato illegittimo il diniego opposto dalla competente ASST alla richiesta di rilascio di esenzione del cd. Ticket sanitario (codice E02**)** poiché assunto in violazione dell'art. 19, d.lgs. 150/2015, norma che aveva abrogato la distinzione tra disoccupati di lunga durata, inoccupati di lunga durata e stato disoccupazione di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. 181/2000 ed ha di conseguenza ordinato l'immediato rilascio dell'attestato di esenzione dalla compartecipazione alla spesa sanitaria ad un richiedente asilo per ragioni di assoluta indigenza, affermando il rischio di vedere definitivamente compromesse le possibilità di guarigione o di miglioramento in assenza di adeguate e costanti cure mediche. (Vedi anche Trib Roma, sez. lav., 13.6.2018 in *Banca dati ASGI*).

Formazione professionale

Il Tribunale di Nola, con ordinanza del 13.9. 2018, (in *Banca dati ASGI*) ha affermato che costituisce discriminazione la previsione, in un bando comunale, del requisito della cittadinanza italiana per accedere a un corso di formazione professionale per *make up artist*, stante anche l'impossibilità di applicare alla fattispecie le norme in materia di pubblico impiego e ciò alla luce delle previsioni di cui agli artt. 2 e 43 TU che garantiscono allo straniero parità di trattamento nell'accesso alla formazione professionale. Applicando quindi il disposto dell'art. 28, d.lgs. 150/2011 che consente al giudice di adottare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, il Tribunale ha ordinato al Comune di riaprire il bando ammettendo al corso tutte le straniere non comunitarie alle stesse condizioni di quelle italiane. Nel medesimo provvedimento il Tribunale ha invece rigettato la domanda risarcitoria formulata dalle associazioni ricorrenti (ASGI e CIDIS ONLUS) in virtù della natura collettiva della discriminazione perpetrata, in difetto dei presupposti per il suo esercizio perché «trattandosi di Comune di piccole dimensioni e di bando riferito alle sole donne residenti con precisi requisiti anagrafici e senza occupazione, non

sarebbe stato difficile individuare specificamente i soggetti potenzialmente lesi dalla discriminazione in commento, sicché difetta a monte il presupposto per un'azione collettiva».

Diritti di segreteria per certificazione alloggiativa

La Corte di Appello di Brescia con sentenza del 30.7.2018 (in *Banca dati ASGI*) è intervenuta in materia di diritti di segreteria per ottenere il rilascio di certificazione alloggiativa confermando la decisione impugnata (emessa dal Tribunale di Bergamo con sentenza del 16 agosto 2015) e ribadendo un indirizzo giurisprudenziale affermato anche dal Tribunale di Brescia (con sent. 18.7.2016). Ad avviso della Corte che, sul punto condivide quanto ritenuto dal Tribunale, la delibera è «apparentemente neutra in quanto la richiesta di certificazione di idoneità alloggiativa può riguardare sia gli italiani sia stranieri ma tale certificato è necessario per i cittadini stranieri per ottenere il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per la stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, per richiedere il ricongiungimento familiare, per acquisire il permesso di soggiorno per motivi familiari, come prescritto dalle norme di riferimento per ciascun istituto menzionate nella parte motiva della sentenza impugnata. La indispensabilità della certificazione di idoneità alloggiativa per gli scopi enunciati rende evidente che l'interesse prevalente al rilascio è sussistente in capo agli stranieri e, soprattutto, che il suo ottenimento condiziona il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, di diritti umani e di libertà fondamentali dei cittadini stranieri». Inoltre la Corte di Appello ha escluso la applicazione della esimente rappresentata dall'art. 3, d.lgs. 215/2003 al quarto comma prevede che «non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari», perché l'entità dell'aumento (del 225% rispetto all'importo precedente) non appare giustificata e proporzionata. Secondo la Corte quindi rendere economicamente gravosa in modo non proporzionato la richiesta di rilascio di certificazione alloggiativa incide su diritti non meramente patrimoniali ma fondamentali dell'individuo ed è in ciò che va ravvisata la natura indirettamente discriminatoria dell'aumento che per la sua entità e per il rango degli interessi coinvolti, conduce al risultato di svantaggiare il cittadino straniero, creando un ostacolo, che può divenire anche preclusivo allo svolgimento di diritti umani e libertà fondamentali a danno quindi di una categoria connotata da una qualità protetta, costituita dalla nazionalità.

Lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione

Il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria con sentenza del 25.6.2018 n. 9 si è pronunciato sul ricorso in appello proposto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo avverso la sentenza del TAR del Lazio che aveva affermato l'illegittimità della scelta di ammettere alla procedura candidati non aventi la cittadinanza italiana, ma quella di altro Stato dell'Unione europea (come il vincitore della selezione relativa al Palazzo Ducale di Mantova

Peter Assmann, di nazionalità austriaca). In particolare si segnala che il Consiglio di Stato, dopo aver riformato tale decisione, ha enunciato, anche nell'interesse della legge, i princìpi di diritto che devono essere applicati: «1. Il Giudice amministrativo provvede in ogni caso a non dare applicazione a un atto normativo nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione europea"; 2. L'art. 1, comma 1, del D.P.C.M. 174 del 1994 e l'art. 2, comma 1, del d.P.R. 487 del 1994, laddove impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale, risultano in contrasto con il paragrafo 2 dell'art. 45 del TFUE e non possono trovare conseguentemente applicazione».

Il Tribunale di Torino con ordinanza del 18.5.2018 (in *Banca dati ASGI*) si è pronunciato su un ricorso proposto dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione ai sensi degli art. 44, d.lgs. 286/1998, 4 d.lgs 215/2003 e 28 d.lgs 150/2011 avente ad oggetto l'accertamento del carattere discriminatorio del «Bando di selezione per la formazione di una graduatoria volta all'assunzione di personale operaio addetto alla manutenzione del verde», emesso dall'Azienda Servizi Territoriali Genova Spa con avviso del 19/10/2017, nella parte in cui indica tra i requisiti per l'ammissione la «Cittadinanza italiana o di Stato appartenente all'Unione Europea». Il Tribunale ha rilevato che non essendo «applicabile alle società a partecipazione pubblica l'art. 38 D.lgs 165/2001, che limita il novero dei soggetti che possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, e non trovando nemmeno applicazione il principio di eterointegrazione, in ragione del fatto che l'illegittimo contenuto costituisce una discriminazione in quanto idoneo a dissuadere fortemente i candidati dal presentare le proprie candidature, è discriminatorio il bando per l'assunzione di operai addetti alla manutenzione del verde nella parte in cui esclude i cittadini dei Paesi terzi» ed ha ordinato all'Azienda Servizi Territoriali Genova Spa di modificare il bando del 19/10/2017, indicando espressamente che è consentita la partecipazione a tutti i cittadini di Paesi terzi in possesso di un titolo di soggiorno che consenta l'accesso al lavoro.

I Tribunali di Milano e di Firenze e di Roma hanno dovuto pronunciarsi in relazione ai bandi del Ministero della Giustizia che in applicazione del criterio organizzativo di cui all'art. 1, co. 1 del d.p.c.m. 174/1994, aveva inserito il requisito della cittadinanza italiana per la partecipazione. Tutti i giudici investiti della questione hanno ritenuto tale previsione di natura discriminatoria.
Il Tribunale di Milano con ordinanza del 11.6.2018 (in *Banca dati ASGI*) ha affermato che il bando del Ministero della Giustizia che prevede il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso alla funzione di mediatore culturale in carcere deve ritenersi illegittimo e pertanto discriminatorio in ragione della nazionalità, con conseguente ordine all'amministrazione di riaprire il bando prevedendo l'accesso ai cittadini dell'Unione e alle categorie di cittadini extra

UE di cui al citato art. 38, d.lgs 165/01 e ciò in considerazione del fatto che il d.p.c.m. n. 174/94, nella parte in cui riserva ai cittadini italiani l'accesso a interi comparti dell'amministrazione senza valutare se i singoli «posti e funzioni» comportino l'esercizio di poteri pubblici, si pone in contrasto con l'art. 38 citato e con la giurisprudenza della CGUE relativa alla applicazione dell'art. 45, co. 4, TFUE.
Il Tribunale di Firenze con ordinanza del 26.6.2018 ha ritenuto che il sopracitato criterio organizzativo di cui all'art. 1, co. 1 del d.p.c.m. n. 174/1994, secondo il quale tutti i posti appartenenti al ruolo civile del Ministero della Giustizia richiedono il requisito della cittadinanza, escludendo così i cittadini UE e i cittadini di paesi terzi di cui all'art. 38 del d.lgs. 165/2001, è incompatibile con la giurisprudenza comunitaria che, prevedendo l'esercizio abituale e non occasionale di pubblici poteri ai fini dell'applicabilità della riserva di nazionalità, implica una valutazione concreta delle mansioni esercitate. Il profilo professionale di assistente giudiziario, rappresentando un'attività meramente ausiliaria e preparatoria, non comporta l'esercizio di pubblici poteri a tutela dell'interesse nazionale e quindi il bando che prevede quale requisito partecipativo il requisito della cittadinanza è discriminatorio. Va segnalato che il Giudice ha accordato tutela risarcitoria alla associazione ricorrente «L'altro diritto onlus - Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità», reputando sussistente la legittimazione attiva, «considerato che con l'esaurimento della procedura concorsuale si è consolidato il danno, di natura collettiva, nei confronti dei cittadini comunitari e degli stranieri rientranti in una delle categoria previste dall'art. 38 comma 1 e comma 3 bis d.lvo n. 165/2001 che, non individuabili in modo diretto, hanno omesso di presentare domanda a causa della clausola in esame. Si tratta di un pregiudizio non patrimoniale, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso alla procedura concorsuale oggetto della causa. Il danno in esame ha natura di danno comunitario, il cui risarcimento deve determinarsi in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività (Cass. sez. L sent. n. 27481/2014; Cass. Sez L sent. n. 13655/2015), quale danno presunto e con valenza sanzionatoria (Cass. SS.UU. sent. n. 5072/2016*)*».

Il Tribunale di Roma, con ordinanza ex art. 700 c.p.c. del 13.6.2018 *(in Banca dati ASGI)*, ha riconosciuto che la figura professionale di assistente sociale nonché quella di mediatore culturale non comportando l'esercizio diretto e specifico di pubblici poteri, operando sempre sulla base di istruzioni impartite dal dirigente, nell'ambito di attività meramente ausiliarie e preparatorie che lasciano inalterati i poteri di valutazione e di decisione dei responsabili degli uffici, ha concluso affermando che il bando del Ministero della Giustizia che richiede per tali figure professionali il requisito della cittadinanza italiana violava il principio di identità di regime introdotto dalla legge n. 97/2013 come interpretata alla luce dei criteri elaborati con riferimento ai cittadini UE dalla Corte di Giustizia, dovendo gli stessi essere applicati in modo uniforme anche ai cittadini terzi appartenenti alle categorie indicate dalla citata disposizione

di legge. In accoglimento della istanza cautelare ha quindi ammesso con riserva alle richieste procedure concorsuali e preselettive nonché selettive parte ricorrente.

Il Tribunale di Torino con ordinanza del 12.6.2018 (in *Banca dati ASGI*) si è invece pronunciato su un ricorso presentato dall'ASGI ai sensi degli art. 44, d.lgs. 286/1998, 4, d.lgs. 215/2003 e 28 d.lgs. 150/2011 con il quale era stato chiesto l'accertamento del carattere discriminatorio dell'«Avviso pubblico per reclutamento personale esterno» emesso dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord in data 19/07/2017, nella parte in cui indicava tra i requisiti per l'ammissione la «cittadinanza italiana, ovvero di uno degli Stati membri dell'Unione Europea». L'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, tuttavia aveva, nelle more del giudizio, provveduto alla rettifica dell'avviso sostituendo la originaria previsione con la richiesta della «cittadinanza italiana ovvero come individuata ex art. 38 commi 1 e 3 bis, del D.gls 165/01», assumendo quindi di aver rimosso il requisito discriminante. Tale rettifica non è stata considerata idonea dal Tribunale perché, trattandosi di selezione di personale esterno per il profilo di mediatore culturale, il limite dell'accesso ai soli cittadini italiani e ai soggetti individuati dall'art. 38 del d.lgs. 165/2001 era comunque discriminatorio in quanto, non essendosi in presenza di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, doveva essere consentita la partecipazione di tutti i cittadini di Paesi terzi in possesso di un titolo che consenta di lavorare.

Discriminazione per molestie

La decisione del Tribunale di Milano del 6.6.2018 (in *Banca dati ASGI*) fa nuovamente applicazione, come già altri precedenti sia dello stesso organo giudicante che del Tribunale di Brescia alla nozione di molestie che, ai sensi della direttiva 2000/43 e del d.lgs 215/03, rientrano nell'ambito della discriminazione. La pronuncia è intervenuta su un ricorso presentato dalle organizzazioni ASGI e APN contro il sindaco Joe Formaggio che aveva utilizzato nel corso di diverse trasmissioni radiofoniche espressioni offensive e razziste. Il Tribunale ha sottolineato che ogniqualvolta l'utilizzo di determinate espressioni sia *«volto a diffondere odio e ad escludere i destinatari dalla compagine sociale»*, sia in grado *«di avvilire la dignità dei gruppi sociali coinvolti»* e umiliante in virtù della *«gratuita attribuzione di qualità inferiori per etnia e nazionalità» può essere esercitata anche* l'azione civile contro la discriminazione di cui all'art. 28, d.lgs 150/11 da parte di enti ed associazioni rappresentativi degli interessi dei gruppi sociali offesi nel caso in cui la molestia sia rivolta all'insieme delle categorie protette (cioè a gruppi individuati per appartenenza a una determinato gruppo etnico, a una nazionalità o a una religione) senza che possa essere identificato direttamente o immediatamente un soggetto leso. Secondo il Tribunale di Milano nei confronti di tali enti o associazioni va riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente al comportamento illecito perché tale condotta discriminatoria frustra direttamente lo scopo

statutario della tutela e dell'esercizio di azioni volte alla protezione dell'eguale dignità e dell'accesso paritario ai diritti fondamentali da tali associazioni promosso.

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

Le previsioni di cui all'art. 12, co. 3 TU: circostanze aggravanti o ipotesi autonome di reato?
Le Sezioni Unite penali della Cassazione (sent. 24.9.2018 n. 40982/18, Rv 15148) hanno risolto una interessante questione giuridica di rilevante impatto pratico di cui avevamo trattato nella rassegna pubblicata nel numero 3/2017 della Rivista.
A fronte di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla natura giuridica di circostanze aggravanti ovvero ipotesi autonome di reato delle previsioni di cui all'art. 12, co. 3 TU rispetto a quelle di cui al co. 1 (che come noto punisce da uno a cinque anni di reclusione e con la multa di € 15.000 per ogni persona la condotta di chi compie atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso di cittadini stranieri nel territorio dello Stato)[1] il massimo consesso interpretativo di legittimità sceglie la prima strada, aprendo la strada alla possibilità di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p di dette aggravanti con eventuali attenuanti, con conseguente applicazione della pena edittale di cui al primo comma. Non si applica pertanto a dette previsioni del co. 3, da qualificarsi come circostanze aggravanti, la preclusione a tale bilanciamento, che invece sussiste, in base al comma *3-quater*, per le diverse circostanze aggravanti di cui ai co. 3-*bis* e 3-*ter*. Le Sezioni Unite, come accennato, dovevano dirimere il contrasto tra due opposti orientamenti della giurisprudenza di legittimità.
Secondo un primo orientamento, valorizzato in particolare dalla sentenza Cass., sez. I., n. 14654/2017, Rv. 259538, commentata in *Rassegna* nel n. 3/2017, nonostante una tecnica di redazione normativa inusuale (frutto delle 11 modifiche succedutesi nel tempo dal 1998), le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 12 sulla base della struttura del precetto (criterio strutturale) risultavano aggiungere elementi di specializzazione al *genus* costituito dalla fattispecie delittuosa di cui al comma 1 (criterio di specialità *ex* art. 15 c.p.) e andavano a rappresentare connotazioni accessorie del fatto, varianti di intensità che ne incrementavano il disvalore, in una prospettiva dunque tipica dell'elemento circostanziale.
Altro indirizzo leggeva invece la norma in chiave di ipotesi autonoma di reato, valorizzando elementi sia di tipo letterale, sia legati alla successione nel tempo delle norme in oggetto e l'argomento relativo al notevole incremento sanzionatorio delle previsioni di cui al comma 3 rispetto alla fattispecie base. Per restituire poi ragionevolezza costituzionale al sistema sanzionatorio nel suo complesso, detta lettura normativa riteneva che mentre la fattispecie di cui al comma 1 andasse configurata come reato di pericolo a consumazione anticipata, quella autonoma di cui al comma 3 richiedesse l'effettivo ingresso della persona straniera in Italia (o altro Stato di cui la persona stessa non sia cittadina) e dunque costituisse un reato di evento (cfr. Cass., sez. I. sent. n. 40624/2014, Rv. 259923).
Era appunto questa la questione oggetto del ricorso in Cassazione assegnato alle S.U.; la sentenza della Corte d'appello di Brescia era stata impugnata dal Procuratore Generale

territoriale, in quanto, in ordine a un reato contestato ai sensi dell'art. 12, co. 3 lett. d), TU – relativo alla condotta di un imputato che aveva ottenuto il fraudolento rilascio di nulla osta al lavoro e di visti di ingresso per 131 cittadini stranieri – i giudici di secondo grado avevano derubricato la condotta ai sensi del comma 1 dell'art. 12 proprio ragionando sul fatto che l'ingresso in questione (ritenuto configurare una ipotesi autonoma rispetto alla fattispecie base) non si era effettivamente verificato.

Orbene le Sezioni Unite – operata una ricostruzione dell'evoluzione nel tempo della normativa e ritenuto in particolare superato con la riforma di cui alla legge n. 94/2009 l'assetto normativo nel quale al centro della previsione del comma 3 c'era un chiaro elemento distintivo costituito dall'elemento del profitto (anche indiretto), che allora giustificava in senso di ipotesi autonoma di reato un salto di qualità rispetto alla previsione del comma 1 – hanno ritenuto più convincenti le argomentazioni sviluppate dal primo indirizzo che qualifica come circostanza aggravante l'ipotesi del comma 3, in conformità del resto ai criteri adoperati in casi analoghi dalla giurisprudenza di legittimità (in particolare le Sezioni Unite insistono sulla centralità del criterio strutturale) per distinguere tra elementi costitutivi e circostanziali di un reato (ad esempio a proposito del rapporto tra la norma di cui all'art. 640-*bis* c.p. e il reato di truffa *ex* art. 640 c.p., oppure in ordine alla previsione di cui al comma 5 dell'art. 73 TU stupefacenti, prima della riforma di cui alla legge n. 10/2014).

Stabilito il principio di diritto nel senso della natura circostanziale delle previsioni di cui all'art. 12, co. 3, TU e così rispondendo al primo quesito loro sottoposto, le Sezioni Unite hanno inteso affrontare approfonditamente anche la seconda questione relativa alla natura del reato, se di evento o pericolo, che peraltro si era posta solo nell'ambito dell'orientamento (respinto dalle stesse Sezioni Unite) che qualificava le ipotesi di cui al comma 3 come figure autonome di reato. Sono state così sviluppate le ragioni per le quali tutte le norme contenute nell'art. 12 attengono coerentemente ad una fattispecie di reato a consumazione anticipata, dovendosi secondo la Corte escludere «che la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 risulti "incentrata su fatti evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione", in quanto le ipotesi contemplate dalle lettere da b) ad e) riguardano condotte compatibili anche con attività che non hanno determinato un effettivo ingresso, mentre il riferimento all'ingresso e alla permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone contenuto nella lett. a) deve essere rapportato alla descrizione generale della condotta contenuta nella prima parte del comma» (cfr. § 8 del considerato in diritto). Non viene accolto neppure l'argomento secondo cui il rigoroso trattamento punitivo si giustificherebbe solo quando la condotta criminosa abbia condotto all'effettivo ingresso irregolare degli stranieri, posto che «il massiccio incremento sanzionatorio è frutto della valutazione discrezionale del legislatore e in nessun modo può univocamente orientare l'interpretazione della norma in senso contrario alla lettera della norma, escludendo dal perimetro della sua applicazione condotte espressamente considerate» (cfr. § 8 del considerato in diritto).

Nella parte finale della sentenza le Sezioni Unite si preoccupano infine di precisare le molteplici conseguenze, ulteriori rispetto alla possibilità di bilanciamento *ex* art. 69 c.p., che derivano dall'affermato principio di diritto per cui le ipotesi di cui al comma 3 sono da ritenersi fattispecie circostanziali della figura-base di cui al comma 1.

La sentenza ricorda in primo luogo come la tale qualificazione comporti ai sensi dell'art. 59, co. 2 c.p. l'imputabilità anche a titolo di colpa, mentre la qualificazione a titolo di figura di autonoma di reato avrebbe richiesto sempre l'accertamento del dolo, e sottolinea come (almeno quando ricorra una solo delle ipotesi di cui al comma 3) l'applicabilità dell'art. 69 c.p. in tema di bilanciamento apra ampi spazi alla discrezionalità del giudice di merito (la Corte rammenta in questo passaggio un principio giuridicamente ovvio, quanto nella pratica giudiziaria poco applicato, ovvero che nonostante la concessione di circostanze attenuanti si possa applicare egualmente l'aumento di pena per le aggravanti non "blindate" da norme specifiche).

La Corte passa poi a disegnare una sorta di protocollo operativo nell'applicazione della varia casistica posta dal regime sanzionatorio di cui all'art. 12, invero di qualche complessità, e nel farlo risolve in particolare due possibili questioni ermeneutiche, in entrambi i casi adottando la soluzione di maggior rigore.

Precisa innanzitutto la Corte che se ricorrono due o più ipotesi di cui al comma 3 (ad es. fatto concernente l'ingresso di cinque o più persone e con utilizzo di servizi di trasporto internazionali), risulta integrata l'aggravante di cui al comma 3-*bis* e con essa il divieto di bilanciamento con attenuanti (diverse da quelle della minore età *ex* art. 98 c.p. e della minima partecipazione *ex* art. 114 c.p.) di cui al comma 4-*quater*. Ciò fa sì che anche l'aggravante di cui al comma 3 venga ad essere sottratta al bilanciamento medesimo e che l'aumento di pena fino ad un terzo di cui all'aggravante *ex* co. 3-*bis* operi sulla pena da 5 a 15 anni, oltre alla multa, determinata in modo autonomo (rispetto alla sanzione del reato base *ex* comma 1) dall'aggravante del comma 3. Ciò perché altrimenti ragionando (e operando prima un bilanciamento tra le attenuanti e l'aggravante di cui all'art. 12, co. 3, e poi l'aumento per il co. 3-*bis*) si perverrebbe a una lettura abrogatrice più che del divieto di cui al co. 3-*quater* (che alla lettera non riguarda le singole circostanze aggravanti del co. 3), dell'ordine di applicazione delle circostanze previsto dalla stessa norma, secondo la quale le attenuanti vanno calcolate solo dopo aver operato l'aumento per le "predette" aggravanti (che sempre alla lettera sarebbero però solo quelle di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* per le quali vige il divieto di bilanciamento, salve eccezioni). Dunque le Sezioni Unite privilegiano in questo caso una soluzione di tipo sistematico rispetto ad altra fondata sul tenore letterale delle norme.

Una seconda questione interpretativa è invece risolta privilegiando il criterio letterale. Si tratta del caso in cui concorrano l'aggravante di cui al comma 3 (che come visto determina la pena in maniera indipendente rispetto a quella della fattispecie base, ma comunque superiore ad un terzo di aumento) e l'altra circostanza ad effetto speciale del comma 3-*ter* secondo la quale la sanzione detentiva è aumentata da un terzo alla metà (quando il fatto sia stato compiuto al fine di reclutamento a scopo di sfruttamento sessuale o lavorativo, ovvero a fine di profitto, anche

indiretto). Ritiene la Corte che «la lettera del comma 3 ter comporta una deroga al principio generale stabilito dall'art. 63, co. 4, c.p. in base al quale, se ricorrono più circostanze ad effetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave ma il giudice può aumentarla: sia quella del comma 3 che quella del comma 3-*ter* sono aggravanti ad effetto speciale, ma, in conseguenza della previsione contenuta nella seconda, si applicano entrambi gli aumenti da esse previste» (cfr. § 11 del considerato in diritto).

In realtà, la lettera del comma 3-*ter* (che risente del riconosciuto faticoso processo di aggiornamento normativo nel tempo) non ci pare così chiara come ritiene la Corte, posto che fa riferimento "ai fatti" di cui ai commi 1 e 3. Mentre non sorgono problemi quanto al richiamo alla fattispecie base di cui al comma 1, questo riferimento ai fatti del comma 3 aveva contribuito a sostenere l'indirizzo sulla natura degli stessi come ipotesi autonome, indirizzo che le Sezioni Unite ritengono come visto di superare a favore dell'opposto orientamento. Una volta qualificati i fatti di cui al comma 3 come circostanze aggravanti, non ci pare così scontato, almeno alla stregua di un criterio letterale, ricavare la conseguenza cui giungono le Sezioni Unite. È certamente vero infatti che esiste un indirizzo consolidato della Cassazione (il *leading case* di tale indirizzo può essere rinvenuto nella sentenza Cass. sez. 6, n. 41233/2007, Rv. 237671, est. Conti), anche in materia di calcolo dei termini di custodia cautelare, secondo il quale «le regole di cui all'art. 63, comma 4, c.p. non hanno ragione di essere evocate in tutti i casi in cui la questione circa l'entità della pena è risolta nell'ambito della singola fattispecie», e laddove vi sia all'interno della norma una stretta concatenazione tra i vari aumenti di pena da operare. L'esempio tipico è quello del concorso tra l'aggravante di cui all'art. 416-*bis*, co. 4, c.p. (associazione di tipo mafioso armata) e quella di cui al successivo comma 6 (per i casi di controllo di attività economiche finanziate con il provento di delitti), che prevede un aumento da un terzo alla metà «sulle pene stabilite dai commi precedenti», compresa quella del comma 4, determinata in modo autonomo rispetto alle ipotesi di partecipazione o promozione all'associazione di cui ai commi 1 e 2: ma in questo caso si deve constatare come il dato letterale sia molto più definito rispetto al comma 3-*ter* e all'insieme dell'art. 12 TU.

In conclusione i piatti della bilancia del trattamento sanzionatorio che grazie all'iniziale affermazione del principio di diritto tendevano a spostarsi verso il basso tornano ad alzarsi molto in alto (soprattutto nei minimi edittali di pena) nella seconda parte della sentenza, lasciando al giudice ben pochi poteri di intervento discrezionale per riportare la proporzionalità nei casi concreti.

Si riporta il testo vigente dell'art. 12 TUI nelle parti qui d'interesse:

Art. 12 Disposizioni contro le immigrazioni clandestine (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 10)
1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato,

ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.
2, Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.
3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui: a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto è commesso da tre o piu' persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti.
3-bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata.
3-ter. La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trame profitto, anche indiretto.
3-quater. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

OSSERVATORI

ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Agenda europea sulla migrazione. Il 16 maggio, la Commissione europea ha pubblicato una nuova relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione (COM(2018) 301 def.), illustrando le azioni intraprese da dicembre 2017 e le carenze riscontrate (soprattutto per quanto attiene alla dotazione della guardia costiera e di frontiera europea, ai bassi tassi di rimpatrio e alla protezione dei migranti lungo le rotte). La relazione è accompagnata da 5 allegati statistici (fondo fiduciario per l'Africa, fondo per i rifugiati in Turchia, guardia costiera e di frontiera europea, reinsediamento, rimpatri). Pur confermandosi la tendenza alla diminuzione degli arrivi osservata nel 2017 nel Mediterraneo centrale, con dati inferiori del 77% rispetto a quelli registrati nello stesso periodo del 2017, si osserva un notevole aumento degli arrivi dalla Turchia dal marzo 2018, sia verso le isole greche (9.349 dall'inizio del 2018), sia attraverso la frontiera terrestre (6.108, nove volte superiore rispetto allo stesso periodo nel 2017). Nonostante la situazione si sia nel complesso stabilizzata lungo la rotta dei Balcani occidentali, nella prima parte del 2018 sono stati registrati aumenti degli spostamenti attraverso l'Albania, il Montenegro e la Bosnia-Erzegovina. Il numero di arrivi lungo la rotta del Mediterraneo occidentale ha continuato a mostrare una tendenza all'aumento, con circa 6.623 arrivi in Spagna dal gennaio 2018 (il 22% in più rispetto ai primi mesi del 2017). Il rapporto illustra l'attività svolta per il controllo delle frontiere (in particolare tramite l'agenzia della guardia costiera e di frontiera, che si prevede di dotare con fondi aggiuntivi, per far fronte alle carenze operative attuali), nei rapporti con i paesi terzi, nella gestione della situazione in Grecia, nella politica di rimpatrio (con un tasso di esecuzione del 36,6% dei provvedimenti) e nell'attuazione del nuovo programma di reinsediamento (che coinvolge 20 Stati membri per oltre 50 000 posti).

Consiglio europeo. Il 28 e 29 giugno si è svolta a Bruxelles una riunione del Consiglio europeo, in cui i temi relativi alle migrazioni hanno rappresentato uno dei punti più importanti all'ordine del giorno dei 28 capi di Stati e di governo. Il vertice era stato preceduto da un mini-summit informale convocato dal Presidente della Commissione europea per discutere sul tema dell'immigrazione e asilo e dalla presentazione di una nota redatta dalla stessa Commissione. Alla riunione informale, svoltasi a Bruxelles il 24 giugno, hanno partecipato i capi di Stato e di governo di 16 Stati membri. In tale occasione, il governo italiano ha presentato un proprio piano in dieci punti, *European Multilevel Strategy for Migration.* Tra le proposte contenute, la creazione di centri di protezione internazionale nei paesi di transito e in vari paesi europei, il superamento dell'attuale "sistema Dublino" ed in particolare del criterio del paese di primo ingresso, la responsabilità condivisa per i migranti raccolti in mare. Nel corso della successiva riunione del Consiglio europeo, si è ampiamente discusso in merito al complesso di misure

adottabili nella materia, anche alla luce delle richieste di maggiore solidarietà provenienti dall'Italia. Pur contenendo le significative affermazioni che la gestione dei flussi migratori costituisce "una sfida, non solo per il singolo Stato membro, ma per l'Europa tutta" e che "l'UE resterà al fianco dell'Italia e degli altri Stati membri in prima linea", le conclusioni adottate all'esito della riunione non contengono purtroppo obblighi precisi, ma solo impegni generici, in gran parte da attuarsi su base volontaria. Le conclusioni prospettano la creazione di centri europei controllati e di piattaforme di sbarco, invitando il Consiglio e la Commissione ad esaminarli più in dettaglio. In questi centri, istituiti negli Stati membri su base volontaria, con il sostegno operativo e finanziario dell'UE, verrebbe effettuata la distinzione tra i migranti irregolari, da rimpatriare, e persone bisognose di protezione internazionale, cui si applicherebbe il principio di solidarietà. Le piattaforme di sbarco regionali garantirebbero che le persone soccorse in mare possano essere sbarcate rapidamente e in condizioni di sicurezza, su entrambe le sponde del Mediterraneo, nel rispetto del diritto internazionale, in particolare del principio di non respingimento. Una posizione negativa è già stata espressa da diversi Stati terzi potenziali destinatari (tra cui Albania, Marocco, Tunisia, Kosovo, Algeria). Su queste due possibili nuove iniziative, a luglio, la Commissione europea ha pubblicato due documenti informali, in cui ha approfondito le possibili modalità di istituzione.

Procedure in corso

Sistema informazione visti. Il 16 maggio la Commissione ha presentato una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 767/2008, il regolamento (CE) n. 810/2009, il regolamento (UE) 2017/2226, il regolamento (UE) 2016/399, il regolamento (UE) 2018/XX [regolamento sull'interoperabilità] e la decisione 2004/512/CE, e che abroga la decisione 2008/633/GAI del Consiglio, COM(2018) 302 def. La proposta è intesa ad aggiornare il sistema di informazione visti (VIS), la banca dati che contiene informazioni su coloro che chiedono visti Schengen. Tutte le domande di visto registrate nel VIS saranno controllate automaticamente in tutti gli altri sistemi d'informazione dell'UE relativi alla sicurezza e alla migrazione, quali il sistema di ingressi/uscite (EES) recentemente istituito, il sistema d'informazione Schengen (SIS) e il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali (ECRIS), tramite un portale unico di ricerca. Questo controllo incrociato obbligatorio permetterà di individuare i richiedenti che usano identità multiple e di identificare chiunque costituisca un rischio sotto il profilo della sicurezza o dell'immigrazione irregolare. Sarà, inoltre, ampliato il campo di applicazione del VIS in modo da includervi anche i dati sui visti per soggiorni di lunga durata e sui permessi di soggiorno, nonché copie dei documenti di viaggio. Queste misure, insieme all'autorizzazione ad accedere al VIS concessa al personale dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, sono intese a favorire l'identificazione e la riammissione dei migranti irregolari sprovvisti di documenti.

Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala (eu-LISA). Il 5 luglio il Parlamento europeo ha adottato in prima lettura la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che modifica il regolamento (CE) n. 1987/2006 e la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 1077/2011, presentata dalla Commissione nel 2017 (COM(2017)0352 def). Il regolamento è inteso a conferire all'Agenzia la capacità e gli strumenti necessari alla gestione operativa centralizzata dei sistemi d'informazione dell'UE per la migrazione, la sicurezza e la gestione delle frontiere. Il testo approvato deve essere definitivamente adottato dal Consiglio.

Sistema informazione Schengen (SIS). Il 12 giugno il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo politico sul testo di tre proposte presentate nel dicembre 2016 dalla Commissione. Si tratta delle proposte di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016) 883 def., COM(2016) 882 def., COM(2016) 881 def. volte ad aumentare l'efficacia operativa e l'efficienza del sistema d'informazione di Schengen (SIS), rispettivamente con riferimento ai settori della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, dei controlli alle frontiere, del rimpatrio dei cittadini di paesi terzi in soggiorno irregolare. Le tre proposte devono essere approvate formalmente dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

Funzionari di collegamento migrazione. Con l'obiettivo di rafforzare l'azione esterna nel settore delle migrazioni, la Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione (rifusione), COM(2016) 303 def. del 16.5.2018. Ai sensi dell'art. 1, par. 1, del regolamento attualmente in vigore, per *funzionario di collegamento incaricato dell'immigrazione* s'intende un rappresentante di uno degli Stati membri distaccato all'estero dal servizio immigrazione o da altre autorità competenti, allo scopo di instaurare e di mantenere contatti con le autorità del paese ospitante per contribuire alla prevenzione dell'immigrazione irregolare e alla lotta contro tale fenomeno. Alla luce della limitata incidenza riscontrata nell'applicazione del testo attuale, la revisione del regolamento è finalizzata a rafforzare il coordinamento e a migliorare l'impiego dei funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione, per consentire loro di realizzare in modo più efficace le priorità dell'UE nel campo della migrazione.

Atti adottati

ETIAS. Ai fini del rafforzamento dei controlli sugli ingressi nell'Unione europea, è stato adottato il regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 settembre 2018 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226. Il sistema si applicherà ai cittadini di paesi

terzi esenti dall'obbligo di visto, così da identificare tempestivamente eventuali pericoli per la sicurezza. Essi dovranno ottenere un'autorizzazione ai viaggi preventiva (non un visto), tramite una domanda online. Le informazioni presentate in ciascuna domanda saranno trattate automaticamente, attraverso un esame dei dati presenti nelle banche dati dell'UE. In assenza di riscontri negativi o di elementi che richiedono un'ulteriore analisi, l'autorizzazione ai viaggi sarà rilasciata automaticamente e in tempi brevi.

Varie

Riforma del sistema comune europeo di asilo. A giugno la Commissione ha reso noto lo stato della riforma del sistema comune europeo di asilo. Il pacchetto di riforma, tuttora all'esame delle istituzioni europee, include sette proposte, di cui alcune sono in fase avanzata di esame: direttiva sulle condizioni di accoglienza; regolamento c.d. qualifiche; regolamento Eurodac; regolamento sull'istituzione di un'Agenzia UE per l'asilo; regolamento sul quadro europeo di reinsediamento. Assai complessi i negoziati per la revisione del regolamento di Dublino.

Liberalizzazione dei visti con il Kosovo. A luglio la Commissione ha pubblicato la seconda relazione al Parlamento europeo e al Consiglio "Aggiornamento sull'attuazione dei parametri rimasti della tabella di marcia per la liberalizzazione dei visti da parte del Kosovo*, come delineato nella quarta relazione sui progressi compiuti del 4 maggio 2016", COM(2018) 543 def. del 18 luglio 2018. La Commissione ha confermato che il Kosovo ha realizzato le ultime due condizioni per la liberalizzazione dei visti relative alla ratifica dell'accordo di demarcazione della frontiera con il Montenegro e al rafforzamento della casistica nella lotta contro la criminalità e la corruzione, soddisfacendo così tutti i parametri di riferimento stabiliti nel 2012 nella tabella di marcia per la liberalizzazione dei visti. Nel maggio 2016 la Commissione aveva proposto al Parlamento europeo e al Consiglio di concedere l'esenzione dal visto dell'UE ai cittadini del Kosovo, a condizione che il Kosovo avesse realizzato le ultime due condizioni, entro la data di adozione della proposta. La Commissione ha, pertanto, invitato il Parlamento europeo e il Consiglio a procedere con l'adozione della proposta.

Tratta di esseri umani. Il 16 marzo si è svolta una riunione a Niamey (Niger) alla quale hanno partecipato i ministri degli affari interni ed esteri di Germania, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Spagna, Guinea, Francia, Italia, Libia, Mali, Mauritania, Niger, Senegal, Ciad, nonché la Commissione dell'Unione africana, i segretariati del G5 Sahel e del CENSAD, su invito del Niger, incaricato della Presidenza del G5 Sahel, con l'obiettivo di migliorare il coordinamento della lotta contro il traffico di migranti e la tratta di esseri umani tra Stati di origine, transito e arrivo di migranti. Oltre a rappresentanti dell'Unione europea all'incontro hanno partecipato l'Organizzazione internazionale per le migrazioni, l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine. All'esito della riunione è stata adottata una dichiarazione congiunta. Il 13 giugno, i direttori di EASO, Europol, EU-LISA, OEDT, Eurojust, EIGE, Agenzia europea di guardia costiera e di frontiera, Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali CEPOL e Eurofound hanno sottoscritto una dichiarazione

comune di impegno per affrontare congiuntamente la tratta di esseri umani, garantendo una risposta coordinata, coerente e globale.

Azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Albania e nella ex Repubblica Jugoslava di Macedonia. Con la decisione (UE) 2018/1031 del Consiglio del 13 luglio 2018, in GUUE L 185 del 23.7.2018, p. 6 ss., è stata autorizzata la firma, a nome dell'Unione, dell'accordo sullo status tra l'Unione europea e la Repubblica d'Albania riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica d'Albania. I negoziati relativi all'accordo erano stati avviati il 13 dicembre 2017 e si sono conclusi positivamente con la siglatura dell'accordo il 12 febbraio 2018. Un analogo progetto di accordo è stato siglato il 18 luglio con la ex-Repubblica jugoslava di Macedonia. Nell'aprile 2018 era stata raggiunta un'intesa a livello tecnico per quanto riguarda il progetto di accordo sullo status con il Montenegro, mentre i negoziati con la Serbia e la Bosnia-Erzegovina sono attualmente in corso. Ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, nei casi in cui è previsto che le squadre della guardia di frontiera e costiera europea saranno utilizzate in un paese terzo in interventi nell'ambito dei quali i membri delle squadre disporranno di poteri esecutivi, o nel caso in cui altre attività in paesi terzi lo richiedano, l'Unione deve concludere con il paese terzo interessato un accordo sullo status.

Cooperazione UE-Africa. Il 3 maggio 2018 si è svolta a Marrakesh, in Marocco, la quinta conferenza ministeriale euro-africana su migrazione e sviluppo, a cui hanno preso parte i rappresentanti di 58 Stati europei e africani (oltre al Commissario europeo alla migrazione e all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza) e all'esito della quale è stata adottata una dichiarazione politica, in cui le Parti hanno ribadito la volontà di dare attuazione al piano d'azione convenuto a La Valletta nel novembre 2015, incorporando ulteriori priorità trasversali.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Si pubblica il documento di **ASGI** sulle «Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113».

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Fornitura e manutenzione di unità navali alla Libia per il contrasto dell'immigrazione irregolare

Il *d.l. 10.7.2018, n. 84* convertito con modificazioni dalla *l. 9.8.2018, n. 98* (pubblicata in G.U. 16.8.2018, n. 189) reca «Disposizioni urgenti per la cessione di unità navali italiane a supporto della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici».

Il decreto era stato emanato per la «straordinaria necessità ed urgenza di assicurare la sicurezza della navigazione nel Mediterraneo, inclusa la corretta gestione delle attuali dinamiche del fenomeno migratorio, con particolare riferimento ai flussi provenienti dalla Libia, attribuendo priorità all'esigenza di contrastare i traffici di esseri umani, nonché alla salvaguardia della vita umana in mare», nonché «considerata la straordinaria necessità e urgenza di incrementare, conformemente alle richieste del Governo libico, la capacità operativa della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici nelle attività di controllo e di sicurezza attraverso la cessione a titolo gratuito, da parte delle Forze armate e delle Forze di polizia italiane, di unità navali, nonché assicurando le risorse necessarie per garantirne la manutenzione e lo svolgimento di attività addestrative e di formazione del personale».

L'art. 1 prevede la cessione a titolo gratuito al Governo libico, di complessive 12 unità navali al fine di incrementare la capacità operativa della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici nelle attività di controllo e di sicurezza per il contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta di esseri umani.

Più nel dettaglio, il comma 1 autorizza le singole componenti di Forze di polizia e di Forze armate alla cessione a titolo gratuito al Governo libico, con contestuale cancellazione dai registri inventariali e dai ruoli speciali del naviglio militare dello Stato, di motovedette fino a un massimo rispettivamente: di n. 10 unità navali CP, classe 500, fra quelle in dotazione al Corpo delle capitanerie di porto - Guardia costiera.

Si tratta di unità navali in vetroresina di circa 10 mt. che possono raggiungere una massima velocità di 35 nodi con un'autonomia di oltre 200 miglia con propulsione ad elica o ad idrogetto. L'equipaggio è composto da 3 persone. Le unità della classe sono entrate in servizio tra il 1997

ed il 2009. Le motovedette sono state costruite in più tranches presso i Cantieri navali del Golfo di Gaeta, Cantieri Tencara di Venezia e Cantieri Stanisci di Taranto. di n. 2 unità navali, da 27 metri, classe Corrubia, fra quelle in dotazione alla Guardia di finanza.

Il comma 2 reca l'autorizzazione di spesa per la copertura degli oneri derivanti dal ripristino in efficienza e dal trasferimento delle unità navali cedute, per un importo pari complessivamente a 1.150.000 di euro, così distinti per ciascuna Amministrazione: in favore del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in relazione alle prime 10 motovedette in dotazione alla Guardia costiera: euro 695.000 per l'anno 2018.

In particolare – come si precisa nella relazione tecnica – per tali unità navali sono previsti interventi di manutenzione correttiva finalizzati a ripristinare la perfetta efficienza, con cancellazione della livrea, per 500.000 euro.

A questi si aggiungono gli oneri per il trasferimento delle unità navali in Libia e per il personale della Guardia costiera da impiegare per tale operazione (195.000 euro di funzionamento delle citate unità navali sono stati calcolati sulla base della tabella di onerosità della classe – costi per ora di navigazione –, in favore del Ministero dell'economia e finanze in relazione alle ultime due unità in dotazione al Corpo della GdF: euro 455.000 per l'anno 2018).

Per quanto concerne la cessione delle unità navali da parte della Guardia di finanza la relazione tecnica quantifica in circa 430.000 euro gli oneri per gli interventi di manutenzione correttiva finalizzati a ripristinarne la perfetta efficienza e l'adeguamento strutturale (ivi incluso il cambio della livrea esterna e lo sbarco dell'armamento fisso e di tutte le strumentazioni-dotazioni classificate.

A tali oneri si aggiungono euro 25.000 euro per il trasferimento delle unità navali in Libia.

L'articolo 2 autorizza, per l'anno 2018, la spesa di complessivi 1.370.000 euro per garantire la manutenzione delle singole unità navali cedute e per lo svolgimento di attività addestrativa e di formazione del personale della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici, ai fini di potenziarne la capacità operativa nel contrasto all'immigrazione illegale e alla tratta di esseri umani. La spesa autorizzata per il Ministero delle infrastrutture è pari a 800.000 euro.

Più nel dettaglio per la formazione e l'addestramento a cura della Guardia costiera italiana la spesa è quantificata in 300.000 euro.

A questi si aggiungono gli oneri di manutenzione ovvero di supporto logistico da assicurare in territorio libico fino alla fine del 2018 e nell'attesa che la componente manutentiva libica acquisisca le necessarie capacità tecniche (500.000 euro). La spesa autorizzata per il Ministero dell'economia e delle finanze è pari a 570.000 euro.

Per l'attività addestrativa relativa alla cessione delle due unità navali da 27 m della classe Corrubia demandata alla Guardia di finanza, i costi complessivi sono stimati in 400.000 euro per l'addestramento dei due equipaggi, composti da 14 unità ciascuno. Per la formazione si prevede un corso, da svolgersi presso la Scuola nautica del Corpo di Gaeta, della durata di tre settimane per 28 frequentatori più due *tutor*. A ciò si aggiungono i costi di gestione manutentiva stimati in 170.000 euro.

L'articolo 2-*bis*, introdotto dal Senato, prevede, al comma 1,che le modalità di utilizzo degli aeromobili a pilotaggio remoto, ai fini dell'attività di ricerca e soccorso e di polizia marittima, nonché per l'espletamento dei compiti d'istituto assegnati al Corpo delle capitanerie di porto-Guardia costiera siano disciplinate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri della difesa, dell'interno, dell'ambiente e delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo. Il provvedimento, sarà emanato – sentito l'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) – entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge.
Il comma successivo dispone che l'attuazione delle disposizioni di cui al comma precedente si provveda nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

Rassegna delle circolari delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi membri dell'Unione europea

Lavoro

Chiarimenti sul requisito della residenza e sulla possibilità per i cittadini dell'Unione europea di rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità ad un impego

La *circolare prot. 00004 del 29.8. 2018 dell'Agenzia nazionale delle politiche attive del lavoro* fornisce chiarimenti in merito al requisito della «residenza» e alla possibilità per i cittadini dell'Unione europea di rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità

A seguito di alcune richieste di parere, emerge l'esigenza di fornire chiarimenti in merito al requisito della «residenza» e alla possibilità per i cittadini dell'Unione europea di rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità, ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 150/2015, e di accedere ai servizi e alle misure di politica attiva del lavoro.
Anzitutto si ricorda che l'art. 45 del TFUE disciplina e assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea, con l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. La libera circolazione dei lavoratori è uno dei principi base dell'Unione europea, in virtù del quale i cittadini di ogni Stato membro hanno il diritto di cercare lavoro in un altro Stato membro, conformemente alla regolamentazione applicabile ai cittadini di quest'ultimo. In particolare, va riconosciuta la medesima assistenza che gli uffici di collocamento offrono ai cittadini dello Stato membro in questione, senza alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità. Peraltro, laddove la persona abbia cessato un lavoro in uno Stato membro mantiene il diritto a rimanervi, per un periodo superiore a tre mesi, secondo le previsioni di cui alla direttiva 2004/38/CE (in particolare, art. 7). Una piena e concreta tutela di tutti i cittadini che si muovono all'interno dell'Unione per trovare lavoro, non può che tradursi, pertanto, nella messa a disposizione delle strutture e dei mezzi che lo Stato assicura ai propri cittadini, quale supporto per l'attivazione e la ricollocazione nel mercato del lavoro.

Pertanto, a livello di legislazione nazionale, il d.lgs. n. 150/2015, all'art. 1, co. 3, stabilisce il diritto di ogni individuo ad accedere ai servizi di collocamento gratuito, di cui all'art. 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, mediante interventi e servizi volti a migliorare l'efficienza del mercato del lavoro, assicurando il sostegno nell'inserimento o nel reinserimento al lavoro.

Alla luce di tale quadro regolatorio, europeo e nazionale, potranno rilasciare la dichiarazione di immediata disponibilità e ricevere i servizi e le misure di politica attiva del lavoro i cittadini dell'Unione europea che soggiornano sul territorio italiano, nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 45 del TFUE e della direttiva 2004/38/CE.

A tale riguardo, si specifica che il riferimento al requisito della "residenza", di cui all'art. 11, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 150/2015, deve necessariamente essere letto in relazione al principio di libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea e dei principi sopra indicati, non potendo costituire, in alcun modo, un ostacolo all'effettiva tutela dei cittadini dell'Unione europea e alla parità di trattamento degli stessi, ai fini di un concreto e reale supporto nella ricerca di un lavoro.

La nota non risolve tutti i dubbi, ma il riferimento alla direttiva UE del 2004 consente di rinviare anche alle sue norme nazionali di attuazione previste nel d.lgs. n. 30/2007, nelle quali la residenza anagrafica è richiesta ai fini dell'attestazione comunale del diritto di soggiorno soltanto per i soggiorni superiori ai 3 mesi, anche per svolgere attività lavorativa (artt. 7 e 9), ferma restando la possibilità di iscrizione al Centro per l'impiego di ogni cittadino UE fin dal suo primo ingresso e soggiorno in Italia entro i primi 6 mesi dall'ingresso senza avere svolto alcuna occupazione e la possibilità di reiscriversi dopo la perita del lavoro svolto (art. 13, co. 3, lett. b).

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

L'interpretazione restrittiva della protezione umanitaria da parte del nuovo Ministro dell'interno – Profili di criticità e di legittimità

La *circolare 4.7.2018, n. 0008819 del Ministro dell'interno* fornisce una nuova interpretazione del riconoscimento della protezione internazionale e la tutela umanitaria.

La circolare è indirizzata a questure e prefetture, ma anche alla Commissione nazionale per il diritto di asilo.

Essa ricorda che sono attualmente in trattazione circa 136.000 richieste di protezione internazionale: un numero significativo e con andamento crescente se si considera che nel 2017 sono state presentate oltre 130.000 istanze di asilo, di gran lunga superiori ai 119.000 migranti sbarcati sulle coste italiane.

La rilevante consistenza dei dati impone un'attenta azione riorganizzativa oltre ad una analisi prospettica della complessiva attività di valutazione delle domande di asilo.

Il primo obiettivo riguarda la riduzione dei tempi per l'esame delle istanze, ai quali è strettamente collegata la durata della permanenza nei Centri di accoglienza; i lunghi tempi di

attesa infatti, oltre ad essere lesivi dei diritti di chi fugge da guerre o persecuzioni, non consentendo un rapido riconoscimento della protezione internazionale, comportano rilevanti oneri a carico dell'Erario. Si ritiene perciò essenziale che i 50 Collegi valutativi, ubicati nelle diverse realtà territoriali, operino a ritmo continuativo (cinque giorni a settimana) sia a livello di Commissione, i cui Presidenti hanno *ex lege* un incarico esclusivo, sia a livello di Sezione i cui titolari sono altresì chiamati a svolgere ulteriori funzioni presso le prefetture.

Al riguardo si chiede ai prefetti di garantire, anche attraverso alternanze, la continuità dell'azione degli organi decisori e si preannuncia che dal 9 luglio 2018, i 250 funzionari amministrativi che stanno completando il percorso di formazione teorico applicativo saranno parte integrante dei Collegi, la cui nuova connotazione risulterà potenziata sia numericamente che sul piano specialistico. Considerato il notevole supporto che gli stessi daranno anche alle attività istruttorie ed amministrative, il cui carico fino ad oggi ha inciso negativamente sulle attività decisionali, si dispone che dal nuovo assetto dovrà prioritariamente conseguire un tangibile segnale di contrazione dei tempi di esame delle istanze, per giungere, con progressiva sequenza, alla decisione delle pratiche pendenti e pervenire, quindi, all'ordinaria e rapida definizione del corrente.

In merito poi al centrale aspetto degli esiti dell'attività delle Commissioni, i dati dell'ultimo quinquennio evidenziano che la percentuale del riconoscimento dello *status* di rifugiato è stata pari al 7%, quella della protezione sussidiaria al 15%; sono stati inoltre concessi permessi di soggiorno per motivi umanitari nella misura del 25%, aumentata al 28% nell'anno in corso.

Si afferma che i permessi di soggiorno per motivi umanitari non siano afferenti l'*acquis* comunitario, e si ricorda che abbiano il proprio fondamento nell'ordinamento nazionale, nell'art. 5, co. 6, d.lgs. n. 286/1998 (TU immigrazione), che prevede la concessione del beneficio qualora «[...] ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», nei casi in cui non sussistono i requisiti per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale.

La circolare afferma che a differenza di quanto accade in altri Stati membri dell'UE, nei quali le tipologie di forme complementari di tutela sono espressamente e tassativamente individuate dalle norme e, pertanto concesse in casi limitati, la citata disposizione normativa italiana, che si afferma essere di carattere residuale rappresenta il beneficio maggiormente concesso dal Sistema nazionale. Nonostante l'avvenuto recepimento nell'ordinamento italiano della protezione sussidiaria, con cui hanno trovato tutela particolari situazioni soggettive e oggettive di vulnerabilità, la norma sul permesso di soggiorno per motivi umanitari è tuttora vigente ed ha, di fatto, legittimato la presenza sul territorio nazionale di richiedenti asilo non aventi i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale il cui numero, nel tempo, si è sempre più ampliato, anche per effetto di una copiosa giurisprudenza che ha orientato l'attività valutativa delle Commissioni.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è stato quindi concesso 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. La tutela umanitaria, concessa inizialmente per due anni, è di fatto generalmente rinnovata in assenza di controindicazioni soggettive, in via automatica e senza il pur previsto riesame dei presupposti da parte delle Commissioni. Si afferma che tale prassi ha comportato la concessione di un titolo di soggiorno ad un gran numero di persone che, anche in base alla normativa europea sull'asilo, non avevano al momento dell'ingresso nel nostro Paese, i requisiti per la protezione internazionale e che, ora, permangono sul territorio con difficoltà di inserimento (salvo i pochi casi in cui il permesso umanitario è stato convertito in permesso per motivi di lavoro) e con consequenziali problematiche sociali che, nel quotidiano, involgono anche motivi di sicurezza.

A tal fine si richiama l'attenzione dei Collegi per il riconoscimento del diritto di 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. Si afferma anche che la stessa più recente giurisprudenza (Cass. civ., n. 4455 del 23 febbraio 2018) ha evidenziato come i "seri motivi" previsti dalla normativa a base del permesso per motivi umanitari sono tipizzati dalla *ratio* di tutelare situazioni di vulnerabilità, calate in concreto, nella complessiva condizione del richiedente, emergente sia da indici soggettivi che oggettivi, laddove questi ultimi sono riferibili alle «condizioni di partenza di privazione o violazione dei diritti umani nel Paese di origine» ritenendo, in tal modo, che nessuna singola circostanza possa di per sé, in via esclusiva, costituire il presupposto per l'attribuzione del beneficio.

Invero «l'accertamento della situazione oggettiva del Paese di origine e della condizione soggettiva del richiedente in quel contesto, alla luce delle peculiarità della sua vicenda personale costituiscono il punto di partenza ineludibile dell'accertamento da compiere».

Si afferma che sono questi i parametri ai quali va necessariamente ancorata ogni valutazione, così come per il riconoscimento della protezione internazionale, non potendo la stessa essere limitata ad una mera constatazione di criticità benché evidenti e circostanziate.

Si richiede perciò la 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, a salvaguardia degli interessi primari della collettività oltre che dei diritti dei richiedenti.

La circolare si sottopone a *numerose obiezioni di legittimità*.

I. Occorre ricordare che per i compiti svolti da ogni Commissione territoriale la circolare del Ministro dell'interno 4.7.2018 è priva di alcun valore giuridico diretto o indiretto.

Dal punto di vista giuridico infatti «ogni Commissione territoriale e ognuna delle sue sezioni opera con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 4, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 25/2008), sicché «la decisione su ogni singola domanda deve essere assunta in modo individuale, obiettivo ed imparziale e sulla base di un congruo esame della domanda effettuato ai sensi del decreto legislativo 19.11.2007, n. 251» (art. 8, co. 2, d.lgs. n. 25/2008).

Si tratta di norme fondamentali a tutela del diritto di asilo, perché significa che ogni decisione su ogni caso deve essere presa senza interferenze esterne e in piena autonomia nell'osservanza dei criteri e principi previsti dalle norme legislative in vigore.

Tali norme adempiono ad un preciso obbligo previsto dalle norme UE che esigono che «le domande siano esaminate e le decisioni prese in modo individuale, obiettivo ed imparziale» (art. 19, par. 3, lett. a) direttiva 2013/32/UE).

Il Ministero dell'interno oltre a nominarne i membri (nei casi, nei tempi e nei modi previsti dalle norme legislative) deve fornire soltanto un coordinamento del necessario supporto organizzativo e logistico alle attività svolte da ogni Commissione territoriale, perché esse «sono insediate presso le prefetture-UTG che forniscono il necessario supporto organizzativo e logistico, con il coordinamento del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno» (art. 4, co. 1, d.lgs. n. 25/2008).

La Commissione nazionale per il diritto di asilo ha invece compiti di:

a) supporto delle attività delle Commissioni (con la banca dati delle COI, il reperimento degli interpreti, i collegamenti con EASO, l'organizzazione della formazione aggiornamento periodico dei suoi componenti);

b) monitoraggio (raccolta dati);

c) indirizzo e coordinamento dell'attività delle singole Commissioni e nell'esercizio di quest'ultima sua funzione può indicare un elenco di Paesi i cui cittadini possono ricevere la protezione internazionale senza colloquio (artt. 5, co. 1-*bis*, e 12, co. 2 e 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008) e il suo Presidente può spostare casi da una Commissione all'altra l'esame di talune domanda in caso di eccessivo contenzioso (art. 4, co. 5-*bis*, d.lgs. n. 25/2008).

Anche quest'ultima attività della Commissione nazionale non può però mai giungere a scalfire il principio dell'indipendenza di giudizio e di valutazione.

È chiaro perciò che a differenza di ciò che accade in altri settori delle amministrazioni pubbliche l'attività di ogni Commissione territoriale per la protezione internazionale non può mai subire interferenze o indirizzi di alcuna natura, neppure mediante circolari ministeriali.

II: Circa la protezione umanitaria importanti precisazioni sono venute recentemente nella sentenza 4455/2018 dalla Corte di Cassazione (che è oggetto di un apposito commento nel presente numero di questa Rivista da parte dell'avv. Castronuovo); essa pare citata nella circolare del Ministro dell'interno del 4.7.2018, in modo incompleto, al punto da non fare capire bene il senso della pronuncia, il che ne può farne distorcere il significato esatto.

Secondo la sentenza la protezione umanitaria ha alcuni elementi fondamentali:

1) il parametro dell'inserimento sociale dello straniero non può essere valorizzato come fattore esclusivo ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, ma può «concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità personale che merita di essere tutelata attraverso il riconoscimento di un titolo di soggiorno che protegga il soggetto dal rischio di essere immesso, nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale, quale quello del Paese di origine, idoneo a costituire significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali inviolabili»;

2) la valutazione circa la compromissione dei diritti non può essere condotta genericamente con riferimento alle carenze del Paese di origine, ma occorre accertare sia la situazione oggettiva nel Paese di provenienza, sia la condizione personale del richiedente asilo, «non potendosi eludere la rappresentazione di una condizione personale di effettiva deprivazione dei diritti umani che abbia giustificato l'allontanamento»;
3) il parametro di riferimento rispetto alla violazione dei diritti umani, in un contesto in cui emerga anche la presenza di un effettivo radicamento sociale, è il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU: occorre fare valutazione individuale, caso per caso, della vita privata e familiare del richiedente in Italia comparata alla situazione personale a cui si troverebbe esposto nel Paese di origine; occorre indagare se la vulnerabilità possa discendere da una «effettiva e incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali»;
4) la condizione di vulnerabilità può «avere ad oggetto anche la mancanza di condizioni minime per condurre un'esistenza della 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 standards minimi per un'esistenza dignitosa». La protezione umanitaria non è collegata alla violazione di diritti alla vita e all'incolumità personale, che vengono principalmente in esame in sede valutazione dei requisiti per la protezione sussidiaria;
5) per il riconoscimento della protezione umanitaria occorre dunque un esame «specifico e attuale della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente, con riferimento al Paese di origine», in comparazione con la sua integrazione e le condizioni di vita privata in Italia, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione dell'esercizio di un nucleo di diritti umani, costitutivo dello statuto di dignità personale.
III. Erroneamente la circolare ministeriale afferma che la protezione umanitaria è prevista soltanto nell'ordinamento italiano.
Invero forme varie di protezione umanitaria sono previste con modalità diverse in 20 su 28 Stati dell'UE, (Austria, Cipro, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Italia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia e Ungheria), come ricorda il *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2017* edito dall'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI), da Caritas Italiana, dalla Fondazione ANCI per la ricerca – CITTALIA, dalla Fondazione Migrantes e dal Servizio centrale del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) in collaborazione con UNHCR.
IV. La circolare del Ministro richiama le Commissioni territoriali incaricate di esaminare le domande a svolgere un'applicazione rigorosa dei presupposti per il rilascio dei permessi di soggiorno per motivi umanitari.
Tuttavia una comparazione a livello europeo dimostra che sono proprio le decisioni adottate finora dalle Commissioni italiane che sono inutilmente molto più severe delle altre.

Infatti secondo l'Ufficio europeo sull'asilo (EASO) la percentuale media di esiti positivi delle domande di asilo nell'UE al maggio 2018 è pari al 34% nelle decisioni di primo grado (a cui poi si assommano in tutti gli Stati UE le decisioni positive a seguito dei ricorsi giurisdizionali). Tale 34% riguarda la protezione internazionale garantita a livello della UE (*status* di rifugiato o *status* di protezione sussidiaria), a cui si deve aggiungere una media del 10% di casi protezione umanitaria riconosciuti nel 2017 da molti Paesi UE.

Ciò significa che a livello europeo la media degli accoglimenti delle domande (inclusa la protezione umanitaria) è complessivamente del 44% e che complessivamente è rigettato il 56% delle domande.

Invece la percentuale delle decisioni di riconoscimento della protezione internazionale adottate in Italia dalle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale è molto inferiore alla media prevista negli altri Stati UE, perché nello stesso mese di maggio del 2018 secondo la Commissione nazionale per il diritto di asilo i riconoscimenti di protezione internazionale erano soltanto dell'11% (7% *status* di rifugiato e 4% *status* di protezione sussidiaria), a cui si aggiunge il 28% di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Si ricava dunque che già oggi vi è una severità forse eccessiva di tante decisioni adottate finora dalle Commissioni italiane che magari preferiscono il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari invece che riconoscere, come invece si fa negli altri Stati UE, soprattutto una delle due forme di protezione internazionale.

Questa eccesiva severità di giudizio delle Commissioni territoriali, a cui talvolta si congiunge una qualche superficialità (derivante forse dalla scarsa preparazione specializzata che avevano i membri delle Commissioni territoriali prima dell'entrata in funzione nel luglio 2018 dei 250 funzionari specializzati assunti per effetto del d.l. n. 13/2017) pare confermata anche dal fatto che circa metà delle decisioni sono poi annullate all'esito dei ricorsi giurisdizionali che invece poi riconoscono la protezione internazionale.

Peraltro ogni caso è diverso e che le medie sono anche condizionate dai diversi Paesi di provenienza: per gli stranieri provenienti da tanti Paesi infatti la media complessiva delle decisioni favorevoli è quasi totale o comunque elevatissima, ben al di là della media complessiva del 40%.

Perciò complessivamente l'esito italiano delle domande di asilo non si può certo dire che sia in modo allarmante per le esigenze della sicurezza, bensì allarmante per l'effettiva tutela del diritto di asilo in Italia.

Infatti a maggio 2018 nell'UE la media è il rigetto in 1^ grado del 51% delle domande (tolti il 15% di permessi per motivi umanitari), mentre in Italia il tasso complessivo di rigetti è del 61%, escludendo anche il rilascio dei permessi di soggiorno per motivi umanitari.

Tutti gli elementi fin qui illustrati dimostrano che, contrariamente a ciò che afferma la circolare ministeriale, finora le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale hanno già agito in Italia in modo troppo severo e affrettato.

Perciò si spera che l'ingresso in tali Commissioni dei nuovi funzionari specializzati a tempo pieno oltre a dimezzare i tempi di esame delle domande possa fortemente aumentare la qualità

delle decisioni in modo da assicurare effettiva e piena attuazione delle norme costituzionali, internazionali ed europee sul diritto di asilo.

La direttiva del nuovo Ministro dell'interno sui servizi di accoglienza per richiedenti asilo

La *direttiva 23.7.2018 del Ministro dell'interno* impartisce un nuovo indirizzo politico-amministrativo circa i servizi di accoglienza per i richiedenti asilo.

Essa afferma che l'elevato numero dei richiedenti asilo oggi presenti, nonostante la sensibile contrazione dei flussi migratori, nelle strutture di accoglienza ove permangono sino alla definizione dell'*iter* procedurale teso al riconoscimento dello *status* – circa 2 anni e mezzo, anche in ragione del generalizzato contenzioso – con significativi oneri a carico dell'Erario, richiede una rivisitazione del sistema di accoglienza, anche mediante la razionalizzazione dei servizi. Si ritiene inoltre che ciò appare ancora più ineludibile se si considera che dalla attività di valutazione delle Commissioni per il riconoscimento della protezione internazionale alla gran parte dei migranti in ospitalità non è stato finora riconosciuto alcun titolo che ne abilita la permanenza sul territorio nazionale.

L'azione, oltre a completare l'intervento già avviato di potenziamento operativo delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status*, a beneficio dei tempi di permanenza nelle strutture, intende ridefinire i servizi di prima accoglienza riservati ai richiedenti asilo, in linea con le raccomandazioni formulate dalla Corte dei Conti nel marzo scorso al termine dell'indagine conoscitiva sul sistema di prima accoglienza, con cui è stato stigmatizzato il «diritto di permanenza indistinto» nei nostri Centri, riconosciuto a chi non ha titolo, con «oneri finanziari gravosi» a carico del bilancio dello Stato.

Pertanto si dispone che gli interventi di accoglienza integrata volti al supporto di percorsi di inclusione sociale, funzionali al conseguimento di una effettiva autonomia personale, dovranno continuare ad essere prestati nelle sole strutture di secondo livello a favore dei migranti beneficiari di una forma di protezione, mentre i servizi di prima accoglienza vanno invece rivisitati anche in un'ottica di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

Muovendo poi dall'analisi dell'accoglienza così come oggi articolata nelle diverse Province italiane e non più caratterizzata dai soli grandi centri collettivi, ma da una differenziata ospitalità in strutture di medie e piccole dimensioni, per la maggior parte costituite da singole unità abitative che evidenziano un'accoglienza fondata piuttosto sulla individualità che sulla visione collettiva, si intende rideterminare i servizi assistenziali e le connesse modalità prestazionali calibrandoli alle diverse tipologie di ospitalità a beneficio di più trasparenti ed appropriate attività gestionali.

Si ricorda che ai richiedenti asilo, in attesa della conclusione della procedura per la definizione dello *status*, sono riconosciute, in conformità ai principi stabiliti dalla direttiva 2013/33/UE, recepita dal d.lgs. n. 142/2015, condizioni materiali di accoglienza idonee ad assicurare loro una vita dignitosa tale da garantirne il sostentamento e tutelarne la salute e che perciò occorre in particolare che:

- con il nuovo impianto siano individuati i servizi prestazionali per gli ospiti delle strutture di prima accoglienza, avendo cura di declinarne le specificità e le modalità esecutive, in coerenza con le dimensioni e le tipologie di struttura (individuali o collettive), definendone il valore di riferimento. Innovando l'attuale schema di capitolato, fondato su un sistema di accoglienza indifferenziato, meglio rispondente alle esigenze dei centri collettivi di grandi dimensioni, dovranno poi essere delineati più schemi di bandi-tipo con relative basi d'asta, cui, al fine di uniformare l'azione amministrativa e razionalizzare la spesa, le prefetture faranno riferimento per soddisfare le esigenze nei propri territori;
- fermo restando le maggiori attenzioni da dedicare alle categorie vulnerabili, i comuni servizi di base di accoglienza devono includere, in linea con la legislazione comunitaria, nello specifico, oltre all'alloggio e al vitto, la cura dell'igiene, l'assistenza generica alla persona (mediazione linguistico-culturale, informazione normativa [...]), la tutela sanitaria e un sussidio per le spese giornaliere, nell'ambito di una corretta e trasparente gestione amministrativa;
- le singole prestazioni andranno anche rese con modalità diversificate e specificamente individuate, più coerenti con la tipologia di accoglienza. A titolo esemplificativo, la somministrazione dei pasti potrà essere assicurata mediante un sistema di mensa nei centri collettivi o soddisfatta mediante la fornitura di derrate nei casi di ospitalità in appartamenti ecc. [...]; in tale ultima circostanza il servizio di pulizia dei locali potrà essere assicurato dagli stessi migranti previa fornitura di specifici materiali, ovvero con un servizio *ad hoc* nelle strutture di grandi dimensioni;
- per le piccole strutture costituite da singole unità abitative situate sullo stesso territorio o in ambiti contigui, al fine di conseguire economie di scala, è necessario attivare connessioni e sinergie sul territorio attraverso modalità di erogazione "in rete" di specifici servizi quali, ad esempio, servizi amministrativi, mediazione linguistico-culturale, informazione normativa [...];
- particolare attenzione deve, infine, essere riservata alla determinazione delle basi d'asta dei servizi, da individuare sulla scorta dei prezzi standard di riferimento stabiliti da centrali di committenza, ovvero indicati dall'ANAC nelle proprie delibere, con valenza regolatoria finalizzata al risparmio della spesa.

Le delineate linee di intervento dovranno essere attuate con l'elaborazione, in raccordo con l'Autorità nazionale Anticorruzione, di un nuovo capitolato – che il Ministro approverà ai sensi della vigente normativa con proprio provvedimento – per la fornitura di beni e servizi, comprensivo degli schemi di bando-tipo e delle altre disposizioni regolanti i rapporti con gli enti gestori, cui i prefetti dovranno attenersi nella predisposizione delle gare d'appalto di competenza per l'accoglienza negli *hotspot* e nelle strutture collettive e individuali dei richiedenti asilo.

Le procedure di notificazione degli atti e provvedimenti delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della Commissione nazionale per il diritto di asilo

La *circolare prot. n. 0006389 dell'8.8.2018 del Presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo presso il Ministero dell'interno* ritorna sulla notificazione degli atti e provvedimenti delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della Commissione nazionale per il diritto di asilo così come previsto dal d.l. n. 23/2017 convertito nella l. 46/2017.
La circolare informa sulla necessità imprescindibile di dare attuazione al d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito con modificazioni nella l. 13.4.2017 n. 46, che all'art. 6, co. 1, lett. a), ha stabilito che tali notifiche per il riconoscimento della protezione internazionale debbano essere effettuate presso il Centro o la struttura in cui il richiedente è accolto o trattenuto ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 142/2015, ovvero presso l'ultimo domicilio noto, a mezzo del servizio postale, qualora il richiedente non sia accolto o trattenuto presso i suddetti Centri o strutture.
Con circolari del 23 giugno, del 27 luglio e del 31 luglio 2017 la Commissione nazionale aveva fornito istruzioni sia per l'attivazione della "PEC dedicata" da registrare nel sistema informatico Vestanet, sia per il concreto espletamento del servizio. L'operatività delle nuove procedure, prevista per il 17 agosto 2017, era stata però sospesa dal Gabinetto del Ministro dell'interno con circolare del 10 agosto 2017.
Ora si impartiscono ai Presidenti delle Commissioni territoriali misure di coordinamento per acquisire le caselle di posta elettronica certificata di tutte le strutture di accoglienza, in modo da fare avviare le nuove procedure dal 30 settembre 2018.

Ingresso e soggiorno

L'agenda digitale per la convocazione dei soggetti coinvolti nelle pratiche dello Sportello unico per l'immigrazione delle prefetture

La *nota prot. n. 0002289 del 10.7.2018 del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo*ha comunicato la conclusione della fase sperimentale, condotta presso alcuni Sportelli unici per l'immigrazione, dell'agenda elettronica per la convocazione dei soggetti coinvolti dalle procedure di competenza degli stessi. Perciò l'agenda digitale, che consentirà la gestione degli appuntamenti presso lo Sportello unico attraverso una funzione di "auto-prenotazione", sarà introdotta sul sistema informatico SPI per essere utilizzata da tutti gli Sportelli unici del territorio nazionale.
L'agenda consentirà la gestione degli appuntamenti, presso lo Sportello unico, da parte dell'utenza esterna attraverso una funzione di "auto-prenotazione", sulla base di un calendario predisposto da ciascuno Sportello secondo le proprie disponibilità.
La nuova agenda, predisposta al fine di uniformare su tutto il territorio nazionale il sistema di calendarizzazione degli appuntamenti dell'utenza esterna, sostituirà qualunque altro strumento finora utilizzato a livello locale e dovrà essere il solo strumento utilizzato dagli Sportelli unici dell'immigrazione direttamente alimentato dal sistema.
Al fine di agevolare la comprensione del funzionamento di detto strumento, è stato realizzato un modulo di e-learning, più diffusamente illustrato nell'allegata nota tecnica.

Inoltre, con riferimento al processo di reingegnerizzazione del sistema SPI, di cui si era fornita notizia con circolare n. 121 del 12 gennaio 2018, si comunica che sono state implementate alcune funzioni del sistema, per le quali si rimanda alla nota tecnica, le quali, compresa l'agenda elettronica, verranno messe in produzione entro luglio 2018.

La NOTA TECNICA

AGENDA ELETTRONICA

Il corso e-learning è reperibile all'indirizzo: http://formazione.dlci.interno.it/, in sostituzione del consueto manuale cartaceo.

Per accedere al corso e-learning dovranno essere utilizzate le seguenti credenziali: NOME UTENTE: utente.spi PASSWORD: Password@12345 e quindi cliccare su "corsi".

In proposito, si richiama l'attenzione sul fatto che l'Ufficio VI del Dipartimento libertà civili e immigrazione non darà più seguito alle richieste di estrazione dati da SPI, finalizzate all'alimentazione di sistemi di agenda implementati a livello locale.

REINGEGNERIZZAZIONE

I. Funzione di caricamento manuale dei dati relativi ai visti di ingresso: questa funzione consentirà l'inserimento dei dati dei visti rilasciati "fuori sistema" i cui estremi vengono portati a conoscenza degli operatori soltanto quando gli stranieri si presentano allo Sportello unico per il primo ingresso. Non sarà, quindi, più necessario richiedere l'intervento dell'Help Desk del Ministero dell'interno. Tuttavia, sarà indispensabile contattare l'Help Desk del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale al numero 06 3691 2436 dedicato all'assistenza SUI, al fine di ottenere conferma dei dati del visto presente sul passaporto dello straniero. In seguito verrà implementata la verifica automatica dei dati inseriti. Come di consueto, il relativo manuale d'uso sarà disponibile sull'home page di SPI.

II. Modifiche alla funzione di statistica: sono stati introdotti tre nuovi campi:

1. "Totale Pratiche Principali": conteggio delle pratiche SM principali (richiedenti ricongiungimento familiare).
2. "Totale Pratiche Derivate": conteggio delle pratiche SM derivate (beneficiari di ricongiungimento familiare);
3. "Richieste Integrazione ITL - esitate": conteggio delle integrazioni ITL esitate

Sarà possibile utilizzare le medesime funzioni di reportistica anche rispetto alle pratiche concluse, che saranno visualizzate in un'ulteriore campo.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Recensioni

Recensione a:

Cristina Cattaneo, Marilisa D'Amico (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, FrancoAngeli, 2016, pp. 128.

di ***Elena Caruso***

A quasi due anni dalla sua pubblicazione, *I diritti Annegati* continua a costituire un primo prezioso riferimento per quanti cercano di orientarsi nel composito arcipelago di soggetti, norme e prassi informali che regolano il recupero, l'identificazione e la sepoltura delle salme dei migranti vittime di naufragio in Italia.
Si tratta di un volume collettaneo, curato da Cristina Cattaneo e Marilisa D'Amico, edito nella collana I diritti negati diretta dalla stessa D'amico e da Gustavo Zagrebelsky.
Particolarmente efficace è il titolo *I diritti annegati*, che appare su un'immagine di copertina che raffigura un mare azzurro nelle cui increspature si leggono le parole del sottotitolo descrittivo: *I morti senza nome del Mediterraneo.*
Il volume si apre con una prefazione di Vittorio Piscitelli, già Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse, alla quale segue l'introduzione delle curatrici. Lo studio è articolato in tre capitoli. Il primo è dedicato alle statistiche sul numero di migranti in arrivo, richiedenti asilo e deceduti durante la traversata. Il secondo capitolo indaga, invece, gli aspetti di diritto nazionale e internazionale in materia di dead migrants. Il terzo capitolo, infine, analizza i profili medico-legali del tema dei cadaveri senza nome.
Come rilevano le curatrici nell'introduzione, i naufragi dell'ottobre 2013 e dell'aprile 2015 hanno mostrato la singolarità del fenomeno delle morti nel Mediterraneo e l'inadeguatezza degli strumenti e delle prassi conosciute nel far fronte a inedite esigenze di giustizia per le vittime e i loro familiari.
La serietà e urgenza del problema è confermata dalle speculari decisioni che i Procuratori di Agrigento per i naufragi dell'ottobre 2013 e quello di Catania nell'aprile 2015 hanno assunto nella gestione delle salme in mare. Se infatti, nel primo caso, il PM agrigentino ha predisposto il recupero dei corpi al fine di dare la possibilità ai familiari di costituirsi parte civile nel procedimento penale a carico degli scafisti, diversamente la Procura di Catania non ha ritenuto tale operazione utile alle indagini (pp.38-41).

Una situazione descritta in termini di grave compromissione dei diritti fondamentali degli scomparsi e dei loro familiari da Marilisa D'Amico e come «il più grande disastro umanitario di massa del dopo guerra» nelle parole di Cristina Cattaneo (p. 15 e p. 21).
Una violazione dei diritti umani che si consuma nel mare nostrum e rispetto alla quale l'Italia ha assunto l'obbligo solitario di intervenire, confermandosi un paese alfiere di civiltà, data la debolezza e scarsa consistenza di un'unione solidale tra popoli europei.
Un'inerzia inspiegabile e resa intollerabile se confrontata con altri disastri del nostro tempo per i quali, nonostante l'altissimo numero di vittime, si è assistito a una mobilitazione internazionale al fine di recuperare e identificare i corpi (come ad esempio è accaduto nel 2004 in occasione dello Tsunami nel Sud- Est asiatico, p. 21).
Il primo capitolo illustra le statistiche sui migranti dalle coste africane verso l'Europa, ed è documentato da grafici, schemi e mappe come quella che mostra i flussi migratori dalle coste africane all'Europa. La ricognizione dei dati e la ricostruzione del quadro è tuttavia resa complessa dalla frammentarietà e non univocità delle fonti, in assenza di un'organizzazione deputata alla raccolta ufficiale di dati sui migranti deceduti durante gli spostamenti.
La rotta più fatale al mondo per le persone migranti sembrerebbe essere la porzione di mare Mediterraneo che va dalla linea nord-africana e lambisce le coste siciliane. Infatti, secondo Fortress Europe, il maggior numero dei cadaveri senza nome tra i dispersi lungo le tratte europee è localizzato nel segmento di mare dall'Africa alla Sicilia. Un dato in drammatica armonia con quelli forniti dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM), secondo la quale nel Mediterraneo si concentrano il 75% dei decessi mondiali per migrazione.
Nel secondo capitolo è proposta una breve disamina dei profili giuridici rilevanti. La tesi sostenuta è quella della sussistenza nel diritto nazionale e internazionale di un obbligo giuridico di recupero e riconoscimento dei cadaveri senza nome.
Secondo Marilisa D'Amico, tale obbligo si rinviene nella Costituzione italiana nei principi di solidarietà e di eguaglianza (artt. 2 e 3), nel sistema di protezione garantito agli stranieri (art. 10) e nella tutela del diritto alla salute psico-fisica (art. 32) con riguardo alla condizione dei familiari ignari del destino del congiunto scomparso (pp. 12-15).
Sempre in relazione ai profili interni, è esaminata la procedura che ruota attorno al riconoscimento disposto dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 116 disp.att. c.p.p. (pp. 41-47). In tal senso le diverse soluzioni approntate dalle Procure di Agrigento e Catania nel 2013 e nel 2015, seppur applicando la medesima disposizione, sembrano confermare la necessità di individuare regole condivise e procedure generalizzate (p. 16) che garantiscano il medesimo trattamento delle salme a prescindere dalla località in cui si è verificato il naufragio (pp. 38-40).
Al livello internazionale, invece, la tutela della dignità delle vittime così come delle loro famiglie a conoscere la sorte dei congiunti scomparsi in occasione di situazioni di conflitti armati ha fondamento nel diritto internazionale umanitario ed è consacrata in diverse disposizioni delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei relativi due Protocolli aggiuntivi del 1977. Ad

esempio, ai sensi dell'art. 17 della prima Convenzione di Ginevra è prescritto l'obbligo per gli Stati di assicurare che i morti siano onorevolmente inumati. L'art. 34 del Primo Protocollo aggiuntivo regola l'accesso alle tombe dei congiunti e contiene la previsione del trasporto delle salme e degli effetti personali nel Paese d'origine (pp.50-53). L'art. 26 della Quarta Convenzione di Ginevra e gli artt. 32 e 33 del Primo Protocollo aggiuntivo riconoscono il *right to know* esistente in capo ai familiari della persona scomparsa. Sebbene riconosciuto nell'ambito del diritto internazionale umanitario, tale diritto parrebbe progressivamente delinearsi nel diritto internazionale dei diritti umani se si considera la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in casi riguardanti sparizioni forzate (sin dalla sua prima decisione *Velàsquez-Rodrìguez c. Honduras* nel 1988) e più recentemente l'*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 dicembre 2006. In senso analogo si è mossa anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sempre in casi riguardanti sparizioni forzate, a partire dall'interpretazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) della CEDU, a partire dal caso *Kurt c. Turchia* del 1998 (pp. 59-60).

Un altro aspetto analizzato nel secondo capitolo sotto un profilo giuridico e poi nel terzo da una prospettiva medico-legale riguarda la predisposizione di strumenti che consentano la virtuosa circolazione delle informazioni sulle salme recuperate al fine di rendere possibile il riconoscimento da parte dei congiunti.

Verso questa direzione si muove la valorizzazione dell'Ufficio del Commissario Straordinario per le Persone Scomparse, istituito nel 2007, prima quindi dell'emergenza dei naufragi nel Mediterraneo. Il potenziamento del ruolo del Commissario Straordinario è in atto attraverso la stipulazione di protocolli tra questo soggetto istituzionale e altri attori come il Laboratorio di Antropologia e Odontologia Forense dell'Università degli Studi di Milano (abbr. LabAnOF). Un importante esperimento pilota è ad esempio quello messo a punto, a seguito dei naufragi dell'ottobre 2014, tra l'Ufficio del Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse e l'Università degli Studi di Milano al fine di raccogliere dati *ante mortem*. Negli ultimi paragrafi del capitolo, è brevemente presentata una riflessione sulla Legge 20 giugno 2009, n. 85 che *ex multis* prevede l'istituzione di una banca dati nazionale del DNA. Non vi sono ancora concreti risultati di questo intervento, perché solo dopo sette anni dall'approvazione della legge è entrato in vigore il regolamento di attuazione. Sono, poi, rilevati nel testo alcuni profili problematici riguardanti l'identificazione mediante utilizzo di banche dati, come quello afferente alla tutela del diritto alla privacy. È poi esplorato il ruolo dell'*International Committee of Red Cross* (ICRC) nella diffusione di best practices tra gli Stati nella circolazione e condivisione di dati sui cadaveri senza nome.

Nel terzo capitolo sono analizzate infine le tecniche medico-legali per la identificazione e il riconoscimento del cadavere senza nome al fine di addivenire al *matching* ovvero a un confronto positivo che si ottiene sulla base del raffronto dei dati *ante mortem*, forniti dai

familiari della persona scomparsa, con i dati *post mortem* del cadavere senza nome. Attenzione è riservata anche alla descrizione delle tecniche scientifiche utilizzate (analisi genetica, dattiloscopia, metodi odontologici etc.).

Il tratto distintivo e allo stesso tempo meritorio de *I diritti annegati* è anzitutto nella combinazione di linguaggi disciplinari che si intrecciano nel volume, come rilevato nella scansione dello studio in tre capitoli, che esplorano il tema dei morti nel Mediterraneo seguendo la prospettiva della scienza statistica, giuridica e medica. Un altro aspetto interessante è, poi, nell'approccio pratico della ricerca. Ne risulta un agile strumento di lavoro che si presta ad essere particolarmente prezioso e adatto per i pratici che operano nel settore dell'immigrazione.

In definitiva, *I diritti annegati* è un libro anche politico, di quei libri di cui in questa congiuntura storica avremmo sempre più bisogno.

.

Segnalazioni bibliografiche

Adinolfi A., *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/20179*), in *Quest. giust.,* 2018, 29.06.2018.

Acierno M., *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Albano S., *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Antenne Migranti, Asgi, Fondazione Alexander Langer, *Lungo la rotta del Brennero. Rapporto di monitoraggio sulla situazione dei migranti a Bolzano e al Brennero*, 2017.

ASGI, *Hotspot di Lampedusa: violati i diritti dei migranti*, www.asgi.it, *Documenti*, 06.07.2018.

Benvenuti M., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Benvenuti S., *Il* Conseil constitutionnel *cancella il* délit de solidarité. *... o no? L'aiuto all'ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente sentenza del* Conseil constitutionnel, in *Quest. giust.,* 07.09.2018.

Carlini V., *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 17.

Cardi P., *Aggravante di negazionismo e nuove condotte tipiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 5.

Casciano S., *Il processo volto al riconoscimento della protezione internazionale: i primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Quest. giust.,* 2018, 28.06.2018.

Celentano S., *Lo status di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

*C*herubini F., *Quattro domande (ed altrettanti tentativi di risposta in tema di migrazioni*, in *Immigrazione.it*, 2018, n. 319, 01.09.2018.

Cornaci M., *Matrimonio fittizio, combinato o forzato e ricongiungimento familiare: orientamenti della Cassazione. Nota a sentenza*, in *Immigrazione.it*, 2018, n. 316, 15.07.2018.

De Vittor F., *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione* in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 1.

De Vittor F., *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 2.

Di Masi M., *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Fam.*, *2*018, n. 3.

Favilli C., *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Facchini D., *Alla deriva. I migranti, le rotte del Mar Mediterraneo, le Ong: il naufragio della politica, che nega i diritti per fabbricare il consenso*, Altreconomia, 2018.

Ferri F., *Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 1.

Gallo F., *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale*, in *Quest. giust.,* 2018, fasc. 2.

Gatta G.L., *La materia penale oltre Oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in*www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2018, fasc. 5.

Gialdino C.C., '*Avanti piano, quasi indietro'. Considerazioni sui risultati del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018 in materia di immigrazione*, in *Federalismi*, 2018, n. 2.

Giammarinaro M.G., *L'individuazione precoce della vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Quest. giust.,* 2018, fasc. 2.

Giliberto A., *La violazione dei diritti umani di uno straniero trattenuto in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, in*www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, fasc. 12.

Giovannetti M., *Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri le persone*, in *Quest. giust.,* 2018, fasc. 2.

GISTI, *L'accompagnement des demandeurs et des demendeuses d'asil en procédure "Dublin*", Note pratique, aprile 2018.

Greco S., *Le ong in acque agitate tra Sicilia orientale e Sicilia occidentale*, in www.questionegiustizia.it, 18,07,2018.

Mentasti G., *Secondo la Cassazione il divieto di* refoulement *vale anche per lo straniero pericoloso ammesso alla protezione sussidiaria*, in*www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, 12.

Mentasti G., *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata deplano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *dirittopenalecontemporaneo.it,* 2018, 3.

Minniti L., *La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione dello straniero in Europa,* in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Morgante G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, nota a Corte Assise Lecce, 25 ott.- 3 lug. 2018, in *Giur. It.*, 2018. n.7.

Morozzo della Rocca P., *Protezione umanitaria una e trina*, in *Quest. giust.,* 2018, fasc. 2.

Morselli C., *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Aracne, Ariccia, 2017.

Omizzolo M. (a cura di), L'asilo come diritto. Richiedenti, strutture e operatori: ricerche e riflessioni, Roma, Aracne, 2018.

Orlando S., *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2018, 1.

Perugia D., *Processo penale allo straniero: alcune osservazioni sul diritto all'interprete e alla traduzione degli atti*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 2018, fasc. 7-8.

Pipponzi M. *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in www.questionegiustizia.it, 05.09.2018.

Procuratore della Repubblica di Torino, *Direttive per un più efficace contrasto dei reati motivati da ragioni di odio e discriminazione etnico-religiosa e per la più rapida trattazione degli Affari dell'immigrazione, nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone*, 9 luglio 2018.

Proto Pisani A., Civinini G., *Per la chiarezza di idee sul problema flussi migratori*, in *Quest. giust.*, 26.07.2018.

Pugliese V., *Il recente rato di tortura antico obbligo costituzionale e internazionale*, in *Giur. it.*, 2018, n. 2.

Puglisi G., *Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale glosse* de iure condendo, Cass. pen. sez, V, n. 2630/2017, in *Giur. it*, 2018, n. 5.

Rigo E., *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in *Quest. giust.,* 2018, fasc. 2.

Romano M.C., *Permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*, www.asgi.it, *Schede*, agg. giugno 2018.

Saccucci A., *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 1.

Salvadego L., *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'"enclave" di Melilla*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 1.

Santoro E., *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Savio G., *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane: obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio Hotspot*, www.asgi.it, *Schede*, agg. giugno 2018.

Sciurba A., *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot *alla decisione della Commissione territoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Serra G., *Mancanza di videoregistrazione del colloquio dinanzi alla Commissione territoriale e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di protezione internazionale: la posizione della Corte di cassazione*, in www.q*uestionegiustizia.it*, 13.09.2018.

Sestieri M., *Mutamenti nella politica criminale dell'Unione*, in*www.dirittopenalecontemporaneo,it*, 2018, 1.

Sorgi C., *L'asilo come diritto,un momento di riflessione sul tema dell'inclusione*, in *www.questionegiustizia.it*, 30 giugno 2018.

Tomaselli E., *Ancora una condanna dell'Italia a Strasburgo. Urge particolare attenzione*, in *Min. Giust.*, 2018, n. 1.

Tramontana E., *Esecuzioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2018, n. 1.

Urban F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della legislazione sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in*www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2018, 1.

Veas J. E., *Il fine di profitto nel reato di traffico illegale di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in*www.dirittopenalecontemporaneo*, 2018, 1.

Veglio M., *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 2.

Venuti M.C., *La Corte eur. dir. uomo e la non discriminazione tra coppie etero e monoaffettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 3.

Zullo L., *L'imposizione del giuramento dell'aspirante cittadino disabile come forma di "emarginazione sociale"*, nota a C. Cost., n. 258/2017, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2.

Riviste e siti internet

MOUVEMENTS, *Les migrants dans l'impasse des gouvernances*, 2018, n. 1, La Découverte.

PLEIN DROIT, La revue du Gisti, *Liberté de circuler: un privilège*, n.116.

PLEIN DROIT, La revue du Gisti, *Etrangers en état d'urgence*, n. 117, giugno 2018.

Questione Giustizia, *L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*, fasc. 2/2018, www.questionegiustizia.it

Documenti e Rapporti

AIDA, Asylum Information Data Base, *Country Report: Italy,*

Commissione nazionale per il diritto di asilo, *Dati e statistiche sull'asilo in Italia*, giugno 2018.

EASO, *Annual Report on the situation of asylum in the European Union 2017*, 18.06.2018.

Fondazione Migrantes, *Il diritto d'asilo. Report 2018. Accogliere, proteggere, promuovere, integrare*, Roma, 2018.

Ministero dell'interno, UNHCR, *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di* referral, Roma, 2017.

Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio in Italia*, Roma, dicembre 2017.

SPRAR, *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore,* aggiornata a giugno 2018.

SPRAR, *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria*, agg. a giugno 2018.

U.N. Office on Drugs and Crime, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, Vienna, giugno 2018.

Siti internet

www.asylumineurope.org, sito del progetto AIDA - Asylum Information Database, dedicato alla mappatura delle procedure di asilo, delle condizioni di accoglienza, della detenzione e della protezione internazionale in Europa.

Table of contents

2018 - Volume 2

ISSUE no. 3

Editorial, *Luca Masera*

Articles

The contribution of the European Union to the international governance of the mass flows of refugees and migrants: ideas for a critical re-reading of the Global Compacts
Daniela Vitiello

The Orlando-Minniti reform one year after its entry into force. The many doubts and the few certainties in the practises of specific sections
Maria Cristina Contini

The "Yellow-Green Government" regards of Islam: the legacy of the XVII legislature
Alessandro Ferrari

Condemned but protected from expulsion. An intersection between criminal law and international protection
Alberto di Martino e Barbara Occhiuzzi

Entry visas denied to spouses: powers of the diplomatic authorities and cultural diversities
Ornella Fiore

Comments

The permit of stay for humanitarian reasons after the judgment of the Supreme Court of Cassation n. 4455/2018
Eugenio Castronuovo

The changes introduced by Legislative Decree 22 December 2017, n. 220 on the protection of unaccompanied foreign minors and the procedure of examination of the application of international protection
Noris Morandi

Denial of refugee status for reasons of public order, espulsion and family ties: what balance. Comment to the Court of Justice EU,Grand Chamber, 2 May 2018, Joined CasesC-331/16 e C-366/16, cases *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-331/16), and *H.F. c. Belgische Staat* (C-366/16)
Giuseppe Sciascia

Same-sex marriages and the right to free movement of European citizens with their family members: observations on the case *Coman v. Romania* of the Court of Justice, *Simone Penasa*

The judgments of the Constitutional Court 106, 107 and 166 of 2018: free movement and illegitimacy of the requirements of long-term residence for the access to housing and social benefits
Alberto Guariso

Overview of European case law

(1 May 2018 – 31 August 2018)
European Court of Human Rights
Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 May 2018 – 31 August 2018)

Italian observatory

(1 May 2018 – 31 August 2018)

Reviews and research materials

Review to: Cristina Cattaneo, Marilisa D'Amico (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo,* FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 128, by *Elena Caruso*