

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 1, Marzo 2020

Vogliamo riferirvi la storia di un viaggio compiuto / da uno sfruttatore e da due sfruttati. Osservatene bene il contegno. / Trovatelo strano, anche se consueto, / inspiegabile, pur se quotidiano, / indecifrabile, pure se è regola. / Anche il minimo atto, in apparenza semplice, / osservatelo con diffidenza! Investigate se / specialmente l'usuale sia necessario.

E – vi preghiamo – quello che succede ogni giorno / non trovatelo naturale. / Di nulla sia detto: è naturale in questi tempi di sanguinoso smarrimento, / ordinato disordine, pianificato arbitrio, / disumana umanità, / così che nulla valga / come cosa immutabile».

(Bertolt Brecht, da: «L'eccezione e la regola», Einaudi, 1970)

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), Mariarosita Pipponzi (magistrato, Brescia), Enrica Rigo (Univ. RomaTre), Mario Savino (Univ. Toscana), 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

Indice

Editoriale, di *William Chiaromonte*

Saggi

Diritto di migrare e diritti dei migranti. Una sfida al costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare

di *Tecla Mazzaresse*

Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare

di *Irini Papanicolopulu* e *Giulia Baj*

La comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica

di *Alberto Pasquero*

La conservazione dei diritti di soggiorno in tempo di Brexit

di *Alessandra Lang*

L'interesse superiore del minore al ricongiungimento familiare tra sovranità statale e regolamento Dublino III

di *Michela Castiglione*

L'accesso degli stranieri al lavoro nelle pubbliche amministrazioni

di *Simona D'Antonio*

Commenti

L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi

di *Giandonato Caggiano*

Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi *Vos Thalassa* e *Rackete*

di *Carol Ruggiero*

Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud. Nota a sentenza Corte ass. app.

Milano, Sezione I, n. 9/2019, ud. 20.03.2019

di *Giulia Mentasti*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 settembre 2019 – 31 dicembre 2019)

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.

Corte di giustizia dell'Unione europea

Concetto di «risorse» ai fini del soggiorno di cittadini di Paesi terzi all'interno dell'UE – Concetto di «minaccia all'ordine pubblico» nel contesto del codice frontiere Schengen – Limiti all'interruzione delle condizioni materiali di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale – Concetto di «avente diritto» nel contesto della direttiva 2004/38.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI: Misure alternative al trattenimento – Espulsioni ministeriali – Ricorso avverso decreto di allontanamento cittadini dell'Unione europea: legittimazione passiva del Ministero dell'interno – Espulsione amministrativa per soggiorno illegale: volontarietà del soggiorno – Espulsione e condizioni di salute – Espulsione e protezione internazionale: espulsione e divieto di refoulement: obblighi del giudice – *Segue*: domanda di protezione internazionale presentata dopo l'adozione di decreto espulsivo – *Segue*: espulsione disposta in pendenza del termine per impugnare il diniego della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza – Profili procedurali. TRATTENIMENTO: Diritto al contraddittorio nell'udienza di convalida e di proroga del trattenimento – Avviso al difensore – Riesame del trattenimento – Termini della proroga del trattenimento – Legittimazione passiva – Cognizione del giudice della convalida sul provvedimento presupposto, manifesta illegittimità – Motivazione – Precedente detenzione – Trattenimento del richiedente asilo, inammissibilità della domanda reiterata *ex art. 29-bis d.lgs. 25/2008* – Risarcimento dei danni da illegittimo trattenimento.

Ammissione e soggiorno

Permesso di soggiorno per lavoro autonomo e diritto al rinnovo per attesa occupazione – Conversione del permesso per lavoro stagionale: requisiti – Rilascio di PSUE e mancanza di passaporto – Revoca del permesso di soggiorno per maltrattamenti in famiglia: presupposti.

Asilo e protezione internazionale

Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – Diritto d'ingresso in Italia per motivi di asilo *ex art. 10, co. 3 Costituzione* – La protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale – Le misure di accoglienza nel sistema della protezione internazionale – I provvedimenti *ex regolamento n. 604/2013* Dublino III – Diritti dei richiedenti asilo e dei titolari di protezione.

Cittadinanza e apolidia

Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. a) Acquisto della cittadinanza per nascita e residenza in Italia sino alla maggiore età. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadino italiano. Successiva revoca di tale riconoscimento. Assenza di valutazione discrezionale nella relativa controversia – Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. Vicinanza dell'istante ad ambienti e movimenti ostili alla sicurezza nazionale. b) Necessario invio della documentazione proveniente dal Paese di origine a corredo della domanda. Titolare di protezione sussidiaria. Pericolosità di tale esibizione per la propria incolumità. Parificazione alla situazione di rifugiato. Esonero da tale incombenza – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Tipologie di condanne per reati quali motivi ostativi all'acquisto. b) Differente ruolo dei motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. c) Necessità in ogni caso di una congrua motivazione. d) Effetti derivanti dalla scadenza dei termini statuiti per il procedimento. e) Conseguenze in esito alla necessaria integrazione della documentazione presentata. f) Ulteriori requisiti quali la sufficienza del reddito e la conoscenza della lingua italiana – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori

FAMIGLIA: Tribunale territorialmente competente in caso di impugnazione del diniego di visto per ricongiungimento familiare. MINORI: Espulsione dello straniero e accertamento della minore età – Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998. Sulla nozione di «gravi motivi». L'onere allegatorio del ricorrente – Sul rilievo del passaggio del tempo nel caso di presenza di precedenti penali – Sul rilascio del permesso UE lungo soggiornanti a favore di straniero titolare di permesso per assistenza minori.

Non discriminazione

Divieto di iscrizione anagrafica – Bonus famiglia – Reddito di cittadinanza – Discriminazione in base alla nazionalità e legittimazione degli enti di cui all'art. 5, d.lgs. 215/2003 – Discriminazione per motivi religiosi – Condizione di reciprocità: riconoscimento del titolo di abilitazione alla professione e iscrizione all'albo degli odontoiatri.

Osservatorio europeo

(periodo 1 settembre 2019 – 31 dicembre 2019)

Atti di indirizzo

Nomina della nuova Commissione europea – Futuro della politica dell'UE in materia di migrazione e asilo – Agenda europea sulla migrazione.

Atti adottati

Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera.

Varie

Attuazione dell'*acquis* Schengen da parte della Croazia – Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera europea con il Montenegro e la Serbia – Facilitazione dei visti con Capo Verde – Reinsediamento – Aggiornamento dell'Atlante della migrazione.

Osservatorio italiano

(periodo 1 settembre 2019 – 31 dicembre 2019)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Il decreto sui Paesi di origine sicuri. I profili di illegittimità e le osservazioni critiche dell'ASGI – L'elenco degli Stati i cui cittadini devono produrre la certificazione sulla situazione immobiliare ai fini dell'accesso al reddito di cittadinanza o alla pensione di cittadinanza – Nuove modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo – Finanziamento fino al 30 giugno 2020 dei progetti in atto nell'ambito del SIPROIMI – Il finanziamento dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati – Il nuovo Fondo di auto ai Paesi interessati ai flussi migratori verso l'Italia – Agevolazioni per il soggiorno dei venezuelani di origine italiana e per le loro domande di cittadinanza italiana.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Attuazione delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate nelle zone di transito o di frontiera – Tempistica per lo svolgimento dei colloqui personali nell'ambito delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri – Chiarimenti procedurali e sostanziali circa le procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri – Rivalutazione e riesame ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria delle domande di protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018 – Elaborazione da parte dell'INPS delle domande degli stranieri di accesso al reddito di cittadinanza – Conversione patenti di guida estere conseguite in età inferiore a quella richiesta dalla normativa italiana – Le procedure per trasferire in Italia lavoratori stranieri nell'ambito dei trasferimenti *intra*-societari – Il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai figli minori – Competenza delle questure alle proroghe di validità dei soggiorni fino a 90 giorni degli stranieri soggiornanti per breve periodo.

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet



EDITORIALE



WILLIAM CHIAROMONTE

Editoriale

A un anno dai decreti sicurezza: eppur (qualcosa) si muove?

Lo scorcio a cavallo fra la fine del 2019 e l'inizio del 2020 ci consegna un quadro politico-istituzionale quanto mai complesso e variegato anche in relazione ai temi che, oramai da più di vent'anni, interessano le pagine di questa Rivista.

Il governo Conte II, in carica dallo scorso 5 settembre e sorretto da un'inedita maggioranza M5S-PD, non ha sinora direttamente toccato il diritto dell'immigrazione e dell'asilo né, in particolare, i due decreti sicurezza prodotti dal governo Conte I – d.l. n. 113/2018, conv. con mod. in l. n. 132/2018, e d.l. n. 53/2019, conv. con mod. in l. 77/2019 –, ai quali nessun correttivo è stato ancora apportato nonostante quanto fosse stato da più parti preannunciato (e sollecitato: si pensi, su tutte, alle riserve espresse dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione). Va, peraltro, segnalato che, da ultimo, il Presidente del Consiglio ha avviato, nell'ambito del programma di riforme che il governo intende realizzare entro la fine della legislatura (la c.d. Agenda 2023), i lavori di una serie di tavoli tematici, a cui partecipano i rappresentanti delle forze politiche di maggioranza. Attorno al tavolo dedicato ai temi della sicurezza e dell'immigrazione si dovrà, dunque, valutare una possibile revisione dei due provvedimenti, revisione che non si prospetta affatto semplice, considerate le profonde diversità di vedute fra le parti in gioco.

Nel frattempo, hanno iniziato a moltiplicarsi gli studi e le valutazioni sull'impatto generalmente negativo prodotto proprio dai decreti sicurezza, le cui criticità dunque continuano – in parte anche in questo numero della Rivista – a sollecitare l'attenzione e le elaborazioni dei giuristi (e non solo: si vedano, da ultimo, Amnesty International Italia, *I sommersi dell'accoglienza. Conseguenze del decreto legge 113/2018 sul sistema di accoglienza italiano*, 2019; Openpolis, Actionaid, *La sicurezza dell'esclusione*, parti I e II, 2019).

Come è noto ai lettori, sono, in particolare, l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e il ridimensionamento – o, forse sarebbe il caso di dire, lo smantellamento – del sistema di accoglienza (e, in particolare, di seconda accoglienza) gli aspetti che hanno sinora intercettato le critiche più feroci da parte di esperti e operatori, in relazione al primo decreto sicurezza; e la chiusura delle acque territoriali e dei porti nazionali per impedire l'ingresso di navi che ivi hanno soccorso migranti, in relazione al decreto sicurezza *bis*. Su questi temi anche la riflessione giuridica è già stata avviata, come dimostrano, fra l'altro, anche i contributi pubblicati tanto nei precedenti tre fascicoli di questa Rivista, quanto in questo numero.

Fra le diverse voci allarmate che si sono levate nel corso degli ultimi mesi meritano particolare attenzione le parole, forti e significative, che da ultimo sono state utilizzate dal Procuratore generale della Corte di Cassazione Giovanni Salvi, il quale, nella sua relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020, ha ricordato che «le scelte sulle politiche

migratorie e di ingresso nel territorio dello Stato competono al legislatore e al governo, purché nel quadro di compatibilità con le norme costituzionali e pattizie, prima tra tutte l'obbligo che il nostro Paese ha assunto per la protezione internazionale di coloro che ne hanno potenzialmente diritto». E, proprio a proposito dei decreti sicurezza, e nello specifico degli effetti di insicurezza che essi stanno paradossalmente già producendo, ha affermato che «se di sicurezza si parla, è bene che sia valutato l'effetto criminogeno e di insicurezza che discende dalla mancanza di politiche razionali per l'ingresso legale nel Paese e per l'inserimento sociale pieno di coloro che vi si trovano. [...] Mentre da anni sono chiusi i canali di ingresso legali e ormai non viene nemmeno più redatto nei tempi prescritti il decreto flussi, la cessazione dell'accoglienza e delle politiche di inserimento (sanitario, di insegnamento dell'italiano, di formazione professionale, di alloggio) creeranno tra breve un'ulteriore massa di persone poste ai margini della società, rese cioè clandestine. Ciò deve essere evitato per molte ragioni, ma per una sopra ogni altra: rendere il nostro Paese ancora più sicuro» (G. Salvi, *Intervento del Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, Roma, 31 gennaio 2020, pp. 29-30).

Particolarmente interessante appare il riferimento al fallimento delle prospettive di integrazione socio-lavorativa dei migranti che, fra gli effetti negativi prodotti in modo particolare dal primo decreto sicurezza, forse è proprio uno di quelli ai quali non è stata ancora dedicata la dovuta attenzione. Tale fallimento è stato emblematicamente rappresentato dalla vicenda dell'azienda *Number 1 Logistic* di Parma che, dopo aver investito – sulla base del progetto *NEXT - New Experiment for Training* (<https://number1.it/n-x-t-new-experiment-for-training/>) – per tre anni circa 130.000 euro nella formazione professionale di 120 fra richiedenti asilo e titolari di permessi provvisori di protezione umanitaria, è stata infine costretta a licenziarli a causa dell'impossibilità di convertire i titoli di soggiorno di cui essi beneficiavano in permessi di soggiorno per lavoro.

Agli effetti negativi prodotti dai decreti sicurezza sin qui ricordati sono andati sommandosi, in quest'ultimo lasso di tempo, ulteriori criticità. Solo a titolo di esempio, resta ancora scoperto il nervo dell'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali in condizioni di parità di trattamento con i cittadini italiani e dell'Unione europea: si pensi solo al Reddito di cittadinanza, le cui restrittive condizioni di fruizione hanno determinato la conseguenza che, stando ai dati pubblicati dall'INPS nell'Osservatorio sul reddito di cittadinanza, aggiornati al 7 gennaio 2020, solo il 6% delle prestazioni sinora erogate è andato a beneficio di cittadini extra-UE, e ciò nonostante che, secondo l'ISTAT, la quota di famiglie straniere povere sul totale delle famiglie povere sia, di media, circa sei volte maggiore (<https://www.istat.it/it/archivio/217650>). Il quadro, peraltro, è stato ulteriormente complicato dalle disposizioni da ultimo introdotte dalla legge di bilancio per il 2020 (l. n. 160/2019;

per un primo esame di tali disposizioni si rinvia alla scheda di lettura predisposta dal servizio antidiscriminazione dell'ASGI: <https://www.asgi.it/notizie/lassurdo-della-legge-di-bilancio->

2020-tolti-i-limiti-di-reddito-per-le-prestazioni-di-famiglia-ma-15-milioni-di-stranieri-restano-esclusi/).

Infine, su un diverso versante non si può non rimarcare con apprensione anche il rinnovo automatico, senza modifiche e per ulteriori tre anni, avvenuto il 2 febbraio 2020, del *memorandum* siglato nel 2017 fra Italia e Libia sul contenimento dei flussi migratori, e ciò nonostante gli impegni a modificarlo assunti da parte dell'attuale governo, da un lato (alcune fonti di stampa hanno nel frattempo reso pubblica una bozza di rinegoziazione che il governo italiano avrebbe trasmesso alla controparte libica: <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/esclusiva-nuovo-memorandum-italia-libia>), e la forte campagna di sensibilizzazione mediatica *Io accolgo* (<http://www.ioaccolgo.it>), lanciata e sostenuta da un'ampia rete di associazioni, enti, organizzazioni della società civile e sindacali, dall'altro. Tale rinnovo desta particolare preoccupazione per le note condizioni nelle quali versano, e continueranno a versare, i migranti intercettati in mare e riportati in Libia, dove sono rinchiusi nei centri di detenzione in condizioni disumane e sottoposti a violenze e torture (su questi aspetti si tornerà a breve, presentando i contributi di Alberto Pasquero e Giulia Mentasti pubblicati in questo fascicolo).

Da quanto sin qui tratteggiato emerge un quadro senza dubbio fosco; almeno un paio di elementi di positività, tuttavia, affiorano, sempre sul versante nazionale, dalle dichiarazioni rilasciate nello scorso mese di gennaio dalla Ministra dell'Interno Luciana Lamorgese. Nel rispondere a un'interrogazione parlamentare, la Ministra ha affermato che è intenzione del governo valutare un provvedimento straordinario di regolarizzazione degli stranieri irregolari già presenti in Italia a fronte della immediata disponibilità di un contratto di lavoro, prevedendo, all'atto della stipula del contratto, il pagamento di un contributo forfettario da parte del datore di lavoro e il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro; e – cosa ancor più interessante – ciò nel quadro più generale di una complessiva rivisitazione delle disposizioni che incidono sulle politiche migratorie e sulla condizione degli stranieri in Italia. Tale auspicabile riesame potrebbe affiancarsi, quindi, al faticoso avvio del percorso di revisione dei decreti sicurezza, del quale si è detto in apertura.

Giova ricordare, a tale proposito, che è attualmente all'esame della Commissione Affari costituzionali della Camera la proposta di legge di iniziativa popolare *Nuove norme per la promozione del regolare permesso di soggiorno e dell'inclusione sociale e lavorativa di cittadini stranieri non comunitari*, presentata nel 2017, che fra l'altro prevede proprio l'introduzione di un meccanismo di regolarizzazione su base individuale dei lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti. Secondo le stime dei proponenti, che hanno rilanciato la proposta il 12 novembre 2019 nell'ambito della campagna *Ero straniero. L'umanità che fa bene* (<https://erostraniero.radicali.it>), l'adozione di un provvedimento straordinario di regolarizzazione porterebbe nelle casse dello Stato un introito, in termini di gettito fiscale, contributi previdenziali e costi amministrativi, stimato in un miliardo di euro per anno.

Infine, e ancora sul versante nazionale, un segnale positivo arriva anche dall'approvazione, da parte del Senato il 30 ottobre 2019, della mozione per l'istituzione di una commissione straordinaria contro odio, razzismo e antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, proposta dalla senatrice a vita Liliana Segre. La commissione speciale dovrà osservare, vigilare, studiare e proporre iniziative atte a contrastare eventi e manifestazioni di razzismo, antisemitismo, intolleranza, istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base dell'etnia, della religione, della provenienza, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche. Mai come in questo momento storico – in cui i deprecabili episodi di antisemitismo, xenofobia e discriminazione sono andati moltiplicandosi: si pensi solo, fra l'altro, a quanto sta accadendo proprio in questi giorni ad alcuni appartenenti alle diverse comunità cinesi presenti nel nostro territorio in relazione alla diffusione del *coronavirus* – la scelta del Senato appare opportuna.

Se queste sono, a grandi linee, le vicende che hanno caratterizzato la situazione italiana degli ultimi mesi – non potendo in questa sede essere affrontati anche i condizionamenti all'agenda politica italiana in materia di immigrazione e asilo che derivano dall'appartenenza dell'Italia all'area Schengen (sul punto si rinvia a M. Savino, *Oltre i decreti sicurezza: la "tirannia di Schengen" sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, ADiM Blog, editoriale, 31 gennaio 2019), né le prospettive che potrebbero aprirsi dopo la presentazione, da parte della Commissione europea, del preannunciato *Nuovo patto in materia di immigrazione e asilo* (cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, 29 gennaio 2020, COM(2020) 37 final) –, i contributi pubblicati in questo numero della Rivista, affrontando, come di consueto, la condizione del migrante nelle sue diverse sfaccettature, aprono a prospettive ben più ampie.

Il saggio di apertura, della filosofa del diritto Tecla Mazzarese, muove da una constatazione senz'altro condivisibile: il dibattito in tema di migrazioni – e, in particolare, sull'individuazione e sull'attuazione di idonee misure per gestirne cause ed effetti – sarebbe stato, quantomeno negli ultimi trent'anni, e sarebbe tuttora un «dibattito duplicemente compromesso», e ciò tanto sotto il profilo ideologico (dal momento che le migrazioni sono state generalmente lette e approcciate come un fenomeno emergenziale e non strutturalmente sistemico, e sovente sulla scorta di pregiudizi identitari, culturali o religiosi), quanto sotto quello metodologico (il che si riassume, essenzialmente, nella scarsa attenzione dedicata alla complessità del fenomeno).

Su queste basi l'Autrice sostiene che sia anzitutto necessaria «una ridefinizione organicamente complessiva dei termini della tutela e attuazione dei diritti fondamentali che [...] individuano l'unica strategia per porre fine se non a tutte le possibili forme di migrazione almeno a quelle di chi vi è costretto dal venir meno delle condizioni minime della propria sopravvivenza».

In secondo luogo, essa auspica che anche gli interventi del «diritto (inter)nazionale» – inteso come diritto nazionale, regionale e internazionale – dei diritti fondamentali in tema di migrazioni, finalizzati a rendere effettivo lo *ius migrandi* e a garantire la tutela dei diritti di chi lo esercita, «il ritardo e la colpevole ambiguità» del quale sono energicamente stigmatizzati

– un significativo aumento delle morti per annegamento»; dall'altro, nella realizzazione di un sistema «volto ad intercettare e trasferire forzatamente in Libia i migranti in fuga dal Paese attraverso il Mediterraneo, nella consapevolezza che una volta sbarcati sarebbero stati esposti ad un elevato rischio di divenire vittime di gravissimi reati tra cui omicidi, torture e violenze sessuali».

Secondo l'Autore, anche il solo possibile avvio della c.d. valutazione preliminare, all'esito della quale potrebbe essere richiesta l'autorizzazione alla formale apertura dell'indagine vera e propria, di per sé «costituirebbe, da un punto di vista politico, un fatto inaudito e straordinariamente significativo». Appare, pertanto, condivisibile la conclusione cui esso giunge: la comunicazione, «anche solo per aver coraggiosamente imposto all'ordine del giorno [...] una questione che sembra ancora a molti un tabù, ha già raggiunto un primo, importante risultato».

È dedicato alle conseguenze della *Brexit* sulla salvaguardia dei diritti di soggiorno di coloro che hanno esercitato la libera circolazione delle persone (e, dunque, dei cittadini del Regno Unito negli altri Stati membri dell'Unione, da un lato, e dei cittadini dell'Unione residenti nel Regno Unito, dall'altro) il saggio di Alessandra Lang. L'Autrice, dopo aver ripercorso le tappe essenziali del processo di *Brexit* conclusosi il 31 gennaio 2020, quando il Regno Unito ha ufficialmente cessato di essere uno Stato membro dell'Unione europea, dedica la sua attenzione ai contenuti dell'accordo di recesso, in vigore dal 1° gennaio 2020, che, «per quanto imperfetto», contiene – nella sua seconda parte – anche un'apposita disciplina proprio in tema di conservazione dei diritti di soggiorno delle «vittime della *Brexit*».

Anche gli scenari che si sarebbero prospettati in caso di c.d. *hard Brexit*, ossia qualora il recesso si fosse verificato senza l'approvazione dell'accordo, vengono esplorati; in tale ipotesi, i diritti di soggiorno sarebbero, difatti, stati salvaguardati dalle disposizioni legislative adottate dagli Stati membri. In particolare, l'Autrice analizza le pertinenti disposizioni contenute nel d.l. n. 22/2019, conv. in l. n. 41/2019, con le quali l'Italia ha sia regolato la conservazione dei diritti di soggiorno dei cittadini britannici sul proprio territorio, sia regolato la condizione di questi ultimi per la fase successiva al recesso, quale che ne sia la modalità.

Tornando sul versante del diritto internazionale, il contributo di Michela Castiglione è dedicato alla valutazione dei possibili profili di illegittimità delle prassi, emerse a seguito di un periodo di monitoraggio condotto in Grecia, che – alternativamente o cumulativamente – determinano una limitazione dell'applicazione del principio del superiore interesse del minore e del diritto all'unità familiare all'interno della procedura di cui al regolamento 604/2013/UE (c.d. Dublino III).

La prima di tali prassi, portata avanti da alcuni nuclei familiari di richiedenti asilo e rifugiati, si riscontra nell'ipotesi dei c.d. movimenti secondari, ovverosia qualora il minore, dopo essere giunto assieme alla sua famiglia in Grecia, si sia poi spostato in Germania (presumibilmente) allo scopo di radicarvi, attraverso i criteri sul ricongiungimento familiare o la clausola umanitaria, la competenza dell'esame della protezione internazionale dell'intera sua famiglia.

In relazione a quest'ipotesi, l'Autrice si propone di verificare se, come ritenuto dalle Unità Dublino Germania e Grecia, evidentemente intimorite dallo spettro dei fenomeni di c.d. *asylum shopping*, «il ricorso a tecniche ipoteticamente elusive del regolamento – quali la separazione del nucleo familiare all'interno degli Stati membri – contrasti *sic et simpliciter* con il superiore interesse del minore».

La seconda prassi, invece, si riscontra nell'ipotesi in cui la richiesta di presa in carico dei genitori rimasti in Grecia sia trasmessa tardivamente (rispetto a quanto previsto dal regolamento Dublino III) all'Unità Dublino Germania, dove si trova il minore, il che determina che quest'ultima possa esaminare la domanda del minore e, al contempo, rigettare la presa in carico dei genitori, così determinando una separazione del nucleo familiare. In questo caso, la questione è «se sussista un obbligo da parte di uno Stato membro a ritenersi competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale qualora l'applicazione dei termini procedurali previsti dall'art. 21 del regolamento Dublino comporti una violazione del superiore interesse del minore all'unità familiare».

L'indagine di Simona D'Antonio, al confine fra la ricostruzione giusamministrativistica e quella giuslavoristica, affronta il tema – che essa stessa definisce «non nuovo, ma ancora ricco di questioni aperte» – dell'accesso degli stranieri al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Si tratta, difatti, di una materia che non ha ancora raggiunto un assetto definitivo, trovandosi essa ancora in bilico fra una disciplina normativa plurale ed eterogenea, specie sul versante nazionale, nonostante le spinte uniformatrici provenienti dall'ordinamento dell'Unione europea, e discordi indirizzi giurisprudenziali, nazionali ed europei.

Dalla ricostruzione storica della riserva di cittadinanza all'interno della disciplina del pubblico impiego – riserva che rappresenta «l'eredità, al netto degli elementi caducati per effetto del processo di integrazione europea, della natura pubblicistica assunta in Italia dal rapporto di lavoro con la P.A. in un dato momento storico» – emerge chiaramente come essa sia stata progressivamente ridimensionata per mano della giurisprudenza della Corte di giustizia, del legislatore nazionale e della giurisprudenza interna. Un tale ridimensionamento ha seguito due strade: anzitutto, da un punto di vista oggettivo, la restrizione del novero degli impieghi riservati ai cittadini italiani, sospinta principalmente dai giudici di Lussemburgo; e poi, da un punto di vista soggettivo, l'ampliamento della platea degli stranieri che possono accedere agli impieghi non riservati, operato dalla parte maggioritaria della giurisprudenza nazionale di merito, la quale ha cercato in via interpretativa di estendere – facendo prevalentemente uso del diritto antidiscriminatorio – agli stranieri extra-UE il medesimo regime di accesso previsto per i cittadini degli Stati membri. L'Autrice conclude condivisibilmente auspicando «un intervento legislativo che, tracciati con chiarezza e nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia i confini tra ambito del lavoro pubblico riservato ai cittadini italiani ed ambito aperto ai cittadini di altri Paesi, affermi la piena ed uguale accessibilità degli impieghi non riservati tanto ai cittadini europei quanto a quelli extraeuropei».

All'interno della rubrica *Commenti* lo scritto di Giandonato Caggiano, traendo spunto dalla recente approvazione dei regolamenti UE 2019/817 e 2019/818 (che istituiscono, rispettivamente, un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'Unione nel settore delle frontiere e dei visti, il primo, e della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione, il secondo), affronta, nella prospettiva del diritto dell'Unione, la delicata questione dell'interoperabilità fra le molteplici banche-dati che, nell'ambito di un'unica architettura informativa europea, oggi raccolgono e custodiscono dati personali dei cittadini di Paesi terzi che, a vario titolo, sono entrati ed entrano in contatto con l'ordinamento dell'Unione.

Muovendo dal rilievo che si tratta di «un campo di difficile delimitazione delle competenze tra Unione e Stati membri», l'Autore esamina il «reticolo dei regolamenti istitutivi delle banche-dati» dell'Unione appartenenti allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia che disciplinano la raccolta, il trattamento, l'accesso e la conservazione dei dati personali dei cittadini di Paesi terzi, illustrandone le principali caratteristiche e le recenti modifiche nell'ottica dell'interoperabilità. Al contempo, esso evidenzia – anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia – i potenziali pericoli connessi all'ingerenza nel diritto alla protezione dei dati personali dei cittadini di Paesi terzi e, più in generale, il complesso «bilanciamento tra il godimento dei diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati e le esigenze di sicurezza pubblica».

Nella stessa rubrica, Carol Ruggiero – ponendosi, come si ricordava, idealmente in posizione complementare rispetto al saggio di Irini Papanicopolupu e Giulia Baj, del quale si è già detto – approfondisce la dibattuta questione della giustificazione delle attività di *search and rescue at sea*, commentando i recenti provvedimenti giudiziari dei Tribunali di Trapani e Agrigento che si sono pronunciati in relazione a due vicende che hanno avuto un forte impatto mediatico e (strumentalmente) politico: quella del soccorso di circa sessanta migranti ad opera del rimorchiatore *Von Thalassa* l'8 luglio 2018 al largo delle coste libiche; e quella del soccorso di 53 migranti da parte della nave umanitaria *Sea Watch 3*, comandata da Carola Rackete, il 12 giugno 2019 in acque internazionali (per la precisione, nella *search and rescue region* libica). Pur collocandosi nel filone giurisprudenziale che esclude «la responsabilità penale dei soggetti che intercettano e trasferiscono sulle coste italiane i migranti in pericolo di vita provenienti dalla Libia, facendo prevalentemente leva sulla sussistenza di cause di giustificazione della loro condotta», le due sentenze commentate, discostandosi da alcune pronunce precedenti, hanno innovativamente fondato l'esclusione della punibilità non già sullo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, bensì applicando le cause di giustificazione della legittima difesa (*art. 52 c.p.*), in un caso, e dell'adempimento di un dovere (*art. 51 c.p.*), nell'altro.

Chiude la rubrica dei *Commenti* il contributo di Giulia Mentasti, la quale esamina la sentenza della Corte d'assise d'appello di Milano che, nel marzo 2019, ha confermato la condanna all'ergastolo inflitta nell'ottobre 2017 dalla Corte d'assise di Milano a Osman Matammud, cittadino somalo ventiquattrenne riconosciuto responsabile della gestione del centro di detenzione per migranti di Bani Walid, in Libia. In particolare, la ricostruzione dei fatti ha

consentito di confermare le efferate violenze compiute all'interno del campo dal Matammud, e concretatesi nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte di alcune delle persone sequestrate, nell'omicidio di numerosi cittadini somali tenuti in sequestro commesso per motivi abietti e con sevizie, in gravi violenze sessuali ai danni di alcune cittadine somale, anche minorenni, trattenute nel campo e nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, avendo egli concorso a organizzare il trasporto illegale in Italia di centinaia di cittadini somali.

Come sottolinea l'autrice, «la totale conferma dei fatti e delle responsabilità avvenuta in secondo grado rievoca, a due anni di distanza, quella *routine* di brutalità alla quale i migranti si consegnano rassegnati nella speranza che, per quanto terrificante, sia l'anticamera del futuro». La sentenza, quindi, offre l'occasione per tornare a riflettere sulle condizioni dei migranti trattenuti in Libia e sulle responsabilità di quanto avviene nei campi di detenzione: essa spinge a puntare i riflettori «su una realtà che l'Italia e l'Europa fingono di ignorare e, anzi, alimentano con politiche migratorie miopi e criticate collaborazioni con le stesse autorità libiche». E ciò pare quanto mai opportuno all'indomani del rinnovo del *memorandum* siglato nel 2017 fra Italia e Libia, del quale si è già detto.

Completano il fascicolo, come di consueto, le rassegne giurisprudenziali che danno conto dell'evoluzione, nelle corti nazionali e sovranazionali, del diritto dell'immigrazione e dell'asilo nell'ultimo quadrimestre, gli osservatori dei principali atti normativi nazionali e dell'Unione europea e la rubrica *Recensioni e materiali di ricerca*.

Chiudiamo questo editoriale rivolgendo un pensiero a Ani Guibahi Laurent Barthélémy, il quattordicenne trovato morto, lo scorso 7 gennaio, nel carrello di atterraggio di un aereo proveniente da Abidjan, in Costa D'Avorio, e diretto a Parigi. «Questo bambino che deve nascondersi in un carrello aereo per raggiungere l'Europa mentre il caffè e il cacao della Costa D'Avorio viaggiano senza trovare nessun muro, nessun confine, persino spesso nessuna ispezione è il simbolo terribile dell'ignoranza del dibattito politico. [...] Dopo tutte le parole su questa tragedia non vi è che una cosa da fare. [...] Forse conviene solo tacere di fronte a questo bambino morto di freddo per l'unica possibilità di felicità che gli era stata data: scappare di nascosto» (R. Saviano, *In memoria di un bambino morto in aereo sognando l'Europa*, in *La Repubblica*, 9 gennaio 2020).



SAGGI



Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

DIRITTO DI MIGRARE E DIRITTI DEI MIGRANTI. UNA SFIDA AL COSTITUZIONALISMO (INTER)NAZIONALE ANCORA DA SUPERARE

di Tecla Mazzaresse

Abstract: *In aperto dissenso con chi, dall'8 agosto 1991, continua a parlarne e ad affrontarli in termini emergenziali, in questo lavoro, i flussi migratori non sono considerati eccentriche ed episodiche emergenze ma fenomeni strutturalmente sistemici, complessi e plurali nella molteplicità di variabili che li condizionano e connotano. Da qui le due affermazioni difese in questo lavoro: (i) la necessità di una ridefinizione organicamente complessiva dei termini della tutela e attuazione dei diritti fondamentali che, nell'indivisibilità del loro insieme e nel loro doppio legame con la salvaguardia dei beni fondamentali, individuano l'unica strategia per porre fine a quelle forme di migrazione di chi vi è costretto dal venir meno delle condizioni minime della propria sopravvivenza; (ii) la necessità che anche gli interventi per porre finalmente rimedio alle troppe reticenze e incertezze del diritto (inter)nazionale nella declinazione delle garanzie per rendere effettivo il diritto di migrare e per tutelare i diritti di chi migra, debbano essere pensati e posti in essere nella prospettiva di una ridefinizione complessiva della tutela dei diritti fondamentali nella loro totalità e della loro interazione con la salvaguardia dei beni fondamentali.*

Abstract: *Contrary to those who continue to address them in emergency terms since 8 August 1991, in this work migratory flows will be dealt with not as eccentric and episodic emergencies but as structurally systemic, complex and plural phenomena in the multiplicity of variables that condition and characterize them. Hence the two statements that will be defended in these pages are: (i) the need for an organically comprehensive redefinition of the protection and implementation of fundamental rights which, in their indivisibility and double bind with the safeguarding of fundamental goods, identify the only strategy to put an end to the forms of migration of those forced by the loss of minimum conditions for their survival; (ii) the need that the also the interventions to finally remedy the uncertainties and delays of the (inter)national law concerning the right to migrate and the protection of the rights of those who migrate, are to be conceived as part of the overall redefinition of the protection of fundamental rights in their interaction with the safeguarding of fundamental goods.*

DIRITTO DI MIGRARE E DIRITTI DEI MIGRANTI. UNA SFIDA AL COSTITUZIONALISMO (INTER)NAZIONALE ANCORA DA SUPERARE*

di Tecla Mazzaresse**

SOMMARIO: 1. Un dibattito duplicemente compromesso. – 2. Migrazioni: un fenomeno complesso e plurale strutturalmente sistemico. – 3. Sovranità statale, diritto di migrare, diritti dei migranti. – 3.1. Alterne vicende dell'asimmetria fra *ius emigrandi* e *ius immigrandi*. – 3.2. Una sfida al costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare. – 4. Cause delle migrazioni (forzate), tutela dei diritti e salvaguardia dei beni fondamentali.

«La strada del razzismo, dei ghetti e anche dei numeri chiusi, non solo è immorale e assurda, ma alla fine è impraticabile [...] bisogna sapere che [...] dovranno cambiare le nostre regole e le nostre forme di aggregazione e quindi noi stessi. [...] La stessa questione dei diritti si estende e si complica, perché ci sarà bisogno di mettere in campo nuove parità ma anche nuove differenze [...] e allora, se non vogliamo fermarci a qualche concessione, o se mai al soccorso e alla carità, dobbiamo riconoscerli, cioè conoscere la loro storia e la ragione profonda del loro sbarcare qui da noi, del loro “viaggio”»***.

«[P]ossiamo ben dire che il popolo dei migranti è oggi il *soggetto costituente* di un nuovo ordine mondiale e, al tempo stesso, dell'umanità come soggetto giuridico. Per tre ragioni, la prima legata alle spaventose *disuguaglianze materiali* da cui sono provocate le emigrazioni, la seconda legata alle tante *differenze di identità* dalle quali il popolo dei migranti è attraversato; la terza legata alle *disuguaglianze nei diritti* e alle *differenze di status* che tuttora dividono l'umanità»****.

* Una prima stesura di questo testo è stata presentata il 24 giugno 2019 al seminario su «Il respingimento dello straniero» organizzato dal Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano-Bicocca, insieme con ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione) e con ADIM (Accademia diritto e immigrazione).

** Professore ordinario di Filosofia del diritto, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia.

*** P. Ingrao, *Chi invade chi?* Su *L'Unità*, 5 ottobre 1989; ried. parziale in G. Di Luzio, *Brutti, sporchi e cattivi. L'inganno mediatico sull'immigrazione*, Roma, Ediesse, pp. 25-27.

**** L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pp. 244-245; prima edizione 2018.

1. Un dibattito duplicemente compromesso

Negli ultimi trent'anni il dibattito in tema di migrazioni è stato fortemente compromesso, nella plausibilità dei suoi termini e nell'attendibilità delle sue conclusioni, da due fattori: l'uno di carattere ideologico, l'altro (non sempre né necessariamente condizionato dal primo) di carattere metodologico¹.

In particolare, sotto il *profilo ideologico*, per un verso, è stato viziato là dove, (in)volontariamente, si è elusa la dimensione strutturalmente sistemica delle migrazioni e se ne è offerta una lettura in termini di emergenza occasionale e contingente, e, per altro verso, è stato distorto là dove pregiudizi identitari, culturali o religiosi hanno portato a drammatizzare e esasperare profili eccentrici e statisticamente marginali delle migrazioni, assolutizzandoli come loro tratti dominanti e intrinsecamente distintivi (esemplari le ripetute generalizzazioni sui migranti come veicolo di diffusione del fondamentalismo islamico, del terrorismo jihadista o come causa dell'incremento di diverse forme di criminalità²).

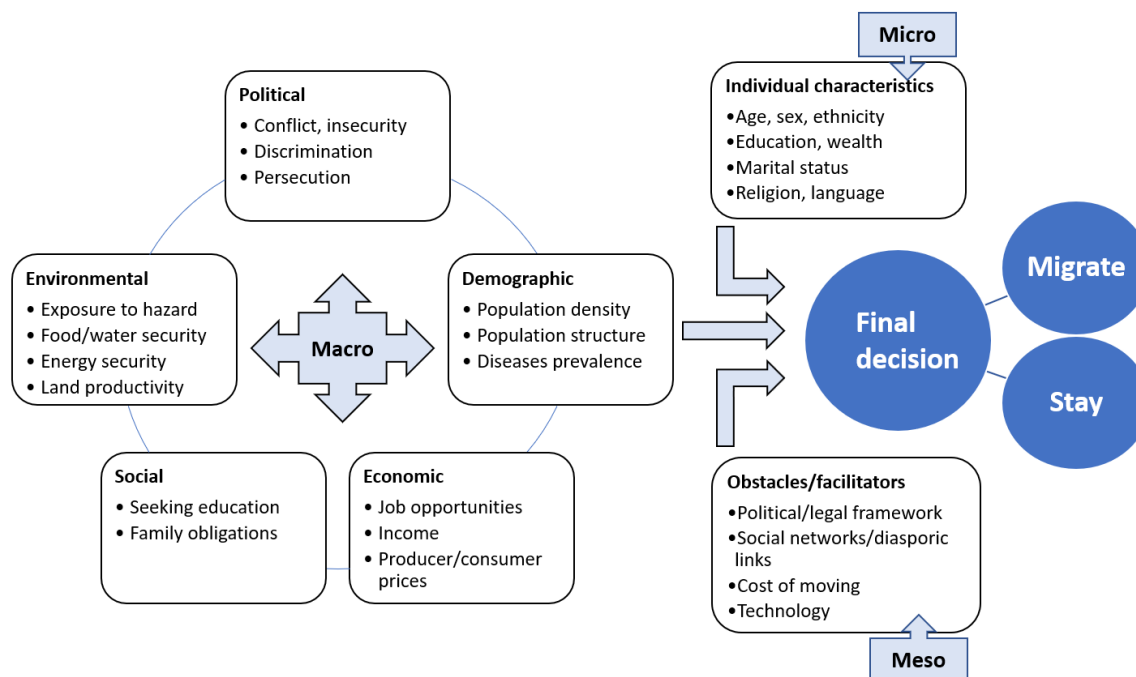
Sotto il *profilo metodologico*, invece, anche a prescindere da eventuali condizionamenti ideologici, il dibattito sull'emigrazione spesso è stato falsato da una scarsa attenzione per la complessità del fenomeno (i) sia in relazione alla concatenazione di fattori che (in)direttamente lo possono condizionare, (ii) sia in relazione alla varietà di forme e di modi in cui esso può configurarsi in relazione ai Paesi d'origine e/o di destinazione dei migranti (così, in particolare, quando si contesta la legittimità della loro migrazione, non si tiene conto che i "migranti economici" non sono solo quelli dei Paesi più poveri del sud e dell'est del mondo ma sono anche, e non meno significativamente, quelli di molti Paesi europei del sud e del nord, dell'est dell'ovest)³.

1. Tratto, questo del duplice limite ideologico e metodologico, che di fatto non caratterizza però solo il dibattito pubblico in tema di migrazioni ma che al contrario, sempre più spesso negli ultimi decenni, ha condizionato la (mancata) individuazione e/o la (mancata) attuazione delle misure necessarie (se non a risolvere, quantomeno) ad affrontare le principali sfide di quella che, come si segnala di seguito nel testo, è denominata «politica interna del mondo» da J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998; trad. it. *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1999.

2. Generalizzazioni, semplificazioni e distorsioni – come testimoniano ad esempio G. Di Luzio, *Brutti, sporchi e cattivi*, cit. e G. Sgrena, *Manifesto per la verità*, Milano, il Saggiatore, 2019, pp. 173-189 – alle quali offrono spesso una cassa di risonanza stampa e altri mezzi di comunicazione di massa, contribuendo così a trasformare paure e pregiudizi in una sempre più consolidata opinione pubblica. E ancora in tema di criminalità e migranti, cfr., ad esempio, S. Allievi e G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*. Roma-Bari, Laterza 2016, pp. 61-73.

3. La necessità di tener conto della complessità del fenomeno e della pluralità delle sue possibili cause è sottolineata anche da J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?* Cambridge, Polity Press, 2018, p. xiv, là dove scrive: «no viable or just resolution to current refugee and migration pressures can be sustainably reached without addressing the factors that drive people to leave home, whether temporarily or permanently».

Complessità, quella del fenomeno migratorio, della quale, nella sua lineare schematicità, la tabella riprodotta di seguito offre un complessivo quadro di sintesi dei fattori che – a livello macro, micro e intermedio – possono intervenire a condizionare la decisione di migrare⁴.



Ora, a partire dalla constatazione del duplice limite, ideologico e metodologico, che spesso compromette il dibattito sulle migrazioni e, soprattutto, il dibattito sull'individuazione e attuazione delle misure – non solo giuridiche e politiche ma anche economiche e ambientali – per affrontarne cause e possibili effetti, l'affermazione, difesa in queste pagine, è quella della necessità di una ridefinizione organicamente complessiva dei termini della tutela e attuazione dei diritti fondamentali che, nell'indivisibilità del loro insieme e nel loro doppio legame con la salvaguardia dei beni fondamentali, individuano l'unica strategia per porre fine se non a tutte le possibili forme di migrazione almeno a quelle di chi vi è costretto dal venir meno delle condizioni minime della propria sopravvivenza (§ 4).

Da qui, in particolare, l'affermazione che anche gli interventi per porre finalmente rimedio alle troppe reticenze e incertezze del diritto (inter)nazionale – del diritto, cioè, nazionale, regionale e internazionale – nella declinazione delle garanzie per rendere

4. Riprendo, nel testo, la tabella da F. Castelli, *Drivers of Migration: Why Do People Move?* in *Journal of Travel Medicine*, 2012, p. 3, che ne indica la fonte in *Migration and Global Environmental Change (2011) Final Project Report*.

effettivo il diritto di migrare e per tutelare i diritti di chi migra (§ 3), debbano essere pensati e posti in essere, non nella consueta ottica di misure occasionali ed emergenziali, ma, al contrario, nella prospettiva di una ridefinizione, organica e complessiva, attenta a interazioni e condizionamenti reciproci della tutela dei diritti fondamentali nel loro complesso e della loro interazione con la salvaguardia dei beni fondamentali.

Preliminarmente, però, prima di prendere in esame gli argomenti che giustificano queste due affermazioni, alcune notazioni introduttive sul carattere non emergenziale ma strutturalmente sistemico dei (nuovi) flussi migratori (§ 2).

2. Migrazioni: un fenomeno complesso e plurale strutturalmente sistemico

Nonostante l'affermazione che, sempre uguale, in Italia (e in Europa) si continua a ripetere dall'8 agosto 1991 – data dell'approdo nel porto di Bari della nave mercantile Vlora con un carico di circa ventimila migranti in fuga da un'Albania dilaniata dagli scontri dovuti al crollo del regime comunista – i flussi migratori che si sono susseguiti negli ultimi trent'anni non sono “un'emergenza”.

Non sono “un'emergenza” – accadimento per sua natura casuale, contingente, imprevisto e imprevedibile – ma un fenomeno che, pur nella specificità delle sue diverse connotazioni politiche ed economiche o secondo i casi geografiche ed ambientali – ha accompagnato, senza soluzione di continuità, gli ultimi trent'anni.

Non solo. Non sono un'emergenza perché, indipendentemente dalle ragioni tutt'altro che fortuite che nei trent'anni successivi alla conclusione della guerra fredda hanno condizionato forme e modi del disordine geopolitico e della sua anarchia economico-finanziaria, i flussi migratori non sono una variabile accidentale ma una costante della storia (e della preistoria) dell'umanità⁵. Una costante che oggi interessa le popolazioni delle più diverse parti del mondo: non solo quelle che soffrono la povertà e/o sono vittima di guerre, persecuzioni politiche, regimi dittatoriali o disastri ambientali ma anche, e in termini quantitativamente non meno significativi, quelle dei Paesi ricchi e democratici dell'occidente. Come scrive infatti Stefano Allievi «Le migrazioni [...] sono diventate circolari: non ci sono più solo Paesi di emigrazione da una parte e Paesi d'immigrazione

5. Così anche S. Allievi, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, che a p. 3 sintetizza: «La storia è storia di migrazioni. E comincia da lontano: nella preistoria. [...] E risale a 60mila anni fa la decisiva migrazione dell'*homo sapiens* che ha lasciato l'Africa, stabilendosi prima in Medio Oriente, e popolando poi l'Europa circa 40mila anni fa. E da allora non si è fermato. Le motivazioni delle migrazioni sono cambiate nel corso dei secoli, diventate negli ultimi anni soprattutto economiche, ma mantenendo sempre d'attualità quelle prodotte dalle guerre e dalle devastazioni causate dall'uomo e dalla natura. Ora stanno ritornando [...] anche le migrazioni climatiche». E ancora, fra gli altri, J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?* cit., pp. 1-30 ma, soprattutto, P. Manning e T. Trimmer, *Migration in World History*, London, Routledge, 2013.

dall'altra. Ormai quasi tutti i Paesi sono entrambe le cose: solo in percentuali diverse, e a seconda dei momenti. Per limitarci all'Europa, in Gran Bretagna [...] ogni due persone che entrano ne esce una. In Francia gli emigrati sono quasi quanto gli immigrati. In Spagna sono già di più quelli che escono di quelli che entrano. [...] E in Italia? Pure»⁶.

Da qui, come sintesi di queste prime notazioni forse banali nella loro ovvietà⁷, si può affermare che i flussi migratori – di ieri, di oggi e di sempre – non sono emergenze impreviste e imprevedibili ma, riprendendo il titolo dello splendido film del 2002 di Jacques Perrin sull'universo degli uccelli, testimoniano invece che anche quello degli esseri umani (non diversamente da quello di molte specie di esseri viventi⁸) è un “popolo migratore”⁹.

E ancora, accantonate le possibili suggestioni della locuzione “popolo migratore”, le notazioni precedenti, nella loro ovvietà, consentono soprattutto (i) di contestare e contrastare la lettura, fuorviante nella sua parzialità e unilateralità, che, a partire dallo sbarco in Italia della nave albanese Vlora l'8 agosto del 1991, si è andata affermando dei (nuovi) flussi migratori come eccentriche ed episodiche emergenze (sociali) da gestire con misure improvvisate di politiche disorganiche, e (ii) di giustificare la rivendicazione che i (nuovi) flussi migratori debbano essere affrontati come fenomeni strutturalmente sistemici, complessi e plurali nella molteplicità di variabili politiche, economiche, ambientali, meteorologiche, demografiche che li condizionano e li connotano.

6. S. Allievi, *5 cose che tutti dovremmo sapere sull'immigrazione. (Una da fare)*, Roma-Bari, Laterza, 2018, pp. 8-9. Cfr., inoltre, Id., *Immigrazione*, cit. In particolare, per un'analisi della «nuova migrazione italiana», cfr. M. Ambrosini, *Migrazioni*, Milano, Egea, 2017, pp. 32-35; E. Caneva, *Giovani italiani che emigrano: percorsi di vita inediti all'epoca della crisi economica globale*, in *Mondi migranti*, 2016, n. 3, pp. 79-93; E. Pugliese, *Quelli che se ne vanno. La nuova emigrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 2018.

7. Anche in questo caso, vale infatti il rilievo di J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?* cit., p. 3, là dove, prima di sintetizzare alcune delle fasi principali della *migration's longue durée*, scrive «To point out that “people always moved” is to state the obvious. In a well-known book, Benedict Anderson noted more than 30 years ago that nations are “imagined communities”, cultural products of individual human endeavor and collective organizing rather than facts about any inherent or permanent link between place and people». L'opera che Bhabha richiama è B. Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin of and spread of nationalism*. London, Verso, 1989.

8. Sulle migrazioni come fenomeno significativamente rilevante nella storia e nella preistoria non solo dell'umanità ma anche di molte altre specie dei viventi, richiama l'attenzione, ad esempio, V. Calzolaio, *Ecoprofughi. Migrazioni forzate di ieri, di oggi, di domani*, Rimini, RDA Press, 2010.

9. Senza per questo voler negare o sminuire la valenza politica tanto delle diverse forme in cui nel corso dei secoli si è tentata una regolamentazione delle migrazioni (nel testo, § 3.1) quanto della scelta (agita o, secondo i casi, subita) di migrare (nel testo, § 3.1), sembra assolutamente condivisibile la tesi di chi, come Valerio Calzolaio e Telmo Pievani, afferma che non abbia senso «interpretare i flussi migratori come fossero un evento eccezionale, una contingenza del momento, un'emergenza» perché «[i]l tempo profondo dell'evoluzione insegna il contrario: il fenomeno migratorio umano è strutturale e costitutivo della nostra stessa identità di specie». Cfr. V. Calzolaio e T. Pievani, *Libertà di migrare: Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così*, Torino, Einaudi, 2016, p. vii. Tesi, questa di Calzolaio e Pievani, che non nega ma completa la tesi di chi, come D. Di Cesare, *Una filosofia della migrazione*, Torino, Boringhieri, 2017, p. 92, rivendica che «Migrare è un atto politico».

In altri termini, la consapevolezza del carattere non tanto fortuito ed emergenziale quanto piuttosto strutturalmente sistemico dei (nuovi) flussi migratori¹⁰ è rilevante perché consente di denunciare l'urgenza di due ordini di interventi di quella alla quale, negli ultimi anni del novecento, con espressione felice ma ormai poco utilizzata, Habermas faceva riferimento con l'espressione «politica interna del mondo» (*Weltinnerpolitik*)¹¹; di una politica, cioè, le cui decisioni hanno un impatto globale e, quindi, non possono non essere concordate a livello globale.

In particolare, nella prospettiva di un'ormai imprescindibile politica interna del mondo, un primo ordine di interventi riguarda, come si è già anticipato, il ritardo e la colpevole ambiguità del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali nella definizione delle garanzie necessarie alla tutela dei diritti dei migranti e, ancora prima, dello stesso diritto di migrare; ritardo e ambiguità non smentiti quanto piuttosto riproposti dai termini della tardiva e ancora timida inversione di rotta da parte dell'Onu con l'approvazione dell'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile* del 2015 e con la *Dichiarazione di New York per i rifugiati e migranti* del 2016 (§ 3.2).

Non più prorogabili nella loro drammatica urgenza, gli interventi politici e giuridici di questo tipo non sono però di per sé sufficienti a fornire una risposta compiuta al problema dei (nuovi) flussi migratori perché non intaccano né reagiscono in alcun modo sulle ragioni che possono rendere l'emigrazione (non una scelta dettata dal desiderio di sperimentare nuove opportunità per migliorare il proprio tenore di vita ma, al contrario) una necessità di fuga da situazioni in cui mancano le più elementari condizioni di sopravvivenza. Da qui la necessità di un secondo ordine di interventi che si muova nella prospettiva di rendere effettiva l'attuazione e la tutela dei diritti fondamentali non meno che la salvaguardia dei beni fondamentali con l'adozione di misure politiche, economiche e ambientali che comincino finalmente a confrontarsi con le ragioni che, nelle loro forme più drammatiche, rendono le migrazioni necessarie scelte di sopravvivenza. Non foss'altro perché, quando quella di migrare è una necessaria scelta di sopravvivenza, non è possibile impedirla (i) né con retoriche che, paventando scontri di civiltà, demonizzano l'altro, la sua cultura e i suoi valori, (ii) né con la (ri)affermazione di un non meglio precisato sovranismo nazionale, (iii)

10. Con particolare riferimento ai flussi migratori degli ultimi trent'anni anche L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., p. 197, afferma che «il fenomeno migratorio non è un'emergenza, ma un fatto strutturale e inarrestabile». Sulla dimensione non emergenziale ma (ormai) strutturalmente sistemica del fenomeno migratorio richiamano l'attenzione S. Allievi e G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto*, cit., pp. 94-95, V. Calzolaio e T. Pievani, *Libertà di migrare*, cit., p. vii, A. Ruggeri, *Il principio della solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta online*, 2017, n. 2, p. 456.

11. Cfr. J. Habermas, *Die postnationale Konstellation*, cit. Nella letteratura italiana, il termine e il concetto di «politica interna del mondo» è stato ripreso, tra gli altri, da L. Bonanate, *La politica interna del mondo*, in *Teoria politica*, 2001, n. 1, pp. 3-25; L. Ferrajoli, *Per una sfera pubblica del mondo*, in *Teoria politica*, 2001, n. 3, pp. 3-21.

né, a dispetto del largo favore del quale sembrano godere, con pretese misure securitarie, per quanto drastiche e radicali possano essere la loro declinazione e la loro attuazione (§ 4).

3. Sovranità statale, diritto di migrare, diritti dei migranti

Fra le molte critiche spesso ferocemente radicali delle quali il costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento è stato bersaglio, manca, sorprendentemente, una chiara denuncia del fattore che forse più di ogni altro ha condizionato i suoi quasi settantacinque anni di (in)successi. Manca, cioè, un'esplicita problematizzazione della frizione e dell'inevitabile tensione fra due dei suoi principi fondanti: da un lato, la (ri)affermazione del principio della «sovrana eguaglianza» di tutti gli Stati (delle Nazioni Unite)¹², e, dall'altro, la proclamazione del principio, questo sì radicalmente innovativo, della tutela e attuazione dei diritti fondamentali – di tutti i diritti fondamentali – di cui si proclama la titolarità di ogni individuo, di ogni persona. Tensione e punto di frizione che hanno sempre segnato e continuano a condizionare il costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento, nonostante l'articolo 30 con il quale si chiude la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 sancisca che «Nulla nella [...] *Dichiarazione* può essere interpretato nel senso di implicare *un diritto di qualsiasi Stato*, gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà in essa enunciati»¹³.

In particolare, eluso dalle critiche dei detrattori del progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale – impegnati soprattutto a contestarne l'affermazione dell'universalismo dei diritti fondamentali e a denunciare il loro preteso carattere “occidentale”¹⁴ – il «principio della sovrana eguaglianza degli Stati» è stato sottovalutato anche da chi, sincero fautore del costituzionalismo (inter)nazionale, forse un po' troppo ottimisticamente, ha rivendicato come uno dei suoi aspetti più rilevanti, l'affermazione

12. Nella *Carta dell'Onu* del 1945, dopo aver affermato nel *Preambolo* «la fede [...] nell'eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole», all'art. 2, primo comma, si sancisce infatti che «L'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi membri».

13. Senza per questo volerne contestare o sminuire il grande contributo nel dare il via al progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento, è opportuno non ignorare né rimuovere i tratti problematici che della *Dichiarazione universale dei diritti* del 1948 denunciano i condizionamenti politici ancor prima e più significativamente che culturali della sua redazione (così, solo per ricordare i casi più eclatanti, si pensi, accanto e oltre a quella relativa ai migranti, alla “distrazione” nei confronti dei diritti dei popoli indigeni, dei disabili e degli omosessuali). Condizionamenti politici la cui denuncia, nel corso degli anni, ha spesso contribuito a una riformulazione più attenta del catalogo dei diritti enunciati nel 1948 e/o delle garanzie opportune alla loro tutela.

14. Per alcune notazioni critiche su questo punto rinvio a T. Mazzarese, *Diritto, diritti, pluralismo culturale. Un'introduzione*, in *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali fondamentali*, a cura di T. Mazzarese, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 1-15.

della duplice limitazione, esterna e interna, della sovranità statale in ragione della positivizzazione e internazionalizzazione dei diritti fondamentali¹⁵.

Trascurato, per quanto su opposti versanti, tanto da detrattori che da fautori del costituzionalismo (inter)nazionale e del suo principio della tutela e attuazione dei diritti fondamentali, il «principio della sovrana eguaglianza degli Stati» ha condizionato, sia ritardi e incertezze del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali sia la prudenza delle Corti sovranazionali e internazionali che, anche ma non solo con il ricorso all'argomento del margine di apprezzamento, tengono in seria considerazione la legislazione e la giurisprudenza dei singoli Stati di volta in volta coinvolti nelle loro decisioni.

Fra le incertezze e incongruenze più manifeste del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali in ragione del condizionamento del «principio della sovrana eguaglianza degli Stati», sono particolarmente eclatanti quelli relativi ai termini dell'affermazione del diritto di migrare e dell'individuazione delle garanzie per la tutela dei diritti fondamentali di chi migra (§ 3.2). Incertezze e incongruenze, quelle in tema di migrazioni dell'odierno diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, che, senza per questo giustificarle, evocano e ripropongono le numerose divergenze e incoerenze sullo *ius migrandi* e le sue discordanti forme di regolamentazione sempre condizionate, nella varietà delle loro espressioni, dalle esigenze, economiche ancor prima che politiche, degli «Stati sovrani» del passato recente e remoto (§ 3.1).

3.1. *Alterne vicende dell'asimmetria fra ius emigrandi e ius immigrandi*

Se, per un verso, è definitivamente assodato che le migrazioni sono una costante della storia (e della preistoria) dell'umanità, per altro verso, invece, non è ancora adeguatamente documentato se sia stata una costante della storia dell'umanità anche la preoccupazione di imporle (o quantomeno tentarne) una regolamentazione stabilendo, in

15. Per la chiarezza dei termini in cui è scandita la duplice limitazione della sovranità statale, interna ed esterna, in ragione della positivizzazione dei diritti fondamentali nel diritto statale e internazionale, rinvio a L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997. E ancora, la duplice limitazione della sovranità, esterna e interna, si ricollega alla tematizzazione di ciò che Ernesto Garzón Valdés denomina *coto vedado* – lo spazio interdetto cioè a qualsiasi intervento del legislatore che possa comportare una violazione dei diritti fondamentali – e alla tematizzazione di quella che Luigi Ferrajoli denomina «sfera dell'(in)decidibile» – la sfera cioè di quello che al legislatore è vietato decidere per evitare la violazione dei diritti fondamentali e, rispettivamente, di quello che invece il legislatore ha l'obbligo di decidere per consentire la loro attuazione. Per riferimenti bibliografici su queste due nozioni e per una notazione sull'eccessivo ottimismo di cui possono essere espressione rinvio a T. Mazzarese, *La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, Numero speciale: *Limiti del diritto*, 2017, pp. 48-52.

una pluralità di differenti declinazioni, a *chi*, di volta in volta, e a quali *condizioni*, secondo i casi, sia stato consentito migrare¹⁶.

Delle forme di regolamentazione delle migrazioni, diffuse e molto risalenti nel tempo, ad oggi, infatti, non si ha ancora una ricostruzione compiuta quanto piuttosto una pluralità di esemplificazioni parziali nella loro specifica definizione spazio-temporale. Ricorrenti, fra queste, le ricerche che a partire dal XVI secolo – secolo dell’affermazione degli Stati moderni e della nascita del diritto internazionale – documentano le prime tematizzazioni politico-filosofiche del *diritto di migrare* e le prime declinazioni giuridiche, spesso asimmetriche, della sua duplice dimensione dell’emigrazione (possibile) e dell’immigrazione (eventuale).

Nonostante la ricorrente attenzione per l’età moderna, non mancano comunque ricerche che, pur attente a non sottovalutarne i rispettivi tratti distintivi, del “diritto di migrare” segnalano, già nell’alto medioevo, prefigurazioni e anticipazioni in testi normativi o pratiche consuetudinarie relative ad alcuni profili del diritto di viaggiare e/o del diritto alla mobilità (*ius peregrinandi* nella denominazione latina, *right to travel or to free movement* in quella inglese)¹⁷. Così, ad esempio, alcune ricerche segnalano la *Magna Carta Libertatum* che nel 1225, all’articolo 42, sancisce che: «It is to be lawful for every man to depart from [the] kingdom, and to return to it, safely and securely, by land and water, saving our allegiance, except in time of war for some short time»¹⁸. E, andando più a ritroso nel tempo, non manca chi segnala invece la costituzione *De quaesitore*, emanata nel 539 da Giustiniano per fronteggiare, come scrive Paolo Rondini, il problema della «affluenza e presenza [a Costantinopoli] di un numero eccessivamente elevato di persone che non lavoravano, in quanto oziosi o perché inabili al lavoro o perché non riuscivano a

16. Quella fra flussi migratori, da un lato, e dall’altro, forme e modi della loro regimentazione nel corso dei secoli, è, in particolare, la distinzione – come si è già segnalato *supra* alla nota 9 – che rende (non alternative ma) compatibili la prospettiva di chi, come V. Calzolaio e T. Pievani, *Libertà di migrare*, cit., dei flussi migratori propone una lettura in termini (anche) evoluzionistici e la prospettiva di chi, come D. Di Cesare, *Stranieri residenti*, cit., p. 92 ne rivendica invece una lettura in termini (esclusivamente) politici.

17. Là dove si segnalano prefigurazioni e/o anticipazioni del diritto di migrare in alcuni dei termini in cui hanno trovato regolamentazione il diritto di viaggiare e/o il diritto alla mobilità, è infatti ricorrente l’attenzione a segnalare anche le differenze rilevanti fra l’uno e gli altri. Così, ad esempio, in B.J. Sasse, *Curfew Laws, Freedom of Movement, and the Rights of Juvenils*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2000, n. 3, pp. 681-728, *passim*; G. Itzcovich, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2013, n. 41, p. 434; P. Rondini, *Evoluzione storica dei respingimenti. Tra stranieri, oziosi e vagabondi*, relazione presentata al Seminario «Il respingimento dello straniero. Storie, teorie norme e prassi», Università degli studi di Milano Bicocca, 24-25 giugno 2019, *passim*.

18. Fra gli altri, G. Itzcovich, *Migrazioni e sovranità*, cit., p. 438.

trovare un'occupazione, e che essendo privi di mezzi di sussistenza erano dediti alla mendicizia per le strade della città»¹⁹.

Non solo. Ancor prima che nell'alto medioevo, anche nell'età antica sono documentate pratiche consuetudinarie sulla regolamentazione del fenomeno migratorio nelle forme di cui sono stati protagonisti profughi, esuli, fuggiaschi e richiedenti asilo²⁰ non meno che dissensi sulle ragioni per (non) garantire loro accoglienza. Dissensi, questi, dei quali, già negli ultimi decenni del primo secolo avanti Cristo, offrono un'icastica esemplificazione i versi dell'Eneide nei quali Ilioneo, a fronte di un iniziale rifiuto ad accogliere i profughi troiani a Cartagine, apostrofa Didone, dicendole «Ma che gente è la tua? Che barbaro costume ci impedisce di scendere a terra e di fermarci sulla spiaggia? Perché farci la guerra? Se avete in poco conto il genere umano e le armi degli uomini, temete almeno gli Dei che ricordano e giudicano il bene e il male»²¹.

Riassumendo: la ricognizione storica della pluralità di forme in cui il diritto di migrare e le sue restrizioni hanno trovato espressione (i) nella varietà di tematizzazioni politico-filosofiche, (ii) nell'eterogeneità di declinazioni giuridiche, (iii) nella (in)certezza delle sue prefigurazioni e anticipazioni, ad oggi offre un quadro ancora discontinuo e frammentario di esemplificazioni duplicemente parziali non solo nella delimitazione spazio-temporale ma anche nella (in)volontaria connotazione ideologica della selezione dei dati di cui (non) render conto.

In particolare, della (in)volontaria connotazione ideologica della selezione dei dati dei quali proporre la propria analisi, offrono una significativa esemplificazione alcune apparenti reticenze e/o omissioni nella letteratura che individua nell'età moderna le prime affermazioni (e le relative restrizioni) del diritto di migrare: letteratura, questa, nella quale – accanto e oltre alla registrazione delle sue diverse declinazioni in alcuni Paesi europei a partire dalla sua enunciazione con la *Pace di Aquisgrana* nel 1555 e poi ancora con il *Trattato di Osnabrück* e la *Pace di Westfalia* nel 1648 – non sempre si tiene conto (i) per

19. P. Rondini, *Evoluzione storica dei respingimenti*, cit., § 3; e ancora, sempre in relazione a possibili anticipazioni in periodo medioevale si veda anche C. Storti, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medioevale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in Ius peregrinandi. *Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Macerata, Edizioni dell'Università di Macerata, 2012, pp. 123-148; A.A. Cassi, a cura di, *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro fra medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2013, in particolare tutta la parte prima.

20. In particolare, nella letteratura italiana, ad immigrati, profughi e deportati durante l'Impero Romano è dedicata l'attenta analisi di A. Barbero, *Barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'Impero Romano*, Roma-Bari, Laterza, 2006; sulla comparazione del diverso trattamento riservato agli "stranieri residenti" ad Atene, Roma e Gerusalemme si sofferma invece D. Di Cesare, *Stranieri residenti*, cit., pp. 181-198; e, non da ultima, F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Roma, Carrocci editore, 2011, pp. 19-43, nella ricostruzione delle diverse trasformazioni del concetto e/o dell'istituto dell'asilo, ne menziona le diverse caratterizzazioni nella tradizione greca, romana ed ebraica.

21. Virgilio, *Eneide*, libro I.

un verso, che, al fine di giustificare la conquista del nuovo mondo, nel 1539, nelle *Relectiones de indis* di Francisco de Vitoria, si ha la tematizzazione – giuridica e teleologica a un tempo – dello *ius migrandi*, e (ii) per altro verso, che, sempre nello stesso lasso temporale, all'interno degli imperi coloniali in via d'espansione e consolidamento, si comincia a diffondere la pratica delle migrazioni interne, imposte, di volta in volta, secondo i mutevoli interessi della madrepatria²².

Accadimenti – sia quello della rivendicazione del carattere universale del diritto di migrare per poter giustificare la conquista delle terre del Nuovo Mondo sia quello dell'imposizione alle popolazioni delle terre colonizzate di migrazioni interne – che contribuiscono, entrambi, a delineare un quadro della regolamentazione normativa del fenomeno migratorio in età moderna ben più complesso, sfaccettato e incoerente nelle sue pretese giustificazioni di quanto lasci intendere la sintesi suggerita da Giuseppe Sciortino con la formula secondo la quale «[u]scire è un diritto, entrare è una concessione»²³; formula, questa, che, sempre secondo Sciortino, oltre a registrare il nucleo ultimo delle diverse forme di regolamentazione delle migrazioni in età moderna, individuerrebbe, inoltre, «la struttura di base che determina il sistema migratorio mondiale [e] con ogni probabilità continuerà a farlo anche in futuro»²⁴.

Diversamente infatti da quanto sostiene Sciortino (e con lui gran parte della letteratura sull'“emergenza” emigrazione dell'ultimo trentennio), «Uscire è un diritto, entrare è una concessione» non è la formula che individua la «struttura di base del sistema migratorio mondiale» né in riferimento agli accadimenti dell'età moderna né in riferimento agli accadimenti successivi. Riguardo all'età moderna si è già detto. Riguardo invece agli accadimenti successivi, la formula in esame per un verso ignora che anche quello di

22. Semplificando molto, in letteratura si possono distinguere infatti almeno tre diverse narrazioni dell'affermazione del diritto di migrare in età moderna: (i) la narrazione proposta da chi – come ad esempio F. Sciortino, *Rebus immigrazione*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 7-17 e P. Rondini, *Evoluzione storica dei respingimenti*, cit. – non fa menzione né della tematizzazione dello *ius migrandi* da parte di De Vitoria né della centralità del suo ruolo nel giustificare la conquista delle terre del nuovo mondo; (ii) la narrazione di chi, come ad esempio quella proposta da L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., pp. 221-222, non ignora affatto che la tematizzazione di De Vitoria dello *ius migrandi* «[s]ul piano pratico [...] era chiaramente finalizzata alla legittimazione della conquista spagnola del Nuovo Mondo» e che «la medesima funzione fu svolta da questo diritto nei quattro secoli successivi, allorché servì a legittimare la colonizzazione del pianeta da parte delle potenze europee e le loro politiche di rapina e di sfruttamento» (pp. 222-223), ma, al tempo stesso, sottolinea anche come «[s]ul piano teorico [la tesi di De Vitoria] si inseriva in una grandiosa concezione cosmopolitica dei rapporti tra i popoli informata a una sorta di fratellanza universale» (p. 222); e (iii) la narrazione di chi, come ad esempio C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'Émigrer*, Paris, CNRS Éditions, 2013; trad. it. *Il diritto di migrare*, Roma, Ediesse, 2015, p. 25 e D. Di Cesare, *Stranieri residenti*, cit., 2017, pp. 95-96, accenna sì alla tesi di De Vitoria e al suo rilievo nella giustificazione della conquista del Nuovo Mondo ma senza per questo attribuirvi particolare rilievo riguardo al preteso binomio “sovranità / inevitabile difesa dei propri confini e della sicurezza dei propri cittadini”.

23. G. Sciortino, *Rebus immigrazione*, cit., p. 12.

24. *Ibidem*.

“uscire” non sempre è (stato) un diritto (il divieto di emigrare, nell’*ex* Unione Sovietica, è solo l’esempio più stigmatizzato del Novecento ma non certo l’unico) e, per altro verso, non sembra nemmeno contemplare la possibilità che lo Stato, come ormai da decenni testimonia invece la sua manifesta crisi, possa e/o debba essere soggetto a una netta e radicale ridefinizione dei termini della sua sovranità.

Detto altrimenti, già in età moderna, (i) la rivendicazione del diritto di migrare, per giustificare la conquista delle terre del nuovo mondo, (ii) l’imposizione di migrazioni all’interno degli imperi coloniali alle genti dei propri possedimenti accanto e oltre a (iii) le variazioni della declinazione del diritto d’emigrare negli Stati europei a partire dalla sua enunciazione nel 1555 con la *Pace di Aquisgrana* e nel 1648 con il *Trattato di Osnabrück* e la *Pace di Westfalia* del 1648, restituiscono un quadro della molteplicità di forme dei fenomeni migratori che consente di rimettere in discussione la pretesa ovvietà della tesi, ricorrente in letteratura, secondo la quale «uno degli attributi più importanti della sovranità degli Stati è proprio il *diritto* di determinare la composizione della propria popolazione, decidendo discrezionalmente chi ammettere e a quali condizioni farlo»²⁵. Nella loro congiunzione, infatti, i tre dati in esame testimoniano non tanto di un “diritto” dello stato sovrano (quasi fosse un ineludibile e immodificabile tratto costitutivo della sua stessa grammatica²⁶) quanto piuttosto di una prerogativa (storicamente connotata e condizionata come tutto ciò che attiene alle istituzioni politiche e alla loro regolamentazione giuridica) che ha trovato espressione in una triplice *pretesa* dettata da interessi particolari e da condizioni mutevoli della propria convenienza politica, economica e militare: (i) la pretesa di stabilire non solo chi e a quali condizioni potesse uscire dal proprio territorio e chi e a quali condizioni potesse eventualmente esservi ammesso ma anche, e non meno significativamente, (ii) la pretesa di ignorare la sovranità delle organizzazioni socio-politico-culturali delle genti del Nuovo Mondo e i confini dei loro territori, (iii) la pretesa non solo di violare i confini dei loro territori ma anche di costringerle a migrazioni forzate all’interno del proprio impero²⁷.

25. *Ibidem*, [corsivo mio].

26. Della “relazione costitutiva” fra il concetto di diritto di migrare e il principio di sovranità territoriale scrive ad esempio G. Itzcovich, *Migrazioni e sovranità*, cit., p. 433 e pp. 440-447, soffermandosi, in particolare, sulla posizione secondo la quale il divieto di immigrare «ad alcuni oggi sembra addirittura costitutivo della possibilità di autogoverno di una comunità politica determinata».

27. Sarebbe opportuno ricordare inoltre che forme di migrazioni, se non imposte, fortemente condizionate da “accordi” fra Stati si sono avute anche al di fuori degli imperi coloniali. Solo due esempi, entrambi legati alla (recente) storia italiana. Il primo riguarda il *Protocollo italo-belga* del 1956, a volte ricordato in occasione delle commemorazioni dei 136 migranti italiani morti nel disastro della miniera di carbone di Bois du Cazier di Marcinelle; *Protocollo* che prevedeva l’invio di 50.000 lavoratori italiani in Belgio in cambio di carbone. Il secondo, più risalente, nella seconda metà del diciannovesimo secolo, riguarda invece un accordo fra l’Italia, all’indomani della proclamazione della sua unità, e la Louisiana, all’indomani dell’abolizione dello schiavismo negli Stati Uniti; accordo al quale fa riferimento E. Deaglio,

Un quadro, quello che si configura in età moderna, che nulla esclude possa e/o debba essere cambiato in una prospettiva in cui la regolamentazione delle migrazioni, nella pluralità di fattori che ne condizionano forme e modi, sia altra e diversa da quella che per secoli ha visto il predominio degli interessi particolari ed egoistici di singoli Stati e/o di potentati economici, politici e militari²⁸. Una prospettiva altra e diversa, cioè, che sancendo la preminenza di bisogni, necessità e esigenze delle genti e delle persone che di volta in volta si rivelano vulnerabili, affronti la regolamentazione dei flussi migratori (nella molteplicità delle loro possibili varianti) non più in funzione delle pretese accampate in nome della sovranità degli Stati quanto piuttosto a partire dal rispetto per la dignità e la libertà delle genti e delle persone vulnerabili.

Una prospettiva, questa, molto più realistica di quanto possa sembrare se solo la si prendesse seriamente in considerazione (§ 4). Una prospettiva che ad oggi, però, non è stata presa ancora troppo sul serio neppure nel conteso del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento e del suo impianto valoriale (§ 3.2).

3.2. Una sfida al costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare

Quali che siano (stati) i condizionamenti ideologici nel selezionare i dati in relazione ai quali proporre un'esemplificazione delle diverse regolamentazioni che, nel corso del tempo, sono state date dello *ius migrandi* (nelle diverse varianti dell'asimmetria fra *ius emigrandi* e *ius immigrandi*), è difficile non rilevare che, ancora oggi, nel diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali sviluppatosi nel secondo novecento, quello dei migranti si configura (ancora) come lo *status* di “non persone”²⁹; uno *status*, cioè, diverso da quello di «tutti i membri della famiglia umana» dei quali nel *Preambolo* della

Storia vera e terribile tra Sicilia e America, Palermo, Sellerio, 2015, nel narrare dell'impiccagione di cinque migranti siciliani di Cefalù, il 20 luglio del 1989, a Tallulah. «La Sicilia – scrive Deaglio (pp. 56-57) – aveva aumentato di un milione e mezzo i suoi abitanti dai tempi dell'Unità d'Italia. I siciliani erano troppi, circolavano strane idee, volevano la terra, si ribellavano. I padroni americani si trovavano alle prese con un problema analogo. La guerra aveva affrancato quattro milioni di schiavi che ora non volevano più lavorare sotto la frusta. Bisognava liberarsene, trovare nuovi schiavi. Gli americani chiamarono quel progetto «*push and pull*», spingi e tira. L'Italia li spingeva via, e niente era più conveniente che ridurli in miseria e fargli sparare addosso dai carabinieri. La Louisiana e il Mississippi li attiravano, come unica speranza loro rimasta. [...] Prefetti, militari, latifondisti scelsero i posti in cui operare con cura, paese per paese. E così svuotarono Contessa Entellina, Ustica, Bisacquino, Poggioreale, Corleone, Palazzo Adriano, Chiusa Sclafani, Trabia, Caccamo Gibellina, Vallelunga Pratameno, Roccamena, Sambuca, Salaparuta, Alia. E altri si raccolsero a Palermo, a Termini Imerese, a Trapani, a Salemi. Si calcola che dal 1880 al 1900 partirono per New Orleans in centomila siciliani».

28. Una prospettiva, nell'affrontare i flussi migratori, altra e diversa da quella che, come scrive J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?* cit., p. 3, per secoli ha visto il prevalere del ricorso a «mechanisms characterized by power asymmetries and self-interest».

29. Quest'espressione ormai ricorrente nella letteratura sui migranti è di A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti nella società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 si afferma e rivendica a un tempo «il riconoscimento della [connaturale] dignità [...] e dei loro diritti uguali e inalienabili». In aperto contrasto con quello che avrebbe dovuto e dovrebbe essere lo spirito dell'internazionalizzazione dei diritti fondamentali, nel caso dei migranti, la tutela dei loro diritti non individua infatti un limite alla sovranità degli Stati ma, al contrario, ne costituisce una semplice variabile dipendente da quelli che di volta in volta ne costituiscono gli interessi economici o la convenienza politica.

È così, in particolare, già a partire dalla *Dichiarazione universale* del 1948 nella quale, per un verso, agli articoli 13, 14 e 15 si sancisce sì il diritto di ogni persona ad emigrare e, rispettivamente, quello di chiedere asilo e quello di avere una cittadinanza, mentre, per altro verso, depotenziando la rivendicazione della loro tutela, non si specifica se ed in che termini o a quali condizioni lo Stato nel quale si emigra, si chiede asilo o cittadinanza abbia dei doveri al riguardo³⁰.

E ancora, è così anche nel 1951 con la *Convenzione di Ginevra* che, com'è noto, propone una definizione di rifugiato e sancisce il principio di non respingimento (principio di *non-refoulement*); *Convenzione*, questa, il cui ambito di applicazione, prima del *Protocollo di New York* del 1967, era però soggetto a una duplice limitazione, temporale e geografica, in quanto ad essere considerati rifugiati erano solo coloro che avessero subito una persecuzione per causa di avvenimenti (i) accaduti in Europa, (ii) prima del 1° gennaio 1951.

Ed è così anche successivamente. Nella *Dichiarazione Unesco sui principi della tolleranza* del 1995 e, poi nella *Dichiarazione universale dell'Unesco sulla diversità culturale* del 2001, là dove si sancisce il diritto di ogni individuo e di ogni gruppo ad essere diversi sentirsi diversi e ad essere accettati come diversi, nessuna attenzione particolare è prestata infatti alla specificità della tutela dei diritti delle (nuove) minoranze formate da migranti che, a partire da gruppi culturalmente omogenei, si vanno delineando e a volte radicando nei Paesi di approdo, condizionando il carattere sempre più multiculturale delle loro società.

Un primo timido dato in controtendenza si ha solo nel 2011 con la *Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica*, approvata dal Consiglio d'Europa. *Convenzione*, questa, che, come mette bene in evidenza Paola Parolari, al punto 3 dell'articolo 4 fa «esplicito divieto di discriminare in base allo *status* di migrante o di rifugiato» e, in particolare, «si preoccupa di evitare che ad alcune

30. Senza uno specifico riferimento ai temi relativi a migranti e/o rifugiati, sui «doveri degli Stati» richiama l'attenzione L. Bonanate, *I doveri degli stati*, Roma-Bari, Laterza, 1994; di «doveri pubblici globali», parla invece A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria-Mannelli, Rubettino, 2005, in particolare, pp. 94-98.

donne sia negata l'effettiva tutela dei loro diritti fondamentali per la presenza nell'ordinamento giuridico degli Stati membri di norme direttamente o indirettamente discriminatorie nei confronti dei migranti e/o a causa di eventuali ambiguità nei rapporti politici e giuridici che intercorrono tra lo Stato d'origine dei migranti e lo Stato membro in cui risiedono»³¹.

Il timido segnale di una possibile inversione di tendenza, nel 2011, quasi paradossalmente ha però contribuito non ad attenuare ma a rendere più evidente la necessità di un intervento che andasse a colmare la manifesta lacuna del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali in tema di migrazioni. Le risposte indicate infatti nel 1990 con la *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* si sono rivelate più parziali e insoddisfacenti. Parziali, perché il fenomeno migratorio non è circoscritto né circoscrivibile, ieri come oggi, solo ai lavoratori e ai membri delle loro famiglie. Insoddisfacenti, perché circoscrivere il fenomeno migratorio solo ai lavoratori (e ai membri delle loro famiglie) non solo privilegia le esigenze economico-lavorative dei Paesi di accoglienza rispetto a quelle dei migranti ma soprattutto perché, quasi beffardamente, non tiene conto del fatto che una delle principali difficoltà dei migranti (di ieri e di oggi) è proprio quella di trovare un lavoro nel Paese in cui migrano, o, più correttamente, quello di riuscire a trovare un'occupazione con un regolare contratto di lavoro.

E ancora, nonostante un rinnovato interesse a livello internazionale (più che sollecitato) imposto dalla manifesta inadeguatezza delle misure susseguitesì a livello nazionale e regionale per affrontare i flussi migratori condizionati dal disordine geopolitico successivo alla conclusione della guerra fredda, il timido dato in controtendenza del 2011 non ha trovato sviluppi pienamente convincenti né con *L'Agenda per lo sviluppo sostenibile*, approvata dall'Onu nel 2015, né con la *Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti* approvata dall'Onu nel 2016, seguita, nel 2018, dal *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* e dal *Global Compact on Refugees*, due documenti, entrambi privi di qualsiasi forza vincolante, la cui messa a punto era già sollecitata, in appendice alla *Dichiarazione di New York* del 2016, con l'indicazione dei principali punti in cui l'uno e l'altro avrebbero dovuto articolarsi.

Non è pienamente convincente, in particolare, che quella dello “sviluppo sostenibile” sia la prospettiva nella quale muoversi per trovare una soluzione ai 17 nodi problematici denunciati dalla *Agenda del 2030*: nel corso dei secoli, infatti, la continua rincorsa verso un crescente sviluppo – sempre declinato, a prescindere dalle eventuali connotazioni di

31. P. Parolari, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, pp. 874-875.

turno, nei termini del binomio incremento di produzione dei beni/crescita dei consumi – ha fortemente condizionato l’insorgere e il radicalizzarsi di quegli stessi snodi problematici che *L’Agenda del 2030* si propone di risolvere.

Perplessità, questa, che sembra trovare un immediato riscontro nei termini in cui *L’Agenda del 2030* parla di migrazioni e diritti dei migranti sia nella dichiarazione di intenti dei suoi primi 59 paragrafi sia, successivamente, in relazione ad alcuni profili dell’ottavo obiettivo (*Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un’occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti*) e del decimo obiettivo (*Ridurre l’ineguaglianza all’interno di e fra le nazioni*).

In particolare, nonostante infatti al paragrafo 23 siano inclusi in una lunga elencazione di persone vulnerabili “da supportare”³², in tutti i passaggi successivi dell’*Agenda 2030*, i migranti non sono mai oggetto d’attenzione perché persone vulnerabili quanto piuttosto, come esplicita il paragrafo 29, per il loro «contributo positivo [...] ad una crescita inclusiva e ad uno sviluppo sostenibile» e per l’importanza del loro ruolo «per lo sviluppo dei Paesi di origine, di transito e di destinazione». Da qui, in ragione (non tanto della loro vulnerabilità e del rispetto per la loro dignità, quanto piuttosto) della loro (strumentale) utilità per la crescita e lo sviluppo (sostenibile), l’impegno a una cooperazione internazionale «per garantire flussi migratori sicuri, regolari e ordinati»³³. Impegno, questo, ribadito là dove, nella declinazione del decimo obiettivo relativo alla riduzione della diseguaglianza fra le nazioni e all’interno delle nazioni, ignorando che le migrazioni sono condizionate (anche) dal venir meno (non certo programmato o programmabile) delle condizioni minime di sopravvivenza, con tono irenico si sollecita «[a] rendere più disciplinate, sicure, regolari e responsabili la migrazione e la mobilità delle persone, anche con l’attuazione di politiche migratorie pianificate e ben gestite»³⁴. E non stupisce infine che nella declinazione dell’ottavo obiettivo – relativo al rispetto delle condizioni di lavoro – il riferimento ai migranti si esaurisca nella raccomandazione a non

32. In particolare, il paragrafo 23 recita: «Le persone più deboli devono essere supportate. Tutti coloro che si trovano in una situazione di maggior bisogno vengono inclusi nell’*Agenda*: si tratta di bambini, giovani, persone diversamente abili (dei quali più dell’80 per cento vive in povertà), persone affette da HIV/AIDS, anziani, popolazioni indigene, rifugiati, sfollati e *migranti*» (corsivo mio).

33. In particolare, il paragrafo 29 recita: «Riconosciamo il contributo positivo dei migranti ad una crescita inclusiva e ad uno sviluppo sostenibile. Inoltre, riconosciamo che la migrazione internazionale è una realtà multidimensionale di grandissima rilevanza per lo sviluppo dei Paesi d’origine, di transito e di destinazione, che richiede risposte coerenti e comprensive. Lavoreremo insieme a livello internazionale per garantire flussi migratori sicuri, regolari e ordinati, secondo il pieno rispetto dei diritti umani e il trattamento umano dei migranti, a prescindere dallo *status* di migrante, rifugiato o sfollato».

34. Così il punto 10.7 della declinazione del decimo obiettivo – *Ridurre l’ineguaglianza all’interno di e fra le nazioni*.

discriminarli nella tutela dei loro diritti³⁵; non stupisce, cioè, che ancora una volta, come già nella *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* del 1990, l'attenzione sia rivolta esclusivamente alla tutela dei diritti dei migranti che sono già inseriti nel mercato del lavoro e che si ignorino invece bisogni e necessità di coloro che sono costretti a lasciare il proprio paese indipendentemente da tempi e modi di un'eventuale programmazione di flussi migratori, condizionata dai mutevoli interessi economici dei paesi di volta in volta (non) disposti ad accoglierli.

Non solo. Le perplessità rispetto ai termini nei quali di migrazioni e diritti dei migranti si parla nella *Agenda del 2030*, non si dissolvono né si attenuano, dopo il 2015, con i documenti specificamente incentrati su rifugiati e migranti: la *Dichiarazione di New York per i rifugiati e migranti* del 2016, il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* e il *Global Compact on Refugees*, entrambi del 2018³⁶. Non si attenuano, nonostante alcune rilevanti dichiarazioni di principio.

In particolare, alcuni passaggi dell'*Introduzione* alla *Dichiarazione di New York* del 2016 sembrano confortare un qualche ottimismo riguardo a una più consapevole presa di coscienza dei termini in cui affrontare il problema. Così, ad esempio, là dove:

(i) si riconosce, finalmente, la dimensione sistemica, plurale e complessa dei fenomeni migratori come costante nella storia dell'umanità, e: (a) si prende atto che «Since earliest times, humanity has been on the move. Some people move in search of new economic opportunities and horizons. Others move to escape armed conflict, poverty, food insecurity, persecution, terrorism, or human rights violations and abuses. Still others do so in response to the adverse effects of climate change, natural disasters (some of which may be linked to climate change), or other environmental factors» (paragrafo 1); (b) si ammette, in termini che richiamano il concetto già menzionato di politica interna del mondo (§ 2) che «These are global phenomena that call for global approaches and global solutions» (paragrafo 7) e (c) non ultimo, si afferma la necessità «to address the root

35. In particolare, il punto 8.8 della declinazione dell'ottavo obiettivo – *Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti* – recita: «Proteggere il diritto al lavoro e promuovere un ambiente lavorativo sano e sicuro per tutti i lavoratori, inclusi gli immigrati, in particolare le donne, e i precari».

36. Critico, come si precisa *infra*, alla nota successiva, anche il giudizio di J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?*, cit. Critico, in particolare, già a partire dalla notazione con la quale si stigmatizza che mai prima del 2016 l'Assemblea Generale dell'Onu si fosse riunita in sessione plenaria per discutere di migrazioni; si stigmatizza, cioè, come «Unlike other major international issues, such as global epidemics or trade or international crime, migration had never before been subject of a plan to generate cooperation between Un members States» (pp. 90-91).

causes of large movements of refugees and migrants, including through increased efforts aimed at early prevention of crisis situations» (paragrafo 12);

(ii) si conferma la condivisione di intenti e principi «of the *Charter of the United Nations* [...] the *Universal Declaration of Human Rights* and [...] the core [of] international human rights treaties», e si rivendica una piena protezione dei diritti umani «of all refugees and migrants, regardless of status» perché «all are rights holders» (paragrafo 5);

(iii) si problematizza, anche se non si supera del tutto, la diversità di trattamento giuridico di rifugiati e migranti e si prende atto che «Though their treatment is governed by separate legal frameworks, refugees and migrants have the same universal human rights and fundamental freedoms. They also face many common challenges and have similar vulnerabilities, including in the context of large movements» (paragrafo 6).

Qualsiasi fiduciosa aspettativa ingenerata da queste (e altre) affermazioni di principio ricorrenti anche ma non solo nell'*Introduzione* della *Dichiarazione* del 2016 è però sistematicamente inficiata da un attento contrappunto di precisazioni che ne limitano significativamente la portata. Così ad esempio:

(i) là dove si ricorda, in uno dei ricorrenti riferimenti all'*Agenda del 2030*, «the positive contribution made by migrants for inclusive growth and sustainable development» ma al tempo stesso, esplicitando quanto nell'*Agenda del 2030* era rimasto sottinteso, si puntualizza che mentre «The benefits and opportunities of safe, orderly and regular migration are substantial and are often underestimated», al contrario, «Forced displacement and irregular migration in large movements [...] often present complex challenges» (paragrafo 4);

(ii) ma soprattutto, là dove: (a) si puntualizza che l'insieme di impegni (*commitments*) sanciti nella *Dichiarazione* nei confronti della tutela dei rifugiati e/o dei migranti «[take] into account different national realities, capacities and levels of development and [respect] national policies and priorities» (paragrafo 21), (b) si specifica che quello a una stretta collaborazione «to facilitate and ensure safe, orderly and regular migration» è un impegno che sarà preso «taking into account national legislation» (paragrafo 41), e, sgombrando definitivamente il campo da qualsiasi possibile dubbio residuo (c) dopo aver ribadito che «everyone has the right to leave any country, including his or her own, and to return to his or her country» si sancisce che nondimeno «each State has a sovereign right to

determine whom to admit to its territory, subject to that State's international obligations» (paragrafo 42, corsivo mio)³⁷.

Difficile, dati i termini in cui nel 2015 l'*Agenda del 2030*, per un verso e, per altro verso, nel 2016 la *Dichiarazione di New York* sono intervenuti in tema di migranti e rifugiati, nascondere una profonda delusione: quello che infatti in queste ultime risoluzioni del diritto internazionale emerge con chiarezza e che in quelle dei decenni precedenti per prudenza e/o remora non era stato ancora esplicitato, è (i) che le migrazioni vanno bene se ed in quanto funzionali alla crescita e allo sviluppo (sostenibile o meno non sembra granché rilevante) dei Paesi di accoglienza e/o, subordinatamente, a quella dei Paesi di origine e di transito; (ii) che il principio della «sovrana eguaglianza» di tutti gli Stati sancito dal modello della *Carta dell'Onu* del diritto internazionale non riesce ancora ad affrancarsi dal modello di Westfalia e dal suo principio fondativo della sovranità di ogni Stato; non riesce ancora ad affrancarsene e, con uno slittamento semantico forse non fortuito, dall'affermazione della «sovrana eguaglianza» di tutti gli Stati torna a sancire il «diritto sovrano» di ogni Stato a decidere di chi ammettere entro i propri confini³⁸.

4. Cause delle migrazioni (forzate), tutela dei diritti e salvaguardia dei beni fondamentali

Pur richiamandosi ai suoi principi e ai suoi valori, la *Dichiarazione di New York* del 2016 rischia quindi di ribaltare il senso e la valenza della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, e all'universalismo dei diritti fondamentali dei quali ogni essere umano è titolare (e dei quali, peraltro, essa stessa rivendica la titolarità anche da parte di

37. Diversa (anche se complementare più che alternativa) la critica di J. Bhabha, *Can We Solve the Migration Crisis?* cit., pp. 91-92, che rimprovera alla *Dichiarazione di New York* del 2016 di aver concentrato l'attenzione su «epiphenomena, symptoms and what is not working rather than to underlying drivers»; strategia, questa, destinata al fallimento perché, indipendentemente dalla necessità di affrontarle, «[d]istress migration flows cannot be stopped merely by ever more vigorous border control, humanitarian aid, or prosecution of smugglers».

38. Una chiara distinzione fra i due modelli, quello di Westfalia e quello delle Nazioni Unite, è tracciata, ad esempio, da R. Falk, *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in *The Future of International Legal Order, I*, a cura di C.A. Blach, R.A. Falk, Princeton, Princeton University Press, 1969, che, contestualmente, avverte però che i due modelli non sono nettamente contrapposti perché il secondo non è mai stato compiutamente realizzato mentre il primo non è mai stato definitivamente accantonato. Prudente, riguardo a una netta contrapposizione fra i due modelli, anche A. Cassese, *International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 19-45, e pp. 350-353 e Id., *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Bologna, il Mulino, pp. 49-50, che sottolinea la gradualità nel passaggio dall'uno all'altro. Cfr., inoltre, D. Zolo, *Sovranità*, in *Enciclopedia italiana. VI Appendice*, Treccani, URL: [www.treccani.it/enciclopedia/sovranità_\(Enciclopedia-Italiana\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/sovranità_(Enciclopedia-Italiana)), 2000, (paragrafo sulla globalizzazione e gli Stati sovrani); L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, secondo vol., pp. 487-492; T. Mazzarese, *Ripensare la cultura dei diritti?*, in *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, a cura di T. Mazzarese, P. Parolari, Torino, Giappichelli, p. 128.

migranti e rifugiati), contrappone – sancendone priorità e preminenza – il diritto sovrano di ogni Stato di stabilire chi ammettere nel proprio territorio.

Che dire? Una spia di pulsioni sovraniste che cominciano a imporsi anche nell'ambito del diritto internazionale? O, forse più realisticamente, la riedizione di quanto era già accaduto nel 1948 con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* là dove, in sintonia (non certo con i principi innovativi del modello della *Carta dell'Onu*, quanto piuttosto) con i fondamenti ancora radicati del modello di Westfalia, (non si censura bensì) si ratifica la presenza, ancora fiorente negli anni quaranta del novecento, del colonialismo³⁹?

In altri termini: vizio di fondo che ha sempre compromesso una piena realizzazione dei suoi principi o, invece, ennesima conferma della crisi sempre più dilagante del costituzionalismo (inter)nazionale⁴⁰ e del mai realizzato modello di diritto internazionale che si proponeva come altro e diverso da quello consolidatosi a partire dalla Pace di Westfalia? In ogni caso, quale che sia l'interpretazione prescelta, è difficile ignorare o anche solo sottovalutare la tensione fra principio di sovranità e principio di tutela e attuazione dei diritti fondamentali di ogni essere umano, anche di migranti e rifugiati; di tutti i migranti e i rifugiati indipendentemente dal loro *status* perché, come si afferma nel paragrafo 5 della stessa *Dichiarazione di New York* del 2016, «all are rights holders».

Ecco allora, come scrive Donatella Di Cesare, che «riflettere sulla migrazione vuol dire ripensare lo Stato»⁴¹. E ancora, ecco che riflettere sulla migrazione, come con grande lucidità puntualizzava Pietro Ingrao già nel 1989, vuol dire anche rendersi conto che «La stessa questione dei diritti si estende e si complica, perché ci sarà bisogno di mettere in campo nuove parità ma anche nuove differenze [...] e [...] se non vogliamo fermarci a qualche concessione, o se mai al soccorso e alla carità, dobbiamo riconoscerli, cioè

39. Non esplicitamente formulata, una ratifica, di fatto, della persistenza (ancora negli anni quaranta del novecento) di territori soggetti alla sovranità altrui, si ha al secondo comma dell'art. 2 della *Dichiarazione universale* del 1948, là dove si sancisce che la titolarità di ogni individuo di tutti i diritti in essa affermati non può essere soggetta a «nessuna distinzione [...] stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità» (corsivo mio). Sul punto rinvio a R.F. Betts, *Decolonization*, London, Routledge, 1998; trad. it. *La decolonizzazione*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 31-43.

40. Una crisi, quella del costituzionalismo (inter)nazionale, ormai risalente, che – come mi è capitato di affermare per la prima volta nel 2002 a Helsinki, al Convegno «Fundamental Aspects of Fundamental Rights» – si va sviluppando in relazione ad ognuno dei suoi tre principi fondanti: (i) la tutela dei diritti fondamentali; (ii) la salvaguardia delle istituzioni democratiche, (iii) la difesa della pace. Da allora, dalla pubblicazione di T. Mazzarese, *Is the Age of Rights at a Turning Point?*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2002, pp. 107-126, la radicalizzazione della crisi di ognuno dei tre profili del costituzionalismo (inter)nazionale è proseguita senza interruzione e la letteratura sul tema è sempre più vasta.

41. D. Di Cesare, *Stranieri residenti*, cit., p. 11.

conoscere la loro storia e la ragione profonda del loro sbarcare qui da noi, del loro “viaggio”»⁴².

In particolare, è necessario, come sollecita a fare Di Cesare, “ripensare lo Stato” e le forme in cui, di fatto e di diritto, lo Stato esercita (e molto spesso non esercita più) la propria sovranità. Non foss’altro perché, se, per un verso, là dove si tratta di migranti, si continua a rivendicare il “diritto sovrano” di ogni Stato a decidere chi ammettere nel proprio territorio, per altro verso, forse non troppo sorprendentemente, non si rivendica alcun “diritto sovrano” là dove si tratta di arginare e/o riflettere invece sulle conseguenze del dilagare – nel territorio statale, a rischio della tutela dei diritti fondamentali di chi vi vive e lavora – delle diverse forme di economia, finanza e mercato globale⁴³.

È necessario, quindi, “ripensare lo Stato”. Ma non è meno necessario, come già nel 1989 segnala Ingrao, tener conto e prender atto che «la stessa questione dei diritti si estende e si complica perché ci sarà bisogno di mettere in campo nuove parità e nuove differenze [...] se non vogliamo fermarci a qualche concessione, o se mai al soccorso e alla carità»⁴⁴. Due, in particolare, i profili in relazione ai quali la “questione dei diritti si estende e si complica”.

Il primo, probabilmente quello più presente a Ingrao quando scrive nel 1989, è quello dei termini in cui garantire una piena tutela del diritto alla cultura e del diritto di «[t]utti gli individui e i gruppi [...] ad essere diversi»⁴⁵. Principio, questo, che esplicitamente formulato nell’art. 1.2 della *Dichiarazione sulla razza e i pregiudizi razziali* adottata dall’Unesco nel 1978 viene ripreso all’art. 2.4 della *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* adottata nel 1995. Anche se, come si è già segnalato (§ 3.2), quasi a dispetto della perentorietà della sua affermazione, né la *Dichiarazione Unesco* del 1995 né la successiva *Dichiarazione universale dell’Unesco sulla diversità culturale* del 2001 prestano alcuna attenzione alla tutela di questi diritti nel caso delle (nuove) minoranze formate da migranti che, a partire da gruppi culturalmente omogenei si vanno radicando nei Paesi di approdo.

42. P. Ingrao, *Chi invade chi?* cit., p. 26.

43. Sulla tensione fra la pluralità di forme della *lex mercatoria* che condizionano e sono condizionate dal dilagare di economia, finanza e mercati globali, per un verso, e, per altro verso, il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali, rinvio a T. Mazzarese, *La (mancata) tutela de diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzarese, Sezione monografica di *Diritto & questioni pubbliche*, 2017, n. 1., pp. 123-125.

44. Tentazione, quella di voler fermarsi a «qualche concessione, o se mai al soccorso e alla carità» che sembra affiorare là dove, nel paragrafo 11 della *Dichiarazione di New York*, si legge della responsabilità condivisa per far fronte ai flussi di rifugiati e migranti «in a human, sensitive, compassionate and people centred manner» (corsivo mio).

45. In tema di migranti e diritto ad essere diversi, rinvio a T. Mazzarese, *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, a cura di G. Cerrina Feroni e V. Federico Napoli, ESI, 2018, pp. 63-85.

E ancora, in una prospettiva attenta alle migrazioni e ai fattori che la possono condizionare, il secondo profilo in relazione al quale, la “questione dei diritti si estende e si complica” è quello della salvaguardia dei beni fondamentali, di quei beni, cioè, nella definizione di Luigi Ferrajoli, «la cui accessibilità è garantita a tutti e a ciascuno perché oggetto di altrettanti diritti fondamentali e che perciò, al pari di questi, sono sottratti alla logica del mercato: come l'aria, l'acqua e gli altri beni del patrimonio ecologico dell'umanità e, per altro verso, gli organi del corpo umano, i farmaci cosiddetti “essenziali” o “salva-vita” e simili»⁴⁶. Evidente, per quanto la vasta letteratura sul tema non vi si soffermi molto, la stretta interazione fra salvaguardia dei beni fondamentali – l'individuazione e la sanzione, cioè, di efficaci garanzie della loro tutela – e la prevenzione di molti dei “fattori ambientali” e/o “sociali” che condizionano alcune delle forme sempre più diffuse di migrazione.

In una prospettiva attenta alle migrazioni e ai fattori che la possono condizionare, la “questione dei diritti si estende e si complica” e diventa quindi necessario individuare e definire le garanzie per un'efficace tutela della diversità culturale e per un'attenta salvaguardia dei beni fondamentali. Non per questo però viene meno la necessità di continuare a rivendicare – e a difendere dalle critiche e dagli attacchi che sempre più frequentemente tendono a delegittimarlo e ridicolizzarlo – l'attuazione del nesso ultimo e fondativo del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento; del nesso, cioè, fra tutela dei diritti, mantenimento della pace e difesa delle istituzioni democratiche. Banale nella sua ovvietà, nonostante l'ostentata indifferenza da parte di chi decide delle politiche in tema di migrazioni, che non si è spinti ad emigrare quando la tutela e l'attuazione dei diritti fondamentali condizionano e sono condizionate a un tempo dal regime democratico di Paesi in cui regna la pace. Si emigra da territori dilaniati dalla guerra e/o mortificati da regimi totalitari e/o da Paesi in cui, distratti dalla continua rincorsa a uno sviluppo inteso in termini di crescita di beni da produrre e da consumare, non si è più neppure in grado di garantire i diritti sociali dei propri cittadini.

Al carattere sistemico delle migrazioni, nella complessità, pluralità e spesso tragicità delle sue forme, sembra non esserci quindi risposta più *realista* che quella di prendere sul

46. L. Ferrajoli, *Per una Carta dei beni fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, a cura di T. Mazzarese e P. Parolari, Torino, Giappichelli, 2010, p. 68. Quello dei beni fondamentali e/o dei beni comuni (le denominazioni sono differenti e le caratterizzazioni non sempre coincidenti) è un tema oggetto di crescente interesse nella letteratura degli ultimi anni. Di indubbio rilievo, in particolare, oltre quella appena citata, le ricerche di L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., secondo vol., pp. 582-587; Id. *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., pp. 247-291; quelle di S. Rodotà, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione giustizia*, 2011, pp. 237-247; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza 2012, pp. 105-138; e quella di M.R. Marella, *The Commons as a Legal Concept*, in *Law Critique*, 2017, pp. 61-86; ricerche, tutte, che si sviluppano intorno all'interazione fra salvaguardia dei beni comuni e tutela dei diritti fondamentali.

serio la tutela e la garanzia dei diritti fondamentali – di tutti i diritti fondamentali – nella loro indivisibilità e nel loro doppio legame con la salvaguardia dei beni fondamentali. Non sembra, cioè, esserci altra risposta realista, né forse alternativa plausibile, che quella di riconoscere, con Ferrajoli, che «il popolo dei migranti è oggi il *soggetto costituente* di un nuovo ordine mondiale e, al tempo stesso, dell'umanità come soggetto giuridico. Per tre ragioni, la prima legata alle spaventose *disuguaglianze materiali* da cui sono provocate le emigrazioni, la seconda legata alle tante *differenze di identità* dalle quali il popolo dei migranti è attraversato; la terza legata alle *diseguaglianze nei diritti* e alle *differenze di status* che tuttora dividono l'umanità⁴⁷.

47. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., pp. 244-245.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

CONTROLLO DELLE FRONTIERE STATALI E RESPINGIMENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DEL MARE

di Irini Papanicolopulu e Giulia Baj

Abstract: *Il divieto di ingresso al confine destinato agli stranieri è sempre stato praticato. I tempi moderni non sono una eccezione; in particolare, l'Italia è coinvolta nelle rotte migratorie che attraversano il Mar Mediterraneo per raggiungere l'Europa. Tuttavia, questo divieto non è un autonomo istituto giuridico, ed è infatti disciplinato in diverse branche del diritto internazionale. Queste diverse norme stabiliscono diritti sia per gli Stati che per gli stranieri, creando possibili conflitti tra esse. Da una parte, gli Stati mantengono la sovranità sul proprio territorio e hanno il diritto di controllare gli ingressi; dall'altra, gli stranieri sono persone, pertanto beneficiarie di diverse garanzie del diritto internazionale dei diritti umani. Inoltre, molti movimenti migratori seguono rotte marittime, richiedendo quindi l'applicazione delle norme di diritto del mare. Dopo una breve analisi del contenuto del principio della sovranità statale, è fornito un approfondimento del diritto degli Stati di proibire l'ingresso a stranieri e dell'opposto divieto, sancito dal principio di non-refoulement. È poi esaminato l'obbligo di salvare persone in pericolo in mare e di sbarcare in luogo sicuro. Segue una analisi critica delle recenti azioni e disposizioni adottate dal Governo italiano alla luce dei principi e delle disposizioni descritte.*

Abstract: *The prohibition of entry at the border addressed to aliens has always been practiced. Current times make no exception; in particular, Italy is involved in the migratory routes that cross the Mediterranean Sea to reach Europe. However, this prohibition is not an autonomous legal institution and is in fact disciplined in different branches of international law. These different rules establish rights for both the States and the aliens, creating possible conflicts among them. On one hand, States keep their sovereignty on their territory and have the right to control the entries; on the other, aliens are persons, therefore beneficiaries of several guarantees of international human rights law. In addition, many migratory movements follow maritime routes, therefore requiring the application of the rules of sea law. After a brief analysis of the content of the principle of State sovereignty, a scrutiny of the right of States to prohibit the entry to aliens is given, followed by the opposite prohibition, enshrined in the principle of non-refoulement. The obligation to rescue at sea people in danger and to disembark in a place of safety is then be outlined. Last, the recent actions and laws on the matter adopted by the Italian government are discussed in the light of the principles and provisions highlighted.*

CONTROLLO DELLE FRONTIERE STATALI E RESPINGIMENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DEL MARE

di Irini Papanicolopulu e Giulia Baj*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo Stato, la sovranità statale e il “diritto di respingere”. – 2.1. La sovranità dello Stato sul suo territorio. – 2.2. Il territorio dello Stato e i suoi confini. – 2.3. I poteri dello Stato nel mare territoriale. – 3. Lo Stato e il divieto di respingere. – 3.1. Il *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati. – 3.2. Il *non-refoulement* nei diritti umani. – 3.3. Il principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3.4. L’obbligo di non respingere e il diritto del mare. – 4. La chiusura dei porti. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il respingimento, praticato dagli Stati nei confronti di stranieri che giungono alla propria frontiera con l’intenzione di entrare nel territorio dello Stato, non costituisce autonomo istituto nel diritto internazionale. Da ciò consegue che non vi è un regime unitario e organico che disciplini questa pratica. A livello internazionale, infatti, il respingimento è disciplinato sia dal diritto dei diritti umani, sia dal diritto dei rifugiati, anche a livello regionale¹. L’assenza di tale regime apposito, tuttavia, non significa che il respingimento non sia sottoposto a limiti e controlli derivanti dalla legge. Questo scritto esaminerà questi limiti e controlli, alla luce dei diritti e obblighi derivanti dal diritto internazionale e gravanti sugli Stati.

Vale la pena sottolineare che, al momento in cui si scrive, il flusso di sbarchi in Italia si è notevolmente ridimensionato rispetto ad alcuni anni fa. Al 13 dicembre 2019, il

* Rispettivamente, Professore associato di diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca e Dottoranda in *Public, European and International Law*, Università di Milano-Bicocca. Ai fini concorsuali, si precisa che Irini Papanicolopulu è l’autrice delle sezioni 2 e 4 e Giulia Baj delle sezioni 1 e 3. Le conclusioni sono state scritte congiuntamente dalle due autrici. La sezione 4 riprende ed espande considerazioni già avanzate in I. Papanicolopulu, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SIDIBlog*, 26.06.2019, www.sidiblog.org.

1. Circa la rilevanza del diritto internazionale nell’ordinamento italiano, è sufficiente ricordare che il legislatore italiano, riconoscendo l’importanza del diritto internazionale e dei valori fondamentali che esso esprime per l’insieme della comunità internazionale, ha adottato i necessari accorgimenti tecnico-giuridici per permettere all’ordinamento italiano di essere compatibile con l’ordinamento internazionale. In particolare, in base all’art. 10, co. 1 Cost., il diritto internazionale consuetudinario diventa automaticamente parte dell’ordinamento italiano, assumendo rango di fonte costituzionale. Parimenti, con la modifica dell’art. 117, co. 1 Cost. del 2001, le norme dei Trattati recepiti con legge dall’Italia sono configurate come norme di rango sub-costituzionale o norme interposte. Ne consegue che le leggi nazionali devono adeguarsi alle norme internazionali, pattizie e consuetudinarie, e non possono derogarvi. Per i più rilevanti riferimenti giurisprudenziali rispetto all’art. 10 co. 1 Cost., si veda Corte Cost., sent. 15.5.2001, n. 131; rispetto alla configurazione di norme interposte, si veda Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349.

numero di sbarchi nell'anno solare in corso ammontava a 11.097 persone, a fronte delle 23.126 riferite allo stesso periodo del 2018 e soprattutto alle 118.019 del 2017. L'anno in cui si è contato il maggior numero di sbarchi in Italia è però il 2016, durante il quale sono sbarcati nel nostro Paese 181.436 migranti².

Per ricostruire il quadro normativo di diritto internazionale applicabile al respingimento³ occorre considerare le varie norme che disciplinano se e come uno Stato possa respingere una persona che si presenti al suo confine. Due categorie di norme assumono particolare rilevanza: quelle relative all'identificazione del confine statale – poiché solo lo Stato può respingere e lo può fare solo al confine, altrimenti si tratta di un istituto giuridico diverso denominato espulsione – e quelle che pongono condizioni e preclusioni all'esercizio del respingimento – poiché non si tratta di potere assoluto, ma di potere che può essere esercitato solo nei casi previsti dalla legge e rispettando le condizioni da essa dettate. La prima riguarda quelle norme che permettono di identificare il territorio dello Stato e i suoi confini, nonché quelle norme che, attribuendo allo Stato la sovranità, gli permettono di escludere gli stranieri dal proprio territorio. Un regime particolare si applica agli spazi marini, dove la sovranità degli Stati è limitata e mitigata da altre norme. La seconda comprende varie norme di diritti umani e diritto dei rifugiati che limitano i casi in cui lo Stato può respingere e regolano le modalità con cui questo può avvenire. Un caso particolare è poi dato dai tentativi degli Stati di prevenire l'ingresso nel proprio territorio di navi che hanno soccorso persone in pericolo in mare attraverso la chiusura dei porti. L'analisi che segue avverrà lungo queste linee, prima di giungere ad alcune conclusioni circa l'attuale regolazione del respingimento nel diritto internazionale.

2. Lo Stato, la sovranità statale e il “diritto di respingere”

In base all'odierno diritto internazionale, lo Stato ha il diritto di escludere gli stranieri dal proprio territorio, sia espellendo coloro che già vi si trovano, sia impedendo a chi si presenta alla frontiera di entrare nel suo territorio. La prima situazione esula dall'ambito di indagine di questo scritto e non sarà trattata. Ci si concentrerà, viceversa, sulla seconda ipotesi, vale a dire i casi in cui lo Stato può impedire agli stranieri di entrare nel suo territorio. Tale potere – che pure subisce significative limitazioni che verranno trattate

2. Per ulteriori approfondimenti sugli sbarchi in Italia, si veda il cruscotto statistico giornaliero redatto dal Ministero dell'interno, il cui archivio è reperibile su <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/cruscotto-statistico-giornaliero>.

3. Sul respingimento nel diritto interno si veda R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 36 ss.

nelle sezioni successive – si fonda sulla sovranità statale⁴. Per meglio comprendere la portata di questo diritto a respingere è necessario definire il principio di sovranità statale, nonché cosa si intende per territorio statale e confini. Ciò è particolarmente rilevante con riferimento ai confini marittimi e alla sovranità entro tali zone, essendo l'esercizio di quest'ultima soggetto a particolari limitazioni.

2.1. *La sovranità dello Stato sul suo territorio*

In base ad un principio universalmente accettato del diritto internazionale, tutti gli Stati godono di piena sovranità all'interno del loro territorio, come delimitato dai suoi confini esterni⁵. La Corte internazionale di giustizia ha avuto ulteriormente modo di ribadire «l'importanza centrale nel diritto e nelle relazioni internazionali della sovranità statale sul territorio e della stabilità e certezza di questa sovranità»⁶ e che per identificare le aree in cui gli Stati possono esercitare i propri diritti sovrani riconosciuti dal diritto internazionale, è necessario individuare i confini degli Stati stessi⁷. Del resto, la comunità internazionale coincide (ancora oggi in larga misura) con la comunità degli Stati, destinatari ma anche produttori delle norme di diritto internazionale, originariamente destinate a regolare attraverso diritti e obblighi i rapporti tra Stati, sovrani e pari nella propria sovranità⁸.

Nel lodo arbitrale sul caso dell'Isola di Palmas, Max Hüber ebbe a notare che la sovranità – vale a dire la competenza esclusiva di uno Stato di esercitare su una porzione del globo le funzioni statali a esclusione di chiunque altro – costituisce il punto di partenza nella soluzione della maggior parte delle questioni che riguardano le relazioni internazionali⁹. Come si vede da questa affermazione, l'esclusività della sovranità è caratteristica intrinseca di questo concetto e tende a salvaguardare l'indipendenza dello

4. Quest'ultima è un principio base dell'ordinamento internazionale, che attribuisce a ogni Stato piena sovranità sul proprio territorio e da cui discende il diritto di proteggere il proprio territorio e i suoi confini e di impedire che persone non autorizzate li attraversino, facendo ingresso nel territorio dello Stato. Del principio si tratterà più diffusamente nel paragrafo successivo.

5. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th Ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 191; A. Cassese, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 68-69; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, p. 200. Per quanto riguarda la giurisprudenza, già la Corte permanente di arbitrato affermò come il territorio è elemento essenziale alla sovranità statale in *Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, lodo 7.9.1910.

6. *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, sent. 23.5.2008, par. 122.

7. *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v Turkey)*, 1978 ICJ Rep 3, par. 85.

8. Si veda, *ex multis*, A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit.; T. Scovazzi, M. Arcari, *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2018.

9. Corte permanente di arbitrato, *Island of Palmas case (The Netherlands v. USA)*, lodo 4.4.1928.

Stato da intrusioni esterne di altri Stati, come previsto anche dalla Carta delle Nazioni Unite¹⁰.

L'esclusività che contraddistingue la sovranità si manifesta non solo nei confronti degli altri Stati, ma anche nei confronti di qualunque persona voglia entrare nel territorio dello Stato. La potestà dello Stato di controllare gli ingressi nel proprio territorio, con la conseguente facoltà di respingere chi cerca di attraversare il confine senza averne avuto il permesso, è indirettamente confermata anche dai moderni strumenti internazionali a protezione dei diritti umani, che non contemplano un diritto generale di ingresso per gli stranieri¹¹. Al contrario, laddove sancita la libertà di circolazione degli individui è accompagnata da limitazioni ed eccezioni¹². Conformemente a quanto esposto, lo Stato ha quindi il diritto, in linea di principio, di decidere chi sarà ammesso nel proprio territorio¹³.

Allo stesso tempo, vi è generale accordo sul fatto che anche la facoltà di respingere non è assoluta; essa sottostà, come ogni altra azione dello Stato, agli altri impegni assunti da quest'ultimo. Per esempio, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), nel riconoscere che gli Stati hanno il diritto di controllare «l'ingresso, la residenza e l'espulsione degli stranieri», ha precisato che tale diritto sottostà agli impegni che gli Stati si sono assunti internazionalmente, che possono limitare e condizionare la potestà di respingere¹⁴. Le autorità statali sono quindi chiamate a compiere una mediazione tra principi diversi, ugualmente riconosciuti dal diritto ma potenzialmente contrapposti: la sovranità e la tutela dei diritti umani. Talvolta, la piena soddisfazione di entrambi è impossibile: la preferenza accordata a uno anziché all'altro è quindi una scelta. Questa scelta deve essere effettuata, in primo luogo, a livello politico; in questa misura, essa esula

10. *United Nations Charter*, 26.6.1945, art. 2, che riconosce inoltre la sovrana uguaglianza dei suoi membri, vieta l'uso della forza da parte di uno Stato contro l'integrità territoriale di un altro e proibisce l'ingerenza nelle questioni interne. Le motivazioni storiche della scelta di dare particolare rilevanza all'indipendenza degli Stati sono da ricercare nell'espansione coloniale che aveva caratterizzato il XIX secolo, oltre che nei tentativi di annessione di Stati all'alba del secondo conflitto mondiale.

11. Diverso è il caso dei cittadini di uno Stato, v. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16.12.1966, art. 12, par. 4.

12. V.N. De Genova, *Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010, p. 33. Tra i molti strumenti convenzionali, si segnala il Protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo), che riconosce alcuni diritti e libertà oltre quelli che già figurano nella Convenzione e nel Protocollo addizionale alla Convenzione del 1963, il cui art. 2 sancisce, ai commi 1 e 2, la libertà di circolazione, tuttavia specificando ai commi 3 e 4 che tale libertà può essere oggetto di restrizioni, che costituiscono misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui, nonché di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.

13. Si veda il Commento generale n. 15 del Comitato dei diritti umani.

14. «According to the Court's established case-law, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens», in *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 113.

dall'indagine del presente contributo, pur essendo opportuno ricordare la differenza tra diritti umani, il cui raggiungimento è un fine dell'odierna comunità internazionale, e sovranità, che è uno strumento per il perseguimento di fini che includono la salvaguardia dei diritti umani. Nei moderni Stati di diritto, tuttavia, la scelta politica viene poi trasformata in norma giuridica, che sarà invece approfondita nei seguenti paragrafi.

2.2. *Il territorio dello Stato e i suoi confini*

Secondo una nozione ampiamente riconosciuta nel diritto internazionale, il territorio costituisce elemento fondamentale e necessario dello Stato nel moderno diritto internazionale¹⁵. Il territorio è costituito da una o più porzioni di terraferma, generalmente delimitate attraverso confini concordati con gli Stati confinanti¹⁶.

Al territorio continentale di uno Stato occorre poi aggiungere, nel caso di Stati insulari o di Stati che abbiano una costa, il territorio marittimo, che include le acque interne marine, le acque arcipelagiche – nel caso di Stati arcipelagici – e il mare territoriale¹⁷. Ai fini del presente articolo, merita di essere ricordato che, come estensivamente analizzato dalla dottrina di diritto del mare¹⁸, le acque interne comprendono quelle porzioni di mare collocate al di qua delle linee di base utilizzate per misurare le zone marine dello Stato¹⁹ e sono equiparate, a tutti gli effetti, al territorio continentale dello Stato²⁰. Le linee di base possono consistere nella linea di bassa marea²¹ oppure, nei casi previsti dal diritto internazionale²², da linee diritte tracciate dallo Stato che congiungono punti appropriati lungo la costa, o da una combinazione dei due metodi. L'Italia, per esempio, ha un sistema di linee di base misto che talvolta utilizza la linea di bassa marea, talaltra linee diritte tracciate dal legislatore²³.

15. Art. 1, *Montevideo Convention on Rights and Duties of States*, 26.12.1933. La norma è generalmente considerata espressione del diritto consuetudinario; si veda, tra tanti, J. Crawford, *Brownlie's Principles*, cit., p. 191.

16. Tuttavia, l'assenza di confini precisi, pur creando incertezza nella pratica, non preclude necessariamente l'esistenza di uno Stato; si veda M.N. Shaw, *International Law*, 7th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 352.

17. Art. 2, par. 1, Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (da qui in poi CNUDM), 12.12.1982. Nel caso dei c.d. Stati-arcipelago, il territorio marittimo dello Stato può includere anche le acque arcipelagiche, come disciplinato dalla Parte IV, della CNUDM.

18. V., *ex multis*, T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, Giuffrè, 2002.

19. Art. 8, par. 1 CNUDM.

20. Con l'eccezione prevista all'art. 8, par. 2 CNUDM.

21. Art. 5 CNUDM.

22. I casi in cui uno Stato può utilizzare linee di base diverse dalla linea di bassa marea sono disciplinati dagli artt. 6-14 CNUDM.

23. D.p.r. n. 816 del 26 aprile 1977.

Il mare territoriale comprende le acque site al di là delle linee di base fino a un'ampiezza massima di 12 miglia marine (m.m.)²⁴. Nel mare territoriale, lo Stato costiero esercita piena sovranità²⁵, mitigata tuttavia dal diritto di passaggio inoffensivo che spetta alle navi di tutti gli Stati²⁶. L'ampiezza di 12 m.m. è l'ampiezza massima permessa dal diritto internazionale²⁷.

Il confine esterno dello Stato consisterà così nel confine terrestre, come delimitato con gli Stati adiacenti, e nel confine marino, vale a dire la linea di 12 m.m. dalle linee di base lungo le coste dello Stato, oppure la linea di confine marino concordata con gli Stati adiacenti o frontisti. La terraferma e le acque situate all'interno di tale linea appartengono allo Stato, che su di esse esercita la propria sovranità.

2.3. I poteri dello Stato nel mare territoriale

Un cenno speciale merita il regime applicabile nel mare territoriale. Come si è accennato in precedenza, all'interno del suo mare territoriale, lo Stato costiero gode di sovranità, limitata però dal diritto di passaggio inoffensivo attribuito alle navi di tutti gli Stati. Si può osservare come in effetti il diritto di passaggio inoffensivo, sancito dalla CNUDM ma già esistente nel diritto del mare²⁸, serva allo scopo di coniugare il principio di sovranità territoriale con il diritto di navigazione, conciliando quindi i diritti – potenzialmente contrapposti – dello Stato costiero e dello Stato di bandiera²⁹. Di conseguenza, non si può, in linea generale, impedire il passaggio di navi che esercitano il

24. Art. 3 CNUDM. Tale previsione può essere considerata, oggi, di natura consuetudinaria, vincolando quindi anche gli Stati che non hanno ratificato la CNUDM; si veda, in proposito, H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State over foreign merchant ships in internal waters and the territorial Sea* (Vol. 4), Berlino, Springer, 2006 p. 138.

25. Art. 2, par. 1 CNUDM.

26. Art. 17 CNUDM. Il diritto di passaggio inoffensivo si era affermato nella comunità degli Stati ben prima della stesura della CNUDM, si vedano, e.g., le dichiarazioni rilasciate alla Conferenza della Lega delle Nazioni per la codificazione del diritto internazionale nel 1927, LON Doc. C. 196. M. 70. 1927.v. e LON Doc. C.74. M. 39. 1929. V., 71; a cura di S. Rosenne, *League of Nations Conference for the Codification of International Law [1930]*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1975, vol. II. Anche il diritto di passaggio inoffensivo, pertanto, può essere considerato diritto non solo di natura convenzionale, ma anche consuetudinaria.

27. Tuttavia, lo Stato costiero può decidere di rivendicare una zona più ristretta, oppure può esservi costretto dalle circostanze geografiche, per esempio perché la sua costa è adiacente a quella di un altro Stato – come nel caso dell'Italia e della Slovenia nel Golfo di Trieste – oppure perché vi è la costa di un altro Stato a una distanza inferiore a 24 m.m. – come nel caso di Sardegna e Corsica. In questi ultimi casi, i due Stati dovranno procedere alla delimitazione del mare territoriale, in base alle norme di diritto internazionale come codificate all'art. 15 CNUDM. Sulla delimitazione delle zone marine si vedano P. Weil, *The law of maritime delimitation - Reflections*, Cambridge, Grotius Publications, 1989; N. Antunes, D.H. Anderson, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation: Legal and Technical Aspects of A Political Process*, Leiden, Brill, 2003 e, in italiano I. Papanicopolulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, Milano, Giuffrè, 2005.

28. H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State*, cit., p. 143.

29. H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State*, cit., p. 145.

diritto di passaggio inoffensivo, mentre si possono adottare misure necessarie a prevenire il passaggio non-inoffensivo³⁰.

Al fine di chiarire l'estensione e i limiti dei poteri statali nel respingere persone alla frontiera esterna del mare territoriale – vale a dire, a 12 m.m. dalle linee di base – occorre considerare due aspetti. Primo, cosa si intende per passaggio inoffensivo e in quali casi il passaggio di una nave non è più tale, autorizzando lo Stato costiero ad adottare misure nei confronti della nave ed eventualmente delle persone a bordo. Secondo, se e in quali casi lo Stato costiero può adottare misure nei confronti di navi che esercitano il diritto di passaggio inoffensivo.

In merito al primo aspetto, occorre esaminare i due termini «passaggio» e «inoffensivo». Il «passaggio» consiste nella navigazione al fine sia di attraversare il mare territoriale, sia di entrare o uscire da un porto dello Stato³¹. Il passaggio deve essere rapido e continuo, salvo le eccezioni previste nell'ultima parte dell'art. 18, par. 2, CNUDM: attività necessarie per la navigazione ordinaria e situazioni di forza maggiore, pericolo e necessità di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo. Quest'ultimo aspetto è quello che più rileva per valutare la liceità di eventuali respingimenti, dato il tipo di navi nel mirino dell'Esecutivo. Di conseguenza, l'ingresso, il transito e la sosta nel mare territoriale al fine di prestare soccorso a chi è in pericolo, oppure l'ingresso di un'imbarcazione in situazione di pericolo essa stessa al fine di trovare riparo in un porto, non autorizza lo Stato costiero ad adottare misure contro questa nave. Per quel che riguarda il carattere «inoffensivo» del passaggio, questo è tale se non reca pregiudizio alla pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero³². Tra le attività che rendono il passaggio non-inoffensivo rientra «il carico o scarico di qualsiasi ... persona in violazione alle norme ... in materia di immigrazione ... dello Stato costiero»³³. Di conseguenza, se una nave carica o scarica persone in violazione alle norme sull'immigrazione dello Stato costiero mentre naviga nel mare territoriale, il passaggio non è più inoffensivo e lo Stato costiero può intervenire.

30. Art. 25 CNUDM.

31. Art. 18, par. 1 CNUDM.

32. Art. 19, par. 1 CNUDM.

33. Art. 19, par. 2, lett. g, CNUDM. La questione dei poteri dello Stato in materia di contrasto all'immigrazione clandestina e in particolare al traffico di migranti, che pure è legata alla questione dei respingimenti, non sarà trattata in questo scritto. Sul tema si vedano, tra molti altri, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi, Torino, Giappichelli, 2016; L.V.M. Salamone, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare*, Piacenza, La Tribuna, 2019.

3. Lo Stato e il divieto di respingere

Se il diritto di impedire l'ingresso è conseguenza della sovranità che lo Stato gode sul proprio territorio, anche i limiti a tale diritto possono essere ricondotti all'altra faccia della sovranità. Sempre Max Huber notava, infatti, che il diritto esclusivo (nel senso di escludere) derivante dalla sovranità ha come corollario un obbligo: l'obbligo di assicurare a tutte le attività umane quel «minimo di protezione della quale il diritto internazionale è custode».³⁴ La sovranità non è quindi da intendersi come diritto fine a se stesso, ma come strumento per assicurare a tutti – Stati e individui – i diritti che loro spettano in base al diritto internazionale³⁵.

Questi diritti, questa protezione minima, è oggi perlopiù espressa nei vari strumenti giuridici che attribuiscono diritti umani all'individuo e prevedono obblighi di protezione in capo allo Stato. Innovando rispetto alla tradizionale ripartizione tra cittadini e stranieri, questi strumenti affermano i diritti umani come «diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana»³⁶, e fanno del principio di non-discriminazione il perno per la ricostruzione dei doveri degli Stati nei confronti di tutti gli individui, a prescindere dalla nazionalità.³⁷ In base a tale principio, gli Stati devono riconoscere e garantire a tutti gli individui sottoposti alla loro giurisdizione – vale a dire, presenti sul proprio territorio o su altro territorio controllato dallo Stato, oppure sottoposti al potere, *de iure* o *de facto* degli organi dello Stato³⁸ – i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto internazionale. L'atto di

34. «*Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian*». M. Hüber, *Island of Palmas case*, cit.

35. A tale proposito, si veda la *Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, che all'art. 1 sancisce il diritto di ogni Stato a esercitare liberamente i propri poteri senza interferenze da parte di altri Stati, e al successivo art. 6 sancisce il dovere di ogni Stato di trattare tutte le persone sotto la sua giurisdizione nel rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. *UN General Assembly, Draft Declaration on Rights and Duties of States*, 6.12.1949, A/RES/375, artt. 1 e 6. Si veda anche, *ex multis*, A. Tancredi, *State Sovereignty: Balancing Effectiveness and Legality/Legitimacy*, in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Berlino, Springer, 2018.

36. Preambolo, *Universal Declaration of Human Rights* (da qui in poi UDHR), 10.12.1948, UNGA Res. 217A.

37. Si veda art. 2 UDHR.

38. Il concetto di giurisdizione ai sensi dei Trattati di diritti umani è stato oggetto di numerose opere dottrinali; si vedano, per tutti, P. De Sena, *La Nozione di Giurisdizione Statale nei Trattati sui Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2002; *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, a cura di F. Coomans, M.T. Kamminga, Antersa, Intersentia, 2004, p. 83; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

respingimento consiste indubbiamente nell'esercizio di potere – sicuramente *de facto* e generalmente *de iure* – da parte degli organi dello Stato preposti al controllo delle frontiere nei confronti degli individui che cercano di attraversarle. Tuttavia, ciò attiva l'applicabilità degli strumenti preposti alla tutela di diritti umani³⁹.

Di conseguenza, nel decidere se e come effettuare un respingimento, lo Stato dovrà rispettare i diritti umani degli individui coinvolti. Per quel che riguarda le modalità di un eventuale respingimento, il diritto alla vita, il divieto di trattamenti inumani e degradanti, la libertà personale, il diritto alla vita familiare e i diritti procedurali assumono particolare rilievo⁴⁰. In alcuni casi, per giunta, l'obbligo di rispettare i diritti umani può precludere allo Stato di respingere gli individui. Si tratta del cosiddetto divieto di respingimento (*non-refoulement*), inizialmente previsto nella Convenzione sullo statuto dei rifugiati e successivamente incorporato in diversi trattati di diritti umani⁴¹, che verrà considerato nei paragrafi che seguono.

3.1. *Il non-refoulement nel diritto dei rifugiati*

Il primo settore del diritto internazionale nel quale è stata sviluppata una norma che vieta il respingimento è il diritto dei rifugiati⁴². Memori dei respingimenti alla frontiera attuati da vari Stati europei prima e durante la Seconda guerra mondiale, nonché dei respingimenti attuati nei confronti di navi che cercavano di condurre in salvo persone perseguitate⁴³, gli Stati decisero di adottare un divieto generale di respingere i rifugiati. Ai sensi della Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951, gli Stati parte si impegnano a non espellere o rendere un rifugiato, in qualsiasi maniera, verso le frontiere di territori

39. *In primis*, per quanto riguarda l'Italia, la CEDU. La rilevanza di tale carta non risiede solo nella sua applicabilità al nostro Stato, essendo entrata in vigore in Italia nel 1955, ma anche per i meccanismi in caso di condanna che si caratterizzano per una maggiore efficacia nei confronti degli Stati parte, rispetto ai meccanismi previsti da altri strumenti convenzionali per la tutela dei diritti umani.

40. Tali aspetti sono ampiamente trattati da altre relazioni e non saranno ulteriormente discussi in questa.

41. Sulla distinzione tra i due si veda S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 12.2008, p. 205. Per l'ordinamento italiano si vedano art. 10, co. 4 e art. 19, co. 1, 1.1. e 1-bis, d.lgs. n. 286/1998 (TU leggi sull'immigrazione) che attuano nell'ordinamento italiano i divieti internazionali rispettivamente in materia di rifugiati, di persone a rischio di essere inviati in qualsiasi Stato (quindi anche non il proprio Stato) in cui potrebbero essere oggetto di persecuzione o di tortura e di minori non accompagnati.

42. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 4.2010.

43. Famoso è rimasto il caso della nave *SS Saint Louis*, salpata nel 1939 con a bordo centinaia di ebrei che cercavano di fuggire dalla Germania, respinta prima da Cuba e poi dagli Stati Uniti, e infine costretta a fare ritorno in Germania, dove la maggior parte dei suoi passeggeri fu mandata nei campi di concentramento.

dove la sua vita o libertà sarebbero poste in pericolo a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o opinione politica⁴⁴.

Al fine di meglio comprendere la portata, ma anche i limiti, della norma che vieta il respingimento, è utile individuare i casi in cui la norma si applica, al fine di desumere i casi in cui non si applica. In primo luogo, la norma si applica ai «rifugiati», vale a dire a coloro che rientrano nella definizione di cui all'art. 1, lett. A della stessa Convenzione. Tale definizione richiede la presenza di cinque elementi, che spesso vengono definiti costitutivi: 1) il giustificato timore, 2) di persecuzione, 3) per uno dei cinque motivi previsti (razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale, opinione politica), 4) la presenza fuori dal territorio dello Stato di cui si ha la cittadinanza, e 5) l'impossibilità di avvalersi della protezione di tale Stato⁴⁵. Gli elementi necessari sono cumulativi, devono cioè essere tutti presenti allo stesso momento, ma anche sufficienti, poiché non è necessario altro per essere un rifugiato ai sensi della Convenzione. In particolare, non è necessario alcun atto formale da parte dello Stato o altri enti, che hanno effetti meramente dichiarativi e non costitutivi. Merita particolare attenzione la «appartenenza a un particolare gruppo sociale», vista la sua potenziale natura di valvola di chiusura del sistema. L'Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani (UNHCR) ha provveduto a specificare come il «gruppo sociale» non possa essere definito solo in ragione della persecuzione a cui degli individui sono sottoposti, ritenendo necessario limitarne il campo di applicazione. Tuttavia, ha riconosciuto come non vi sia nessun elenco esaustivo di ciò che deve intendersi per «particolare gruppo sociale». Inoltre, l'UNHCR ha specificato come l'intera locuzione «appartenenza a un particolare gruppo sociale» debba essere interpretata in maniera evolutiva, armonicamente alla evoluzione di società e norme dei diritti umani. Per «gruppo sociale» si deve quindi intendere secondo l'UNHCR un gruppo di individui accomunati da una comune caratteristica, spesso innata e imm modificabile, comunque fondamentale alla identità e alla coscienza personali, nonché all'esercizio dei diritti umani. In conclusione, nonostante la Convenzione sullo statuto dei rifugiati indichi solo cinque possibili cause di persecuzione atte a conferire lo *status* di rifugiato e a far scattare la protezione offerta dal diritto di non respingimento, la «appartenenza a un

44. Art. 33, par. 1, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, *Convention relating to the Status of Refugees*, 28 luglio 1951, che prevede: «*No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*».

45. A condizione che non ricorrano le cause di esclusione di cui all'art. 1, lett. D-F, o le cause di cessazione di cui all'art. 1, lett. C della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.

particolare gruppo sociale» permette di proteggere molteplici categorie di soggetti, sottoposti a vari tipi di persecuzione⁴⁶.

Sono invece escluse altre persone che necessitano di protezione, quali coloro che fuggono da guerre (che non rientrano tra le cause di persecuzione), gli sfollati interni (che non sono usciti dal loro Stato) e i rifugiati ambientali (per i quali non si può parlare di persecuzione)⁴⁷.

Il comportamento vietato dalla norma non è il respingimento in generale, ma il respingimento verso una certa categoria di Paesi, ossia quelli dove la vita o la libertà del rifugiato sarebbero messe in pericolo. La possibile violazione di altri diritti umani di cui pure gode il rifugiato non è sufficiente a impedirne il respingimento⁴⁸. Non solo, vita e libertà devono essere in pericolo in ragione di una lista chiusa di motivazioni, la stessa lista di motivazioni che conferiscono all'individuo lo *status* di rifugiato (razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche)⁴⁹. Non è comunque necessario che tali Stati siano quelli di cittadinanza del rifugiato. La Convenzione, inoltre, non richiede che il rifugiato sia già entrato nel territorio dello Stato, essendo configurabile un respingimento anche alla frontiera – vale a dire prima che il rifugiato entri nel territorio dello Stato – oppure in zone dove lo Stato non esercita sovranità, come l'alto mare.

Vi sono alcuni casi in cui la Convenzione stessa prevede la possibilità di derogare al divieto di respingimento, indicati dal secondo paragrafo dell'art. 33. Si tratta di casi in cui vi siano seri motivi per considerare un rifugiato come pericoloso per la sicurezza dello Stato oppure i casi in cui il rifugiato possa essere considerato una minaccia per la collettività nazionale a causa di una condanna definitiva per un crimine particolarmente grave⁵⁰.

46. UNHCR, *Guidelines on international protection: "membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02, 7.5.2002. Per la prassi si veda, e.g., *Attorney-General of Canada v. Ward*, dove si dice che per «gruppo sociale» si può intendere anche un gruppo composto da individui accomunati da «such bases as gender, linguistic background and sexual orientation». *Attorney-General of Canada v. Ward*, sent. 30.6.1993, n. 21937, p. 34. L'Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani (UNHCR) ha provveduto a specificare come il «gruppo sociale» non possa essere definito esclusivamente per il fatto di essere soggetto a persecuzione.

47. Sulle varie categorie di rifugiati, non sempre protetti ai sensi della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, si veda *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, a cura di L. Westra, S. Juss, T. Scovazzi, Ashgate, 2015.

48. Art. 33, par. 1, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.

49. *Ibidem*

50. Art. 33, par. 2, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.: «*The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*».

3.2. *Il non-refoulement nei diritti umani*

La rilevanza dell'art. 33 Convenzione sullo statuto dei rifugiati riguarda non solo la rilevanza che tale norma assume nella tutela dei rifugiati che cercano asilo in altri Stati, ma anche l'influenza che questa norma ha avuto sullo sviluppo dei diritti umani. Il principio che, in casi di rischio particolarmente grave, una persona non possa essere respinta verso uno Stato dove potrebbe subire una violazione dei diritti fondamentali, è stato ripreso successivamente da altri strumenti giuridici. Ciò dimostra senz'altro un forte interesse da parte della comunità internazionale alla protezione da respingimenti in possibile violazione con i diritti umani; tuttavia, le disposizioni variano da strumento a strumento, impedendo lo sviluppo di disciplina e prassi coese e consistenti. A oggi, il destino di uno straniero che invoca il diritto a non essere respinto varia a seconda dello Stato in cui egli si trova; la medesima situazione può essere considerata dalla Corte sufficiente o insufficiente ad attivare la protezione data dal principio di *non-refoulement*, a seconda del testo normativo recepito dallo Stato attraverso ratifiche di strumenti internazionali.

Così la Convenzione contro la tortura (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrating Treatment or Punishment*, da qui in poi CAT) prevede un divieto completo di respingimento verso Stati dove una persona, non necessariamente un rifugiato come prevede la Convenzione sullo statuto dei rifugiati, rischi di essere sottoposta a tortura, come corollario del divieto oggetto della convenzione; infatti, la protezione offerta dalla CAT sarebbe neutralizzata se fosse possibile inviare gli individui in Paesi dove possano essere soggetti a tortura. Se in questo caso il divieto di *refoulement* si applica solo nel caso in cui il rischio riguardi la lesione del solo diritto a non essere sottoposti a tortura, e non anche il diritto alla vita e alla libertà personale previsti all'art. 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, il divieto di respingimento sancito in questa convenzione è di natura assoluta. Infatti, il divieto di respingimento di cui all'art. 3, par. 1, CAT non contempla alcuna eccezione⁵¹. Questo approccio è coerente con il carattere assoluto del divieto di tortura, previsto all'art. 2 della stessa Convenzione, ai sensi del quale non si può invocare come giustificazione alcun tipo di circostanze, seppur eccezionali⁵², né il dovere di

51. «No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture».

52. «No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture». Art. 2, par. 2, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrating Treatment or Punishment* (CAT), 10.12.1984, UN GA res. 39/46.

adempiere a ordini ricevuti da un superiore⁵³. Tale carattere del divieto di tortura e del conseguente divieto di respingimento verso Paesi dove la persona potrebbe essere torturata è conforme con il carattere di *jus cogens* del divieto stesso, come riconosciuto dai giudici internazionali, *in primis* dalla Corte internazionale di giustizia⁵⁴.

Una limitazione all'applicabilità dell'art. 3 CAT deriva dalla definizione stessa di tortura, che deve essere inflitta da un funzionario pubblico o da un'altra persona che agisca a titolo ufficiale, oppure da altre persone su istigazione o col consenso o l'acquiescenza di pubblici ufficiali⁵⁵. Sono quindi escluse tutte le forme di tortura perpetrate da persone o gruppi che non rivestano una funzione ufficiale, anche se questi controllano una porzione del territorio dello Stato verso cui si vuole respingere la persona. Tuttavia, l'efficacia del divieto di tortura sarebbe inficiata dal ricorso a termini meno definiti, che lasciano più margine di interpretazione. Pertanto, si può affermare che la puntuale definizione *ex art. 1* non era stata predisposta per costituire un limite, ma piuttosto garantire l'efficacia della protezione offerta dal dettato convenzionale.

3.3. Il principio di non-refoulement nella giurisprudenza della Corte EDU

Il pericolo di essere sottoposto a tortura o trattamenti crudeli, inumani e degradanti in caso di respingimento è stato affrontato anche a livello regionale. Per quanto concerne l'Italia, è sicuramente da segnalarsi la giurisprudenza della Corte EDU. Il principio di *non-refoulement* non è espressamente sancito nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Tuttavia, la Corte EDU ha, nel corso degli anni, ricostruito la vincolatività di tale principio per gli Stati parte della CEDU come corollario della proibizione della tortura, sancita all'art. 3 CEDU⁵⁶. Inoltre, poiché il disposto dell'art. 3 CEDU non identifica particolari categorie di beneficiari del divieto di tortura, la tutela data da tale proibizione e dal corollario principio di *non-refoulement* tutelano ogni individuo, come la CAT e a differenza della Convenzione sullo statuto dei rifugiati.

53. «An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture». Art. 2, par. 3, CAT, cit.

54. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, sent. 20.07.2012, in *ICJ Reports 2012*, par. 99: «the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)».

55. Art. 1, par. 1, Convenzione contro la tortura, prima disposizione a fornire una definizione di tortura a livello internazionale. Per approfondimenti dottrinali circa la portata di questo articolo, si veda, *ex multis*, J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A handbook on the Convention against Torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

56. «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», art. 3 CEDU, 4.11.1950.

Infatti, la Corte, partendo dal disposto dell'art. 3, ha desunto un divieto di respingimento verso quegli Stati dove la persona sarebbe sottoposta a tortura. Il primo caso⁵⁷ dove ciò viene espresso è *Soering c. Regno Unito*, riguardante il rischio reale (*real risk*) di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani, crudeli e degradanti in caso di estradizione⁵⁸. La Corte EDU non si è limitata a proibire i respingimenti a questo tipo di casi, ma ha esteso tale divieto anche ai casi di espulsione⁵⁹. L'evoluzione in via interpretativa dell'art. 3 dato dalla Corte EDU non si è fermata al riconoscimento dell'obbligo di non respingimento; infatti, ha riconosciuto la natura assoluta del divieto, che non può essere derogato nemmeno per motivi di sicurezza nazionale (emerge, quindi, come nel caso di specie la Corte EDU sia stata chiamata al bilanciamento tra diritti umani e sicurezza nazionale)⁶⁰. Inoltre, la Corte ha chiarito che il rischio di tortura, capace di attivare la protezione fornita dal divieto di respingimento, possa emanare anche da soggetti non statali⁶¹. Alla luce di tale giurisprudenza, si può oggi affermare che uno Stato parte della CEDU non possa mai respingere una persona verso il territorio di un altro Stato dove questa persona corre il rischio serio di essere sottoposta a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti⁶². Inoltre, e di particolare interesse ai fini della presente trattazione, la Corte EDU ha chiarito che il divieto di respingimento si applica anche rispetto ad azioni dello Stato condotte in alto mare⁶³, anche qualora queste coinvolgano migranti via mare⁶⁴.

57. Si osserva che riferimenti alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU in caso di trasferimento coatto furono svolti dalla Corte EDU precedentemente, v. *P. c. Belgio*, 1963, e *X. c. Repubblica Federale di Germania*.

58. Nella sentenza del 7.7.1989, par. 88, la Corte ritenne che «*the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country*». Non solo: «*It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention [...] were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture [...]. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intent of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article*».

59. *V. Chahal c. Regno Unito*, sent. 15.11.1996, par. 74.

60. *Chahal*, parr. 79-80; *Saadi c. Italia*, sent. 28.2.2008, par. 127.

61. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 120.

62. Al fine di avere una più completa comprensione della posizione giurisprudenziale in materia, è necessaria una comprensione di ciò che la Corte EDU ha, nel corso degli anni, dichiarato essere «tortura» o «trattamento crudele», «inumano» o «degradante». Si rimanda, conseguentemente, alle sentenze della Corte EDU in materia. Si segnala, *ex multis*, a *Irlanda c. Regno Unito*, sent. 18.1.1978, *Tyrer c. Regno Unito*, sent. 25.4.1978, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, sent. 25.3.1993.

63. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 120.

64. Sulla rilevanza del principio di *non-refoulement* per i migranti irregolari via mare si veda G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, cit.; A. Fischer-Lescano, T. Löhr, T. Tohidipur, *Border Controls at Sea*:

Effetti simili sono raggiunti attraverso il divieto di espulsioni collettive, previsto all'art. 4 Protocollo Addizionale 4 CEDU, ratificato dall'Italia⁶⁵. Come ha riconosciuto la Corte EDU, il divieto di respingimenti collettivi si applica non solo nei confronti di persone che si trovano già all'interno del territorio dello Stato, ma anche nei confronti di persone cui viene impedito – attraverso un respingimento alla frontiera o prima ancora che raggiungano la frontiera, come nei casi di respingimenti in alto mare – di entrare nel territorio dello Stato, come esplicitato dalla Grande Camera EDU nelle sentenze *Hirsi Jamaa et al. c. Italia* e *Khlaifia et al. c. Italia*⁶⁶.

L'art. 4 Protocollo Addizionale 4 CEDU costituisce un buon esempio di difficoltà applicative di una disposizione scritta. Coniugare il rispetto del principio di *non-refoulement* con la prassi dei respingimenti così come attualmente configurata presenta infatti delle difficoltà. Perché il principio di *non-refoulement* venga effettivamente applicato, infatti, è necessaria la valutazione specifica della situazione particolare dello straniero, raramente di rapida realizzazione⁶⁷. Una prassi caratterizzata da respingimenti rapidi e collettivi, pertanto, viola di per sé il principio di *non-refoulement*.

Altro aspetto della prassi in materia di respingimenti di diversi Stati, anche parte della CEDU, difficilmente compatibile con il principio di *non-refoulement* è dato dalla predisposizione di una lista di Stati nei quali un individuo non corre il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani, crudeli o degradanti. Un provvedimento di respingimento verso uno di questi Stati, pertanto, non necessiterebbe di ulteriori controlli:

Requirements under International Human Rights and Refugee Law, in *International Journal of Refugee Law*, n. 21.2009; P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; V. Moreno Lax, *Seeking Asylum in the Mediterranean: against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 23.2011; S. Borelli, B. Stanford, *Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights*, in *Uluslararası Hukuk ve Politika – Review of International Law and Politics*, n. 10.2014; N. Klein, *A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 63.2014; M. Giuffré, *Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *'Boat Refugees' and Migrants at Sea. A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human Rights*, a cura di V. Moreno-Lax, E. Papastavridis, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 248 ss; R. Wilde *'Let Them Drown': Rescuing Migrants At Sea And The Non-Refoulement Obligation As A Case Study Of International Law's Relationship To 'Crisis': Part I*, in *EJIL talk!*, 25.2.2017, www.ejiltalk.org; R. Wilde, *'Let Them Drown': Rescuing Migrants At Sea And The Non-Refoulement Obligation As A Case Study Of International Law's Relationship To 'Crisis': Part II*, in *EJIL talk!*, 27.2.2017, www.ejiltalk.org.

65. «Collective expulsion of aliens is prohibited», Protocollo addizionale alla CEDU n. 4, Strasburgo, 16.9.1963, art. 4.

66. *Hirsi Jamaa c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 166-182; *Khlaifia et al. c. Italia*, sent. 1.9.2015 e sent. 5.12.2016.

67. Si ricordano, a tale proposito, i requisiti necessari per il godimento del diritto a non essere respinto previsti dalla Convenzione sullo statuto dei rifugiati, requisiti che sono stati definiti come psicologici (laddove si parla di «fondato timore»).

lo Stato compare in tale lista, quindi non vi è rischio. Il contrasto con il principio di *non-refoulement* è evidente: come ribadito poc'anzi, la verifica del rischio di essere sottoposto a tortura o pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti deve essere svolta caso per caso. Ciò è incompatibile con la predisposizione di liste che permettono un generico respingimento in tali Stati⁶⁸.

Pertanto, nonostante la presenza di diversi strumenti internazionali, di carattere locale e non, che sanciscono il principio di *non-refoulement*, diversi sono i comportamenti concretamente tenuti dagli Stati in possibile conflitto con questo principio. Le ragioni alla base sono di natura precipuamente politica, come lo scopo di scoraggiare migrazioni incontrollate; tuttavia, le diverse norme di diritto internazionale, se da un lato permettono agli Stati di regolamentare e limitare gli ingressi di stranieri nel proprio territorio, dall'altro impongono il rispetto dei diritti umani.

3.4. *L'obbligo di non respingere e il diritto del mare*

Il principio di *non-refoulement* non è espressamente sancito dalle norme di diritto del mare. Questo tuttavia non significa che esso non si applichi in mare, poiché il diritto del mare, un “regime” aperto all'interno del “sistema” del diritto internazionale⁶⁹, chiaramente prevede la possibilità di integrare le norme contenute nei suoi strumenti con quelle derivanti da altri “regimi”⁷⁰. Così la CNUDM prevede che le questioni non regolate dalla stessa continuino a essere regolate dalle norme e dai principi del diritto internazionale⁷¹, e che le sue disposizioni non alterino i diritti e gli obblighi che derivano per gli Stati parte da altri accordi compatibili con essa⁷². È quindi evidente come il divieto di *non-refoulement* sia pienamente compatibile con le norme del diritto del mare come contenute nella CNUDM.

68. Politiche migratorie statali in contrasto con gli obblighi di diritto internazionale si rintracciano non solo nella recente esperienza italiana, ma anche, *ex multis*, ungherese, francese, statunitense. Vedi Oxfam Italia, *Un “gioco” pericoloso – I respingimenti di migranti e rifugiati alle frontiere europee*, Oxford, 2017. Per quanto riguarda l'esperienza statunitense, Stato non vincolato dalla CEDU ma ugualmente vincolato al rispetto del principio di *non-refoulement*, si vedano i report della *American Civil Liberties Union* prodotti sul tema *Immigrants' rights – Deportation and due process*, reperibili presso https://www.aclu.org/search/%20?f%5B0%5D=field_issues%3A428&f%5B1%5D=field_date%3A2019. Circa la prassi italiana in materia di respingimenti rispetto ai fenomeni migratori via mare che interessano il nostro Paese, vedi *infra*.

69. Si fa qui ricorso alle categorie utilizzate da Koskeniemi nel suo rapporto alla Commissione di diritto internazionale sulla frammentazione del diritto internazionale; si veda M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi*, 13.4.2006, UN Doc A/ CN.4/ L.682.

70. Per un'analisi si rimanda a I. Papanicopolulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 101-103.

71. Preambolo, CNUDM.

72. Art. 311, par. 2, CNUDM.

In aggiunta, è possibile rilevare come taluni obblighi fondamentali di questo ramo del diritto internazionale sono coerenti con la tutela dei diritti umani offerta dal principio poc'anzi brevemente illustrato. Ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di salvare chiunque si trovi in pericolo in mare e portarlo in un luogo sicuro⁷³. Questo obbligo, già previsto da norme consuetudinarie, è sancito sia dalla CNUDM che da altri strumenti elaborati nell'ambito dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), *in primis* la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (da qui in poi Convenzione SOLAS)⁷⁴ e la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio marittimo (da qui in poi Convenzione SAR)⁷⁵. Sia la Convenzione SOLAS che la Convenzione SAR prevedono, oltre all'obbligo di salvataggio, che le persone salvate in mare siano sbarcate in un «luogo sicuro», «*place of safety*»⁷⁶. Le due convenzioni non forniscono una definizione di «luogo sicuro»; a ciò soppperiscono le linee guida dell'IMO. Queste parlano di «luogo sicuro» come del luogo dove

73. L'obbligo è stato esaminato sotto molteplici aspetti dalla dottrina, italiana e non, tra cui R. Barnes, *The International Law of the Sea and Migration Control in Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, a cura di B. Ryan and V. Mitsilegas, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 103; G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, cit., p. 278; B.H. Oxman, *Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36.1998, p. 415; *The United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary. Volume III*, a cura di M. Nordquist, S.N. Nandan, S. Rosenne, Leiden, Martinus Nijhoff, 1985, p. 171 ss.; T. Scovazzi, *Human Rights and Immigration at Sea*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marin, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 212, 225; J.E. Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, a cura di D.R. Rothwell, A.G. Oude Elferink, K.N. Scott, T. Stephens, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 91, 104; P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; J. Coppens, E. Somers, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 25.2010, p. 377 ss.; V. Moreno Lax, *The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 25.2010, p. 621 ss.; D. Testa, *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: A Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea*, in *Ocean Yearbook*, n. 28.2014, p. 555 ss.; E. Papastavridis, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, www.qil-qdi.org; S. Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, www.qil-qdi.org; I. Papanicolopulu, *The Duty To Rescue At Sea, In Peacetime And In War: A General Overview*, in *International review of the red cross*, n. 98(2).2016; M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante di nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1.2019, pp. 5-48; F. De Vittor, *Il diritto di attraversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1.2014, pp. 63-81; M. Pallis, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 14(2).2002, pp. 329-364.

74. *International Convention for the Safety of Life at Sea*, adottata il 1.11.1974 ed entrata in vigore il 25.5.1980, 1184 UNTS 278, come emendata. La flotta mercantile dei 163 Stati parte alla SOLAS costituisce il 99,14% circa della stazza lorda mondiale. La SOLAS è stata emendata nel 2004; l'unico Stato parte che non è vincolato dai nuovi emendamenti è Malta.

75. *International Convention on Maritime Search and Rescue*, Organizzazione internazionale marittima, adottata il 27.4.1979 ed entrata in vigore il 22.6.1985, 1405 UNTS 118, come emendata. La flotta mercantile dei 109 Stati parte alla Convenzione SAR costituisce il 80,75% della stazza lorda mondiale. La Convenzione SAR è stata emendata nel 2004; l'unico Stato parte che non è vincolato dai nuovi emendamenti è Malta.

76. *International Convention on Maritime Search and Rescue*, cit., cap. I, art. 1.3.2.

la vita dei sopravvissuti non è più in pericolo e in cui i loro diritti umani fondamentali posso essere soddisfatti⁷⁷, luogo che va identificato «tenuto conto delle particolari circostanze del caso»⁷⁸, ivi incluse, nel caso di richiedenti asilo e rifugiati salvati in mare, la necessità di evitare lo sbarco in territori dove la vita e la libertà di queste persone sarebbero poste in pericolo⁷⁹.

Appare evidente come questo obbligo sia coerente col principio di *non-refoulement*. Vi si può infatti rintracciare una medesima esigenza: fornire effettiva tutela ai diritti umani delle persone in situazione di vulnerabilità. Come il divieto di tortura (e, nel caso della CEDU, di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti) non sarebbe effettivamente garantito nel caso si permetta il respingimento verso Stati che non garantiscono questa proibizione, allo stesso modo l'obbligo di salvataggio non realizzerebbe il suo scopo umanitario nel caso in cui gli individui soccorsi in mare fossero fatti sbarcare in luoghi non sicuri.

Quest'ultima ipotesi può costituire una violazione non soltanto della previsione sul «*place of safety*», ma, nel caso in cui questo sbarco sia conseguenza di un respingimento, anche del principio di *non-refoulement*. Il collegamento tra l'obbligo di salvataggio in mare e sbarco in luogo sicuro e l'obbligo di *non-refoulement* costituisce così un punto di incontro tra il diritto del mare, il diritto dei rifugiati e il diritto dei diritti umani.

La possibilità che la persona salvata in mare sia anche migrante non è una mera ipotesi di scuola. Al contrario, ciò si è presentato diverse volte in anni recenti nel nostro Paese, spesso meta di migrazioni via mare⁸⁰. In tale contesto di sostenuti movimenti migratori attraverso il Mediterraneo, lo Stato italiano è spesso intervenuto rimarcando il proprio diritto a respingere, soprattutto via mare, derivante dalla propria sovranità territoriale⁸¹. Come illustrato, però, il diritto a respingere non può essere avulso dall'obbligo di non respingere; starà alle autorità dello Stato, attraverso le sue autorità – quelle politiche, in primo luogo, ma anche gli altri poteri incluso quello giudiziario – conciliare diritto e obbligo.

77. «*A place of safety is (...) a place where the survivor's safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met*». Organizzazione internazionale marittima, risoluzione MSC.167(78), 20.05.2004, par. 6.12.

78. *Ibidem*, par. 6.15.

79. *Ibidem*, par. 6.17. Sull'applicazione pratica di tali criteri rispetto alla Libia si veda Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani, *UNHCR Position on returns to Libya (Update II)*, 9.2018.

80. Per quanto riguarda i numeri degli sbarchi negli anni più recenti, vedi *supra*, par. 1.

81. Simili misure sono adottate anche da altri Stati, si veda per esempio il recente Decreto Libico del 14 settembre 2019 che mira a rendere particolarmente oneroso il salvataggio da parte di ONG nella zona SAR Libica.

4. La chiusura dei porti

Le limitazioni alla potestà dello Stato di respingere gli stranieri alla frontiera derivanti dal diritto dei rifugiati e dai diritti umani sono spesso state viste come un intralcio a politiche di respingimento indiscriminato portate avanti da alcuni Stati. Questi Stati – o meglio, i loro governi – hanno così cercato altre strade per evitare che stranieri – verosimilmente rifugiati – potessero raggiungere il territorio dello Stato al fine di chiedere asilo o comunque protezione contro gravi violazioni dei loro diritti⁸². In particolare, alcuni Stati costieri destinatari di flussi di migranti irregolari, tra cui Australia, Italia e Stati Uniti d'America, hanno cercato di allontanare le operazioni di respingimento dal loro territorio spostando il respingimento dal confine territoriale⁸³.

Nel caso italiano, il limite esterno è dato dal mare territoriale, alle zone marine non soggette alla sovranità dello Stato, in particolare l'alto mare. Tale pratica è stata considerata come violazione del diritto internazionale ed è stata criticata da più parti, si veda la condanna dell'Italia a opera della Corte EDU nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*. In tale sentenza, infatti, la Corte ha ribadito la sua interpretazione consolidata della giurisdizione statale, secondo la quale quest'ultima si estende anche al di fuori del

82. Le tematiche del respingimento differito allo Stato di partenza e degli accordi tra Stati di partenza dei flussi migratori per la concertazione di politiche migratorie con l'obiettivo di realizzare una esternalizzazione delle frontiere, pure argomenti spinosi sotto un profilo politico e giuridicamente opinabili, non saranno oggetto di questa trattazione. Per maggiori approfondimenti circa questi profili si rimanda, *ex multis*, a G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDBlog*, 11.9.2017, www.sidiblog.org; A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, pp. 139-182, www.costituzionalismo.it; F. Vassallo Paleologo, *La frontiera Mediterraneo: migrazioni irregolari e diritti fondamentali dei migranti*, in *Emigrazione, immigrazione, sviluppo*, n. 10/2007; P. Cuttitta, *I confini d'Europa a Sud del Mediterraneo. Strumenti e incentivi per l'esternalizzazione dei controlli*, in *Migrazioni, frontiere, diritti*, a cura di P. Cuttitta, F. Vassallo Paleologo, 2006, pp. 13-40.

83. Per approfondimenti circa le politiche di esternalizzazione dei respingimenti si veda, *ex multis*, B. Frelick, I.M. Kysel, J. Podkul, *The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*, in *Journal of Migration and Human Security*, n. 4(4).2016, pp. 190-220; A. Liguori, *Migration Law and the Externalization of Border Controls: European State Responsibility*, Londra, Routledge, 2019; F. Mussi, N.F. Tan, *Comparing Cooperation on Migration Control: Italy-Libya and Australia-Indonesia*, in *Irish Yearbook of International Law*, n. 10.2015, pp. 87-108; A.L. Hirsch, *The borders beyond the border: Australia's extraterritorial migration controls*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 36(3).2017, p. 48-80; J. Podkul, I.M. Kysel, *Interdiction, border externalization, and the protection of the human rights of migrants. Submitted as written testimony to the Inter-American Commission on Human Rights Hearing on Human Rights and the Interdiction of Persons Eligible for International Protection*, Washington, DC, Human Rights Institute, 22.10.2015; sugli accordi di cooperazione Italia-Libia, si veda F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4.2018, nonché l'appello di varie associazioni per l'annullamento del memorandum Italia-Libia, *Lettera aperta al governo e al parlamento per l'annullamento del memorandum Italia-Libia*, reperibile presso https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/10/LETTERA-APERTA-AL-GOVERNO-SUL-MEMORANDUM-CON-LA-LIBIA_DEF.pdf.

territorio statale per ricomprendere tutte le ipotesi in cui i propri agenti esercitano controllo e autorità su un individuo⁸⁴.

Queste condanne non hanno tuttavia eliminato fantasiosi tentativi miranti a impedire di fatto l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato, incluso il mare territoriale. In particolare, l'Italia ha recentemente adottato una normativa mirante a impedire l'ingresso di navi che hanno soccorso migranti nelle proprie acque territoriali e nei propri porti⁸⁵. Il giorno 14 giugno 2019 il governo italiano ha adottato il «Decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»⁸⁶, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77⁸⁷. Sia il decreto che la successiva legge sollevano vari problemi, a iniziare dallo stesso ricorso allo strumento del decreto-legge per la disciplina di una materia la cui urgenza è tutt'altro che pacifica⁸⁸. Ai fini di questa trattazione, è sicuramente di rilievo la questione della liceità delle misure nei confronti di navi che intendano entrare nel mare territoriale italiano, anche alla luce delle vicende note

84. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, cit., par. 74. Il caso è stato ampiamente commentato dalla dottrina; si vedano G. Cellamare, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 7.2012, p. 491 ss.; A. Di Pascale, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in questa *Rivista*, n. 1.2012, p. 85 ss.; M. Giuffré, *Watered- Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 61.2012, p. 728 ss.; F. Lenzerini, *Il principio del "non-refoulement" dopo la sentenza "Hirsi" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, n. 95.2012, p. 721 ss.; A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. intern.*, n. 95.2012, p. 415 ss.; V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in *Human Rights Law Review*, n. 12.2012, p. 574 ss.; M. Tondini, *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations: With Reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *The Journal of International Maritime Law*, n. 18.2012, p. 59 ss.; M. den Heijer, *Reflections on "Refoulement" and Collective Expulsion in the "Hirsi" Case*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 25.2013, p. 265 ss.; I. Papanicolopulu, *Hirsi Jamaa v. Italy*, in *American Journal of International Law*, n. 107.2013, p. 417 ss. Per casi affrontati in altri ambiti, si vedano Inter-American Commission on Human Rights, *The Haitian Centre for Human Rights et al v United States, Case 10.675 (Report no 51/ 96 of 13 March 1997)*; Committee Against Torture (CAT), *JHA v Spain, Communication no 323/ 2007 (Decision of 21 November 2008)*.

85. Per situazioni precedenti si rinvia a <https://www.asylumineurope.org/reports/country/italy/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/access-territory-and-push>.

86. GU 14.6.2019, n. 138.

87. GU 9.8.2019, n. 186.

88. Come invece richiesto dalla Costituzione della Repubblica italiana, art. 77. Per rilievi critici su questa normativa si vedano M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel decreto Salvini*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 9.2019; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il c.d. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione di giustizia*, 2019, www.questionegiustizia.it; M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019; ASGI, *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, 13.9.2019, reperibile presso https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/2019_Commento-decreto-sicurezza-bis_13_9_.pdf.

relative alla nave *Sea Watch 3* e ad altre navi gestite da organizzazioni non governative e impegnate nel salvataggio di persone in mare⁸⁹.

Le disposizioni rilevanti si trovano nei primi due articoli. In sostanza, le due norme prevedono il potere per il Ministro degli interni, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e informandone il Presidente del Consiglio dei ministri, di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale» (art. 1), nonché la sanzione prevista per il comandante che non dovesse rispettare tale divieto (art. 2). La legittimità della misura può essere valutata alla luce di vari settori del diritto, tra cui il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto dei diritti umani e il diritto del mare. Per quel che riguarda il diritto dei diritti umani e il diritto dei rifugiati, la disposizione è indubbiamente illegittima nella misura in cui si concretizza in un respingimento verso uno Stato in violazione dell'art. 33 Convenzione sullo statuto dei rifugiati, art. 3 Convenzione contro la tortura e dell'art. 3 CEDU nella interpretazione della Corte EDU⁹⁰.

Vi sono tuttavia dubbi circa la compatibilità del provvedimento anche con norme di diritto del mare, codificate sia nella CNUDM sia in altri trattati relativi alla salvaguardia della vita umana in mare. La prima questione che si vuole esaminare concerne la possibilità di vietare l'ingresso nel mare territoriale in generale. Come è stato illustrato in precedenza, lo Stato costiero può impedire il passaggio non-inoffensivo di navi nel suo mare territoriale. Tuttavia, l'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può

89. Si vedano V. Passalacqua, *The 'Open Arms' Case: Reconciling The Notion Of 'Place Of Safety' With The Human Rights Of Migrants*, in EJIL: talk!, 21.5.2018, www.ejiltalk.org; I. Tani, *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, in questa Rivista, n. 3.2019; E. Papastavridis, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?*, in EJIL: talk!, 27.6.2018, www.ejiltalk.org; M. Fink, K. Goombeer, *The Aquarius Incident: Navigating The Turbulent Waters Of International Law*, in EJIL: talk!, 14.06.2018, www.ejiltalk.org; A. Del Guercio, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3.2019; G. Cataldi, *Migration in the mediterranean sea and protection of rights: some recent cases of italian practice*, in *Migrations And Fundamental Rights: The Way Forward*, a cura di G. Cataldi, M. Corleto, M. Pace, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; G. Cataldi, *Migrations In The Mediterranean Between Protection Of Human Rights And Border Control. An Italian Perspective*, in *Revue Quebecoise De Droit International*, n. 41.2018; F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 443-452; S. Zirulia e F. De Vittor, *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, in *Sistema Penale*, 5.12.2019, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/caso-nave-alan-kurdi-diritto-penale-diritto-internazionale-omessa-assegnazione-porto-sicuro#_ftnref5. Si vedano anche i contributi in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXVIII, 2018.

90. Per un'analisi di questi aspetti si rinvia a C. Pitea e S. Zirulia, *"Friends, not foes": qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *Sidiblog*, 26.7.2019, <http://www.sidiblog.org/2019/07/26/friends-not-foes-qualificazione-penalistica-delle-attivita-delle-ong-di-soccorso-in-mare-alla-luce-del-diritto-internazionale-e-tipicita-della-condotta>.

considerarsi come attività compiuta in violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, a condizione che l'obiettivo della nave sia semplicemente quello di far sbarcare le persone soccorse. Infatti, l'obbligo di salvare la vita umana in mare vincola sia gli Stati⁹¹ sia i comandanti di navi⁹². Tale obbligo richiede al comandante di assistere le persone in pericolo e di condurle in un luogo sicuro. In altri termini, la fattispecie del salvataggio in mare continua fino a quando il comandante non abbia fatto sbarcare le persone in luogo sicuro, e il suo ingresso nel mare territoriale e nei porti di uno Stato non può essere visto sotto luce diversa. Non si può quindi precludere il passaggio inoffensivo a una nave che ha soccorso persone in pericolo, anche al di fuori del mare territoriale, qualora questa intenda entrare al fine di perfezionare il proprio obbligo di salvare la vita umana in mare. Vi è invero una certa incoerenza nella legge nella misura in cui, da un lato, salvaguarda gli impegni internazionalmente assunti dall'Italia e dall'altro di fatto impone al comandante di una nave un comportamento contrario a tali impegni⁹³.

La seconda questione concerne la possibilità per lo Stato costiero di limitare il godimento del passaggio inoffensivo, stante che il principio generale stabilisce che non si possa ostacolare il passaggio inoffensivo, per esempio «imponendo alle navi straniere condizioni che hanno l'effetto pratico di negare o ostacolare il diritto di passaggio inoffensivo»⁹⁴. La minaccia di sanzioni amministrative per comportamenti che sono conformi alla rilevante normativa nazionale e internazionale, incluso l'obbligo di prestare soccorso, rientra indubbiamente tra queste misure vietate.

Tuttavia, in alcuni casi lo Stato costiero può sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo in determinate zone del suo mare territoriale⁹⁵. Questa norma, tuttavia, pone condizioni rigorose per evitare abusi della possibilità in questione: la sospensione deve essere temporanea, deve riguardare solo zone specifiche, deve essere essenziale per la protezione della sicurezza dello Stato e, soprattutto, non deve essere discriminatoria, *de jure* o *de facto*. In altri termini, la sospensione deve riguardare solo una certa area (presumibilmente ristretta) del mare territoriale e deve essere applicabile a tutte le navi. Sospensioni del diritto di passaggio inoffensivo che si applichino in tutto il mare territoriale di uno Stato o solo a determinate navi, identificate come gruppo (navi di ONG che prestano soccorso) o, peggio ancora, singolarmente (come implicano le notifiche

91. Art. 98, par. 1 CNUMD.

92. Ai sensi del Capitolo V, reg. 33 SOLAS, nonché di numerose norme nazionali, quali ad esempio l'art. 489 cod. nav.

93. Si vedano a tale riguardo le osservazioni scritte del Presidente della Repubblica al momento della promulgazione della legge, che evidenzia come la CNUMD imponga agli Stati parte l'obbligo di esigere che i comandanti prestino soccorso a chiunque si trovi in pericolo in mare.

94. Art. 24, par. 1 CNUMD.

95. Art. 25, par. 3 CNUMD.

previste dall'art. 2 del decreto) costituiscono chiara violazione dell'art. 25, par. 3, CNUDM nonché abuso di diritto, di per sé vietato dall'art. 300 CNUDM.

È opportuno sottolineare come le norme esposte finora non siano isolate, ma vadano lette alla luce di tutte le altre norme rilevanti di diritto del mare e del diritto internazionale, tra cui quelle sull'obbligo di prestare soccorso, sull'obbligo di collaborare a tal fine, sull'obbligo di tutelare i diritti umani e sull'obbligo di garantire i diritti dei rifugiati. Tale lettura sistemica è dettata dalla CNUDM stessa, dal diritto internazionale, e perfino dal decreto, che fa riferimento alla normativa internazionale. Finanche la sospensione del diritto di passaggio inoffensivo conforme ai requisiti dell'art. 25, par. 3 CNUDM potrebbe così essere illecita se venisse a violare, per esempio, i diritti umani. In particolare, e mentre l'analisi che precede è squisitamente tecnica, rilevando semplicemente le difformità tra decreto e diritto internazionale del mare, la compatibilità delle norme in questione con l'ordinamento internazionale dovrà essere valutata anche alla luce della prassi applicativa. Un'applicazione che tenga in debito conto gli obblighi appena menzionati, e che quindi non intralci le attività di soccorso operate da privati che cercano di supplire il vuoto lasciato dagli Stati, pur sollevando alcuni dubbi, potrebbe rivelarsi conforme agli obblighi assunti dall'Italia.

Tuttavia, le prime applicazioni di tali disposizioni sembrano segnalare la volontà dell'esecutivo di accantonare una serie di obblighi giuridici dell'Italia⁹⁶, e di farlo nel modo peggiore, vale a dire prendendo di mira una sola categoria di imbarcazioni, che per di più non compiono attività illecite. Paradossalmente, in base alla prima prassi attuativa, possono entrare nel mare territoriale italiano navi dedite al traffico di esseri umani, di stupefacenti, di armi, navi che utilizzano lavoro forzato a bordo, navi che inquinano l'ambiente marino, ma non navi che prestano soccorso a chi in pericolo. Invece di proteggere lo Stato da attività veramente illecite, ci si accanisce contro chi salva vite umane non tenendo conto dell'evidenza che la Libia non costituisce luogo sicuro⁹⁷. Non solo, obbligare individui soccorsi in alto mare allo sbarco in un luogo non sicuro – come appunto la Libia – può costituire una possibile violazione del principio di non respingimento dello straniero verso un territorio dove la sua vita e libertà sono in pericolo. Un singolo comportamento tenuto dalle autorità statali può quindi comportare la

96. Si vedano a tale riguardo i rilievi contenuti nel decreto cautelare monocratico del Tar Lazio, sez. I-ter, n. 5479/2019, nonché in Procura di Agrigento, decreto di sequestro preventivo di urgenza del 20.8.2019, relativo al sequestro della nave *Open Arms* che ha permesso lo sbarco delle persone soccorse a bordo.

97. Per una recente valutazione della situazione in Libia si veda la sentenza del GIP di Trapani del 23.5.2019. L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24.6.2019, reperibile presso <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6754-la-legittima-difesa-dei-migranti-e-lillegittimita-dei-respingimenti-verso-la-libia-caso-vos-thalassa>.

violazione di obblighi sì appartenenti a regimi diversi del diritto internazionale, ma tutti finalizzati alla effettiva protezione di diritti dell'individuo (in quanto soccorso in mare, migrante o semplicemente essere umano, a seconda del regime di diritto internazionale).

Fortunatamente, il diritto internazionale del mare contiene una soluzione per i casi estremi, vale a dire la possibilità per qualsiasi nave che si trovi in una situazione di pericolo di entrare nei porti di qualsiasi Stato, anche diverso da quello di bandiera, a prescindere dal permesso dato da quest'ultimo. Questa possibilità è fornita da una norma consuetudinaria di diritto internazionale che deroga, in base ai principi dell'umanità, alle norme che permettono allo Stato di respingere chi cerca di attraversare la sua frontiera. Un'eloquente descrizione del contenuto di questa norma era già stata fornita dall'illustre giurista Emer de Vattel 250 anni fa. Dopo aver descritto il diritto di passaggio nel mare territoriale, e aver rilevato come nella pratica gli Stati possano talvolta impedire a navi di entrare e procedere nel loro mare territoriale, egli prosegue dicendo:

«Il n'en est pas de même de cas de nécessité, comme, par exemple, quand un vaisseau est obligé d'entrer dans une rade qui vous appartient, pour se mettre à couvert de la tempête. En ce cas, le droit d'entrer par-tout, en n'y causant point de dommage, ou en le réparant, est, comme nous le ferons voir plus au long, un reste de la communauté primitive, dont aucun homme n'a pu se dépouiller; e le vaisseau entrera légitimement malgré vous, si vous le refusez injustement».

Se uno Stato rifiuta ingiustamente l'ingresso di una nave in situazioni di pericolo, questa può legittimamente entrare nel mare territoriale e nei porti dello Stato al fine di trovare rifugio, malgrado dimostrazioni muscolose dello Stato costiero. E se lo Stato costiero adotta sanzioni contro questa nave, tali sanzioni saranno illecite sul piano internazionale e comporteranno l'obbligo di risarcire qualsiasi danno da esse causato.

La persistente validità di queste norme è stata peraltro confermata dai primi provvedimenti giudiziari relativi ai casi di quest'estate che hanno coinvolto imbarcazioni di organizzazioni non-governative impegnate nel salvataggio di persone in mare. Nell'ordinanza di scarcerazione della comandante della nave *Sea Watch 3*⁹⁸, recentemente confermata dalla Corte di cassazione⁹⁹, il GIP di Agrigento ha confermato la prevalenza della normativa internazionale in materia di soccorso in mare sul decreto sicurezza *bis* e le

98. Tribunale di Agrigento, ordinanza del GIP del 2.7.2019. Sul caso si veda P. Rossi, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6.2019, 5.11.2019; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione Giustizia*, 29.7.2019; P. Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso Sea Watch 3 (Carola Rackete)*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10.7.2019.

99. Alla data in cui si scrive, 16.2.2020, non sono ancora stati resi noti estremi e motivazioni della sentenza in parola.

conseguenti misure amministrative¹⁰⁰. Inoltre, ha ribadito come il dovere di prestare soccorso includa l'obbligo di sbarcare le persone salvate in un porto sicuro¹⁰¹ e ha affermato che l'obbligo di salvare la vita umana in mare costituisce scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p. in quanto adempimento di un dovere¹⁰². Considerazioni analoghe sono state svolte nei provvedimenti che hanno disposto il dissequestro delle navi *Sea Watch 3* e *Mare Jonio*¹⁰³, che contribuiscono così alla formazione di una consolidata giurisprudenza in materia.

5. Conclusioni

Le norme esaminate nei paragrafi precedenti dimostrano come, pur in assenza di un dedicato regime, il diritto internazionale (nelle sue diverse branche) contiene una serie di norme che mirano a bilanciare esigenze di sicurezza dello Stato, con particolare riguardo al proprio territorio e ai propri confini, con esigenze di umanità che vietano di respingere lo straniero che si trovi in situazioni di pericolo.

La compresenza di interessi che appaiono, anche a una analisi superficiale, come contrapposti, è naturale conseguenza di una intrinseca dicotomia del migrante. Infatti, da una parte egli è uno straniero, e come tale può essere oggetto di misure di respingimento adottate da uno Stato in ragione della propria sovranità territoriale; dall'altra parte, però, il migrante è anche una persona, un essere umano, come tale destinataria della tutela offerta dalle norme di diritto dei diritti umani. Tale dicotomia si riverbera quindi nel diritto internazionale, nella dualità dei principi coinvolti in materia di migrazioni: il principio di sovranità statale e il principio di tutela dei diritti umani¹⁰⁴. Il generale potere di cui gli

100. «Ritiene, peraltro, questo giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali normative sopra richiamate [Convenzioni CNUDM, SOLAS e SAR], nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della *Sea Watch 3*, oltre che dalle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro degli interni di concerto con il Ministro della difesa e delle infrastrutture [...] che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave *Sea Watch 3*, nel mare territoriale nazionale».

101. «Giova, a questo punto, precisare che il descritto segmento finale della condotta dell'indagata [ingresso nel porto di Lampedusa e collisione con la motovedetta della Guardia di Finanza] costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale – si badi bene – non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro».

102. «Conclusivamente, la Rackete ha agito conformemente alla previsione di cui all'art. 51 c.p., che esime da pena colui che abbia commesso il fatto per adempiere a un dovere impostogli da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità. Quindi, il parametro normativo al quale riferirsi, sia per individuare il contenuto del dovere, sia per verificare la legittimità dell'ordine impartito, deve essere ricercato nell'ordinamento giuridico italiano [...] e quindi anche nelle norme internazionali che l'ordinamento giuridico incorpora».

103. Si vedano, rispettivamente, Tribunale di Palermo, 19.12.2019 e Tribunale di Palermo, 4.2.2020.

104. M. Iovane, *Conflicts Between State-Centered And Human-Centered International Norms*, in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Springer, 2018.

Stati godono di controllare gli ingressi nel proprio territorio è così mitigato da varie norme relative alla protezione dei diritti umani, tra cui ha particolare rilievo il divieto di respingimento (principio di *non-refoulement*). Queste norme, che sono state formulate avendo in mente situazioni sulla terra¹⁰⁵, sono state successivamente estese grazie all'opera di interpretazione e applicazione dei giudici internazionali, anche agli spazi marini, oggi solcati da diverse rotte migratorie.

Recenti prassi statali che mirano a minimizzare l'impatto dei diritti umani sulla facoltà di respingere, attraverso l'attribuzione di un peso sproporzionato attribuito alla sovranità statale, di fatto minano l'equilibrio raggiunto dalla lettura congiunta dei diritti e obblighi internazionali dello Stato. Esse quindi non solo non perseguono gli obiettivi umanitari che pure caratterizzano la moderna comunità internazionale¹⁰⁶, ma rappresentano anche un attentato alla coerenza e sostenibilità del sistema, generando a loro volta reazioni estreme. Sono quindi da accogliere con particolare favore le recenti pronunce di organi giurisdizionali italiani che mirano a ristabilire l'equilibrio tra il potere del legislatore nazionale e gli impegni assunti a livello internazionale dall'Italia.

Tuttavia, è innegabile che il volume dei flussi migratori contemporanei non sia gestibile facilmente dai Paesi che ne costituiscono meta primaria. Si pensi, ad esempio, agli Stati che costituiscono il confine meridionale della UE, come Italia, Grecia, Spagna. Risposte a tali flussi migratori rispettose del diritto internazionale, in particolare delle norme di diritto dei diritti umani, richiedono pertanto un intervento congiunto da parte della comunità internazionale¹⁰⁷. Questo intervento non deve estendersi solo al coinvolgimento di *stakeholders* non statali (come le ONG), ma anche al coinvolgimento di Stati non immediatamente interessati dalle rotte migratorie. Nell'esempio di cui sopra, gli altri Stati membri della UE. In tale contesto si inserisce la recente dichiarazione di Malta, che sancisce un nuovo accordo di redistribuzione dei migranti tra Italia, Malta, Francia e Germania, nell'ottica di una revisione del Regolamento di Dublino¹⁰⁸. Al di fuori del caso europeo, anche la Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha incentivato la redazione del *Global Compact for Migration*, accordo che sancisce obiettivi circa la gestione del

105. Nonché, per quanto riguarda la Convenzione sullo statuto dei rifugiati, lo scenario internazionale *post* seconda guerra mondiale.

106. Si veda, *ex multis*, A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2015.

107. D. Vitiello, *Il contributo dell'Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei global compacts*, in questa *Rivista*, n. 3.2018; F. Gatta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2018; G. Cataldi, A. Del Guercio, *I global compact su migranti e rifugiati. Il soft law delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

108. Il testo della dichiarazione, conclusa il 23.9.2019, è disponibile presso <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>.

fenomeno in maniera tale che la migrazione sia «sicura, ordinata e regolare»¹⁰⁹. La concezione del fenomeno migratorio come evento eccezionale, che richiede misure emergenziali, non rispecchia la realtà; pertanto, la predisposizione di politiche redatte e adottate in maniera corale da Stati e principali attori non statali, che mirino a evitare pericolose rotte migratorie via mare e prontamente intervenire e ridistribuire i migranti eventualmente soccorsi in mare è da incentivare.

In conclusione, il respingimento è soluzione temporanea ed emergenziale, che pur derivando dal potere di sovranità che lo Stato gode sul proprio territorio, è mitigato da una serie di considerazioni di natura umanitaria, derivanti da principi ben consolidati sia del diritto dei rifugiati che dei diritti umani. Il suo uso per colmare l'assenza di coerenti e strutturate politiche migratorie è un uso improprio, che genera problemi giuridici, oltre che morali, sociali ed economici. È quindi quanto mai necessaria la sua ricontestualizzazione nell'ambito delle norme del diritto internazionale, che mirano non solo a garantire gli Stati, ma anche a perseguire gli obiettivi condivisi della comunità internazionale.

109. Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 2018, A/RES/73/195.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

LA COMUNICAZIONE ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE SULLE RESPONSABILITÀ DEI LEADER EUROPEI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ COMMESSI NEL MEDITERRANEO E IN LIBIA. UNA LETTURA CRITICA

di Alberto Pasquero

Abstract: *Una Comunicazione alla Procura della Corte Penale Internazionale ha imposto all'attenzione pubblica il tema della responsabilità penale dei vertici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri per le gravi violazioni di diritti umani commesse ai danni di persone migranti nel Mediterraneo e in Libia. Secondo la Comunicazione i leader europei, dapprima riducendo le operazioni di ricerca e salvataggio in mare e in seguito architettando un sistema finalizzato ad intercettare e trasferire forzatamente i cittadini stranieri in Libia, dovrebbero rispondere sia delle morti per annegamento non più impediti, sia dei reati subiti da chi è stato respinto e riconsegnato ai suoi aguzzini. La ricostruzione fattuale e giuridica della Comunicazione convince soprattutto in relazione a quest'ultimo profilo ed impone pertanto alla Procura un'attenta riflessione in vista della possibile apertura di una valutazione preliminare. Si tratterebbe di un fatto inaudito e straordinariamente significativo, sebbene si tratti di una possibilità remota. La Comunicazione rappresenta comunque un passo fondamentale nel dibattito politico-giuridico sul tema migratorio, infrangendo il tabù che ha impedito fino ad ora di pensare ai leader politici europei anche come possibili responsabili di gravi crimini internazionali.*

Abstract: *A Communication to the Prosecutor of the International Criminal Court has put the spotlight on the issue of criminal liability of EU and Member States' leaders for serious human rights violations against migrants in the Mediterranean and in Libya. According to the Communication, European leaders, first by reducing search and rescue operations at sea and subsequently by designing a system aimed at intercepting and transferring foreign citizens to Libya, should be held accountable both for deaths by drowning and for the serious crimes suffered by those who have been pushed back into the hands of their torturers. The Communication supports this pledge with convincing factual and legal arguments, especially in relation to the latter type of responsibility. The Prosecutor must now carefully consider whether or not to carry out a preliminary assessment. While this would be a historical development, it remains a rather unlikely prospect. Whatever its outcome, the Communication represents a landmark step in the political and legal debate on migration, breaking the taboo that has so far prevented public opinion from seeing European political leaders also as suspects of atrocious international crimes.*

LA COMUNICAZIONE ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE SULLE RESPONSABILITÀ DEI LEADER EUROPEI PER CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ COMMESSI NEL MEDITERRANEO E IN LIBIA. UNA LETTURA CRITICA

di Alberto Pasquero*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I reati contestati: la «prima *policy*» (2013-2015). – 3. I reati contestati: la «seconda *policy*» (2015-2019). – 3.1. Responsabilità *primaria* per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *direct co-perpetration*. – 3.2. Responsabilità *accessoria* per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *aiding e abetting*. – 3.3. Responsabilità *primaria* per contributi a singole operazioni di intercettazione e respingimento: *co-perpetration*. – 3.4. Altri possibili titoli di responsabilità relativi alla «seconda *policy*» (esecuzione mediata, istigazione, responsabilità di comando). – 4. La qualificazione delle ipotesi di reato come crimini contro l'umanità. – 5. La giurisdizione della Corte. – 6. I potenziali indagati. – 7. Prospettive di indagine e osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 3 giugno 2019, i giuristi Omer Shatz e Juan Branco hanno presentato alla Procura della Corte Penale Internazionale (CPI) una Comunicazione¹ in base all'articolo 15 dello Statuto di Roma², sollecitando un'indagine sulle responsabilità penali dei vertici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri per crimini contro l'umanità commessi ai danni di persone migranti nel Mediterraneo e in Libia a partire dal 2013 fino ad oggi.

Più precisamente, la Comunicazione afferma che questi leader europei³ si sarebbero resi responsabili di un «attacco esteso e sistematico» ai danni della popolazione di civili

* Avvocato, dottore di ricerca in diritto internazionale.

1. *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute - EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*, 3 giugno 2019, <https://www.statewatch.org/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>. Per i primi commenti cfr. P. Pillai, *The EU and Migrant Detention in Libya: Complicity Under the Microscope Finally?* in *Opinio Juris*, 5 luglio 2019, <http://opiniojuris.org/2019/07/05/the-eu-and-migrant-detention-in-libya-complicity-under-the-microscope-finally/>; K. Carlson, *Migration in the Mediterranean: why it's time to put European leaders on trial*, in *The Conversation*, 26 luglio 2019, <https://theconversation.com/migration-in-the-mediterranean-why-its-time-to-put-european-leaders-on-trial-120851>.

2. L'art. 15, co. 1 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale («Statuto di Roma») statuisce che «Il Procuratore può iniziare le indagini di propria iniziativa sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte.».

3. Si utilizzerà quest'espressione nel prosieguo del discorso per fare riferimento in modo collettivo ed indistinto a coloro che ricoprono posizioni apicali all'interno di organi legislativi ed esecutivi tanto dell'Unione europea quanto

stranieri in fuga dalla Libia. Tale «attacco», finalizzato a contenere i flussi migratori diretti verso il continente europeo, sarebbe stato perpetrato attraverso l'ideazione e l'attuazione di politiche che, secondo la Comunicazione, possono essere distinte in due periodi temporalmente contigui.

- Una prima *policy*, messa in atto tra il 2013 e il 2015, sarebbe stata attuata riducendo drasticamente le operazioni di ricerca e salvataggio in mare, nella consapevolezza che ciò avrebbe causato – circostanza che effettivamente si è verificata – un significativo aumento delle morti per annegamento (*infra*, par. 2).

- A partire dal 2015 l'azione dei leader europei sarebbe stata guidata da una seconda e diversa *policy*, avente come oggetto creare e rendere pienamente operativo un sistema volto ad intercettare e trasferire forzatamente in Libia i migranti in fuga dal Paese attraverso il Mediterraneo, nella consapevolezza che una volta sbarcati sarebbero stati esposti ad un elevato rischio di divenire vittime di gravissimi reati tra cui omicidi, torture e violenze sessuali (*infra*, par. 3).

La Comunicazione afferma pertanto che i leader europei dovrebbero essere chiamati a rispondere sia delle morti per annegamento sia dei gravissimi reati subiti dalla popolazione di civili stranieri respinti in Libia. Tali condotte dovrebbero essere qualificate come crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 5 dello Statuto di Roma, in ragione dell'estensione e della sistematicità del disegno criminoso del quale costituiscono attuazione (*infra*, par. 4).

Nessun dubbio sussisterebbe in merito alla giurisdizione della Corte, essendo i potenziali indagati cittadini di Stati parte dello Statuto di Roma, che non risulta abbiano intrapreso alcuna azione giudiziaria per indagare o perseguire i crimini in oggetto (*infra*, par. 5).

Sebbene la Comunicazione non si riferisca in modo individuale ad alcun presunto autore delle condotte illecite, cionondimeno le contestazioni in essa contenute non possono che intendersi come rivolte ai massimi responsabili dell'azione legislativa e di governo sia dell'Unione sia dei suoi Paesi membri. Resta ferma la possibile responsabilità sul piano internazionale sia dell'Unione europea sia di singoli Stati membri causata dalle condotte dei propri organi (*infra*, par. 6).

La Procura della CPI, che su deferimento del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite fin dal 2011 indaga sui reati commessi in Libia a seguito dello scoppio delle rivolte anti-regime, potrebbe decidere di svolgere una valutazione preliminare al fine di valutare se chiedere o meno l'apertura di un'indagine formale, che resta una prospettiva

all'interno dei suoi Stati membri, ricalcando il tenore della Comunicazione che parla di *leaders*, *agents* e *officials*. Nel paragrafo 7 si proverà a specificare meglio chi tra costoro potrebbe essere chiamato a rispondere dei reati oggetto della Comunicazione.

decisamente remota in ragione delle considerazioni anche di natura politica che informano le scelte compiute dalla Procura in merito ai reati da perseguire (*infra*, par. 7).

2. I reati contestati: la «prima *policy*» (2013-2015)

Secondo la Comunicazione, un primo profilo di responsabilità penale a carico dei leader dell'Unione europea e di alcuni suoi Stati membri deriva dall'aver ideato ed attuato un piano finalizzato a disincentivare i viaggi di migranti dalla Libia verso l'Europa attraverso una drastica riduzione delle operazioni di ricerca e salvataggio in mare (*Search and Rescue* o SAR), nella consapevolezza che il risultato di tale operazione sarebbe stato, con alta probabilità, l'aumento esponenziale dei decessi per annegamento.

L'attuazione del disegno sarebbe iniziata nel 2014, con la decisione di interrompere la nota missione *Mare Nostrum*, istituita dall'Italia l'anno precedente, sostituendola con un'altra missione, denominata *Triton*, con capacità di salvataggio sensibilmente più limitate, in quanto: (a) dotata di mezzi ridotti; (b) finanziata in misura più contenuta (tra gli 1,5 e i 2,9 milioni di euro al mese, a fronte dei quasi 10 al mese spesi per *Mare Nostrum*); (c) dotata di un mandato volto precipuamente al controllo delle frontiere; (d) con una zona operativa limitata a 30 miglia dalla costa di Lampedusa; (e) con capacità di intervento in soccorso esclusivamente in risposta a specifiche deleghe da parte del Centro italiano di coordinamento dei soccorsi in mare (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*, o IMRCC)⁴.

Il reato ipotizzato avrebbe pertanto natura omissiva, consistendo il rimprovero nell'aver omesso di adottare quelle misure, dovute e in precedenza osservate, che avrebbero consentito l'operatività di un sistema di SAR adeguato e impedito il verificarsi di eventi lesivi, quali decessi e gravi traumi psicofisici, a danno di persone migranti vittime di naufragio o altre situazioni di emergenza in mare. Ne discenderebbe, secondo la Comunicazione, che coloro che hanno ideato e attuato queste misure devono rispondere direttamente della causazione di decessi e altri traumi in mare per omesso impedimento⁵.

Come ci si appresta a vedere, il punto più problematico di questa ricostruzione è proprio l'elemento materiale. Di più agevole enucleazione appare infatti l'elemento soggettivo, che costituisce il fulcro del rimprovero, politico ancor prima che giuridico, nei confronti dei leader europei: la Comunicazione afferma che i leader europei agirono nella piena consapevolezza che la condotta da loro posta in essere (e cioè decretare una riduzione delle attività di SAR nel Mediterraneo centrale) avrebbe comportato un drastico

4. Comunicazione, par. 54 ss.

5. La precisa qualificazione giuridica dei reati prospettata dalla Comunicazione è quella di omicidio per omesso impedimento e tortura per omesso impedimento come crimini contro l'umanità; cfr. Comunicazione, par 911.

aumento delle morti in mare, circostanza che si è poi effettivamente poi verificata. A suffragare l'esistenza di tale consapevolezza la Comunicazione cita ad esempio un rapporto interno di *Frontex* del 2014⁶, secondo il quale un ritiro della missione *Mare Nostrum* avrebbe probabilmente comportato un aumento di incidenti fatali. Un funzionario del Consiglio d'Europa aveva inoltre avvertito la UE che il mandato geograficamente limitato di *Triton* avrebbe lasciato priva di soccorsi proprio la fascia più prossima alle coste libiche, in cui si verifica il maggior numero di naufragi e decessi⁷. La consapevolezza delle tragiche, probabili conseguenze della nuova policy della UE si può inoltre inferire dalle dichiarazioni dello stesso presidente della Commissione europea Juncker, il quale all'indomani di due gravi naufragi che nell'aprile del 2015 costarono la vita a centinaia di persone, dichiarò che «interrompere *Mare Nostrum* fu un grave errore che comportò la perdita di vite umane»⁸, senza però che a ciò seguisse un ripristino delle misure in precedenza esistenti o comunque di misure adeguate. Secondo la Comunicazione, la decisione di ridurre le operazioni nel Mediterraneo, lungi dall'essere un "errore", fu un'operazione intenzionale, deliberata nella piena consapevolezza che in conseguenza della sostituzione di *Mare Nostrum* con *Triton* molte vite, prima salvabili, sarebbero state perse⁹.

Se da quanto precede si può desumere la sussistenza di un ipotetico dolo, quantomeno nella sua forma eventuale, meno agevole appare tematizzare l'ipotizzata condotta materiale del reato di crimini contro l'umanità (nella specie: omicidio) per omesso impedimento di decessi in mare.

Di per sé, la costruzione del reato di crimini contro l'umanità come reato omissivo, per quanto insolita, non presenta criticità da un punto di vista teorico-concettuale. Come ricorda la Comunicazione, infatti, nel diritto penale internazionale è dato rinvenire numerosi precedenti giurisprudenziali¹⁰ che hanno affermato la sussistenza di una

6. Frontex, Operations Division, Joint Operations Unit, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton: to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea*, 2014, p. 6, https://deathbyrescue.org/assets/annexes/2.Frontex_Concept_JO_EPN-Triton_28.08.2014.pdf. Cfr. Comunicazione, par. 69 ss.

7. L. Davies e A. Nelson, *Italy: End of ongoing sea rescue mission 'puts thousands at risk'*, in *The Guardian*, 31 ottobre 2014, <https://www.theguardian.com/world/2014/oct/31/italy-sea-mission-thousands-risk>; M. Grange, M. Flynn, *Immigration Detention in Libya*, in *Global Detention*, 2015, p. 10, <https://www.refworld.org/pdfid/5567387e4.pdf>. Cfr. Comunicazione, par. 80.

8. Jean-Claude Juncker, *Speech by President Jean-Claude Juncker at the debate in the European Parliament on the conclusions of the Special European Council on 23 April: 'Tackling the migration crisis'*, comunicato stampa della Commissione europea, 29 aprile 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4896_en.htm. Cfr. Comunicazione, par. 112.

9. Comunicazione, par. 113.

10. Cfr. Corte d'appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *The Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin*, sentenza del 5 maggio 2009, caso IT-95-13/1-A, par. 68, e *Prosecutor v Stanislav Galić*,

responsabilità penale per il mancato impedimento di eventi lesivi, o addirittura di fatti illeciti altrui¹¹. Occorre notare che i precedenti citati fecero discendere tale responsabilità dal mancato adempimento di un obbligo giuridico di impedire l'evento, obbligo individuato nella volontaria assunzione da parte dell'autore di una posizione di controllo e garanzia (più precisamente, di protezione, ad esempio nei confronti di prigionieri in un conflitto)¹² che com'è noto costituisce il fulcro della responsabilità per reato «commissivo mediante omissione».

Seguendo tale impostazione, anche l'eventuale affermazione della responsabilità penale per omesso impedimento di decessi in mare non potrebbe quindi prescindere dall'individuazione nel diritto internazionale di un obbligo normativo, consuetudinario o pattizio, il cui mancato adempimento abbia contribuito alla causazione dell'evento lesivo. In altri termini, in tanto potrebbe muoversi un rimprovero in relazione agli eventi non (più) impediti in quanto possa dirsi sussistente un obbligo giuridico di approntare, e corrispondentemente di non ridurre o rimuovere laddove già esistente, un sistema idoneo ad impedirli. Tre sono le ipotesi principali che vengono in considerazione¹³.

(a) Anzitutto si devono ricordare le prescrizioni del diritto internazionale relative all'obbligo di prestare soccorso in mare, ed in particolare la nota norma, codificata nell'art. 98 della Convenzione di Montego Bay, che prevede per gli Stati l'obbligo di esigere dal comandante di una nave che batte la sua bandiera di prestare aiuto a chi si trovi in situazioni di emergenza¹⁴. La disposizione, che come buona parte di quelle contenute nella Convenzione non è stata pensata per creare diritti in capo agli individui¹⁵, non impone a carico dello Stato un dovere di intervento di soccorso diretto attraverso risorse e mezzi

sentenza del 30 novembre 2006, caso IT-98-29-A, par. 175; cfr. altresì Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, *The Prosecutor v Vincent Rutaganira*, sentenza del 14 marzo 2005, caso ICTR-95-1C-T, par. 79.

11. Nelle stesse definizioni dei reati fornite della Corte nei c.d. *Elements of crimes* (<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>) è possibile rinvenire una equiparazione della condotta all'omissione alla nota 6, relativa all'art. 7 dello Statuto.

12. Tale obbligo di agire è stato rinvenuto, nelle pronunce citate, in situazioni in cui è configurabile l'assunzione volontaria di una posizione di protezione da parte di chi comunque eserciti un controllo sulla situazione (ad es. il comandante militare che abbia preso prigionieri, il quale deve prevenire il verificarsi di violazioni nei loro confronti).

13. F. Vassallo Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 215 ss., http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2_20.pdf.

14. Cfr. l'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay sul diritto del mare, rubricato «Obbligo di prestare soccorso», secondo il quale «Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa».

15. Cfr. F. Delfino, *Considerations of Humanity' in the Jurisprudence of ITLOS and UNCLOS Arbitral Tribunals*, in A. Del Vecchio e R. Virzo (a cura di), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, 2019, p. 428.

propri, prevedendo piuttosto un obbligo di diligenza a carico dello Stato¹⁶, che è tenuto a mettere in campo tutti i mezzi a propria disposizione per realizzare l'obiettivo indicato. La norma quindi, lungi dal creare un diritto in capo ai naufraghi ad essere salvati e il corrispondente obbligo di salvar loro la vita, prevede in capo allo Stato solo l'obbligazione (di mezzi, non di risultato), di far sì che le navi battenti la sua bandiera prestino loro soccorso (non, si badi, assicurino la loro incolumità)¹⁷.

Sebbene la Comunicazione non ipotizzi profili di responsabilità penale relativamente al mancato impedimento di decessi derivanti da singoli episodi di naufragio, appare comunque opportuno chiarire, a scanso di equivoci, che si deve escludere la configurabilità a carico degli Stati di un siffatto obbligo generale di salvare vite in mare, tanto più se l'evento avviene al di fuori della propria zona SAR. Ragionando diversamente, infatti, si giungerebbe alla conclusione paradossale di dover ravvisare la responsabilità dello Stato per singoli eventi lesivi avvenuti anche in costanza di operazioni SAR estese ed efficaci, come appunto *Mare Nostrum*.

(b) La Comunicazione si concentra invece su una seconda norma di diritto internazionale in tema di soccorsi in mare consistente nell'obbligo, per gli Stati costieri, di predisporre una zona SAR e garantirne l'operatività¹⁸. Il rimprovero che secondo la Comunicazione deve muoversi ai leader europei a questo riguardo consiste quindi nell'aver deciso di comune accordo di rimuovere le già esistenti misure preordinate all'effettiva capacità di svolgere le attività SAR, creando così le condizioni per un sostanziale e prevedibile incremento dei decessi in mare.

Nel silenzio del diritto internazionale in merito al contenuto preciso di tale obbligo o alle funzionalità minime che un sistema SAR debba assicurare¹⁹, ed in assenza, come si è visto, di un obbligo generalizzato per gli Stati di salvare vite in mare, non sarebbe quindi agevole individuare i criteri in base ai quali sostenere che il sistema di soccorso e salvataggio venutosi a creare in conseguenza della sostituzione di *Mare Nostrum* con *Triton* non soddisfacesse (più) gli *standard* minimi richiesti dal diritto internazionale²⁰.

16. Cfr. D. Guilfoyle, *Article 98 – Duty to render assistance*, in Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, 2017, p. 725 ss.

17. E. Papastavridis, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *Questions of International Law*, 2014, <http://www.qil-qdi.org/is-there-a-right-to-be-rescued-at-sea-a-skeptical-view/>.

18. Cfr. ad es. art. 98, par. 2, della Convenzione di Montego Bay: «Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea».

19. S. Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law*, 2014, http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/06/02_LOS_Trevisanut_FINAL.pdf, p. 13.

20. Si può anche osservare che seppur gli obblighi degli Stati si siano estesi nel corso degli anni, ad esempio introducendo espressamente nella Convenzione Montego Bay il riferimento all'effettiva operatività dei servizi SAR e non già la loro mera predisposizione (cfr. F. de Vittor e M. Starita, *Distributing responsibility between shipmasters and the*

Inoltre, quale che sia il preciso contenuto degli obblighi in questa materia a carico dello Stato costiero, il campo di applicazione della norma che li prevede sarebbe comunque circoscritto alla zona SAR di responsabilità dello Stato costiero stesso; pertanto, al contrario di quanto sostiene la Comunicazione, non sembrerebbe comunque possibile estendere l'ipotetica responsabilità per azioni (od omissioni) relative ad operazioni di soccorso anche a zone che ricadono nelle acque internazionali o nella zona SAR di un altro Stato, come ad esempio la già ricordata fascia ad alto rischio a ridosso delle coste libiche in cui si sono verificati numerosi eventi di naufragio. Sarebbe pertanto azzardato individuare nelle norme di diritto internazionale sull'obbligo di predisporre un'effettiva zona SAR la fonte di una posizione di garanzia di singoli rappresentanti delle autorità statali nei confronti di naviganti (nella specie: migranti) in condizione di *distress*.

(c) Secondo la Comunicazione, un altro possibile fondamento normativo dell'obbligo di prevenire il decesso di persone in mare può rinvenirsi nelle norme internazionali a tutela dei diritti umani, con particolare riferimento al diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU ed al corrispettivo obbligo per ciascuno Stato di tutelare la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione, anche predisponendo un quadro normativo e misure operative a ciò idonei²¹. Ne discenderebbe, sul piano individuale, la responsabilità penale per il volontario omesso adempimento di tale obbligo.

Tuttavia, la Corte EDU ha anche ripetutamente affermato che l'art. 2 non può essere interpretato nel senso di garantire ad ogni individuo un livello assoluto di sicurezza in qualsiasi attività che possa mettere in pericolo la vita umana, particolarmente quando la persona in questione ha un grado di responsabilità nell'incidente, essendosi esposta a un pericolo ingiustificato²². La Corte ha altresì interpretato in modo alquanto restrittivo la configurabilità di obblighi positivi di risultato, ad esempio escludendo, in un caso riguardante il mancato tempestivo intervento dei soccorsi a seguito di un incidente in montagna poi risultato nella morte della vittima, che le autorità siano tenute ad intervenire – anche a fronte di una precisa chiamata di emergenza – entro un preciso lasso di tempo, in quanto ciò comporterebbe un obbligo eccessivamente oneroso per lo Stato²³.

different states involved in SAR disasters, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2019, par. 2.2.2) tali obblighi non sono comunque stati estesi prevedendo *standard* minimi in termini di mezzi o di risultati da soddisfare.

21. Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU (v. per tutti *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, sentenza del 17 luglio 2014).

22. Cfr. CEDU, *Çakmak c. Turchia*, 34872/09, sentenza del 21 novembre 2017, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179667>; *Molie v. Romania*, 13754/02, sentenza del 1 settembre 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94259>; *Koseva v. Bulgaria*, 6414/02, sentenza del 22 giugno 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99972>.

23. CEDU, *Furdík c. Slovacchia*, caso 42994/05, decisione del 2 dicembre 2008, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90321>, pp. 14-16.

Inoltre, com'è noto, l'affermazione della responsabilità internazionale dello Stato per violazioni di diritti umani è inestricabilmente subordinata alla previa determinazione del controllo effettivo da parte dello Stato stesso sul territorio all'interno del quale si è consumata la violazione²⁴ o comunque – anche nelle ipotesi di c.d. giurisdizione extraterritoriale – sull'individuo vittima della violazione stessa²⁵. Da un analogo criterio non pare potersi prescindere per definire i contorni dell'ipotetica penale responsabilità degli individui che hanno concorso a commettere la violazione. A questo riguardo, la Comunicazione si limita ad affermare, in modo invero alquanto apodittico, che Italia e Unione europea esercitavano, durante la missione *Mare Nostrum*, un controllo effettivo sulle acque anche internazionali nelle quali operava la missione stessa. Tale asserzione appare facilmente refutabile come principio generale, in ragione dell'estensione geografica dell'area marittima interessata dalla missione in relazione ai limitati mezzi navali ivi dispiegati. Infatti, al netto delle acque territoriali degli Stati europei costieri, peraltro limitate ad un braccio di dodici miglia scarsamente interessato da emergenze riguardanti barche di migranti, non pare potersi ravvisare nella mera presenza di mezzi navali italiani o di altri Stati membri alcuna possibilità effettiva di controllare gli accadimenti all'interno di un'area marina così estesa; si può tutt'al più discutere, in relazione a singoli episodi, se le azioni di tali mezzi e dei loro equipaggi abbiano o meno instaurato un controllo *de jure* o *de facto* nei confronti delle persone in pericolo, creando così un collegamento giurisdizionale con lo Stato di appartenenza che altrimenti non sembra potersi presumere in virtù della mera presenza di mezzi navali nell'area²⁶.

Conclusivamente, la forza delle accuse mosse dalla Comunicazione in relazione all'omesso impedimento di decessi in mare come conseguenza della c.d. «prima *policy*» appare imperniata quasi esclusivamente sul riprovevole elemento soggettivo ipotizzato, e cioè la intenzionale riduzione delle risorse al fine di disincentivare i viaggi in mare, nella piena consapevolezza delle conseguenze lesive destinate a prodursi e con l'accettazione del relativo rischio. Si tratta di una valutazione estremamente pregnante su di un piano politico, che pare tuttavia insufficiente, nell'apparente impossibilità di ricostruire un obbligo giuridico di porre in essere condotte positive idonee ad impedire il verificarsi di decessi in mare, a fondare la responsabilità di individui che abbiano concorso ad adottare

24. La stessa Comunicazione riconosce che in base alle norme sui diritti umani, la UE e gli Stati membri hanno l'obbligo di proteggere gli individui posti sotto il loro controllo effettivo (par. 611).

25. Cfr. per tutti CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>.

26. Nel senso che la chiamata di soccorso da parte di un'imbarcazione in stato di *distress* vale a creare un collegamento giurisdizionale sufficiente e il conseguente obbligo per tale Stato di garantire il salvataggio almeno nella zona SAR di sua competenza si veda S. Trevisanut, *op. cit.*, p. 13.

ed attuare la decisione di porre termine a *Mare Nostrum* per sostituirla con una missione meno adeguata²⁷.

Ferma restando la possibile responsabilità sul piano internazionale a carico dello Stato per mancata adozione di un sistema SAR effettivo, gli spazi per l'affermazione di una responsabilità penale individuale appaiono quindi doversi circoscrivere a ipotesi (perseguibili solo sul piano interno) di reati di pura omissione o «omissivi propri», dove il rimprovero penale consisterebbe al più nella mancata osservanza dell'obbligo di intervenire a fronte di una situazione di *distress*²⁸ ma mai in quello, molto più grave, di non aver impedito il decesso di persone in situazioni di pericolo.

3. I reati contestati la «seconda *policy*» (2015-2019)

Secondo la Comunicazione, il 2015 segna un momento di svolta nella strategia dell'Unione europea di contenimento dei flussi migratori attraverso il Mediterraneo. Iniziata con lo smantellamento della missione *Mare Nostrum*, la politica dell'Unione sarebbe proseguita in modo più articolato attraverso la predisposizione e l'attuazione congiunta di un accordo con le autorità del Governo di Riconciliazione Nazionale libico, finalizzato ad ideare e mettere in opera un complesso sistema di intercettazione e respingimento dei migranti verso la Libia da parte della Guardia Costiera Libica (GCL). Avendo fornito, come si vedrà, contributi causalmente rilevanti al trasferimento forzato in Libia di migranti prelevati in mare, ed avendo accettato consapevolmente il rischio che costoro venissero esposti alle note sistematiche violazioni dell'integrità psicofisica in conseguenza del trasferimento stesso, gli architetti e gli esecutori di tale sistema dovrebbero essere chiamati a rispondere, in concorso con gli autori materiali, delle suddette violazioni.

Del resto, il contributo determinante dell'Unione europea e di alcuni suoi Stati membri, *in primis* l'Italia, alla sistematica violazione di diritti dei migranti in Libia era già

27. In linea teorica, a ben vedere, potrebbe forse sostenersi l'esistenza di un siffatto obbligo solo laddove si sostenesse che un sistema di soccorsi efficace come *Mare Nostrum* abbia indotto migranti situati in Libia ad intraprendere azioni pericolose, come attraversare il Mediterraneo a bordo di imbarcazioni precarie, che altrimenti non avrebbero intrapreso, nell'affidamento di essere tratti comunque in salvo, venendosi così a versare nell'ipotesi di assunzione di posizione di garanzia attraverso la causazione del rischio. Occorrerebbe però sostenere, seguendo questa impostazione, proprio ciò che la Comunicazione refuta categoricamente, e cioè che la predisposizione di misure efficaci di salvataggio con *Mare Nostrum* abbia ingenerato un affidamento e costituito un incentivo (*pull factor*) alla migrazione verso l'Europa. In ogni caso, l'esistenza di un tale principio in diritto penale internazionale sarebbe da dimostrare, così come non potrebbe *sic et simpliciter* presumersi che effettivamente la predisposizione di un sistema di soccorsi abbia indotto alcune persone ad intraprendere le azioni che hanno dato luogo all'emergenza.

28. Si veda il reato di omissione di soccorso di cui all'art. 1113 del Codice della Navigazione.

stato stigmatizzato sia da parte di Agenzie internazionali tra cui l'ONU²⁹ sia dalla dottrina³⁰, sia da parte di osservatori e ONG internazionali³¹, anche con riferimento a possibili profili di responsabilità penale individuale.

Accedendo alla ricostruzione prospettata dalla Comunicazione, verrebbe in rilievo l'ipotetica responsabilità di tutti i compartecipi dell'accordo per molti fatti di reato relativi agli abusi sistematicamente perpetrati ai danni dei migranti respinti in Libia (tra cui omicidi, torture, detenzioni arbitrarie, violenze sessuali) da parte di membri della GCL, funzionari governativi e miliziani libici che gestiscono luoghi di detenzione per migranti³².

Nei paragrafi seguenti non si procederà ad una disamina dettagliata delle fattispecie di reato ipotizzate³³, peraltro relative a fatti ormai ampiamente noti e comunque materialmente commessi da autori assai distanti dal livello di responsabilità politico-governativo sul quale si concentra la Comunicazione. Al riguardo ci si limiterà ad

29. Si veda ad esempio la netta presa di posizione dello *Special Rapporteur* del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie nel rapporto *Unlawful Death of Refugee and Migrants* (doc. A/72/335, 2017, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1725806.pdf>): «To avoid mass migration across their borders, some States are relying on the policy of extraterritoriality to stop migrants before they reach their territory or come within their jurisdiction or control. Such policies may include assisting, funding or training agencies in other countries to arrest, detain, process, rescue or disembark and return refugees or migrants. These policies raise serious concerns when the recipient agencies or States are alleged to be responsible for serious human rights violations, including violations of the right to life» (par. 36).

30. Cfr. F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2018, p. 5 ss.

31. Human Rights Watch, *No Escape from Hell: EU Policies Contribute to Abuse of Migrants in Libya*, 21 gennaio 2019, <https://www.hrw.org/report/2019/01/21/no-escape-hell/eu-policies-contribute-abuse-migrants-libya>; Amnesty International, *Libya's dark web of collusion - Abuses against Europe-bound refugees and migrants*, 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017ENGLISH.PDF>, p. 42 ss.

32. Tra le molte fonti che attestano la commissione di gravissimi reati ai danni dei migranti successivamente allo sbarco in Libia, anche ad opera della stessa Guardia Costiera, basti citare l'ultimo rapporto del Segretario Generale sulla Libia, che riferisce di «casi di violenza e uso letale della forza contro migranti [...] all'interno dei Centri di detenzione ufficiali di Tariq al-Sikkah, Qasr Bin Ghashir, Zawiyah and Sabhah» nonché di «gravi preoccupazioni in merito al trasferimento di migranti salvati o intercettati in mare da parte della Guardia Costiera in Centri non ufficiali a Khoms. Centinaia di migranti salvati, e poi inviati presso Centri di detenzione, sono successivamente scomparsi, e si ritiene che siano divenuti vittime di tratta o venduti a trafficanti» (United Nations Support Mission in Libya, Report of the Secretary-General, 26 agosto 2019, https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_unsmil_s_2019_628e.pdf, par. 52-53).

33. La Comunicazione prospetta una serie di possibili qualificazioni giuridiche delle condotte: **persecuzioni** (consistente nella violazione multipla di diritti fondamentali, tipica estrinsecazione di politiche sistematiche di trattamenti inumani); **deportazione o trasferimento forzato** (sebbene il reato presupponga la dimora legale nel territorio dal quale viene attuato il trasferimento, difficilmente ravvisabile nell'imbarcazione a bordo della quale i migranti si trovano); **detenzione illegale** (sia nei Centri di raccolta del Ministero dell'interno libico, sia in quelli gestiti da milizie); **omicidio** (sia per i decessi causati dall'intervento della GCL in mare, sia per i decessi causati all'interno dei Centri di detenzione); **riduzione in schiavitù** (in relazione ai frequenti episodi di tratta di esseri umani e alle vere e proprie vendite di schiavi, anche all'interno di Centri di detenzione); **tortura e stupro** (notoriamente utilizzati sistematicamente come strumento di coercizione al fine del pagamento di un riscatto per la liberazione dal Centro di detenzione); **altri atti inumani** (qualificazione giuridica residuale idonea a ricomprendere tutte le gravi violazioni dell'integrità psicofisica che non rientrino nelle predette ipotesi delittuose).

osservare sin d'ora che per questi fatti, come si dirà meglio nel prosieguo (*infra*, par. 4), ben potrebbe prospettarsi in linea teorica la qualificazione come crimini contro l'umanità ipotizzata dalla Comunicazione.

Si è ritenuto più significativo concentrare l'analisi piuttosto su alcune possibili modalità di concorso in virtù delle quali i leader europei potrebbero essere chiamati a rispondere delle singole condotte delittuose insieme agli autori materiali. Ci si limiterà ad osservazioni più approfondite in merito alle tre ipotesi che sembrano maggiormente persuasive in termini penalistici (par. *a-c*), limitandoci a brevi cenni in merito alle rimanenti (par. *d*).

3.1. Responsabilità primaria per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: direct co-perpetration

Occorre preliminarmente ricordare che lo Statuto di Roma, a differenza dell'ordinamento italiano, differenzia già a livello di tipicità le diverse modalità di concorso nel reato in ragione della significatività del contributo fornito alla sua esecuzione, distinguendo tra la responsabilità accessoria di chi si limita a contribuire a livello morale o materiale al reato commesso da altri (*accessory*) e la responsabilità primaria di chi compie l'azione incriminata (*principal*).

Il primo profilo di responsabilità penale a carico dei leader europei che viene in esame è di tipo primario, ed è legato al sostegno materiale, politico ed economico da essi fornito alla GCL nel quadro di un complesso accordo con il Governo di Riconciliazione Nazionale libico, accordo formalmente finalizzato alla ricerca e soccorso in mare, ma in realtà preordinato all'intercettazione e al respingimento di persone migranti verso la Libia.

Il titolo di concorso nel reato che si può anzitutto prospettare è di corresponsabilità diretta o coautoria (*direct co-perpetration*)³⁴. Ricorre tale ipotesi quando il reato è il frutto di un piano comune, anche se non intrinsecamente criminoso, alla cui esecuzione tutti i concorrenti contribuiscono in modo causalmente decisivo, quantomeno accettando il rischio che dall'esecuzione del piano comune derivi – nel corso normale degli eventi – la commissione di uno o più reati.

Da un punto di vista materiale il reato deve pertanto essere «il risultato dei contributi combinati e coordinati dei concorrenti». Nell'esecuzione del piano comune, ciascuno pone in essere un contributo essenziale, senza il quale la realizzazione del piano stesso risulterebbe frustrata³⁵, sebbene nessuno dei concorrenti «eserciti individualmente un

34. Statuto di Roma, art. 25 par. 3, lett. a).

35. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Confirmation of Charges Decision, 29 gennaio 2007, par. 346-347.

controllo sul reato nel suo complesso»³⁶. In tali casi, la responsabilità dei concorrenti trova il suo fondamento nella compartecipazione all'esecuzione di un accordo (o piano) congiunto, che non deve essere necessariamente esplicitato e la cui esistenza può ben essere desunta dalle azioni concertate dei compartecipi³⁷.

A tale riguardo, la Comunicazione contesta ai leader europei di aver ideato e poi contribuito ad attuare in collaborazione con le autorità libiche un complesso «piano congiunto», al fine, come si è già detto, di respingere in Libia il maggior numero possibile di migranti che tentano di attraversare il Mediterraneo. L'esistenza di un siffatto accordo può evincersi non solo da una serie di documenti programmatici (quali la comunicazione della Commissione europea del 25 gennaio 2017, che enuncia il «ruolo centrale» da assegnare alla GCL nella gestione del fenomeno migratorio e il relativo sostegno da parte della UE³⁸; il noto *Memorandum* tra Italia e Governo di Riconciliazione Nazionale libico del 2 febbraio 2017, contenente tra le altre cose l'intesa di cooperare nel contrasto all'immigrazione irregolare attraverso la predisposizione di campi in Libia in cui trattenere i migranti respinti³⁹; la Dichiarazione del Consiglio europeo riunitosi a Malta il giorno successivo⁴⁰, contenente un pieno avallo del contenuto del *Memorandum* Italia-Libia) ma anche dalle successive azioni dei compartecipi (come il costante sostegno operativo fornito dall'Italia alle attività della GCL anche nelle acque territoriali libiche; la sottoscrizione di accordi internazionali di attuazione; l'allontanamento delle ONG dall'area operativa; il finanziamento di progetti relativi ai campi per migranti in Libia), la cui esecuzione coordinata e organizzata denota la previa esistenza di un accordo complesso tra tutti i partecipanti⁴¹.

L'apporto fornito dall'Unione ha rappresentato un contributo certamente significativo all'attuazione di tale accordo, consistente anzitutto in misure finalizzate ad istituire e rendere operativo il sopra descritto sistema (si pensi al contributo politico ed economico

36. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, 5 aprile 2012, par. 976 e ss.

37. CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Confirmation of Charges Decision, cit. par. 345.

38. Commissione europea, *Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio: La migrazione lungo la rotta del Mediterraneo centrale - Gestire i flussi e salvare vite umane*, 25 gennaio 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017JC0004&from=EN>, p. 6.

39. *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*, 2 febbraio 2017, <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf>.

40. Consiglio europeo, *Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, 3 febbraio 2017, <https://www.consilium.europa.eu/en/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>.

41. Comunicazione, par. 922-927.

all'istituzione della GCL; al suo finanziamento, anche attraverso la donazione di mezzi navali e di equipaggiamento; all'addestramento di membri della GCL, e così via)⁴².

Più problematico è stabilire se tale sostegno abbia costituito, come richiesto dalla definizione di *co-perpetration*, un contributo *essenziale*, in assenza del quale cioè il piano congiunto non avrebbe potuto realizzarsi. A tale riguardo, la Comunicazione ricorda come, prima di ricevere il sostegno da parte della UE e dell'Italia, la GCL disponesse di limitate capacità operative, al punto che la Libia non aveva neppure una sua zona SAR e non era mai stata attivamente impegnata nell'intercettazione di migranti in mare, non avendo alcun incentivo politico o economico in tal senso⁴³. Senza un accordo con la GCL, sostiene la Comunicazione, quest'ultima non sarebbe stata in grado di effettuare alcuna operazione di «soccorso e salvataggio» in mare, con la conseguenza che i reati *de quibus* non sarebbero stati commessi.

Seppure tale prospettazione non possa affatto escludersi in radice, resterebbe da verificare se eventuali risultanze probatorie sarebbero sufficienti a dimostrare l'essenzialità di tali contributi al decorso causale realizzativo dei reati di cui si discute.

Quanto all'elemento soggettivo, la fattispecie di concorso della *co-perpetration*, come già ricordato, non richiede la volontaria adesione dei compartecipi ad un piano di per sé specificamente volto alla commissione di un reato, essendo sufficiente la rappresentazione e l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento-reato come probabile conseguenza del contributo fornito all'attuazione del piano stesso⁴⁴.

Sotto il primo profilo, la previa rappresentazione dei rischi connessi al respingimento di migranti in Libia dovrebbe potersi agevolmente inferire dal consistente numero di rapporti pubblici, ad opera di autorevoli Agenzie internazionali tra cui anche le Nazioni Unite⁴⁵, attestanti le atrocità commesse in Libia ai danni di persone migranti⁴⁶. La Comunicazione ricorda inoltre alcune inequivocabili dichiarazioni di alcuni alti funzionari dell'Unione europea⁴⁷, che affermano di essere perfettamente al corrente delle condizioni

42. *Ivi*, par. 895.

43. *Ivi*, par. 993.

44. Secondo la CPI, inoltre, i coautori possono anche non aver inizialmente pianificato di raggiungere uno scopo criminoso, laddove siano però consapevoli (a) del rischio che attuare il piano congiunto risulti nella commissione del reato e (b) accettino questo esito (cfr. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06, par. 344, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_02360.PDF).

45. United Nations Support Mission in Libya e Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Detained and dehumanised - Report on human rights abuses against migrants in Libya*, 13 dicembre 2016, pp. 19-20, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf.

46. Comunicazione, par. 729.

47. Comunicazione, par. 730-731.

in cui vengono detenuti i migranti in Libia⁴⁸, definendole «inaccettabili, spesso scandalose e persino inumane»⁴⁹, «agghiaccianti e degradanti»⁵⁰. Il Presidente francese Macron arrivò a definire gli abusi contro i migranti in Libia, letteralmente, come «crimini contro l'umanità»⁵¹. Non si può inoltre non ricordare, con specifico riferimento al contesto italiano, l'accertamento in sede giudiziaria dell'atroce realtà di alcuni campi di prigionia libici nelle sentenze delle Corti d'Assise di Milano nel 2017⁵² e Agrigento nel 2018⁵³.

Quanto al secondo profilo, l'adesione psicologica all'eventualità del verificarsi del rischio è attestata dalla reiterazione da parte dei presunti autori di condotte volte a perpetuare il sistema di intercettazioni e respingimenti, anche in un momento sicuramente successivo alla pubblicazione delle sopra ricordate informazioni, precise e concordanti, sulle condizioni disumane in cui le persone respinte in Libia venivano a trovarsi⁵⁴.

Quanto sopra sinteticamente esposto appare sufficiente ad evidenziare, in linea concettuale, la sussistenza dei presupposti sia oggettivi che soggettivi per l'affermazione di una responsabilità di tipo diretto a carico di leader europei in concorso con esponenti del Governo e della Guardia Costiera libica; i nodi cruciali di questa impostazione sembrano essere da un lato l'esistenza di un piano congiunto, dall'altra l'essenzialità del contributo fornito dai partner europei all'attuazione di tale piano.

48. La Comunicazione ricorda a più riprese che proprio pochi giorni prima della stipula del *memorandum* Italia-Libia e del successivo vertice europeo di Malta, una comunicazione riservata dell'Ambasciata tedesca in Niger riferiva delle condizioni «simili a quelle dei campi di concentramento» in cui versavano i Centri per migranti in Libia. Cfr. *German report details Libya abuses amid pressure to stem migrant flows*, in *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2017/jan/30/german-report-libya-abuses-pressure-migrant-flows>, 30 gennaio 2017; *Libyan trafficking camps are hell for refugees, diplomats say*, in *Deutsche Welle*, 29 gennaio 2017, <https://www.dw.com/en/libyan-trafficking-camps-are-hell-for-refugees-diplomats-say/a-37318459>.

49. Euractiv, *MSF accuses EU of fueling migrant abuses in Libya*, 8 settembre 2017, <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/msf-accuses-eu-of-fuelling-migrant-abuses-in-libya/>.

50. Euractiv e AFP, *EU working without 'letup' to help migrants in Libya*, 24 novembre 2017 <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eu-working-without-letup-to-help-migrants-in-libya>,

51. Comunicazione, par. 730-731. Cfr. *The Guardian*, *Voluntary evacuation planned for migrants as Libya battles slavery claims*, 30 novembre 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/29/voluntary-evacuation-planned-for-migrants-in-libya-detention-camps>.

52. Corte d'Assise di Milano, sentenza 10/17, del 10 ottobre 2017, su cui v. S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei 'centri di raccolta e transito' dei migranti in Libia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2018, https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_4_2018.pdf#page=207; la sentenza è stata confermata in grado d'appello (Corte d'Assise d'appello di Milano, sentenza 9/2019, RG 2018/000014, del 20 marzo 2019).

53. Corte d'Assise di Agrigento, sentenza 1/2018, del 12 giugno 2018, <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-schiavitù-agrigento/>.

54. Comunicazione, par. 732.

3.2. Responsabilità accessoria per la predisposizione del sistema libico di intercettazione e respingimento: *aiding* e *abetting*

In relazione alle medesime condotte analizzate nel paragrafo precedente la Comunicazione ipotizza altresì, in subordine ad una responsabilità di tipo principale, un tipo di responsabilità accessoria per *aiding* e *abetting*. Si tratta delle forme più attenuate di concorso nel reato, che non presuppongono l'esistenza di un piano congiunto (nella fattispecie, tra leader europei e governo libico), ma un semplice contributo materiale di agevolazione (*aiding*) o morale di incitamento (*abetting*) rispetto alla condotta dell'autore principale.

Da un punto di vista materiale, la soglia minima di rilevanza penale di tali condotte è il loro aver avuto un "effetto sostanziale" sulla commissione del reato, pur non dovendone necessariamente essere – a differenza che nella coautoria – una *condicio sine qua non*⁵⁵. Nel caso dei reati *de quibus*, viene in particolare rilievo l'agevolazione materiale⁵⁶ fornita al già ricordato sistema di intercettazione e respingimento in Libia. Tale contributo consisterebbe in tutte le già ricordate condotte (il finanziamento, l'equipaggiamento, l'addestramento e comunque altre forme di sostegno fornito alla GCL) volte a favorire l'effettivo funzionamento del sistema. Tali condotte dovrebbero ritenersi, se non addirittura decisive, quantomeno produttive di un "effetto sostanziale" sulla commissione dei reati, così risultando integrato il fatto tipico del concorso per *aiding*⁵⁷.

Più problematico appare stabilire l'esistenza dell'elemento psicologico, in quanto per questa specifica modalità di concorso lo Statuto di Roma, in aggiunta all'elemento soggettivo generale della coscienza e volontà di cui all'art. 30, prescrive che l'*aider* debba agire «al fine di agevolare la commissione del crimine», introducendo così in questa fattispecie di concorso un elemento di *special intent* peraltro sconosciuto agli Statuti degli altri Tribunali internazionali⁵⁸.

L'interpretazione del combinato disposto di tali norme è controversa in dottrina e ancora scarsamente dibattuta dalla giurisprudenza della CPI⁵⁹. La Comunicazione non

55. Cfr. K. Ambos, *Art. 25 - Individual Criminal Responsibility*, in Triffterer, Ambos, Rome Statute of the International Criminal Court (Commentary), 2016, p. 1004. Ricadono ad esempio in questa categoria, secondo la giurisprudenza penale internazionale, la messa a disposizione di mezzi usati per la commissione del reato, l'istigazione, e finanche l'aiuto fornito successivamente alla commissione del reato (favoreggiamento).

56. Per quanto la Comunicazione utilizzi il binomio *aiding and abetting*, essa non svolge alcuna considerazione in merito ad un possibile incitamento morale alle condotte delle autorità libiche.

57. Comunicazione, par. 990.

58. Statuto di Roma, art. 25, par. 3, lett. c).

59. Vedasi, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, M.J. Ventura, *Aiding and abetting*, in AA.VV., *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, 2019, p. 52 e ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3160960, con riferimento alle contrastanti decisioni *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, 16 dicembre 2012, <https://www.icc->

affronta in modo analitico la questione, limitandosi ad aderire ad un'interpretazione estensiva di tale requisito, propria di chi, anche in dottrina, ritiene che sia sufficiente a soddisfarlo la rappresentazione del reato e l'accettazione del rischio del suo verificarsi, venendo così a far coincidere l'elemento soggettivo di *aiding* con il dolo eventuale⁶⁰. Accedendo a una simile interpretazione risulterebbe agevole sostenere la sussistenza dell'elemento psicologico in relazione all'ipotesi di concorso in esame, non diversamente da quanto osservato in relazione al dolo eventuale nell'ipotesi della *co-perpetration*, in luce del fatto che i leader di UE e Stati membri non hanno interrotto, ed anzi hanno continuato consapevolmente a prestare, il già ricordato sostegno alla GCL, nonostante la conoscenza e la rappresentazione che come conseguenza delle proprie azioni i migranti potessero essere sottoposti ai più volte ricordati gravi abusi, anche da parte di membri della GCL stessa⁶¹. La frequenza e la ripetizione di tali abusi in passato, infatti, rendeva i leader europei consapevoli che, «nel corso normale degli eventi», tali eventi lesivi si sarebbero nuovamente verificati⁶².

Appare però doveroso segnalare che, laddove si adottasse un'interpretazione più restrittiva di tale requisito soggettivo, potrebbero doversi confinare le ipotesi di concorso per *aiding* a fatti di reato direttamente connessi all'effettivo contributo volontariamente fornito: ad esempio, mentre ben potrebbe sostenersi che il sostegno alle autorità libiche sia stato prestato (anche) «al fine di agevolare» il reato di detenzione illegale dei migranti respinti, sarebbe più arduo sostenere la medesima tesi in relazione ad eventi – quali esecuzioni, torture o violenze sessuali – che sono il risultato solo indiretto del medesimo contributo e la cui agevolazione non è necessariamente voluta da tutti i concorrenti.

3.3. Responsabilità primaria per contributi a singole operazioni di intercettazione e respingimento: *co-perpetration*

Un ulteriore profilo di responsabilità che viene in rilievo riguarda il contributo materiale fornito dalle autorità di UE e Italia a singole operazioni della GCL di intercettazione in mare, a cui siano seguiti il respingimento dei naufraghi in Libia e la commissione di reati nei loro confronti. Tali ipotesi potrebbero configurare sotto-ipotesi

[cpi.int/CourtRecords/CR2011_22538.PDF](https://www.cpi.int/CourtRecords/CR2011_22538.PDF) e *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 giugno 2009, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF.

60. V. F. Pacella, *op. cit.*, p. 16.

61. V. Comunicazione, par. 985.

62. Si tratta dell'elemento soggettivo previsto dall'art. 30, par. 2, lett. b) dello Statuto di Roma; per un commento cfr. S. Finnin, *Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, aprile 2012, pp. 325-359.

della *co-perpetration* o coautoria di cui al paragrafo a), trattandosi di azioni che costituiscono misure di attuazione del già ricordato piano congiunto tra autorità libiche ed europee. Le condotte però potrebbero venire in rilievo anche come titolo autonomo di responsabilità nei confronti delle sole autorità italiane, anche in ragione del distinto ruolo da esse giocato sia nella predisposizione al riguardo di specifici accordi con il Governo libico, sia nella loro attuazione.

Dal punto di vista materiale, a venire in considerazione sono le condotte di natura operativa attribuibili all'IMRCC italiano, e consistenti nell'aver chiamato in intervento la GCL a seguito della ricezione di allarmi lanciati da imbarcazioni in difficoltà, nonché nell'aver successivamente diretto, coordinato, supervisionato le operazioni di intercettazione da parte della GCL⁶³. Va infatti ricordato che, in passato, mezzi aerei e navali italiani hanno tra le altre cose condiviso informazioni sull'ubicazione di imbarcazioni cariche di migranti, fornito indicazioni per la loro intercettazione e infine coordinato l'intera operazione, talora persino affiancando i mezzi navali libici sul luogo dell'evento, anche al fine di impedire a navi di ONG di partecipare alle operazioni di salvataggio⁶⁴. Merita anche sottolineare che la posizione di controllo delle operazioni da parte delle autorità italiane, che allude a una relazione di quasi subordinazione gerarchica, è stata riconosciuta anche in sede giudiziaria dal Tribunale di Catania, il quale ha affermato nel caso relativo all'imbarcazione *Open Arms* che «le motovedette libiche erano intervenute per effettuare una operazione di soccorso, come richiesto da IMRCC di Roma e sotto l'egida italiana con le navi militari di stanza a Tripoli.»⁶⁵.

In questo caso vengono in rilievo condotte che costituiscono un apporto senz'altro decisivo alla commissione di reati ai danni di migranti in Libia, posto che in loro assenza (ad esempio, senza la chiamata in intervento della GCL o il coordinamento *in loco* delle operazioni di salvataggio) il respingimento dei migranti verso tale Paese sarebbe avvenuto con diverse modalità o non sarebbe avvenuto *tout court*. Queste ipotesi di *co-perpetration*

63. Comunicazione, par. 722 e 896. La Comunicazione evidenzia altresì una serie di episodi emblematici di tale *modus operandi*, con particolare riferimento ad esempio a operazioni di “soccorso” del 27 settembre 2017, 11 ottobre 2017, 15 dicembre 2017 e 8 dicembre 2018 (v. allegato *2nd policy cases*, a pp. 221-224 della Comunicazione).

64. Comunicazione, par. 999. Si possono ricordare al riguardo episodi che attestano in modo inequivocabile la collaborazione tra marina militare italiana e GCL nell'esecuzione del “piano congiunto”, come quello documentato da *Forensic oceanography* del 21 settembre 2017, che ha visto intervenire in prima battuta la Marina Militare italiana, la quale ha fornito ai migranti naufraghi giubbotti di salvataggio, ma non ha proceduto al loro salvataggio, in attesa dell'intervento sul posto della Guardia costiera libica (cfr. *Forensic oceanography, Mare Clausum - Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean*, maggio 2018, <https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/05/2018-05-07-FO-Mare-Clausum-full-EN.pdf>, p. 69).

65. Tribunale di Catania, sezione del Giudice per le indagini preliminari, caso n. 2474/18 R.G. GIP., decreto di convalida e di sequestro preventivo, 16 aprile 2018, <https://www.statewatch.org/news/2018/apr/it-open-arms-sequestration-judicial-order-tribunale-catania.pdf>, p. 22 (enfasi aggiunta). Cfr. altresì Comunicazione, par. 1000.

non presterebbero così il fianco alle possibili obiezioni di non essenzialità dei contributi rispetto all'esecuzione del piano comune, di cui al paragrafo a) più sopra⁶⁶.

Dal punto di vista soggettivo, si può richiamare quanto già esposto a proposito della reiterazione delle condotte volte a contribuire a singole operazioni di intercettazione ben sapendo che a ciò sarebbe seguito il respingimento in Libia, accettando così l'elevato rischio del verificarsi dei già più volte ricordati gravi reati ai danni delle persone respinte.

In ragione dell'essenzialità causale delle condotte (senza la chiamata in causa dell'IMRCC di Roma la GCL non sarebbe intervenuta; senza l'astensione dal soccorso diretto e il coordinamento dei soccorsi, alcuni di quei migranti non sarebbero stati riportati in Libia), dell'agevole riscontro di un piano comune nelle azioni dei compartecipi (preciso coordinamento; ottemperanza della GCL alle chiamate dell'IMRCC; accettazione da parte della prima dell'autorità della seconda; assenza di conflitti tra queste due entità), e della sufficienza ai fini della *co-perpetration* di un dolo di tipo eventuale (la mancata dissociazione dalla cooperazione al piano comune ed anzi la reiterazione di condotte decisive, pur prefigurandosene l'esito probabilmente delittuoso), il profilo di responsabilità in esame appare particolarmente convincente.

Se ne deve però segnalare la probabile limitazione ad eventuali ipotesi di reato ai danni delle persone effettivamente coinvolte nei singoli episodi di respingimento. Se infatti l'ipotesi di responsabilità per un contributo strutturale *al sistema* nel suo complesso consentirebbe di far ricadere al suo interno tutti i fatti di reato commessi a seguito di un qualsiasi respingimento da parte delle autorità libiche, la responsabilità per il contributo causale dato a singoli interventi di "soccorso" della GCL non potrebbe prescindere dall'accertamento degli eventuali reati commessi ai danni delle persone respinte a seguito di *quell*'intervento, da una parte restringendo l'ambito dell'azione penale a specifici episodi e non già al sistema nel suo insieme, dall'altro imponendo difficoltà di natura probatoria nell'individuare e raccogliere testimonianze di persone vittime dapprima di intercettazione, poi di respingimento e quindi di reati in territorio libico.

66. A ulteriore suffragio della configurabilità di un concorso a titolo di coautoria appare condivisibile l'osservazione della Comunicazione (par. 934) secondo cui gli agenti europei mantenevano comunque un controllo sull'esecuzione del piano comune, potendosi dissociare in qualsiasi momento decidendo, a fronte di chiamate di soccorso di navi in difficoltà, se chiamare o meno in causa l'autorità che avrebbe prima intercettato e poi respinto i migranti in Libia.

3.4. Altri possibili titoli di responsabilità relativi alla «seconda policy» (esecuzione mediata, istigazione, responsabilità di comando)

Relativamente ai reati commessi nel periodo 2015-2019, la Comunicazione prospetta, oltre a quelli già illustrati, anche altri, meno convincenti, possibili titoli di corresponsabilità.

Una prima ricostruzione ipotizza una relazione di totale asservimento della GCL ai leader europei, al punto che la prima sarebbe un mero strumento del quale i secondi si sono serviti per dare esecuzione materiale ad un proprio piano criminoso⁶⁷. Da questa impostazione accusatoria discenderebbe una responsabilità diretta e primaria di questi ultimi per *indirect co-perpetration*, o esecuzione mediata⁶⁸. Non convince tuttavia la prospettazione della GCL come un mero esecutore della volontà altrui, anzitutto in quanto si tratta pur sempre di un'entità che risponde *in primis* al Ministero dell'interno libico e comunque dotata di una propria autonomia decisionale, ed in secondo luogo in quanto non è chiaro quali reati i leader europei avrebbero inteso commettere per tramite della GCL (non certo le torture e gli omicidi, tutt'al più le detenzioni illegali e i trasferimenti forzati).

Per simili ragioni appare debole la prospettazione accusatoria secondo cui i leader europei avrebbero impartito ordini di commettere i reati presupposti⁶⁹ posto che gli ordini rivolti alla GCL hanno riguardato l'esecuzione di condotte (formalmente) lecite ed anzi doverose quali il recupero di naufraghi in mare o, al più, l'esecuzione di condotte illecite quali il trasferimento forzato dei naufraghi in Libia, ma non torture o omicidi.

Da ultimo, anche l'affermazione della possibile responsabilità c.d. di comando dei vertici della UE e degli Stati membri (la *superior responsibility*⁷⁰ che incombe sul comandante militare o dirigente civile che non abbia prevenuto o represso i reati commessi dai subordinati pur essendone al corrente) non sembra cogliere nel segno, posto che presuppone una relazione di subordinazione o comunque superiorità gerarchica che non pare ravvisabile nel rapporto tra autorità europee e GCL.

4. La qualificazione delle ipotesi di reato come crimini contro l'umanità

Com'è noto, la CPI ha giurisdizione esclusivamente su quattro fattispecie di reato: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio ed aggressione. Tra di esse, in

67. La prova della strumentalità del ruolo della GCL risulterebbe da una serie di elementi quali l'intercambiabilità delle milizie coinvolte nella GCL; la legittimazione unilaterale da parte della UE alla GCL; la formazione, la fornitura di fondi ed equipaggiamento (Comunicazione, par. 949-950).

68. Statuto di Roma, art. 25 par. 3, lett. a), ultima parte.

69. Statuto di Roma, art. 25, par. 3, lett. b).

70. Statuto di Roma, art. 28.

relazione ai fatti di reato commessi in Libia ai danni delle persone migranti vengono in rilievo le prime due.

La qualificazione dei reati *de quibus* come crimini di guerra, in ragione della loro commissione all'interno di un contesto caratterizzato da un conflitto armato che interessa il territorio libico dal 2011, è già stata astrattamente prospettata sia in dottrina⁷¹ sia da esponenti della Procura della CPI⁷². Se tale impostazione giuridica appare convincente in relazione ad autori in qualche modo riconducibili alle parti del conflitto⁷³, essa appare viceversa difficilmente applicabile alle condotte dei leader europei, in quanto verrebbe a mancare, anche nella forma di concorso più “attenuata” dell'*aiding and abetting*, uno degli elementi precipui del reato di crimini di guerra e cioè il nesso con il conflitto armato⁷⁴.

L'unica qualificazione giuridica prospettata dalla Comunicazione è infatti quella di crimini contro l'umanità, fattispecie delittuosa caratterizzata dall'elemento contestuale dell'«attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile» nel quale si deve inscrivere il fatto di reato.

Per quanto riguarda il requisito dell'esistenza di un «attacco» occorre ricordare che, sebbene il termine richiami alla mente atti di natura bellica o terroristica, nel contesto dei crimini contro l'umanità tale nozione ha una portata assai più ampia e diversa, essendo legata piuttosto alla ripetuta commissione di una serie di atti violenti nei confronti di persone civili. È un principio consolidato nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali che la definizione di «attacco» non sia limitata all'uso della forza armata, ricomprendendo al suo interno qualsiasi maltrattamento ai danni della popolazione civile⁷⁵. Questi principi

71. C. Meloni, *Legal responsibility before the International Criminal Court in Libya*, in *Atti del Convegno “Violations of human rights after the Lybian route shutdown: legal liability of the Italian and Lybian governments and possible legal solutions”*, Tunisi, 15-16 marzo 2019, p. 47 ss., <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/Conference-Proceedings-Tunis-15.16-March-2019.pdf>; Women's Refugee Commission, *More Than One Million Pains: Sexual Violence Against Men and Boys on the Central Mediterranean Route to Italy*, <https://www.womensrefugeecommission.org/images/zdocs/Libya-Italy-Report-03-2019.pdf>, p. 60.

72. A. Whitford, *Challenges to bringing a case before the International Criminal Court in relation to alleged crimes committed against migrants in Libya*, in *Atti del Convegno “Violations of human rights after the Lybian route shutdown: legal liability of the Italian and Lybian governments and possible legal solutions”*, cit., p. 45 ss.

73. In questo senso si sono espresse le stesse Nazioni Unite con riferimento ad un'azione chiaramente bellica come il bombardamento del Centro di detenzione di Tajoura (cfr. UN Support Mission in Libya, *UNSMIL condemns in the strongest terms the attack in Tajoura causing dozens of civilian fatalities, and calls for denunciation by the international community*, 3 luglio 2019, <https://unsmil.unmissions.org/unsmil-condemns-strongest-terms-attack-tajoura-causing-dozens-civilian-fatalities-and-calls>).

74. Secondo la definizione internazionalmente accettata, risulta integrato il requisito del «nesso» con il conflitto armato se il conflitto ha costituito un elemento sostanziale nella possibilità per l'autore di commettere il reato, nella sua decisione di commetterlo, nella modalità in cui o la finalità per cui è stato commesso (cfr. per tutti Corte d'appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al*, sentenza del 12 giugno 2008, caso IT-96-23& IT-96-23/1-A, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>, par. 58).

75. V. per tutti Corte d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, cit., par. 86 ss.

sono stati incorporati a livello normativo nello Statuto della CPI, secondo il cui art. 7 per «attacco» si intendono condotte che implicano la reiterata commissione di taluno dei reati elencati nello stesso art. 7 (omicidi, torture, persecuzioni e così via), in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato, nella consapevolezza che essi fanno parte di un'operazione appunto di «attacco»⁷⁶. Risulta pertanto convincente la tesi della Comunicazione secondo cui quindi integrerebbero siffatti presupposti normativi sia l'eliminazione intenzionale dei soccorsi in mare, sia il contributo a intercettazioni e respingimenti della GCL, in quanto entrambe le condotte (omissiva la prima, commissiva la seconda) hanno ripetutamente contribuito alla causazione dei gravi reati di cui si è più volte detto nei paragrafi precedenti.

Secondo la Comunicazione, ricorrono altresì gli altri presupposti normativi di cui alla norma in questione:

- l'attacco è infatti sia «esteso» (indice ne sia l'aumento esponenziale di morti per annegamento a seguito dell'eliminazione di *Mare Nostrum*, nonché il numero elevatissimo di vittime all'interno dei campi di detenzione libici) sia «sistematico», in quanto condotto in esecuzione di politiche elaborate congiuntamente da politici e governanti in consessi nazionali e sovranazionali, nonché attuato attraverso un complesso di misure articolate e ben coordinate tra loro⁷⁷;

- l'attacco è poi «diretto contro una popolazione civile» costituita dai migranti stranieri in fuga dalla Libia. Giova ricordare a questo riguardo che lo Statuto di Roma non richiede che una «popolazione civile» possieda caratteristiche di omogeneità o sia contraddistinta da specifiche caratteristiche, essendo sufficiente che non si tratti di una pluralità individui colpiti in modo indiscriminato o casuale⁷⁸;

- appare soddisfatto anche il requisito per cui l'attacco deve avvenire «in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato»⁷⁹, in quanto discende *de plano* dalla prospettazione della Comunicazione che le condotte sono state poste in essere nel contesto del preciso progetto politico di bloccare i flussi migratori provenienti dalla Libia⁸⁰.

76. L'attacco, a differenza della fattispecie di crimini di guerra, non deve essere di natura militare (cfr. Corte Penale Internazionale, *Elements of Crime*, art. 7, Introduzione, par. 3) né deve avere un collegamento con un conflitto armato, potendo addirittura essere di natura nonviolenta (cfr. per tutti Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, *Prosecutor c. Jean Paul Akayesu*, sentenza del 2 settembre 1998, http://www.worldcourts.com/icttr/eng/decisions/1998.09.02_Prosecutor_v_Akayesu.pdf, par. 581).

77. Comunicazione, par. 526 ss. e 697 ss.

78. CPI, *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 giugno 2009, caso ICC-01/05-01/08, par. 76-77; Corte d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v Dragoljub Kunarac et al*, cit., par. 90. Cfr. Comunicazione, par. 538 ss.

79. Statuto di Roma, art. 7, par. 2, lett. a).

80. Comunicazione, par. 563.

Infine, l'esistenza dell'elemento psicologico della consapevolezza dell'attacco in capo a chi ha contribuito alla commissione dei fatti di reato è *in re ipsa*, in quanto vi sarebbe una coincidenza tra gli autori delle condotte materiali e gli ideatori ed attuatori dell'attacco stesso⁸¹.

In conclusione, una volta sciolti in senso positivo i nodi relativi alla configurabilità di una responsabilità penale per riduzione dei soccorsi in mare o per l'attuazione di un piano comune di intercettazione e respingimento, sembra agevole sostenere la qualificazione dei reati ipotizzati come crimini contro l'umanità, in quanto paiono ravvisabili nei fatti posti in essere dai concorrenti anche gli ulteriori presupposti normativi dell'attacco (reiterazione di condotte lesive ai danni della popolazione migrante), dell'estensione e/o sistematicità dello stesso, e della sua perpetrazione in attuazione di una *policy* ben precisa.

5. La giurisdizione della Corte

Le accuse contenute nella Comunicazione riguardano individui che, in quanto cittadini di Stati europei parte della CPI, sono soggetti all'autorità di quest'ultima in virtù della norma di cui all'art. 12(2)(b) dello Statuto. Inoltre, l'art. 27 (*Irrelevance of official capacity*) stabilisce che eventuali immunità di diritto interno o internazionale non ostano all'azione della Corte. *Nulla quaestio* pertanto in merito al potere della CPI di esercitare la propria giurisdizione per i reati di cui si discute nei confronti di individui che agiscono in qualità di organi della UE o dei suoi Stati membri.

Non può tuttavia trascurarsi che, come si è ampiamente illustrato nei paragrafi precedenti, costoro sarebbero chiamati a rispondere in concorso con esecutori materiali di nazionalità libica per reati commessi in Libia, quantomeno per reati commessi nel periodo 2015-2019. A questo riguardo occorre ricordare che il Paese nordafricano non ha mai ratificato lo Statuto di Roma⁸², circostanza che in linea di principio escluderebbe la giurisdizione della Corte per reati commessi sul territorio libico o da cittadini libici⁸³.

La CPI tuttavia fin dal 26 febbraio 2011 è stata investita del potere di indagare sui reati commessi nell'ambito del conflitto armato non internazionale che interessa il Paese, in quanto il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la Risoluzione 1970(2011)⁸⁴ ha attribuito alla CPI giurisdizione sulle gravi violazioni dei diritti umani commesse in conseguenza della guerra civile libica in forza dell'art. 13(1)(b) dello Statuto di Roma. La

81. Comunicazione, par. 555-558.

82. La Libia è in realtà l'unico Paese della regione del Maghreb (escludendo sud Sahara e Mauritania) a non aver neppure firmato lo Statuto di Roma. La Tunisia è l'unico ad averlo ratificato.

83. Statuto di Roma, art. 12.

84. Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Risoluzione 1970(2011), 26 febbraio 2011, S/RES/1970 (2011), [https://www.undocs.org/S/RES/1970%20\(2011\)](https://www.undocs.org/S/RES/1970%20(2011)).

procuratrice della Corte ha inoltre annunciato che, almeno a partire dal 2017, all'interno delle proprie indagini sulla "situazione libica" potrebbero rientrare anche i reati commessi ai danni di persone migranti detenute in Libia⁸⁵. Percorrere questa strada tuttavia significa per la Procura imbattersi nell'ostacolo di dover dimostrare che i reati commessi contro i migranti ricadano nell'ambito del *referral* del Consiglio di Sicurezza del 2011; si tratterebbe così di provare che vi è un «collegamento sufficiente» tra il *referral* stesso – il quale ha attribuito alla CPI una giurisdizione di cui in via generale altrimenti non disporrebbe – e i crimini contro i migranti, dimostrando ad esempio che vi è una contiguità tra gli attori del conflitto non internazionale scoppiato nel 2011 e i crimini in questione⁸⁶.

In mancanza di un riscontro positivo, si dovrebbe immaginare uno scenario poco probabile in cui la procura della CPI sarebbe costretta a svolgere un'attività di indagine sulla responsabilità penale degli autori materiali (membri della GCL o delle milizie libiche), pur non avendo giurisdizione su tali reati in quanto esorbitanti rispetto al *referral* del CdS, con la prospettiva di esercitare eventualmente l'azione penale solo nei confronti dei presunti concorrenti europei.

Merita infine soffermarsi brevemente sulla questione della complementarità con le giurisdizioni nazionali. A tale proposito, occorre ricordare che la CPI nasce non tanto per sostituirsi ai sistemi giudiziari interni, quanto piuttosto per rimediare a possibili situazioni di impunità laddove tali sistemi non abbiano l'intenzione o siano incapaci di perseguire i gravi crimini internazionali su cui avrebbero giurisdizione⁸⁷.

Lo Statuto di Roma costruisce la giurisdizione della CPI in termini sottrattivi, affermandone l'insussistenza laddove le medesime persone siano già indagate o processate per i medesimi fatti dinanzi ad un'autorità nazionale. Ne discende che al di fuori di tali ipotesi nulla osta all'esercizio dell'azione penale da parte della Corte. La giurisprudenza della CPI ha più volte ribadito che al fine di effettuare questa valutazione, la Corte deve

85. La procuratrice della CPI, la gambiana Fatou Bensouda, aveva già informato il Consiglio di Sicurezza che alcuni crimini commessi a danno di migranti potrebbero rientrare nella giurisdizione della CPI, ma che una risposta poteva essere data solo all'esito di un'indagine approfondita, in grado di stabilire fatti e circostanze precisi. L'Ufficio del Procuratore attualmente sta raccogliendo e analizzando informazioni per valutare se vi siano elementi sufficienti al fine di instaurare un procedimento penale di fronte alla CPI per reati commessi contro i migranti (cfr. *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 2 novembre 2018, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20181102-otp-stat>).

86. Non si tratta di un ostacolo tanto di ordine temporale, dato che vi è un *continuum* tra scoppio del conflitto nel 2011 e fatti anche contemporanei, che coinvolgono gli stessi attori: ad esempio, non sembrano esservi dubbi che sussista la giurisdizione della CPI in relazione al bombardamento da parte delle milizie del generale Haftar sul Centro di detenzione a Tajoura il 3 luglio 2019, che ha provocato il decesso di decine di migranti e che sembra potersi senz'altro qualificare come crimine di guerra.

87. Statuto di Roma, art. 17, par. 1, lett. a). V. M. Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2003, pp. 591-632.

anzitutto accertare se lo Stato (o gli Stati) che avrebbe(ro) giurisdizione sui reati in questione abbia(no) posto in essere una qualche attività, quantomeno di indagine⁸⁸. In caso di riscontro negativo, ossia in presenza di uno scenario di assoluta inattività, il caso è *ipso facto* ammissibile dinnanzi alla CPI, non dovendosi verificare la sussistenza di ulteriori requisiti. Solo in caso di riscontro positivo la Corte procede a verificare se le autorità interne abbiano la volontà o la capacità di procedere correttamente, ad esempio valutando se vi sia un'indagine che si protrae oltre termini ragionevoli o se un eventuale procedimento si sia concluso con una decisione irragionevole di archiviazione o assoluzione⁸⁹.

Nel caso di specie, dal momento che non risulta che esista in Italia o in altri Stati membri alcuna attività volta ad accertare le responsabilità denunciate nella Comunicazione, dovrebbe dirsi sussistente in capo alla Corte la competenza a conoscere dei crimini *de quibus*, senza la necessità di ulteriori verifiche in merito a volontà o capacità di perseguirli da parte degli Stati europei⁹⁰.

6. I potenziali indagati

Da quanto sopra esposto si evince che, da un punto di vista teorico, non sembrano sussistere ostacoli a che la CPI dia avvio quantomeno ad una valutazione preliminare sulle

88. Cfr. *ex multis* Corte d'appello della CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07 OA 8, 25 settembre 2009, par. 78: «Nel valutare se un caso sia inammissibile in base all'art. 17 (1) (a) e (b) dello Statuto, le domande che occorre anzitutto porsi sono (1) se siano in corso indagini o processi, o (2) se vi siano indagini passate in cui lo Stato dotato di giurisdizione ha deciso di non rinviare a giudizio la persona in questione. Solo laddove la risposta a queste domande sia affermativa occorre considerare la seconda parte delle lettere (a) e (b), ed esaminare la questione della non volontà o dell'incapacità. Fare diversamente significherebbe mettere il carro davanti ai buoi.».

89. Cfr. proprio in relazione al caso della Libia Corte d'appello della CPI, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11-547-Conf, 21 maggio 2014, par. 213.

90. Merita segnalare che nel suo più recente rapporto al Consiglio di Sicurezza, la procuratrice della CPI ha indicato come il suo ufficio sia impegnato, oltre che nella raccolta di elementi probatori in relazione a crimini commessi contro migranti in Libia, anche nella collaborazione con organizzazioni internazionali e autorità di singoli Stati al fine di promuovere azioni giudiziarie interne per i medesimi fatti, proprio in un'ottica di complementarietà nella lotta all'impunità (17° rapporto sulla Libia della Procuratrice al Consiglio di Sicurezza, dell'8 maggio 2019, <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/190508-rep-otp-UNSC-libya-ENG.pdf>, di cui è disponibile anche la traduzione in italiano (<https://specialelibia.it/2019/05/09/relazione-del-procuratore-internazionale-al-consiglio-di-sicurezza/>). L'azione della Procuratrice trova il pieno supporto politico del Segretario Generale delle Nazioni Unite, il quale nel suo già citato ultimo rapporto al Consiglio di Sicurezza definisce «imperativo investigare le notizie di violazioni sistematiche dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario con riferimento al trattamento subito da migranti e rifugiati detenuti, tra cui bambini, e perseguire gli autori di queste violazioni, al fine di evitare che restino impuniti» (par. 101).

presunte responsabilità penali individuali dei leader della UE o dei suoi Stati membri per i crimini delineati nella Comunicazione.

Quest'ultima, come già ricordato, non contiene al suo interno alcuna menzione di presunti responsabili, limitandosi ad indirizzare le proprie contestazioni a non meglio specificati «massimi responsabili» dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. Ci si può dunque interrogare su chi, laddove la CPI decidesse di procedere, potrebbe essere chiamato a rispondere, tenendo a mente che, come già ricordato, nel diritto penale internazionale l'aver agito in qualità di capo di Stato o di governo – a differenza che nell'ordinamento italiano, come recenti vicende giudiziarie proprio in tema di migranti hanno stigmatizzato⁹¹ – non può mai dare luogo ad immunità dalla responsabilità penale⁹².

Verrebbero così in rilievo anzitutto i rappresentanti di autorità legislative e di governo che hanno concorso a formare la volontà di organi collegiali o individuali dell'Unione europea nel momento in cui essa abbia deliberato l'adozione di singoli atti di indirizzo politico, provvedimenti normativi, o misure attuative degli stessi. Trattandosi di istituzioni tra cui Consiglio europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea, non può che venire in rilievo il livello di responsabilità dei capi di Stato e di governo e di alti rappresentanti dell'Unione quali ad esempio il presidente della Commissione e singoli commissari. Analoga responsabilità potrebbe insorgere anche in capo a ministri ed alti funzionari di singoli Stati membri in relazione a condotte che abbiano dato un autonomo contributo causale al sistema, come ad esempio, nel caso dell'Italia, la conclusione del noto *memorandum* di cooperazione con la Libia del febbraio 2017. Com'è evidente, si tratterebbe non solo (o non tanto) delle persone che attualmente ricoprono incarichi legislativi o di governo, quanto di tutti coloro che, nell'arco dei sette anni considerati dalla Comunicazione stessa, ricoprivano tali cariche al momento dell'adozione della decisione di volta in volta rilevante.

Né la responsabilità potrebbe in linea di principio essere circoscritta a coloro che abbiano adottato i provvedimenti la cui esecuzione ha materialmente contribuito alla commissione dei reati, posto che secondo un consolidato principio di diritto penale internazionale generale codificato anche nello Statuto di Roma l'aver agito in esecuzione di un ordine di commettere crimini contro l'umanità non costituisce mai una causa di

91. Il riferimento è al diniego da parte del Senato, il 20 marzo 2019, della richiesta da parte del Sezione Reati Ministeriali presso il Tribunale di Catania di autorizzazione a procedere contro l'allora ministro dell'interno Matteo Salvini per il reato di sequestro di persona pluriaggravato in relazione all'illegittima privazione della libertà di 177 migranti a bordo della nave Diciotti nel porto di Catania. V.S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28 gennaio 2019, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6450-caso-diciotti-il-tribunale-dei-ministri-qualifica-le-condotte-del-ministro-salvini-come-sequestro-d>.

92. Statuto di Roma, art. 27, par. 2.

giustificazione⁹³. Non sarebbe neppure necessario dimostrare che costoro abbiano concorso a *ideare* l'«attacco esteso o sistematico», essendo sufficiente che avessero «consapevolezza dell'attacco» e del fatto che le loro azioni od omissioni contribuivano a perpetuarlo.

Verrebbe pertanto in potenziale considerazione, per quanto riguarda ad esempio l'Italia, anche la responsabilità di alti dirigenti del Ministero dell'interno, dell'IMRCC o capitani di navi battenti bandiera italiana, venendosi così ad espandere ulteriormente ed in maniera significativa il novero degli individui che potenzialmente potrebbero essere chiamati a rispondere di concorso nei reati *de quibus*⁹⁴. Posto che spetterebbe esclusivamente alla Procura la decisione in merito a quali sospetti includere in un'eventuale indagine, il limite che l'esercizio dell'azione penale CPI incontrerebbe a questo riguardo sarebbe costituito dalla norma di cui all'art. 17 co. 1, lett. d) dello Statuto, secondo cui è inammissibile un caso che non sia «sufficientemente grave»⁹⁵. Sebbene tale requisito regoli l'ammissibilità di un procedimento dinanzi alla Corte, è indubbio che la gravità del reato costituisca anche un criterio dirimente per la Procura nell'esercizio della sua discrezionalità nel selezionare i casi, ed anche gli individui, da perseguire⁹⁶.

Merita infine accennare al fatto che le medesime condotte di cui si discute potrebbero anche ingenerare, oltre a responsabilità penali individuali, una responsabilità per illecito internazionale in capo allo Stato⁹⁷ e/o all'Unione europea⁹⁸. Si tratti di due profili che,

93. *Ivi* art. 33, par. 2.

94. Tale interpretazione del mandato della Corte è suffragata da un'interpretazione a contrario della norma di cui all'art. 25, par. 3-*bis* dello Statuto che, per il crimine di aggressione, limita la responsabilità penale ai soli vertici dello Stato, così confermando che la Corte ben può estendere la propria azione penale a livelli inferiori di responsabilità.

95. Si veda ad esempio il caso *Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, archiviato dalla Procura della CPI per insufficiente gravità dei fatti in esame, riguardanti un incidente isolato (cfr. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-06-11-2014>). Cfr. M.M. deGuzman, *What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation*, in *American Society of International Law*, online, 11 agosto 2015, <https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber>.

96. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di «gravità sufficiente» si veda M. Longobardo, *Factors relevant for the assessment of sufficient gravity in the ICC. Proceedings and the elements of international crimes*, in *Questions of International Law*, 30 novembre 2016, <http://www.qil-qdi.org/factors-relevant-assessment-sufficient-gravity-icc-proceedings-elements-international-crimes>.

97. Per quanto il tema della responsabilità dello Stato per illeciti internazionali esuli dal *focus* di questo articolo, è opportuno quantomeno richiamare la netta affermazione dello *Special Rapporteur* del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite sulle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie, il quale a riguardo delle uccisioni arbitrarie di migranti in Libia, nell'«escortare tutti gli Stati di destinazione ad interrompere finanziamento e fornitura di equipaggiamento finalizzato al controllo delle migrazioni», ricorda che secondo l'art. 15 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, «uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: (a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e (b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato.». Ricorda altresì lo *Special Rapporteur* che secondo il successivo art. 16 il contributo (volontariamente) prestato non deve essere essenziale alla commissione dell'illecito, essendo sufficiente che l'abbia agevolata (*Unlawful Death of Refugee and Migrants*, cit., pp. 10-11). Cfr. altresì M.

sebbene ben distinti oltre che sul piano teorico-giuridico anche per fonti normative e sede di accertamento giurisdizionale, sono talora inscindibilmente connessi, non solo perché entrambi trovano fondamento nei medesimi principi internazionali posti a tutela dei valori più fondamentali della comunità internazionale nel suo insieme⁹⁹, ma in quanto ben può la condotta individuale di un capo di Stato e di governo, così come in linea di principio quella di un qualsiasi altro organo dello Stato o di un'organizzazione internazionale¹⁰⁰, dare luogo a responsabilità di tipo penale sul piano individuale, ed al contempo far incorrere lo Stato¹⁰¹ o l'organizzazione in un illecito sul piano internazionale.

7. Prospettive di indagine e osservazioni conclusive

Laddove decidesse di intraprendere un'attività investigativa in relazione ai reati di cui si discute, la Procura della CPI non procederebbe immediatamente all'apertura di un'indagine, ma darebbe avvio ad una c.d. «valutazione preliminare» – una fase che può durare anche molti anni¹⁰² – all'esito della quale decidere se chiedere o meno l'autorizzazione all'apertura formale di un'indagine vera e propria. Potrebbe rendere meno inimmaginabile questo corso degli eventi il fatto che, come già ricordato, la CPI sia investita della “situazione” libica sin dal 2011, che la Procura abbia già raccolto numerosi elementi probatori in merito ad attori e accadimenti del conflitto libico e che la

Mancini, *Migranti: l'Italia e i loro diritti umani violati in Libia*, in *Affari Internazionali*, 27 dicembre 2017 <http://www.affarinternazionali.it/2017/12/migranti-italia-diritti-libia/>.

98. Al pari dell'art. 15 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, l'art. 14 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011 (cfr. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf) prevede che l'organizzazione possa essere chiamata a rispondere sul piano internazionale di un illecito commesso da uno Stato o un'altra organizzazione internazionale, laddove l'organizzazione abbia agito con consapevolezza delle circostanze dell'illecito e l'atto sarebbe illecito anche se fosse stato commesso dall'organizzazione stessa.

99. B. Bonafé, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 24).

100. Cf. Commissione di Diritto Internazionale, *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, art. 7.

101. Cfr. B. Bonafé, *op. cit.*, pp. 17-18, 23, e 43 ss.; A. Nollkaemper, *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, luglio 2003, pp. 615-640. Cfr. altresì Corte Internazionale di Giustizia, *Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

102. Si veda a titolo di esempio la valutazione preliminare sui crimini internazionali commessi durante il conflitto in Ucraina, in corso dal 2014 (cfr. <https://www.icc-cpi.int/ukraine>) o quelle relative ai conflitti in Iraq (cfr. <https://www.icc-cpi.int/iraq>) e in Afghanistan (cfr. <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>) in corso rispettivamente dal 2011 e dal 2012.

Procuratrice abbia più volte annunciato la propria attenzione anche ai reati commessi contro i migranti¹⁰³.

Anche solo l'apertura di una valutazione preliminare costituirebbe, da un punto di vista politico, un fatto inaudito e straordinariamente significativo.

Com'è noto, la grande maggioranza delle indagini formalmente aperte dalla Corte riguarda reati commessi nel corso di conflitti in Paesi del continente africano, e solo una delle undici indagini attualmente in corso dinanzi alla CPI riguarda uno Stato, l'Ucraina, che può definirsi almeno geograficamente europeo. Non sarebbe invece la prima volta che la Procura svolge accertamenti su possibili responsabilità di cittadini di un Paese UE, in luce della valutazione preliminare in corso sugli abusi commessi da militari dell'esercito britannico durante le operazioni militari in Iraq tra il 2003 e il 2009. A prescindere dalla nazionalità dei possibili sospetti, certamente inaudita sarebbe l'apertura di una valutazione preliminare in relazione a individui che hanno agito nella loro qualità di massimi apparati dello Stato, trattandosi di un livello di responsabilità – quello di capi di Stato e di Governo – che la CPI ha finora attinto solo nel caso del presidente sudanese Omar al Bashir, tuttora in carica, e del defunto presidente libico Muammar Gheddafi.

Non si può poi non osservare che un'eventuale indagine su personalità di livello così elevato esporrebbe la CPI ad un potenziale *vulnus* di legittimazione politica¹⁰⁴, atteso che i Paesi europei sono attualmente tra i più fervidi sostenitori della CPI (peraltro anche sita in un Paese europeo, l'Olanda), e soprattutto in un momento in cui l'autorità della Corte è messa in forte discussione dall'aperta ostilità dell'amministrazione Trump, dalla paucità di nuove ratifiche nell'ultimo decennio e dalla recente revoca della ratifica negli ultimi anni da parte di due Stati (Burundi nel 2017 e Filippine nel 2019)¹⁰⁵.

Vi è un ultimo ostacolo, non sottaciuto dalla stessa Comunicazione¹⁰⁶, che contribuisce a rendere remota la prospettiva dell'apertura di un procedimento, per quanto preliminare, sulle responsabilità di cui si è discusso in questo articolo. Si tratta di una barriera mentale, che rende difficile pensare all'Unione europea, un sistema pienamente democratico e liberale, in passato capofila della lotta per i diritti umani, come un'organizzazione

103. Si veda *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, in relation to the escalation of violence in and around Tripoli, Libya*, 16 aprile 2019, nel quale la Procuratrice ha affermato «non esiterò ad espandere le mie indagini e aprire possibili processi in relazione a nuovi episodi criminosi che ricadono nella giurisdizione della Corte», <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190416-otp-stat-libya>; cfr. altresì il già citato 17° rapporto della Procuratrice al Consiglio di Sicurezza, e nel quale si afferma che la Procura è costantemente impegnata nella raccolta di prove al fine del possibile esercizio dell'azione penale anche in relazione ai crimini contro i migranti in Libia.

104. Cfr. Comunicazione, par. 503-506.

105. Due altri Stati, Sudafrica e Gambia, hanno ritirato la loro già annunciata revoca, prima che questa divenisse effettiva.

106. Comunicazione, par. 1007.

criminale. Non può nascondersi una certa ritrosia, per un cittadino europeo, a contemplare l'idea che lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» nel quale vive sia in realtà governato da leader politici senza scrupoli che potrebbero essere chiamati a rispondere di crimini contro l'umanità, alla stregua di criminali originari di Paesi per lo più remoti, autori di atrocità inenarrabili, presentati come «profondamente malvagi»¹⁰⁷, e per questo percepiti come ontologicamente *altri* da noi.

In questo senso, la Comunicazione scaglia un macigno nello stagno per lo più placido della nostra coscienza, imponendo all'opinione pubblica europea una questione profondamente democratica di legittimazione dell'operato della Corte: può quest'ultima davvero rappresentare una garanzia contro l'impunità per crimini internazionali continuando a confinare la propria azione repressiva ad autori «deboli» del cosiddetto Sud del mondo? Può la Corte tenere immuni i governanti europei dalla prospettiva di un accertamento delle loro responsabilità (di tutta evidenza, quantomeno sul piano politico)¹⁰⁸ per le atrocità commesse in Libia, senza abdicare al suo ruolo di giurisdizione complementare a quelle nazionali proprio laddove queste ultime – quali che esse siano – non riescono o non vogliono proteggere le popolazioni e i gruppi sociali più deboli contro gli atti di chi detiene il potere? Così come il Tribunale per l'Ex Jugoslavia ad esempio non intraprese mai alcuna iniziativa sulle evidenti responsabilità di agenti NATO nei bombardamenti su obiettivi civili durante la guerra in Serbia e in Kosovo nel 1999, può la Corte intenzionalmente rifiutarsi di procedere, anche in presenza di precise indicazioni di atrocità di massa commesse in Libia, nei confronti di coloro che a tali fatti hanno dato un preciso e sostanziale contributo?

Quale che ne sia l'esito finale, la Comunicazione, anche solo per aver coraggiosamente imposto all'ordine del giorno la questione delle responsabilità dei massimi vertici della UE e dei suoi Stati membri per i reati commessi in Libia, una questione che sembra ancora a molti un tabù, ha già raggiunto un primo, importante risultato.

107. Così I. Kalpouzos e I. Mann, *Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2015.

108. Si veda in tal senso, per l'autorevolezza della fonte, il già citato rapporto del Segretario Generale del 26 agosto 2019, nel quale egli «esorta gli Stati a rivedere le politiche che danno sostegno al ritorno di rifugiati e migranti sulle coste libiche» (par. 101); nello stesso senso si era espresso in precedenza il Rappresentante Speciale del Segretario Generale nella sua relazione al Consiglio di Sicurezza, esortando «i Paesi europei a [...] rivedere le proprie politiche e trasferire i migranti in sicurezza» (Remarks of SRS G Hassan Salamé to the United Nations Security Council on the situation in Libya, 29 luglio 2019, <https://unsmil.unmissions.org/remarks-srsg-ghassan-salamé-united-nations-security-council-situation-libya-29-july-2019>).

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

LA CONSERVAZIONE DEI DIRITTI DI SOGGIORNO IN TEMPO DI BREXIT

di Alessandra Lang

Abstract: Il recesso del Regno Unito dall'Unione europea causa la perdita del diritto di soggiorno per i cittadini del Regno Unito negli Stati membri e per i cittadini dell'Unione nel Regno Unito. Garantire la conservazione del diritto di soggiorno a tali persone è preoccupazione sia dell'Unione, sia del Regno Unito, che ha portato alla redazione della parte seconda dell'accordo di recesso. Per il caso in cui il recesso si fosse verificato senza l'approvazione dell'accordo (c.d. hard Brexit), l'Italia aveva predisposto, come gli altri Stati dell'Unione, un regime speciale per i cittadini britannici. L'articolo analizza la disciplina applicabile in entrambi gli scenari, con particolare riguardo all'Italia e ai cittadini del Regno Unito in Italia.

Abstract: The withdrawal of the United Kingdom from the European Union will undermine the rights of residence of UK nationals in the Member States and EU nationals in the United Kingdom. Both the Union and the United Kingdom are aware of the risk and are committed to avoid it. This aim will be attained by the Withdrawal Agreement. The present article analyses the relevant provisions of the Withdrawal Agreement, paying special attention to Italy and to UK nationals in Italy.

LA CONSERVAZIONE DEI DIRITTI DI SOGGIORNO IN TEMPO DI BREXIT

di Alessandra Lang*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Brexit in sintesi. – 3. L'accordo di recesso. – 4. La conservazione dei diritti di soggiorno secondo l'accordo di recesso. Il periodo di transizione. – 4.1. Il regime applicabile al termine del periodo di transizione. – 4.2. I beneficiari del regime. – 4.3. Le formalità amministrative per la conservazione dei diritti di soggiorno. – 4.4. I diritti connessi al soggiorno. – 5. La conservazione dei diritti di soggiorno nello scenario *hard* Brexit. – 6. Le disposizioni del d.l. n. 22/2019 applicabili ai cittadini del Regno Unito in Italia. La conservazione dei diritti di soggiorno nello scenario *hard* Brexit. – 6.1. Le altre disposizioni applicabili anche in caso di recesso con accordo. – 7 Conclusioni.

1. Premessa

I cittadini dell'Unione residenti nel Regno Unito e i cittadini del Regno Unito residenti da lungo tempo negli altri Stati dell'Unione sono le vittime della Brexit: ne subiscono le conseguenze, senza aver avuto alcuna responsabilità nel produrle¹. Costoro, infatti, non hanno potuto partecipare al referendum del 23 giugno 2016 da cui tutto ebbe inizio. La causa è nel diritto britannico, in quanto il diritto dell'Unione non attribuisce ai cittadini dell'Unione diritti elettorali nelle votazioni politiche nello Stato di residenza, né impone che i cittadini dello Stato che indice una consultazione popolare possano partecipare anche se residenti all'estero². Il Regno Unito ha consentito ai propri cittadini residenti all'estero di votare, ma solo se assenti da meno di 15 anni³.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università degli Studi di Milano.

1. Già C. Rieder, *The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of EU Citizenship*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 147 ss., commentando l'art. 50 TUE ben prima della Brexit, rifletteva sul recesso come causa di perdita involontaria della cittadinanza dell'Unione e sulla possibilità di applicare a favore di chi fosse stato privato del diritto di partecipare alla decisione perché non avente la nazionalità o perché minore di età, del principio secondo quale uno *status civitatis* non può essere tolto da un voto a maggioranza. Si v. anche D. Kochenov, *EU citizenship and withdrawal from the Union: How inevitable is the radical downgrading of rights?*, in *Secession from a Member State and withdrawal from the European Union: troubled membership*, edited by C. Closa, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 257 ss.

2. Sui diritti elettorali del cittadino dell'Unione, v. F. Fabbrini, *The Political Side of EU Citizenship in the Context of EU Federalism*, in *The essence of EU citizenship. The role of rights*, edited by D. Kochenov, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 271 ss.

3. L. Montanari, *I limiti al diritto di voto per il referendum sulla Brexit alla luce della cittadinanza europea*, in *Eurojus*, 8.6.2016. Alcuni cittadini del Regno Unito, residenti da lungo tempo in vari Stati dell'Unione, hanno impugnato la decisione con la quale il Consiglio ha deciso l'avvio dei negoziati dell'accordo di recesso (su cui *infra* nel testo), che, secondo loro, li priverebbe della qualità di cittadini dell'Unione dopo il recesso, sul quale non hanno potuto esprimersi, a causa della legislazione britannica. Il Tribunale ha respinto il ricorso perché irricevibile, in quanto la

Le conseguenze del recesso per le vittime della Brexit sono molto significative, perché perdendo la cittadinanza dell'Unione, perderanno i connessi diritti di soggiorno, che essi hanno già esercitato. Tra i vari diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione⁴, interessa in questa sede ricordare quello di soggiornare negli altri Stati dell'Unione. Il cittadino dell'Unione ha infatti il diritto di uscire dal proprio Stato di origine, di entrare negli altri Stati dell'Unione e di soggiornare, cioè di trasferirsi, in uno qualunque degli Stati membri, senza dover ottenere alcuna autorizzazione, né precedente, né successiva all'acquisto della residenza, e senza che i motivi per i quali si trasferisce (lavoro, studio, scelte di vita) abbiano alcuna rilevanza. Il diritto deve essere esercitato alle condizioni previste dal diritto dell'Unione, che richiede il possesso di alcuni requisiti (che saranno richiamati più oltre nel testo), e secondo i limiti posti dallo stesso diritto, che giustificano il perdurare del potere dello Stato ospite di espellere il cittadino dell'Unione in certi casi.

Se tutti i cittadini dell'Unione perdono il diritto di trasferirsi in uno Stato che ha lasciato l'Unione, lo speciale gruppo qui in considerazione perde diritti che ha effettivamente esercitato e su cui ha fondato scelte di vita che rischiano di essere seriamente compromesse dalla perdita della cittadinanza dell'Unione. Passando da cittadini dell'Unione a cittadini di un Paese terzo, il loro soggiorno rischia di non rispettare i requisiti previsti dalla legislazione nazionale sull'immigrazione. Così il cittadino del Regno Unito che vive in uno Stato dell'Unione, potrebbe essere considerato in condizione irregolare, dal momento che il suo soggiorno non è (stato) autorizzato dallo Stato ospite (in quanto al momento dell'inizio del soggiorno l'autorizzazione non era necessaria). Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2008/115 (c.d. direttiva rimpatri), infatti, per «soggiorno irregolare» si intende «la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un Paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro». Lo straniero il cui soggiorno è irregolare deve essere rimpatriato, fatte salve le deroghe previste⁵. Speculare, anche se

decisione impugnata, pur produttiva di effetti giuridici per gli Stati e la Commissione, non produce direttamente effetti sulla situazione giuridica dei ricorrenti. La sentenza del Tribunale del 26.11.2018, causa T-458/17, *Shindler e a. c. Consiglio*, è stata confermata dalla Corte di giustizia, con ordinanza 19.3.2019, causa C-755/18P. Gli stessi ricorrenti hanno in seguito avviato un'azione in carenza nei confronti della Commissione, che accusano di non aver adottato misure vincolanti a tutela dei loro diritti (ricorso T-627/19, in *GUUE* C 383 dell'11.11.2019, p. 66 ss.).

4. In generale, sui diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, si v. C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, Giappichelli, 2017.

5. In generale, sul tema, si v. F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017.

sulla base del diritto britannico e non del diritto dell'Unione, sarebbe la situazione del cittadino dell'Unione che vive nel Regno Unito⁶.

Non è quindi un caso se l'Unione (ma anche il Regno Unito) ha posto al centro delle sue preoccupazioni la salvaguardia dei diritti di soggiorno di coloro che hanno esercitato la libera circolazione delle persone⁷. Questo obiettivo sembra essere raggiunto: l'accordo di recesso, in vigore dal 1° febbraio 2020, contiene infatti una apposita disciplina. Ma anche qualora il recesso si fosse verificato senza l'approvazione dell'accordo di recesso (c.d. *hard Brexit*), i diritti di soggiorno sarebbero stati salvaguardati non già dal diritto dell'Unione o dal diritto internazionale, bensì dalle disposizioni legislative appositamente adottate dagli Stati membri.

Il presente articolo è strutturato come segue: il secondo paragrafo ripercorre le tappe essenziali della Brexit, per riepilogarne il travagliato svolgimento, il terzo esamina l'accordo di recesso, il quarto analizza la disciplina convenzionale sulla conservazione dei diritti di soggiorno, il quinto accenna al regime che sarebbe stato applicabile in caso di *hard Brexit*, il sesto analizza le disposizioni pertinenti del d.l. n. 22/2019, con cui l'Italia da un lato ha regolato la conservazione dei diritti di soggiorno dei cittadini britannici, ma dall'altro ha dettato disposizioni applicabili ai cittadini britannici dopo il recesso, quale ne sia la modalità, per terminare con alcune considerazioni conclusive.

2. La Brexit in sintesi

Il percorso che ha portato all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea prende avvio formalmente con la comunicazione al Consiglio europeo della intenzione del Regno Unito di recedere dall'Unione, trasmessa con lettera del 29 marzo 2017⁸. È a partire da quel momento che è iniziato “il conto alla rovescia” che l'art. 50 TUE prevede. Infatti, il recesso produce effetti dall'entrata in vigore dell'accordo di recesso (in seguito anche AR) oppure due anni dopo la notifica⁹. La notifica è avvenuta nove mesi dopo il referendum in cui è stato chiesto ai cittadini del Regno Unito di scegliere tra *Leave* e *Remain* nell'Unione

6. Sulla legislazione britannica in materia di immigrazione, si v. I. Macdonald, R. Toal, *Immigration law and practice in the United Kingdom*, London, LexisNexis, 2014, 9th ed.

7. Assicurare attraverso l'accordo di recesso la salvaguardia dei diritti dei cittadini è stato obiettivo condiviso dell'Unione e del Regno Unito. Per l'Unione ha assunto una dimensione speciale, perché progressi su questo fronte hanno scandito le tappe dei negoziati. Si v. Consiglio europeo (art. 50), «Dichiarazione sulla notifica del Regno Unito», del 29.3.2017, 159/17, che considera la questione come la «prima priorità» dei negoziati.

8. Tutti i documenti relativi al recesso sono raccolti nella sezione *Special coverage: Brexit*, del sito europa.eu e sul sito del Governo inglese <https://www.gov.uk/brexit>.

9. Si v. anche P. Eeckhout, E. Frantziou, *Brexit and Article 50 TEU: a Constitutionalist Reading*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 695 ss.

europea¹⁰. Il referendum, privo di *quorum* costitutivo o deliberativo, faceva seguito alla rinegoziazione dell'appartenenza del Regno Unito all'Unione che era stata sancita nella *Nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea*¹¹, rispecchiando così le modalità di un analogo referendum che si svolse nel 1975, quando i britannici espressero la volontà di rimanere nella CEE alle condizioni rinegoziate dal Primo Ministro Wilson¹². Ma come si sa la storia non si ripete (se non come farsa: previsione quanto mai ficcante nel caso presente).

All'indomani del voto, i presidenti delle quattro istituzioni politiche dell'Unione pubblicarono un comunicato stampa in cui si rammaricavano dell'esito del referendum e dichiaravano di rimanere in attesa della decisione del Regno Unito¹³. Il voto referendario, infatti, impegnava il Governo, ma come darvi seguito rimaneva nella sua discrezionalità. Sennonché il Governo si espresse a favore di dare immediata attuazione alla decisione popolare, senza prima compiere uno studio sull'impatto che essa avrebbe prodotto. Tradurre in pratica questa risoluzione (sintetizzata nella formula «*Brexit means Brexit*» del nuovo Primo Ministro Theresa May) richiese tempo, sia perché il Regno Unito non aveva elaborato un piano per dare attuazione al referendum, sia per problemi costituzionali interni, relativi all'identificazione dell'autorità competente a decidere sul recesso¹⁴. Lo scenario in cui si poneva il Regno Unito era comunque quello della *soft* Brexit, cioè le

10. Il quesito era il seguente: «Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?». Il «Leave» prevalse con il 51,9% dei voti. Sulla legge istitutiva del referendum e sulla votazione, si v. C. Martinelli, *I presupposti del referendum e i cleavages costituzionali aperti dalla Brexit*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 803 ss.; F. Rosa, *Brexit, il divorzio del secolo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 819 ss.; S. Suteu, *Brexit and the Courts: The Uncertain Fate of Constitutional Referendums in the UK*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 751 ss.

11. Adottata dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri, (in *GUUE*, C 69 I del 23.2.2016, p. 1 ss.), avrebbe dovuto prendere effetto nel caso in cui il referendum sull'appartenenza all'Unione si fosse concluso con la decisione di rimanere. Per una breve descrizione dell'Intesa, si v. J. Snell, *A New Settlement for the United Kingdom: Undermining the Euro by Limiting Free Movement*, in *European Law Review*, 2016, p. 145 ss. Si v. anche C. Martinelli, *Il referendum Brexit come «asso nella manica» di Cameron nel negoziato con l'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 111 ss.

12. Sul referendum del 1975, si v. D. Lasok, *Some Legal Aspects of Fundamental Renegotiations*, in *European Law Review*, 1976, p. 375 ss.

13. Dichiarazione congiunta di Schulz, Tusk, Rutte e Juncker (rispettivamente Presidente del Parlamento europeo, Presidente del Consiglio europeo, Presidente del Consiglio e Presidente della Commissione) sul risultato del referendum, 24.6.2016. In tale dichiarazione si specifica che l'Intesa citata nella nota 11 non avrebbe prodotto effetti ma avrebbe cessato di esistere.

14. Il Governo si riteneva competente, ma i giudici inglesi hanno ritenuto che l'autorizzazione del Parlamento fosse necessaria (sentenza della High Court del 3.11.2016, nel caso *Miller*, confermata dalla Supreme Court il 24.1.2017). Si v. J. Frosini, *Non ci resta che sperare nei Lords...la Corte Suprema conferma che l'invocazione dell'Art. 50 deve essere approvata dal Parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 148 ss. L'autorizzazione fu concessa con lo *European Union (Notification of Withdrawal) Act* del 13.3.2017.

modalità del recesso avrebbero dovuto essere concordate con l'Unione¹⁵, e non della *hard* Brexit, cioè del recesso senza accordo.

Immediatamente dopo la notifica dell'intenzione di recedere, le istituzioni dell'Unione adottarono gli atti necessari, ai sensi dell'art. 50 TUE, per avviare i negoziati dell'accordo di recesso¹⁶. Il Consiglio europeo definì la metodologia da seguire per i negoziati, alla quale le parti si sono attenute: durante la prima fase, avrebbero dovuto essere affrontate le questioni fondamentali (cioè i diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e del Regno Unito negli altri Stati membri, dopo il recesso; l'impatto del recesso e della reintroduzione di una frontiera tra Irlanda e Irlanda del Nord sulla situazione peculiare dell'isola; la definizione del contributo finanziario che il Regno Unito deve corrispondere all'Unione); la redazione dell'accordo di recesso nonché la discussione delle altre questioni sarebbero state affrontate durante la seconda fase, alla quale passare solo quando i progressi sulle questioni fondamentali fossero stati significativi.

I negoziati sono incominciati solo il 19 giugno 2017¹⁷, si sono svolti tra molte difficoltà e si sono conclusi a novembre 2018 con un accordo di recesso e una dichiarazione politica sulle future relazioni¹⁸.

L'accordo di recesso si compone di sei parti, tre protocolli e nove allegati. La parte prima contiene le definizioni e i concetti essenziali (*Disposizioni comuni*: artt. 1-8), la seconda regola la conservazione dei diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e del Regno Unito negli Stati membri (*Diritti dei cittadini*: artt. 9-36, sulla quale si tornerà *infra*), la terza – la più corposa – definisce le regole applicabili alle questioni pendenti alla fine del periodo di transizione (*Disposizioni relative alla separazione*: artt. 40-125), la quarta stabilisce un periodo di transizione durante il quale il diritto dell'Unione continuerà ad applicarsi al Regno Unito nonostante esso sia un Paese terzo (*Transizione*: artt. 126-132), la quinta regola le pendenze finanziarie tra Unione e Regno Unito (*Disposizioni finanziarie*: artt. 133-157¹⁹), la sesta istituisce gli organi e le

15. Si v. *The United Kingdom's exit from and new Partnership with the European Union*, 2.2.2017.

16. Consiglio europeo, «Orientamenti a seguito della notifica del Regno Unito a norma dell'articolo 50 del TUE», del 29.4.2017, EUCO 34/17; Consiglio dell'UE, «Direttive per negoziare con il Regno Unito e l'Irlanda del Nord un accordo volto a definire le modalità del suo recesso dall'Unione europea», del 22.5.2017, XT 21016/17 ADD 1 REV 2. Ai sensi dell'art. 50, par. 4, TUE, il rappresentante del Regno Unito nel Consiglio europeo e nel Consiglio non ha partecipato al voto.

17. Il ritardo è stato dovuto alla necessità di attendere gli esiti delle elezioni per il rinnovo della Camera dei comuni, indette dal Governo britannico, per avere un più chiaro e solido mandato popolare per negoziare le condizioni del recesso. A sorpresa, la maggioranza del partito conservatore si è invece ridotta. Si v. J. Frosini, *Cronache costituzionali: Regno Unito*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 775 ss.

18. Approvati dal Consiglio europeo il 25.11.2018. L'accordo di recesso e la dichiarazione sono pubblicati in *GUUE* C 66 I del 19.2.2019, rispettivamente a p. 1 e a p. 185.

19. Per un primo commento, si v. A. Potteau, *Le règlement financier du retrait ordonné du Royaume-Uni*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 503 ss.

procedure per il funzionamento dell'accordo e regola l'entrata in vigore dell'accordo (*Disposizioni istituzionali e finali*: artt. 158-185). I protocolli riguardano rispettivamente Irlanda/Irlanda del Nord, le zone di sovranità del Regno Unito a Cipro, e Gibilterra.

Per entrare in vigore, l'accordo deve essere approvato dal Regno Unito e dall'Unione.

Il Parlamento britannico²⁰ negò l'approvazione, quando mancavano poche settimane alla scadenza del termine di due anni dalla data della notificazione dell'intenzione di recedere. I motivi avevano a che fare non con l'accordo di recesso in sé, ma con il Protocollo su Irlanda del Nord/Irlanda²¹ (non rilevante per il presente articolo): per una parte dei deputati, la soluzione raggiunta era penalizzante per il Regno Unito, per altri, all'opposto, era poco coraggiosa.

Per la prima volta, si prospettò un rischio reale di *hard Brexit*, che fu scongiurato dalla richiesta del Regno Unito, accolta dal Consiglio europeo²², di prorogare il termine del recesso: ai sensi dell'art. 50 TUE, il termine di due anni dalla notifica può essere esteso dal Consiglio europeo all'unanimità, d'intesa con lo Stato recedente. Il prolungamento della qualità di membro dell'Unione del Regno Unito mirava a concedere al Regno Unito qualche giorno ulteriore per approvare l'accordo. Per vincere le resistenze del Parlamento, May e Juncker concordarono un'integrazione alla dichiarazione politica²³.

Il recesso (*Brexit day*) era dunque differito al 22.5.2019, se l'accordo di recesso fosse stato approvato la settimana successiva a quella in cui la menzionata decisione del Consiglio europeo fu adottata; invece, nel caso di mancata approvazione dell'accordo, la proroga sarebbe stata limitata al 12 aprile. Le date non erano casuali: il 22 maggio era la vigilia delle elezioni al Parlamento europeo che si sarebbero tenute il 23-26 maggio, e il 12 aprile era il termine ultimo perché il Regno Unito potesse pubblicare l'avviso di convocazioni delle elezioni al Parlamento europeo. Se il Regno Unito fosse rimasto nella UE, avrebbe dovuto indire le elezioni²⁴. Nonostante gli sforzi profusi, il Parlamento britannico rifiutò nuovamente di approvare l'accordo di recesso, e si ripropose il rischio di

20. La necessità del coinvolgimento del Parlamento britannico è stata affermata di giudici inglesi nel caso *Miller* cit. *supra* nella nota 14.

21. Si v. J. Frosini, *Cronache costituzionali: Regno Unito*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 507 ss. Si v. anche, dello stesso autore, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del Regno Unito?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 831 ss., per alcune considerazioni sull'impatto del recesso sulla questione irlandese, formulate prima che la questione diventasse il *casus belli* di fronte al Parlamento.

22. Decisione 2019/476 del Consiglio europeo, adottata d'intesa con il Regno Unito, del 22.3.2019, che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE, in *GUUE* L 80 I, del 22.3.2019, p. 1 ss.

23. La dichiarazione congiunta integrativa, approvata dal Consiglio europeo il 21.3.2019, è contenuta nel documento XT 21018/19, accessibile tramite la banca dati dei documenti del Consiglio.

24. P. Manzini, *Lo strano caso delle elezioni europee nel Regno Unito in tempo di Brexit*, in *Rivista Eurojus.it*, 2019, p. 97 ss.

uno scenario *hard* Brexit, evitato *in extremis* con la concessione di un ulteriore rinvio, fino al 31.10.2019²⁵. Il Regno Unito dovette però indire le elezioni al Parlamento europeo.

Nell'estate 2019 il Primo Ministro fu costretto alle dimissioni e sostituito da Boris Johnson, sostenitore della *hard* Brexit, che da scenario da evitare si trasformava così in soluzione accettata, qualora il Protocollo su Irlanda/Irlanda del Nord non fosse stato modificato. L'Unione, ferma nella decisione di non riaprire i negoziati sull'accordo di recesso, alla fine accettò la proposta britannica di modificare il Protocollo sull'Irlanda del Nord e la Dichiarazione sulle future relazioni²⁶. L'accordo di recesso modificato fu dunque presentato al Parlamento britannico per l'approvazione, ma il Parlamento non lo votò, per spingere il Primo Ministro a chiedere una ulteriore proroga all'Unione. *Obtorto collo*, il Primo Ministro chiese una proroga, che il Consiglio europeo concesse fino al 31.1.2020, oppure alla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso, se precedente²⁷. Subito dopo aver ottenuto il rinvio, il Primo Ministro indisse elezioni generali per il 12 dicembre. A quel punto, il Parlamento britannico, anche se lo avesse voluto, non avrebbe più potuto approvare l'accordo di recesso.

Il risultato delle elezioni diede il Primo Ministro una maggioranza più ampia e l'accordo di recesso fu alla fine approvato e ottenne il sigillo reale il 23.1.2020.

Per quanto riguarda l'Unione europea, la conclusione dell'accordo di recesso richiede una decisione del Consiglio a maggioranza qualificata, previa approvazione del Parlamento europeo²⁸. Il Parlamento europeo diede il suo assenso il 29.1.2020²⁹ e il Consiglio approvò l'accordo il giorno successivo³⁰. L'accordo di recesso entrò così in vigore il 1.2.2020.

25. Decisione 2019/584 del Consiglio europeo, adottata d'intesa con il Regno Unito, dell'11.4.2019, in *GUUE* L 101 dell'11.4.2019, p. 1 ss. Se l'accordo di recesso fosse stato approvato prima del 31.10.2019, il recesso avrebbe prodotto effetti dall'entrata in vigore dell'accordo stesso.

26. Approvati dal Consiglio europeo il 17.10.2019, in *GUUE* C 384 I del 12.11.2019, rispettivamente p. 1 e 178.

27. Decisione del Consiglio europeo (UE) 2019/1810 adottata d'intesa con il Regno Unito del 29.10.2019 che proroga il termine previsto dall'articolo 50, paragrafo 3, TUE, in *GUUE* L 278 I del 30.10.2019, p. 1 ss.

28. La procedura di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione è disciplinata all'art. 218 TFUE, reso applicabile all'accordo di recesso dall'art. 50, par. 2, TUE. Di solito, il negoziatore degli accordi dell'Unione è la Commissione europea. In questo caso, però, l'incarico è stato attribuito a persona estranea alle istituzioni (anche se è stato membro della Commissione europea nel passato e ministro francese e a tale titolo ha partecipato alle riunioni del Consiglio). Sulla procedura di conclusione degli accordi dell'Unione, si v. R. Mastroianni, G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 8 ed., 2019, p. 192 ss.

29. Risoluzione legislativa del 29.1.2020, P9_TA-PROV(2020)0018, approvata con 621 voti a favore, 49 contrari e 13 astensioni.

30. Decisione 2020/135, in *GUUE* L 29 del 31.1.2020, p. 1 ss. Nella stessa *GUUE* è pubblicato anche l'Accordo di recesso, p. 8 ss. La dichiarazione politica è invece pubblicata in *GUUE* C 34 del 30.1.2020, p. 1 ss.

3. L'accordo di recesso

L'accordo di recesso, secondo l'art. 50 TUE, regola le modalità del recesso. È un accordo dell'Unione, perché concluso dall'Unione con lo Stato recedente (in altri termini, non è un accordo misto, che deve essere concluso dall'Unione e dagli Stati membri). Netta è quindi la differenza rispetto all'accordo di adesione: uno Stato diviene membro non per sua semplice espressione di volontà, ma con l'entrata in vigore dell'accordo di adesione, che è concluso tra gli Stati membri e lo Stato aderente, al termine di una procedura complessa in più fasi in cui sono coinvolte le istituzioni dell'Unione (art. 49 TUE). L'adesione ha quindi bisogno dell'assenso degli Stati (già) membri, mentre il recesso è "subito" dagli Stati (ancora) membri, che hanno manifestato il loro consenso in termini generali e astratti al momento della ratifica del Trattato di Lisbona, che ha introdotto l'art. 50 nel Trattato sull'Unione europea.

L'accordo di recesso ha natura diversa per il Regno Unito e per gli altri Stati membri. Per gli Stati membri (che non sono parti contraenti) esso è vincolante in forza dell'art. 216, par. 2, TFUE e costituisce un atto delle istituzioni³¹. Da ciò derivano alcune conseguenze: il mancato rispetto dell'accordo integra una violazione del Trattato e può costituire oggetto di una procedura di infrazione³². L'interpretazione dell'accordo può essere chiesta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, la decisione di conclusione può essere impugnata per annullamento³³ o la sua invalidità può essere contestata in via incidentale (nell'ambito di un rinvio pregiudiziale oppure attraverso una eccezione di illegittimità). Nella gerarchia delle fonti dell'Unione, gli accordi dell'Unione occupano una posizione particolare: sono subordinati al diritto primario (Trattati, Carta dei diritti fondamentali e principi generali), ma prevalgono sul diritto derivato³⁴. La prevalenza porta all'annullamento dell'atto di diritto derivato contrastante, se l'accordo ha effetto diretto e le sue disposizioni sono chiare, precise e incondizionate. Benché la tradizionale giurisprudenza sia in fase di revisione³⁵, è sufficiente ricordare che la Corte si attiene a quanto stabilito sul punto nell'accordo stesso³⁶. L'art. 4, par. 1, AR prevede proprio che le

31. Sentenza 30.4.1974, causa 181/73, *Haegemann*, punti 3-5.

32. Si v. P. Eeckhout, *EU external relations law*, Oxford, Oxford University press, 2nd ed., 2011, p. 300 ss. Manca però una prassi: la Commissione ha portato alla Corte inadempimenti relativi ad accordi misti, non ad accordi puramente dell'Unione.

33. Si v., a titolo di esempio, sentenza della Corte, 9.8.1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*.

34. Sulla posizione degli accordi nella gerarchia delle fonti dell'Unione, si v. R. Mastroianni, G. Strozzi, *op. cit.*, p. 271 ss.

35. Sull'effetto diretto delle disposizioni degli accordi internazionali e sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. A. Semertzi, *The preclusion of direct effect in the recently concluded EU free trade agreements*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1125 ss.

36. Sentenza del 26.10.1982, causa 104/81, *Kupferberg*.

norme abbiano effetto diretto, quando soddisfano i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quindi si tratta di accordo che per sua natura è idoneo a produrre effetti diretti. L'annullamento dell'atto contrastante può essere evitata laddove l'interpretazione conforme all'accordo consenta di conciliare i due testi³⁷.

Per quanto riguarda il Regno Unito, invece, l'accordo di recesso è un trattato internazionale e gli attribuisce diritti e obblighi che la controparte (l'Unione europea) può far valere sulla base del diritto internazionale. Le conseguenze della violazione dell'accordo e il suo valore giuridico sono definite nell'accordo stesso. In assenza, troverebbero applicazione norme del diritto internazionale generale. Di qui l'importanza delle disposizioni dell'accordo sul punto. Circa il valore dell'accordo di recesso, le sue disposizioni, se chiare, precise e incondizionate, godono di effetto diretto (sono idonee a creare posizioni giuridiche azionabili dai giudici nazionali) e prevalgono sul diritto interno contrastante (il giudice deve disapplicare la norma interna) (art. 4, par. 2, AR). Quanto ai meccanismi di controllo sull'applicazione, l'accordo di recesso è particolarmente elaborato, se confrontato con altri accordi dell'Unione³⁸. Durante il periodo di transizione, la Commissione conserverà il potere di avviare azioni di infrazione e la Corte quello di deciderle, nonché di ricevere rinvii pregiudiziali. Dopo la fine del periodo di transizione, i meccanismi applicabili dipenderanno dall'oggetto della controversia. La parte seconda dell'accordo, sui diritti dei cittadini contiene meccanismi particolari (di cui si dirà oltre). Per il resto, è previsto che qualunque controversia relativa all'accordo possa essere portata al Comitato misto³⁹ per una composizione diplomatica (art. 169 AR). Nel caso non si addivenga ad una soluzione, potrà essere istituito un Tribunale arbitrale con il compito di risolvere la controversia (art. 170 AR) con decisione vincolante per le parti (art. 175 AR), la cui mancata attuazione può portare all'adozione di misure correttive (art. 178 AR). Qualora, durante il procedimento arbitrale, debba essere decisa una controversia che «solleva una questione di interpretazione di un concetto di diritto dell'Unione», il Tribunale arbitrale potrà proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, alla cui sentenza si dovrà attenere (art. 174 AR).

Se il Regno Unito non garantisce l'effetto diretto dell'accordo di recesso o la prevalenza delle disposizioni sui diritti dei cittadini o non predisponesse i meccanismi di

37. Si v. sentenza della Corte di giustizia 10.9.1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, par. 52.

38. Si v. P. Mariani, *Brexit e il Sistema di soluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 441 ss. Sui meccanismi di soluzione delle controversie negli accordi dell'Unione, si v. E. Ruffer, *Interpretation, implementation and enforcement of association agreements: institutional structures, dispute settlement mechanisms and the jurisdiction of the Court of Justice of the EU*, in *From Eastern Partnership to the Association. A Legal and Political Analysis*, edited by N. Šišková, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 41 ss.

39. Il Comitato misto sarà composto da rappresentanti del Regno Unito e dell'Unione, ai sensi dell'art. 164 AR.

controllo dell'attuazione della parte seconda, violerebbe l'accordo. La controversia che ne nascerebbe potrebbe essere oggetto della procedura di soluzione delle controversie prevista dall'accordo che ha natura esclusiva (art. 168 AR). Il rispetto dell'accordo (e il suo buon funzionamento) però riposa in ultima istanza sulla buona volontà del Regno Unito, il cui diritto interno non assicura la prevalenza degli accordi internazionali sulle leggi del Parlamento⁴⁰. Nell'ipotesi in cui, sorta una controversia, il Regno Unito non collaborasse così da rendere impossibile l'esperimento delle procedure descritte, commetterebbe una violazione dell'accordo che potrebbe far sorgere la sua responsabilità internazionale nei confronti dell'Unione europea, in base al diritto internazionale generale⁴¹.

4. La conservazione dei diritti di soggiorno secondo l'accordo di recesso. Il periodo di transizione

I diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione saranno conservati secondo le regole stabilite dalla parte seconda dell'accordo di recesso, applicabile al termine del periodo di transizione, che si estende fino al 31.12.2020⁴² (art. 126 AR) ed è prorogabile di uno o due anni, con una decisione del Comitato misto da adottare prima del 1.7.2020 (art. 132, par. 1, AR)⁴³.

Dalla data del recesso, per tutto il periodo di transizione, il quadro giuridico del trattamento dei cittadini dell'Unione non subirà modifiche e continuerà ad essere costituito dal diritto dell'Unione⁴⁴. Durante tale periodo, infatti, al Regno Unito continuerà ad applicarsi il diritto vigente alla vigilia del recesso (art. 127 AR), come interpretato dalla

40. Su punto, si v. per tutti J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 9th ed., 2019, p. 59 ss.

41. Con l'accordo di recesso, Unione e Regno Unito assumono obblighi retti dal diritto internazionale. Ogni controversia relativa a tali obblighi deve essere risolta in base ai meccanismi previsti dall'accordo, ma la violazione dell'obbligo di esperire in buona fede tali meccanismi può far sorgere la responsabilità internazionale, secondo i principi codificati nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale. Sulla responsabilità internazionale, si v. S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli editore, 5 ed., 2016, p. 269 ss.

42. La data coincide con la fine del quadro finanziario pluriennale. Nonostante le proroghe del *Brexit day*, il termine del periodo di transizione è rimasto invariato. Durante il periodo di transizione dovrebbe essere negoziato un nuovo accordo per regolare le relazioni tra Unione e Regno Unito. È irrealistico pensare che 11 mesi siano sufficienti a questo fine, ma anche 23 mesi sono considerati un periodo insufficiente. L'accordo di recesso non prevede una procedura di revisione, ma nulla impedisce alle parti di concordare una proroga, per mezzo di un accordo internazionale apposito.

43. Ma v. la clause 33 del *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* (la legge britannica di esecuzione dell'accordo di recesso): «A Ministry of the Crown may not agree in the Joint Committee to an extension of the implementation period».

44. L'art. 185 AR regola l'entrata in vigore dell'accordo e l'applicabilità delle sue diverse parti. La parte seconda si applicherà dalla fine del periodo di transizione, con due eccezioni: l'art. 19, sul rilascio dei documenti di soggiorno durante il periodo di transizione e l'art. 34, par. 1, che conferisce al Regno Unito lo *status* di osservatore nella commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, istituita con reg. 883/2004.

Corte di giustizia. I cittadini del Regno Unito continueranno ad essere trattati come i cittadini dell'Unione per quanto riguarda l'ingresso e il soggiorno, così come il Regno Unito dovrà garantire ai cittadini nell'Unione diritti corrispondenti⁴⁵. Non solo chi è già presente avrà diritto di continuare a risiedere, ma sarà garantito anche il diritto di ingresso e soggiorno a chi non l'ha ancora esercitato.

Inoltre, il controllo sull'applicazione delle norme e l'uniformità interpretativa sarà garantita dalla Commissione e dalla Corte di giustizia (art. 131 AR), come se il Regno Unito fosse ancora membro dell'Unione, benché le due istituzioni non comprenderanno componenti di nazionalità britannica. La Commissione continuerà, infatti, a vigilare sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte del Regno Unito e potrà avviare un'azione di infrazione, per fatti compiuti prima del recesso e durante il periodo di transizione. La Corte potrà conoscere di tali azioni di infrazione e potrà essere adita in via pregiudiziale dai giudici del Regno Unito⁴⁶. Le modifiche al diritto vigente intercorse durante il periodo di transizione saranno vincolanti anche per il Regno Unito, nonostante non abbia concorso alla loro adozione.

4.1. Il regime applicabile al termine del periodo di transizione

Al termine del periodo di transizione, la parte seconda dell'accordo sarà dunque applicabile. Essa non riguarda solo la conservazione dei diritti di soggiorno, ma anche altri temi non esaminati nel presente contributo. La parte seconda è infatti divisa in diversi titoli: il primo contiene le disposizioni generali (artt. 9-12), il secondo i diritti e gli obblighi (il titolo è diviso ulteriormente in: capo 1 – Diritti connessi al soggiorno, documenti di soggiorno (artt. 13-23), capo 2 – Diritti dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi (artt. 24-26), capo 3 – Qualifiche professionali (artt. 27-29)); il terzo le disposizioni sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (artt. 30-36), il quarto altre disposizioni miscellanee (artt. 37-39).

Per quanto riguarda la conservazione del diritto di soggiorno⁴⁷, viene istituito un regime speciale, per dare stabilità alla residenza dei beneficiari, e viene regolato l'accesso a tale regime. Le norme saranno le stesse per tutti gli Stati membri e per il Regno Unito,

45. Ai sensi dell'art. 127, par. 1, lett. b), durante il periodo di transizione non saranno applicabili al Regno Unito né nel Regno Unito le disposizioni sul diritto di iniziativa legislativa di cui agli artt. 11, par. 4, TUE e 24 TFUE, e i diritti elettorali, di cui agli artt. 20, par. 2, lett. b), 22 TFUE, 39 e 40 della Carta dei diritti fondamentali.

46. Se alla fine del periodo di transizione i ricorsi pregiudiziali o di infrazione saranno ancora pendenti, la Corte rimarrà competente a deciderli (art. 86 AR). Ai sensi dell'art. 87 AR, la Commissione avrà ancora 4 anni per portare alla Corte gli inadempimenti commessi dal Regno Unito prima della fine del periodo di transizione.

47. Per un primo commento, S. Peers, *Analysis 4 of the revised Brexit withdrawal agreement: citizens' rights*, in *EU Law Analysis*, 10.10.2019. Si v. anche O. Porchia, *Citizens' rights in the post Brexit scenario*, in *ERA Forum*, 2019, p. 585 ss.

anche se la loro applicazione potrà essere diversificata, perché l'accordo lascia certi margini di discrezionalità agli Stati, soprattutto nella definizione delle procedure amministrative, e perché il contesto nel quale le norme si collocano è diverso per gli Stati membri e per il Regno Unito, come è stato evidenziato nel par. 3. Lo scopo della parte seconda è quello di assicurare a chi soggiorna in base al diritto dell'Unione in uno Stato che non sarà più membro dopo il recesso (o viceversa, di chi soggiorna a titolo del diritto dell'Unione in uno Stato membro e diventerà cittadino di Paese terzo dopo il recesso) la conservazione dei diritti e del conseguente soggiorno, alle stesse condizioni previste dal diritto dell'Unione. La definizione dei beneficiari è dunque intesa a ricomprendere i casi in cui un cittadino dell'Unione soggiorna in base al diritto dell'Unione in uno Stato di cui non ha la cittadinanza. Il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia, attribuisce un diritto di soggiorno anche in casi diversi da quelli contemplati dall'accordo di recesso e segnatamente ai familiari, cittadini di Paesi terzi, del cittadino dello Stato ospite (del cittadino dell'Unione stanziale, cioè che mai ha lasciato lo Stato di cittadinanza, oppure del cittadino dell'Unione che ritorna nello Stato di origine dopo aver esercitato i diritti di libera circolazione)⁴⁸. Tali diritti non saranno salvaguardati nel Regno Unito, anche se di questa giurisprudenza potranno beneficiare i cittadini del Regno Unito nei Paesi membri, quando saranno transitati alla condizione di cittadini di Paesi terzi⁴⁹.

Il regime previsto dalla parte seconda è costituito in parte da un rinvio alla direttiva 2004/38, in parte da disposizioni materiali autonome. Il fatto di identificare il diritto applicabile attraverso un richiamo espresso al diritto UE è particolarmente importante: benché la lettura e la comprensione dell'accordo ne possano risultare ostacolate, la tecnica ha il vantaggio di assicurare l'uniformità di interpretazione. Il diritto dell'Unione

48. In estrema sintesi, e citando solo il caso capostipite da cui discende l'affermazione del diritto di soggiorno, poi dettagliato e specificato dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza successiva, hanno diritto di soggiorno: a) i membri della famiglia del cittadino dell'Unione che ritorna nello Stato di origine dopo aver esercitato la libera circolazione soggiornando in un altro Stato membro (sentenza 7.7.1992, causa C-370/90, *Surinder Singh*); b) i membri della famiglia del cittadino dell'Unione che non ha mai lasciato lo Stato in cui vive, nel caso in cui non concedere loro un diritto di soggiorno ostacolerebbe il cittadino dell'Unione nell'esercizio (potenziale o effettivo) del diritto di offrire in modo transfrontaliero le proprie prestazioni (sentenza 11.7.2002, causa C-60/00, *Carpenter*); c) i genitori del minore in tenera età, cittadino dello Stato in cui vive, se non concedere un diritto di soggiorno produce come conseguenza che il minore sia obbligato a lasciare il territorio dell'Unione per seguire i genitori (sentenza 8.3.2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*); d) il familiare, se non concedere un diritto di soggiorno produce come conseguenza che l'adulto, cittadino dello Stato in cui vive, sia obbligato a lasciare lo Stato di cui è cittadino, perché dipende dal familiare (sentenza 8.5.2018, causa C-82/16, *K.A.*).

49. La parte seconda si applica solo ai cittadini dell'Unione nel Regno Unito, non al cittadino del Regno Unito nel Regno Unito. È interessante ricordare che dei quattro casi menzionati nella nota precedente, due derivano da un rinvio pregiudiziale del giudice inglese. La legislazione inglese sul ricongiungimento familiare è più restrittiva del diritto dell'Unione: di qui l'interesse delle parti a cercare di far rientrare il loro caso nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Su tale prassi, si v. C. Costello, *Metock: free movement and "normal family live" in the Union*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 587 ss.

richiamato nell'AR deve essere interpretato in base ai criteri ermeneutici ad esso propri e applicato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Ovviamente, tale previsione è rilevante per il Regno Unito, non per gli altri Stati membri, giacché per questi ultimi l'accordo di recesso è diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte è vincolante in quanto essa è interprete qualificato dell'ordinamento giuridico del quale sono parte. Il Regno Unito trae invece dall'accordo di recesso l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione (a cui non sarebbe altrimenti vincolato) alla luce della giurisprudenza della Corte, che se precedente alla fine del periodo di transizione, sarà vincolante per l'interprete, se successiva, dovrà essere tenuta in debita considerazione (art. 4 AR). I giudici inglesi avranno poi la possibilità di rinviare alla Corte in via pregiudiziale le questioni interpretative (art. 158 AR) rilevanti per la soluzione di un caso pendente, per un periodo di ulteriori 8 anni. La sentenza della Corte avrà lo stesso valore di quelle rese ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il controllo sull'applicazione della parte seconda non sarà più svolto dalla Commissione (che però continuerà a essere garante dei diritti dei cittadini del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione, perché potrà sorvegliare l'applicazione del parte seconda negli Stati membri), ma da una apposita autorità che il Regno Unito dovrà istituire, alla quale i singoli potranno rivolgersi e che potrà «avviare sulla scorta di tali denunce un'azione legale dinanzi a un giudice competente nel Regno Unito in una procedura giudiziaria appropriata al fine di ottenere un rimedio adeguato» (art. 159 AR)⁵⁰. Il mancato rispetto di questo obbligo comporta una violazione dell'AR che potrà essere oggetto della procedura di soluzione delle controversie prevista dalla parte sesta dell'accordo stesso.

Il diritto di soggiorno, alle condizioni e secondo i limiti previsti dal diritto dell'Unione, è dunque riconosciuto ai beneficiari di cui all'art. 10 AR, dall'art. 13 AR, disposizione dotata di effetto diretto (si ricorda che anche il Regno Unito è obbligato a garantire l'effetto diretto alle disposizioni dell'accordo di recesso). È possibile il cambiamento del titolo di soggiorno, per es. da studenti a lavoratori o viceversa (art. 17 AR). Il beneficiario che ha maturato cinque anni di soggiorno legale e continuativo (art. 15 AR), eventualmente cumulando i periodi di soggiorno precedenti e successivi alla fine del periodo di transizione (art. 16 AR), può acquisire il diritto di soggiorno permanente, quale disciplinato dall'art. 16 ss. della direttiva 2004/38. Tale diritto di soggiorno non è più legato al soddisfacimento di condizioni o al mantenimento delle condizioni cui il diritto di soggiorno è inizialmente subordinato.

50. Il Parlamento europeo ha espresso dubbi sull'indipendenza dell'Autorità che il Regno Unito progetta di istituire: si v. Risoluzione del 15.1.2020 sull'attuazione e il monitoraggio delle disposizioni relative ai diritti dei cittadini nell'accordo di recesso, P9_TA-PROV(2020)0006.

A questo proposito, è necessario mettere in evidenza una importante peculiarità dell'accordo di recesso rispetto alla direttiva 2004/38: l'accordo di recesso prevede che i cinque anni di soggiorno siano avvenuti in conformità al diritto dell'Unione, mentre per la direttiva il soggiorno deve soddisfare le condizioni previste dalla direttiva stessa. Tale differenza non mancherà di sollevare problemi di discriminazione rispetto ai cittadini dell'Unione: la formula usata dalla direttiva esclude dal computo del soggiorno legale tutte le forme di soggiorno conformi al diritto dell'Unione, ma non alla direttiva. L'AR consentirà quindi ad una persona che soggiorna in base al diritto dell'Unione e che non avrebbe potuto ottenere il diritto di soggiorno permanente di cui alla direttiva 2004/38, di acquisire il diritto di soggiorno nel Regno Unito o negli Stati membri dell'Unione. Si verificherà una diversità di trattamento, più favorevole alle "vittime della Brexit" (tra cui anche *ex* cittadini dell'Unione) che agli altri cittadini dell'Unione. Benché comprensibili, le ragioni di tale differenza di trattamento sono tuttavia difficilmente accettabili. La differenza di trattamento ben potrebbe essere colmata dalla Corte di giustizia, attraverso un'interpretazione della direttiva orientata alla tutela sostanziale del cittadino dell'Unione⁵¹.

Una volta acquisito, il diritto di soggiorno permanente si perderà solo dopo un'assenza di durata superiore a cinque anni. Il cittadino del Regno Unito potrà godere del diritto di soggiorno solo nello Stato ospite e non avrà diritto alla libera circolazione negli altri Stati dell'Unione, se non alle condizioni previste dal diritto sull'immigrazione dell'Unione o nazionale. Il diritto di soggiorno ha infatti valore territoriale.

4.2. *I beneficiari del regime*⁵²

Per poter beneficiare dello speciale regime *ad personam*, che potrà essere conservato per tutta la vita, a condizione di continuare a soddisfare le condizioni previste (art. 39 AR), i cittadini del Regno Unito e i loro familiari devono rientrare in una delle categorie di cui all'art. 10 AR.

a) I cittadini del Regno Unito

In via preliminare, si deve ricordare che la legislazione britannica sulla cittadinanza è complessa e prevede diversi tipi di cittadinanza ai quali sono connessi diritti diversi⁵³. Ai

51. Bisogna però ammettere che tale auspicio rischia di rimanere non inascoltato, poiché è proprio la Corte ad aver interpretato in modo letterale la direttiva: si v. la sentenza 8.5.2013, causa C-529/11, *Alarape*.

52. Nell'esaminare la disciplina sulla conservazione del soggiorno, si assumerà la prospettiva dell'Italia e dei cittadini del Regno Unito in Italia. Solo laddove sia utile ai fini espositivi, si aggiungeranno considerazioni circa il Regno Unito e i cittadini dell'Unione nel Regno Unito.

53. Sulla cittadinanza britannica, si v. per tutti *Fransman's British nationality law*, 3 ed., Bloomsbury Professional, 2011.

fini dell'accordo di recesso, l'art. 2, lett. d) così definisce il cittadino del Regno Unito: «il cittadino quale definito nella nuova dichiarazione del Governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, del 31 dicembre 1982, relativa alla definizione del termine “cittadini” e nella dichiarazione n. 63 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona»⁵⁴.

Ai sensi dell'art. 10 AR, beneficiano del regime previsto i «cittadini del Regno Unito che hanno esercitato il diritto di soggiorno in [Italia] in conformità del diritto dell'Unione prima della fine del periodo di transizione e che continuano a soggiornarvi dopo la fine del periodo di transizione», nonché i «cittadini del Regno Unito che hanno esercitato i diritti di lavoratori frontalieri in uno o più Stati membri in conformità del diritto dell'Unione prima della fine del periodo di transizione e che continuano a esercitarvi tali diritti dopo la fine del periodo di transizione». Da tali definizioni si ricava che il beneficiario può sia soggiornare sia esercitare attività di lavoro dipendente o autonomo⁵⁵ in Italia, oppure soggiornare in Italia e esercitare attività di lavoro dipendente o autonomo in altro Stato, oppure esercitare attività di lavoro dipendente o autonomo in Italia e soggiornare in un altro Stato. La conservazione dei diritti di soggiorno riguarderà i primi due casi, non il terzo. L'Italia sarà però tenuta a garantire i diritti, diversi da quelli di soggiorno, di cui al capo 2 del titolo 2, che sono connessi all'esercizio dell'attività economica (si v. oltre) anche al frontaliere.

«Soggiornare in conformità al diritto dell'Unione» è concetto giuridico, definito non con riferimento all'adempimento di un obbligo amministrativo, ma alla conformità alle norme materiali dell'Unione (ma si veda oltre, in relazione all'art. 18 AR). Il significato del concetto si può ricavare dall'art. 13 AR, che così recita: «I cittadini dell'Unione e i cittadini del Regno Unito hanno il diritto di soggiornare nello Stato ospitante fatte salve le limitazioni e le condizioni di cui agli articoli 21, 45 o 49 TFUE e all'articolo 6, paragrafo 1, all'articolo 7, paragrafo 1, lettere a), b) o c), all'articolo 7, paragrafo 3, all'articolo 14, all'articolo 16, paragrafo 1, o all'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE». *A contrario*, può essere utile riepilogare in quali casi le disposizioni cui l'articolo fa rinvio garantiscono un diritto di soggiorno. Per semplicità espositiva, si seguirà un ordine diverso da quello indicato nell'accordo. Ciò in quanto la direttiva 2004/38 definisce le condizioni alle quali i cittadini dell'Unione possono soggiornare in uno Stato membro

54. La disposizione è corredata di due note a pie' di pagina, con i luoghi di pubblicazione delle dichiarazioni: la prima è in *GUCE* C 23 del 28.1.1983, p. 1, la seconda in *GUUE* C 306 del 17.12.2007, p. 270.

55. Ai sensi dell'art. 9, lett. b) AR, sono lavoratori frontalieri «i cittadini dell'Unione o del Regno Unito che esercitano un'attività economica conformemente all'articolo 45 o 49 TFUE in uno o più Stati in cui non soggiornano».

diverso dal proprio, in attuazione del Trattato⁵⁶, e le disposizioni del Trattato sono applicabili solo ai casi non disciplinati dalla direttiva.

L'art. 6, par. 1, della direttiva 2004/38 conferisce al cittadino dell'Unione il diritto di soggiorno per periodi non superiori a tre mesi⁵⁷, l'art. 7, par. 1, lettere a)-c) il diritto di soggiorno per periodi superiori a tre mesi al lavoratore, allo studente e alla persona economicamente autosufficiente⁵⁸, l'art. 7, par. 3, riguarda la conservazione della qualità di lavoratore (e il conseguente diritto di soggiorno a tale titolo) in caso di perdita del lavoro; l'art. 14, intitolato «Mantenimento del diritto di soggiorno», riguarda il soggiorno come conseguenza dell'inespellibilità delle persone che cercano un'occupazione, «fino a quando [...] possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo»; l'articolo 16, par. 1, riguarda il diritto di soggiorno permanente, che si acquisisce dopo cinque anni di soggiorno legale e continuativo, e l'art. 17 riguarda le ipotesi in cui il diritto di soggiorno permanente si acquisisce nonostante il soggiorno sia durato meno di cinque anni.

L'art. 45 TFUE, invece, attribuisce espressamente un diritto di soggiorno al lavoratore dipendente, sia nei casi disciplinati dalla direttiva 2004/38, sia in altri. Nella sentenza *Saint Prix*, la Corte di giustizia ha infatti ricavato dalla disposizione in esame il diritto di soggiorno di una lavoratrice che ha cessato di lavorare nei mesi finali della gravidanza, in una ipotesi in cui la direttiva 2004/38 non era applicabile⁵⁹. L'art. 49 TFUE, a differenza dell'art. 45 TFUE, non conferisce direttamente un diritto di soggiorno al lavoratore autonomo (compreso il libero professionista), ma è stato interpretato nel senso che il diritto di soggiorno è un corollario del diritto di esercitare un'attività economica a titolo stabile in uno Stato diverso da quello di origine. Se di regola le condizioni per il soggiorno del lavoratore autonomo sono disciplinate dalla direttiva 2004/38, la norma del Trattato può essere fonte di un diritto di soggiorno in casi residui: con la sentenza *Dankneviute*⁶⁰, la Corte di giustizia ha in sostanza esteso il principio espresso con la sentenza *Saint Prix* anche alla lavoratrice autonoma.

56. Per un'analisi della direttiva 2004/38, sia consentito rinviare a A. Lang, *Il soggiorno del cittadino dell'Unione europea in Italia*, Milano, Giuffrè, 2017. Si v. anche C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, cit.

57. Tale diritto di soggiorno non è subordinato ad alcuna condizione, ma può cessare laddove il cittadino dell'Unione diventi un onere per le finanze dello Stato ospite.

58. Il lavoratore deve solo provare l'esistenza del rapporto di lavoro; gli studenti l'iscrizione ad un corso di studio, la disponibilità di risorse economiche di livello sufficiente per non diventare un onere per le finanze dello Stato durante il soggiorno e un'assicurazione malattia onnicomprensiva; le persone economicamente autosufficienti di disporre di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione malattia.

59. Sentenza della Corte di giustizia del 19.6.2014, causa C-507/12. Sulla pronuncia, si v. S. Currie, *Pregnancy-related employment breaks, the gender dynamics of free movement law and curtailed citizenship: Jessy Saint Prix*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 543 ss.

60. Sentenza 19.9.2019, causa C-544/18.

L'art. 21, infine, riguarda il diritto di soggiorno del cittadino dell'Unione, che non rientra nel campo di applicazione di nessun'altra disposizione del Trattato. Tale disposizione può essere in particolare utile al cittadino del Regno Unito che soggiornasse in Italia ma svolgesse la propria attività come frontaliero in Svizzera, perché potrebbe avvalersi della giurisprudenza *Baumbast* della Corte di giustizia⁶¹. Il ricorrente nella causa principale, cittadino tedesco residente nel Regno Unito, lavorava in Paesi terzi. Egli non poteva soggiornare come lavoratore, ai sensi del diritto dell'Unione, perché non prestava la sua attività in uno Stato membro, ma il suo diritto di soggiorno poteva fondarsi direttamente sull'art. 21 TFUE, se disponeva di risorse per non essere un onere a carico delle finanze dello Stato.

Benché la Corte di giustizia le abbia riconosciuto i caratteri dell'effetto diretto e l'idoneità a conferire un diritto di soggiorno ai cittadini dell'Unione, la giurisprudenza più recente tende a minimizzare il richiamo alla disposizione in questione. Infatti, se nel caso *Baumbast* garantire l'effetto utile all'art. 21 comportava la necessità di interpretare in modo flessibile i requisiti cui il diritto derivato subordina il soggiorno, nei più recenti casi *Dano* e *Alimanovic*⁶², la Corte afferma che chi non soddisfa le condizioni previste dalla direttiva 2004/38 non può invocare il diritto dell'Unione. In altri termini, la Corte esonera il giudice nazionale dall'obbligo di effettuare una valutazione della situazione personale dell'interessato, per accertarsi se un diritto di soggiorno possa essere comunque fondato su altre disposizioni del diritto dell'Unione.

In aggiunta ai casi appena passati in rassegna, il cittadino del Regno Unito può soggiornare in conformità del diritto dell'Unione anche in qualità di familiare, *ex art.* 7, par. 1, lett. d) della direttiva 2004/38. L'accordo di recesso tratta separatamente dei familiari e così si farà anche nel presente commento.

Il cittadino del Regno Unito deve non solo soggiornare in Italia in conformità del diritto dell'Unione, ma anche «continuare a soggiornare», concetto giuridico e non meramente di fatto: l'art. 11 AR opportunamente precisa che la continuità del soggiorno non è inficiata da periodi di assenza qualificata, come definiti all'art. 15, par. 2, AR. L'art. 15, par. 2, rinvia a due disposizioni della direttiva 2004/38, l'art. 16, par. 3 e l'art. 21, relativi al diritto di soggiorno permanente. Il primo recita: «La continuità della residenza non è pregiudicata da assenze temporanee che non superino complessivamente sei mesi all'anno né da assenze di durata superiore per l'assolvimento degli obblighi militari né da un'assenza di dodici mesi consecutivi al massimo dovuta a motivi rilevanti, quali

61. Sentenza 17 17.9.2002, causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Racc.*, p. I-7091.

62. Sentenze della Corte di giustizia dell'11.11.2014, causa C-333/13, *Dano*, e del 15.9.2015, causa C-67/14, *Alimanovic*.

gravidanza e maternità, malattia grave, studi o formazione professionale o il distacco per motivi di lavoro in un altro Stato membro o in un paese terzo»; il secondo: «La continuità del soggiorno, ai fini della presente direttiva, può essere comprovata con qualsiasi mezzo di prova ammesso dallo Stato membro ospitante. La continuità del soggiorno è interrotta da qualsiasi provvedimento di allontanamento validamente eseguito nei confronti della persona interessata». Ne consegue che la persona può non essere fisicamente presente in Italia alla data della fine del periodo di transizione ma rientrare nel campo di applicazione della parte seconda e beneficiare della conservazione del diritto di soggiorno.

b) i familiari del cittadino del Regno Unito

Ai familiari del cittadino del Regno Unito sono dedicate numerose disposizioni, intese a mappare le varie situazioni in cui soggiornano in un altro Stato membro in conformità del diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia. Per beneficiare del regime di conservazione dei diritti, il familiare deve rientrare, in primo luogo, nella definizione di cui all'art. 9, lett. a) e, in secondo luogo in una delle ipotesi di cui all'art. 10, par. 1, lett. e) e f). Le condizioni sono dunque cumulative. La complessità del quadro normativo e l'esigenza di disciplinare in grande dettaglio l'ambito di applicazione personale del regime, derivano dal fatto che per i familiari la nazionalità non è rilevante: come ben noto, i familiari di un cittadino dell'Unione beneficiano del diritto di soggiorno, anche se sono cittadini di Paesi terzi. Il legame familiare con il cittadino dell'Unione vale a sottrarli all'ambito di applicazione della normativa sull'immigrazione e ad assoggettarli alla più favorevole disciplina sulla libera circolazione⁶³. Di qui l'estrema cautela nel definirli.

In primo luogo, sono familiari del cittadino del Regno Unito le persone definite all'art. 2, punto 2, della direttiva 2004/38. Si tratta: a) del coniuge⁶⁴; b) del partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante⁶⁵; c) dei discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b); d) degli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b). In aggiunta, l'art. 9, lett. a), ii), comprende «le persone diverse da quelle di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della

63. Sul tema, si v. C. Berneri, *Family reunification in the EU: the movement and residence rights of third country national family members of EU citizens*, Oxford, Hart publishing, 2017.

64. L'orientamento prevalente in Italia, secondo il quale anche il coniuge dello stesso sesso è ammesso al ricongiungimento in base alla direttiva 2004/38, trova conferma nella sentenza della Corte di giustizia 5.6.2018, causa C-673/16, *Coman*.

65. La disposizione non riguarda l'Italia, che non equipara convivenza a matrimonio. Per ulteriori riflessioni sul punto, sia consentito rinviare a A. Lang, *Il soggiorno*, cit., p. 141 ss.

direttiva 2004/38/CE, la cui presenza accanto a cittadini [...] del Regno Unito sia necessaria al fine di non privare tali cittadini del diritto di soggiorno concesso in virtù della presente parte». Le persone di cui all'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38 sono «a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel Paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente; e b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata». La formula criptica dell'art. 9, lett. a), ii) AR è intesa a comprendere tra i beneficiari i familiari che soggiornano in base alla giurisprudenza *Chen* e *Teixeira*. Tale interpretazione si basa sulle discussioni intercorse tra le parti durante la negoziazione dell'accordo⁶⁶. Nel caso *Chen*⁶⁷, si tratta del genitore affidatario di un minore in tenera età, cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato diverso dal proprio, grazie alle risorse economiche poste a sua disposizione dal genitore; nel caso *Teixeira*⁶⁸, si tratta del genitore del figlio del lavoratore migrante che segue una formazione scolastica in uno Stato membro diverso da quello di origine, e che, occupandosi del figlio, gli consente di proseguire gli studi. Ad una prima lettura, sembrerebbe che anche i beneficiari della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* siano compresi nella definizione; tuttavia, la disposizione deve essere letta congiuntamente all'art. 10, che limita ai familiari di un cittadino del Regno Unito in uno Stato membro (e viceversa) il suo ambito di applicazione.

Le persone che soddisfano la definizione di familiare appena esaminata devono anche rientrare in una delle ipotesi contemplate all'art. 10 AR. In particolare devono soggiornare in conformità al diritto dell'Unione (cioè come familiari) in Italia prima della fine del periodo di transizione e continuare a risiedere dopo quella data. Tale ipotesi riguarda quindi la famiglia che è già formata e vive in Italia, anche se la coabitazione non è necessaria⁶⁹. Se la famiglia non risiede in Italia alla data rilevante, beneficia comunque del regime di conservazione dei diritti, a condizione che il vincolo di parentela preceda tale data (quindi, deve trattarsi dei genitori, del coniuge già unito in matrimonio⁷⁰, dei figli già

66. Per un esame dei lavori preparatori della parte seconda dell'accordo di recesso, sia consentito rinviare a A. Lang, *Brexit e cittadinanza europea*, in *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, a cura di M.C. Baruffi, M. Ortino, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 51 ss.

67. Sentenza della Corte di giustizia del 19.10.2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*.

68. Sentenza della Corte di giustizia del 23.2.2010, causa C-480/08, *Teixeira*.

69. Si v. le sentenze della Corte 8.11.2012, causa C-40/11, *Iida*, punto 58; e 10.7.2014, causa C-244/13, *Ogieriakhi*.

70. Non sarà quindi applicabile la giurisprudenza *Metock*, secondo la quale beneficia del diritto di soggiorno come familiare del cittadino dell'Unione, il coniuge che prima del matrimonio soggiornava in modo irregolare nello Stato ospitante: sentenza del 25.7.2008, causa C-127/08, in *Racc.*, p. I-6241

nati o già adottati. Per il partner, v. par. 4 dell'art. 10). Per i figli nati o adottati dopo la fine del periodo di transizione la disciplina è ancora più articolata. Ciò è conseguente al compromesso raggiunto tra le diverse posizioni delle parti contraenti: l'Unione avrebbe voluto che il ricongiungimento familiare fosse disciplinato dal diritto dell'Unione anche dopo il recesso, mentre il Regno Unito avrebbe voluto che la materia fosse regolata dal diritto interno. Ha prevalso la posizione del Regno Unito, mitigata dalla previsione in esame: il figlio nato o adottato dal beneficiario ha, in certi casi, un diritto di soggiorno retto dal diritto dell'Unione⁷¹, ma non in altri.

I familiari del cittadino del Regno Unito rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 10 AR anche se risiedono in Italia a titolo autonomo, ossia in conformità al diritto dell'Unione ma senza il cittadino dell'Unione stesso. In questo caso, la persona potrà continuare a vivere in Italia benché il suo congiunto, cittadino del Regno Unito dal quale all'inizio derivava il diritto di soggiorno, non viva più qui. Il diritto di soggiorno autonomo sorge nei casi di cui ai seguenti articoli della direttiva 2004/38: 12 (decesso o partenza del cittadino dell'Unione), 13 (divorzio o annullamento del matrimonio o dell'unione registrata), 16, par. 2 (diritto di soggiorno permanente), 17 e 18 (diritto di soggiorno permanente acquisito prima dei cinque anni).

c) Altri beneficiari

Infine, le altre persone di cui all'art. 3, par. 2 della direttiva 2004/38 (citato *supra*), alle quali l'Italia ha concesso un titolo di soggiorno (senza esserne obbligata dal diritto dell'Unione, ma in forza del potere discrezionale di cui dispone), conserveranno il diritto di soggiorno, se continuano a soggiornare dopo il periodo transitorio o se hanno chiesto l'autorizzazione al soggiorno prima della fine del periodo di transizione. Da notare che la Corte di giustizia ha fondato sull'art. 3, par. 2, della direttiva, il diritto al ricongiungimento familiare del minore affidato in *kafalah* ad un cittadino dell'Unione⁷².

71. Il figlio, nato o adottato dopo la fine del periodo di transizione, beneficia della parte seconda se entrambi i genitori sono cittadini del Regno Unito o dell'Unione europea che soggiornano prima del termine del periodo di transizione e continuano a soggiornare in seguito; oppure se uno dei genitori è un cittadino del Regno Unito o dell'Unione, che soggiorna prima del termine del periodo di transizione e continua a soggiornare in seguito, e l'altro è cittadino dello Stato ospitante; oppure se uno dei genitori è un cittadino del Regno Unito o dell'Unione, che soggiorna prima del termine del periodo di transizione e continua a soggiornare in seguito, «ed è titolare di un diritto di affidamento esclusivo, congiunto o condiviso del minore, in conformità delle norme del diritto di famiglia applicabili in uno Stato membro o nel Regno Unito, comprese le norme di diritto internazionale privato applicabili in base alle quali i diritti di affidamento stabiliti in forza del diritto di uno Stato terzo sono riconosciuti nello Stato membro o nel Regno Unito, in particolare per quanto riguarda l'interesse superiore del minore, e fatto salvo il normale funzionamento di tali norme applicabili di diritto internazionale privato».

72. Sentenza 26.3.2019, causa C-129/18, *SM* (su rinvio pregiudiziale del giudice inglese).

4.3. Le formalità amministrative per la conservazione dei diritti di soggiorno

Cruciale è l'art. 18 AR, sulle formalità amministrative di cui lo Stato può richiedere l'adempimento, come condizione per poter godere del diritto di soggiorno. È una facoltà dello Stato decidere se richiedere agli interessati di presentare una domanda per ottenere la certificazione del diritto di soggiorno, oppure no, ma il Regno Unito ha già dichiarato che vuole avvalersene. In altri termini, esso intende vagliare la situazione di ciascuno dei tre milioni e mezzo circa di cittadini dell'Unione che si trovano sul suo territorio. Quanto all'Italia, dovrà decidere se avvalersi della facoltà in esame oppure no. In assenza di decisione, il diritto di soggiorno sussisterà comunque e nessuna procedura potrà avere valore costitutivo. L'art. 18, par. 4, AR stabilisce che se lo Stato ospitante non prevede una procedura apposita, rilascerà un documento di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/38, corredato da una dichiarazione attestante che è stato rilasciato in conformità all'accordo di recesso.

Se lo Stato ospite impone la richiesta di un permesso di soggiorno apposito⁷³, il beneficiario che soddisfa le condizioni ha diritto al soggiorno e al rilascio del permesso, ma ha l'onere di chiedere il rilascio dell'unico documento che è in grado di accertare l'esistenza del suo diritto. L'istanza dovrà essere presentata entro il termine stabilito dallo Stato ospite, ma che non può essere inferiore a sei mesi. Nelle more dell'esame dell'istanza, l'interessato ha diritto a soggiornare. È difficile stimare quanto tempo occorrerà all'amministrazione per ricevere, esaminare e decidere tutte le domande.

Scaduto il termine che lo Stato membro abbia fissato per presentare istanza di certificazione del diritto di soggiorno, senza che l'interessato abbia presentato istanza (e salvo casi particolari in cui l'inazione possa essere giustificata), il diritto di soggiorno si estingue. La persona si troverebbe quindi in situazione irregolare e potrebbe essere allontanata.

L'art. 19 AR, applicabile sin dall'entrata in vigore dell'accordo (quindi anche durante il periodo di transizione), prevede che uno Stato possa iniziare ad esaminare la situazione personale degli interessati anche prima della fine del periodo di transizione, benché gli effetti della relativa decisione potranno prodursi solo in seguito. La disposizione è importante anche per gli interessati perché li garantisce in caso di modifica della decisione stessa, attribuendo loro diritti azionabili in giudizio.

73. L'art. 5 della decisione 2020/135 del Consiglio, relativa alla conclusione dell'accordo di recesso cit., attribuisce alla Commissione il compito di adottare con atti di esecuzione le disposizioni relative al periodo di validità, al formato e agli elementi di sicurezza, nonché alla dicitura comune dei documenti che gli Stati membri rilasceranno ai sensi dell'art. 18 AR.

L'art. 18 AR mira a limitare la discrezionalità dello Stato che intende verificare la situazione di ciascun richiedente. A questo fine, specifica quali sono i documenti necessari per provare di aver soddisfatto le condizioni richieste. Si tratta, in sostanza, delle stesse modalità di prova della direttiva 2004/38, con l'importante precisazione che nessun'altra condizione potrà essere imposta. Da segnalare però che, a differenza di quanto prescrive la direttiva, lo Stato può chiedere che la cittadinanza sia provata con la carta di identità o il passaporto in originale, che potrà essere trattenuto dall'amministrazione.

Per molti dei richiedenti, la procedura di certificazione del diritto di soggiorno sarà assai onerosa e complessa, perché essi dovranno recuperare documenti per dimostrare fatti che al momento in cui sono avvenuti non era necessario provare. In sostanza, gli interessati dovranno dimostrare di aver soddisfatto i requisiti per il soggiorno durante tutti i cinque anni, senza poter contare su presunzioni. I periodi di soggiorno dovranno essere tutti conformi al diritto dell'Unione, ma potranno avere titolo diverso: la stessa persona potrebbe aver soggiornato prima come studente, poi come lavoratore e infine come familiare di un cittadino dell'Unione, o viceversa. I singoli periodi saranno valutati in base alle diverse condizioni richieste a seconda del motivo del soggiorno. Particolarmente importante sarà la giurisprudenza *L.N.*: una persona che al tempo stesso lavora e studia va considerata come un lavoratore e dovrà solo provare l'esistenza del rapporto di lavoro, non anche il possesso di risorse sufficienti e di assicurazione sanitaria⁷⁴. Peraltro, il Regno Unito ha dichiarato che valuterà con tolleranza il requisito dell'assicurazione sanitaria. Particolarmente problematiche potrebbero essere la situazione di chi pur non avendo mai chiesto prestazioni sociali, non ha avuto un lavoro stabile ed è stato sostanzialmente tollerato dalle autorità, nonché la posizione dei familiari, cittadini dell'Unione, di cittadini del Regno Unito, nel Regno Unito. Inoltre, non è specificato quale sia il quinquennio in relazione al quale gli interessati dovranno dimostrare di aver soggiornato regolarmente. Tenendo conto che, in base al diritto dell'Unione, il diritto di soggiorno permanente si acquisisce automaticamente e non si perde se non in caso di assenze di durata superiore a due anni, si dovrebbe desumere che l'interessato debba provare la regolarità dei primi cinque anni di soggiorno, non quella degli ultimi cinque anni. Laddove sia trascorso molto tempo dall'inizio del soggiorno e per coloro che sono nati nello Stato ospite, potrebbe essere materialmente complesso fornire adeguata prova.

Di ciascuno, poi, lo Stato ospite potrà verificare sistematicamente i precedenti penali e effettuare un controllo di sicurezza. Si tratta di possibilità non offerta agli Stati dalla direttiva 2004/38. I precedenti penali dovranno però essere valutati alla luce del diritto

74. Sentenza del 21.3.2013, causa C-46/12, *L.N.*

dell'Unione. Ciò significa che non potranno costituire di per sé motivi di diniego dello *status*, ma indizi, da confermare, della pericolosità dell'interessato per la collettività.

4.4. *I diritti connessi al soggiorno*

I beneficiari del regime di conservazione del diritto di soggiorno godranno di un trattamento particolare, diverso da quello previsto per gli stranieri, e definito dall'accordo di recesso stesso.

Gli artt. 22 e 23 AR riproducono *verbatim* e mediante rinvio gli artt. 23 e 24 della direttiva 2004/38, e riguardano l'uno il diritto di accesso alle attività economiche come lavoratori dipendenti o autonomi senza discriminazioni in base alla nazionalità e l'altro la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite (anche se lo Stato ospite può prevedere un termine di tre mesi prima di concedere l'accesso alle prestazioni sociali alle persone che non sono lavoratori, e può concedere di borse di studio o prestiti per studenti solo a coloro che abbiano maturato il diritto di soggiorno permanente). Gli artt. 24 e 25 AR prevedono diritti specifici per i lavoratori dipendenti e autonomi⁷⁵. Essi devono essere riconosciuti anche ai lavoratori frontalieri: tali disposizioni, dunque, non sono destinate solo allo Stato ospitante, ma anche allo Stato di lavoro.

I beneficiari del diritto di soggiorno ai sensi dell'accordo di recesso godono anche di protezione contro l'allontanamento: potranno essere espulsi solo per i motivi previsti dalla direttiva 2004/38. L'art. 20 AR precisa che i comportamenti posti in essere prima della fine del periodo di transizione saranno valutati secondo i criteri previsti dal capo VI della direttiva 2004/38, mentre quelli posti in essere in seguito, saranno valutati in base al diritto nazionale. In questo modo, viene meno l'uniformità di trattamento tra cittadini dell'Unione nel Regno Unito e cittadini del Regno Unito negli Stati membri: la rilevanza del medesimo comportamento potrebbe variare anche significativamente. Differente potrebbe essere anche la valutazione tra Stati membri, in assenza di regole uniformi applicabili.

5. **La conservazione dei diritti di soggiorno nello scenario *hard* Brexit**

Gli Stati membri dell'Unione si erano preparati a garantire la conservazione dei diritti di soggiorno dei cittadini britannici nel caso in cui il recesso del Regno Unito si fosse

75. I primi sono modellati sul regolamento 479/2011. I secondi sono modellati sullo stesso regolamento, ma non sono previsti in altro atto dell'Unione.

verificato senza l'approvazione dell'accordo di recesso (scenario *hard* Brexit)⁷⁶. Per mitigare il passaggio repentino dalla condizione di cittadini dell'Unione a quella di stranieri, la Commissione europea, dando seguito all'invito del Consiglio europeo⁷⁷, si era adoperata per predisporre gli strumenti normativi necessari a livello dell'Unione, e per assistere e coordinare gli Stati nell'adottare quei provvedimenti connessi al recesso che rientravano nelle competenze statali⁷⁸.

Benché una competenza dell'Unione ad adottare un provvedimento in materia avrebbe potuto rinvenirsi nell'art. 79 TFUE⁷⁹, la soluzione promossa dalla Commissione si è concretizzata in un'azione di coordinamento degli Stati membri, che hanno quindi emanato provvedimenti nazionali specifici⁸⁰. Nonostante le differenze, elemento comune a tutti gli Stati, suggerito dalla Commissione, era la previsione di un periodo transitorio durante il quale garantire l'ultrattività dei titoli di soggiorno e assicurare il passaggio ad uno *status* disciplinato dal diritto nazionale sull'immigrazione, possibilmente quello di soggiornante di lungo periodo. La previsione di un periodo transitorio era indispensabile per assicurare l'adeguamento amministrativo necessario: una domanda dell'interessato diretta a modificare il titolo di soggiorno sarebbe o prematura o tardiva, *tertium non datur*. Se presentata prima della data del recesso, la domanda non avrebbe potuto essere accolta, perché la persona non rientrava nell'ambito di applicazione della legislazione sull'immigrazione; se presentata dopo, la domanda avrebbe potuto non essere accolta per

76. Per ragioni di completezza si segnala che una parte della dottrina discute della possibilità di salvaguardare i diritti di soggiorno, a prescindere da ogni concessione dello Stato, invocando le disposizioni della CEDU. Sul punto, si v. G. Marrero González, *'Brexit'. Consequences for Citizenship of the Union and Residence Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 795 ss.

77. Orientamenti del Consiglio europeo (Articolo 50), 23.3.2018, EUCO XT 20001/18, punto 16.

78. La Commissione ha adottato una serie di comunicazioni sul tema: COM/2018/556, *Prepararsi al recesso del Regno Unito dall'Unione europea il 30 marzo 2019*; COM/2018/880, *Prepararsi al recesso del Regno Unito dall'Unione europea del 30 marzo 2019: un piano d'azione per ogni evenienza*; COM/2018/890, *Prepararsi al recesso del Regno Unito dall'Unione europea il 30 marzo 2019 - Attuazione del piano d'azione predisposto dalla Commissione per ogni evenienza*; COM/2019/195, *Affrontare le conseguenze di un recesso del Regno Unito dall'Unione senza accordo: la strategia coordinata dell'Unione*; COM/2019/276, *Stato attuale dei preparativi delle misure di emergenza in vista del recesso del Regno Unito dall'Unione europea*; COM/2019/394, *Ultimare i preparativi per il recesso del Regno Unito dall'Unione europea del 1° novembre 2019*. Ovviamente, la Commissione poteva cercare di coordinare le azioni degli Stati membri, ma nulla poteva per quanto riguarda i diritti dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito, il cui destino restava nelle mani del Regno Unito.

79. Si v. la proposta elaborata da S. Peers, *UK Citizens in the EU after Brexit: Securing unilateral guarantees after a 'no deal' Brexit*, in *EU Law Analysis*, 3.8.2018. La Commissione ha inoltre considerato ammissibili e registrato tre iniziative dei cittadini, per la adozione di misure fondate sull'art. 79 TFUE a favore dei cittadini degli Stati che recedono: «Cittadinanza dell'UE per gli europei: uniti nella diversità al di là di *jus soli* e *jus sanguinis*», ECI(2017)000003, in *GUUE* L 81 del 28.3.2017, p. 18 ss.; «Mantenimento della cittadinanza europea», ECI(2017)000005; «Cittadinanza permanente dell'Unione europea», ECI(2018)000003, in *GUUE* C 264 del 26.7.2018, p. 4 ss. (tutte archiviate per sostegno insufficiente).

80. La Commissione pubblica informazioni sulle legislazioni nazionali, fornite dagli Stati membri, all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/brexit/brexit-preparedness/citizens-rights_en.

manca dei requisiti. Un periodo transitorio appariva dunque indispensabile per eliminare un fattore di incertezza gravemente pregiudizievole per persone residenti da lungo periodo.

6. Le disposizioni del d.l. n. 22/2019 applicabili ai cittadini del Regno Unito in Italia. La conservazione dei diritti di soggiorno nello scenario *hard* Brexit

L'Italia ha adottato il d.l. n. 22/2019⁸¹, convertito in legge con modificazioni con l. 2019 n. 41⁸², per affrontare alcune questioni relative al recesso del Regno Unito, che alla data di adozione del decreto legge, sembrava imminente. In particolare, l'art. 14 riguardava la conservazione dei diritti di soggiorno in caso di *hard* Brexit e avrebbe regolato la transizione dello *status* dei cittadini del Regno Unito, da cittadini dell'Unione, il cui diritto di soggiorno è regolato dal d.lgs. n. 30/2007⁸³, a stranieri extracomunitari, di cui al d.lgs. n. 286/1998⁸⁴ (d'ora innanzi anche TU immigrazione)⁸⁵.

I cittadini del Regno Unito che alla data del recesso fossero iscritti in anagrafe ai sensi dell'art. 9, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 30/2007, e i loro familiari, cittadini di un Paese terzo e titolari di una carta di soggiorno *ex* art. 10 o art. 17 del medesimo decreto legislativo⁸⁶, avrebbero dovuto chiedere⁸⁷ al questore della provincia di dimora un permesso di soggiorno entro il 31.12.2020. Il soggiorno in Italia successivo alla scadenza indicata senza che l'interessato avesse richiesto un permesso di soggiorno sarebbe stato irregolare e avrebbe comportato l'applicazione degli art. 6, co. 3 (arresto fino a un anno e ammenda fino a duemila euro), e 13 (espulsione amministrativa) del TU immigrazione.

81. D.l. 25.3.2019 n. 22, Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea, in *GURI* 25.3.2019, n. 71.

82. L. 20.5.2019, n. 41, in *GURI* 24.5.2019, n. 120.

83. D.lgs. 6.2.2007 n. 30, Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

84. D.lgs. 25.7.1998 n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

85. Per un'analisi della disciplina qui solo sinteticamente riassunta, sia consentito rinviare a A. Lang, *Da cittadini UE a stranieri: la soluzione italiana per garantire la conservazione del diritto di soggiorno dei cittadini del Regno Unito in caso di recesso senza accordo*, in *Eurojus*, n. 3-2019, p. 125 ss.

86. La carta di soggiorno *ex* art. 10 viene rilasciata al familiare non comunitario che soggiorna per un periodo superiore a tre mesi; il documento di cui all'art. 17 è denominato «carta di soggiorno permanente per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro», ed è rilasciato al familiare che abbia maturato il diritto di soggiorno permanente. Nulla era previsto per le carte di soggiorno che fossero venute a scadenza durante il periodo transitorio.

87. L'art. 14, par. 1, usa il verbo «potere», non «dovere» («i cittadini del Regno Unito [...] possono chiedere [...]»), ma è evidente che si tratta di un obbligo, perché ai sensi del par. 6, alla scadenza del termine si applica la sanzione dell'art. 6, co. 3, del TU immigrazione e si procede all'espulsione amministrativa ai sensi dell'art. 13 del TU nei confronti del cittadino del Regno Unito che era iscritto in anagrafe ma non ha chiesto il rilascio del permesso di soggiorno. Quindi, non bisogna leggere la disposizione come attributiva di una facoltà, ma come impositiva di un obbligo, salvo che l'interessato preferisca lasciare l'Italia.

Il tipo di permesso di soggiorno che il cittadino del Regno Unito avrebbe potuto richiedere dipendeva dalla durata del soggiorno pregresso: il «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo», se pari o superiore a cinque anni, il permesso di soggiorno «per residenza», della validità di cinque anni e rinnovabile, negli altri casi.

L'art. 14 del d.l. n. 22/2019 nulla disponeva per il caso dei familiari cittadini del Regno Unito o di un altro Stato dell'Unione. I familiari con cittadinanza dell'Unione sarebbero rientrati nella più ampia categoria dei cittadini del Regno Unito iscritti in anagrafe. Infatti, tra i motivi che giustificano il soggiorno per periodi superiori a tre mesi e la conseguente iscrizione in anagrafe, è annoverato l'essere un familiare di un cittadino dell'Unione (v. art. 7, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 30/2007).

Più complesso sarebbe stato il caso del familiare che avesse la cittadinanza di uno Stato diverso dall'Italia o dal Regno Unito (es. il coniuge francese di un cittadino del Regno Unito). Per quanto riguarda questo secondo caso, il familiare avrebbe potuto, se del caso, cambiare il proprio titolo di soggiorno e soggiornare come lavoratore, studente o persona economicamente autosufficiente⁸⁸. Invece, nell'ipotesi in cui il familiare, cittadino dell'Unione, non avesse soddisfatto le condizioni per soggiornare a titolo principale (neppure grazie alle risorse eventualmente poste a sua disposizione dal cittadino del Regno Unito), allora avrebbe dovuto ottenere un permesso di soggiorno come familiare dell'*ex* cittadino dell'Unione, ma questa ipotesi non era espressamente regolata.

Ugualmente non prevista era l'ipotesi in cui il cittadino del Regno Unito fosse familiare di un cittadino italiano. Egli/ella non avrebbe dovuto chiedere un permesso di soggiorno, bensì una carta di soggiorno *ex* d.lgs. n. 30/2007, dal momento che tale provvedimento normativo si applica ai familiari del cittadino italiano «se più favorevole». Non c'è dubbio che soggiornare in base ad una carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione sia più favorevole che soggiornare in base ad un permesso di soggiorno disciplinato dal TU immigrazione.

6.1. Le altre disposizioni applicabili anche in caso di recesso con accordo

Se l'art. 14 del d.l. n. 22/2019 non è applicabile nel caso di recesso con accordo, non così alcune altre disposizioni dello stesso provvedimento normativo, che meritano una breve considerazione.

88. Si ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, le risorse di cui il cittadino dell'Unione deve disporre per poter essere considerato economicamente autosufficiente non devono essere proprie ma possono derivare da un familiare, anche cittadino di un Paese terzo. In questo senso, si v. sentenza del 16.7.2015, causa C-218/14, *Singh e a.*

a) Il d.l. n. 22/2019 consente di considerare come cittadini dell'Unione i cittadini del Regno Unito ai fini dell'acquisto della cittadinanza italiana. In base all'art. 15 del d.l. n. 22/2019, infatti, «i cittadini del Regno Unito sono equiparati, fino alla prestazione del giuramento, ai cittadini dell'Unione europea, se hanno maturato il requisito di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), della legge 5 febbraio 1992, n. 91 [quattro anni di residenza in Italia], alla data di recesso del Regno Unito dall'Unione europea e presentano la domanda entro il 31 dicembre 2020». Il decreto legge non prevede alcun percorso di favore per la concessione della cittadinanza ai cittadini del Regno Unito, in relazione alla durata dell'istruttoria o alle condizioni per la valutazione della domanda, salva la parità di trattamento con i cittadini dell'Unione⁸⁹.

b) Più problematico è invece l'art. 17-*bis* del d.l. n. 22/2019, inserito in sede di conversione. Esso, per la parte che interessa, prevede: «Sono fatti salvi, a condizione di reciprocità, i diritti e i doveri degli studenti e dei ricercatori del Regno Unito già presenti in Italia alla data di recesso o comunque che lo saranno entro l'anno accademico 2019/2020»⁹⁰. Non solo la disposizione è redatta in modo da renderne difficile l'interpretazione, ma la sua conformità con l'accordo di recesso è dubbia.

La redazione dell'art. 17-*bis* del d.l. n. 22/2019 solleva più di un problema interpretativo. In primo luogo, non consente di identificare con sufficiente precisione chi siano le persone alle quali è applicabile. Per quanto riguarda gli studenti, non è chiaro se si tratta dei soli studenti universitari (come sembrerebbe di poter desumere dal riferimento all'anno accademico) oppure di qualunque studente. Né è chiaro se riguarda solo gli studenti a tempo pieno oppure anche quegli studenti che esercitano al contempo un'attività lavorativa⁹¹. Quanto al ricercatore, poi, è figura non definita: riguarda coloro che sono titolari di un contratto come ricercatori presso una Università, o chiunque svolga un'attività che comporta la ricerca, presso un ente privato di ricerca, presso un'impresa o come libero professionista? In secondo luogo, è incerto a quali studenti e ricercatori si applicherà: si richiede che le persone siano «già presenti in Italia» alla data del recesso, ma non si specifica quando la condizione è soddisfatta. In altri termini, possono considerarsi

89. Per un esame dell'art. 9 della legge sulla cittadinanza, si v. J. Re, *L'acquisto della cittadinanza italiana per naturalizzazione*, in *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, a cura di G.F. Basini, G. Bonilini, F. Confortini, Vol. II, Assago, UTET, 2014, p. 5110 ss.

90. La disposizione prosegue richiedendo la reciprocità per il riconoscimento delle qualificazioni professionali e si conclude in questi termini: «Le politiche universitarie e della ricerca nell'ambito della collaborazione bilaterale con il Regno Unito restano finalizzate all'ulteriore sviluppo delle collaborazioni esistenti tra le istituzioni universitarie e dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica».

91. Si pensi al caso deciso dalla Corte di giustizia con sentenza 21.3.2013, causa C-46/12, *L.N.*, già citata, in cui il ricorrente nella causa principale frequentava un corso di istruzione superiore e lavorava. La Corte ha ritenuto che la qualifica di lavoratore dovesse prevalere e che, di conseguenza, lo Stato ospite non potesse rifiutargli una borsa di studio, rifiuto che sarebbe stato legittimo se fosse stato considerato uno studente.

«presenti» in Italia tutti i cittadini del Regno Unito che sono giunti nel territorio nazionale in una data precedente alla vigilia del recesso, quindi tanto coloro che sono nati in Italia, quanto coloro che sono giunti dall'estero per frequentare un corso o lavorare come ricercatori. Inoltre, la disposizione sembra non avere un termine finale, neppure implicito. Ciò significa che una categoria di persone, gli studenti e i ricercatori presenti entro l'a.a. 2019/2020, sarà trattata in modo diverso dagli studenti e dai ricercatori che giungeranno successivamente a quella data, almeno fintanto che conserveranno tale qualifica. Se lo studente la perde quando conclude il ciclo di studi, al contrario il ricercatore la conserva finché non cambia lavoro o cessa di lavorare per sopraggiunti limiti d'età o per invalidità. In terzo luogo, non sono indicati quali diritti sono soggetti a reciprocità. Solo quelli connessi alla condizione di studente (es. accesso a borse di studio, a tariffe di trasporto agevolate, ecc.), oppure anche altri diritti accessibili in generale che lo studente potrebbe voler esercitare (es. accesso al lavoro, accesso all'alloggio)? Quanto ai ricercatori, i diritti e i doveri soggetti a reciprocità potrebbero essere connessi al rapporto di lavoro. In quarto luogo, non è chiaro se la mancanza di reciprocità comporta la perdita del diritto di cui la persona godeva oppure il diniego dell'accesso ad un diritto di cui ancora non gode. La formulazione della disposizione in esame è infatti diversa da quella dell'art. 16, co. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile, che stabilisce che «Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali»: quest'ultima usa l'espressione «ammesso a godere», mentre la norma in commento ricorre alla locuzione «sono fatti salvi ... i diritti e i doveri». Infine, non è stabilito come e chi valuterà che la condizione di reciprocità sia soddisfatta.

La disposizione appare incompatibile con l'accordo di recesso. Come illustrato *supra* nei par. 4 ss., durante il periodo di transizione i cittadini britannici godranno della parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospite (nel caso di specie con i cittadini italiani). Ai sensi del diritto dell'Unione, lo Stato ospite può negare allo studente nei primi cinque anni di soggiorno l'accesso alle borse di studio, ma non ad altre prestazioni non connesse alla condizione di studente; mentre nessuna deroga è ammessa a danno del lavoratore, dipendente o autonomo. Dopo la fine del periodo di transizione, coloro che saranno presenti in Italia legalmente, beneficeranno della conservazione dei diritti di soggiorno e di conseguenza della parità di trattamento (e studenti e ricercatori rientrano *ratione personarum* nella categoria dei beneficiari). Poiché le disposizioni dell'accordo di recesso che siano chiare, precise e incondizionate prevalgono sul diritto nazionale confliggente, l'art. 17-*bis* del d.l. n. 22/2019 andrà disapplicato, salvo che se ne possa dare un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione. Una interpretazione conforme, però, appare improbabile, in quanto il concetto stesso di reciprocità è in contrasto con la parità

di trattamento che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, uno Stato deve garantire ai cittadini degli altri Stati membri presenti sul suo territorio⁹². La cittadinanza dell'Unione comporta che, agli occhi dello Stato ospite, tutti i cittadini dell'Unione siano uguali e parte di un gruppo omogeneo, quale che sia la loro nazionalità. Al contrario, l'applicazione della reciprocità richiede di valorizzare la nazionalità dello straniero e comporta una differenziazione tra stranieri. La non discriminazione in base alla nazionalità prevista dal diritto dell'Unione non implica un'uguaglianza di trattamento assoluta, ma è compatibile con differenze di trattamento legate al tipo di contatto del cittadino dell'Unione con lo Stato ospite⁹³. Infatti, come già ricordato, l'art. 24 della direttiva 2004/38, che consente allo Stato ospite di non concedere borse di studio o prestiti agli studenti prima che abbiano acquisito il diritto di soggiorno permanente, attribuisce una facoltà allo Stato, che, se decide di avvalersene, tratterà tutti i cittadini dell'Unione in modo meno favorevole dei nazionali. Se si applicasse la reciprocità, lo Stato dovrebbe invece concedere borse e prestiti agli studenti che siano cittadini di Stati che non si sono avvalsi di tale facoltà.

È difficile capire il senso della disposizione in esame, se non la si inquadra nella volontà di proteggere gli studenti e i ricercatori italiani nel Regno Unito mostrata dal legislatore. Finora il Regno Unito ha reso noto che i cittadini dell'UE nel Regno Unito potranno continuare gli studi alle stesse condizioni applicate fino al recesso, pur riservandosi il diritto di modificarle, nell'ambito di riforme che concernano anche i cittadini del Regno Unito⁹⁴. Ogni modifica apportata dal Regno Unito a danno degli studenti italiani dovrebbe ripercuotersi, nelle intenzioni del legislatore italiano, sugli studenti del Regno Unito. Resta da capire se, al di là della sua incompatibilità con il diritto dell'Unione, la reciprocità possa essere uno strumento efficace per prevenire modifiche peggiorative alla condizione degli studenti italiani nel Regno Unito, e, qualora modifiche alla legislazione vigente dovessero intervenire, se avrebbe potuto essere in concreto applicata. La tutela dei diritti di cittadini italiani e degli altri Stati membri dell'Unione è affidata, in base all'accordo di recesso, all'Unione stessa e non ai suoi Stati membri, e potrà essere esercitata secondo le modalità previste dall'accordo di recesso.

92. Così sin dalla sentenza del 22.6.1972, 1/72, *Frilli* (relativa all'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale). Per quanto riguarda l'Italia, sono state giudicate in contrasto con il diritto dell'Unione le condizioni di reciprocità per l'accesso a varie professioni (sentenza 15.10.1986, causa 168/85, *Commissione c. Italia*, e 16.5.2002, causa C-142/01, *Commissione c. Italia*, relativa ai maestri di sci).

93. Sul tema, in generale, si v. M. Dougan, E. Spaventa, *'Wish You Weren't Here...' New Models of Social Solidarity in the European Union*, in *Social Welfare and EU Law*, edited by M. Dougan, E. Spaventa, Oxford, Hart publishing, 2005, p. 207 ss.

94. Si v. Department for the Exiting of the European Union, *Citizens' Rights. EU citizens in the UK and UK nationals in the EU*, Policy paper, del 4.4.2019, p. 2, disponibile sul sito del Governo inglese.

7. Conclusioni

L'accordo di recesso delinea un regime che, per quanto imperfetto, garantirà la stabilità del soggiorno ai cittadini dell'Unione nel Regno Unito e per i cittadini del Regno Unito negli Stati membri dell'Unione. Le incognite deriveranno dalle formalità amministrative che il Regno Unito e gli Stati dell'Unione porranno all'accertamento del diritto e all'accesso al nuovo *status* giuridico. L'Italia dovrà decidere se prevedere una procedura particolare per verificare la sussistenza delle condizioni che giustificano la conservazione del diritto di soggiorno dei cittadini britannici. Per completezza, resta da aggiungere che i cittadini del Regno Unito coniugati o familiari di un cittadino italiano potranno ottenere una carta di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007.

Per la generalità delle persone, salvo quelle protette dall'accordo di recesso, la libera circolazione tra Regno Unito e Unione europea cesserà con il recesso. Le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e dei cittadini del Regno Unito nell'Unione saranno disciplinate dal diritto nazionale⁹⁵. È possibile, ma assai improbabile, che saranno disciplinate dall'accordo sulle future relazioni, i cui negoziati saranno avviati all'inizio di marzo 2020. Riprendere il controllo dell'immigrazione, compresa la libera circolazione, è uno dei motivi della stessa Brexit⁹⁶. Lapidaria è la Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito, in cui si legge che «il Regno Unito ha deciso che il principio di libera circolazione delle persone tra l'Unione e il Regno Unito non si applicherà più»⁹⁷.

95. Per quanto riguarda le condizioni per l'ingresso per soggiorni di breve periodo nell'Unione europea, si v. il regolamento (UE) 2019/592 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10.4.2019, recante modifica del regolamento (UE) 2018/1806 che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, in relazione al recesso del Regno Unito dall'Unione, in *GUUE*, L 103 I del 12.4.2019, p. 1 ss. L'esenzione opera sul presupposto che anche il Regno Unito assicuri il medesimo trattamento ai cittadini dell'Unione.

96. Per una discussione circa l'aumento dell'ostilità dei britannici nei confronti degli stranieri nel corso degli anni, che non si è riusciti a contrastare efficacemente con gli strumenti giuridici esistenti e che è venuta alla luce con il referendum, si v. T. Ahmed, *Brexit, Discrimination and EU (Legal) Tools*, in *European Law Review*, 2019, p. 515 ss.

97. In *GUUE* C 34 del 30.1.2020, p. 1 ss., par. 48.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA SOVRANITÀ STATALE E REGOLAMENTO DUBLINO III

di Michela Castiglione

Abstract: *A seguito di un periodo di monitoraggio condotto in Grecia, è emersa una prassi delle Unità Dublino Germania e Grecia volte a restringere notevolmente le possibilità di ricongiungimento familiare tra minori e genitori all'interno della procedura del regolamento Dublino. Tale prassi si verifica, alternativamente o congiuntamente, in due ipotesi. La prima riguarda i c.d. movimenti secondari ossia quando il database Eurodac mostri che la famiglia era giunta in Grecia insieme così da far supporre che la separazione sia stata autoinflitta con lo scopo di far radicare la competenza dell'esame della protezione internazionale dell'intera famiglia nel Paese in cui il minore si trova. La seconda riguarda i criteri procedurali di ripartizione della competenza tra Stati membri e viene adottata nel caso in cui la richiesta di presa in carico dei genitori presenti in Grecia sia trasmessa all'Unità Dublino Germania (ove si trova il minore) tardivamente, ossia oltre i termini previsti dall'art. 21 del regolamento Dublino III. Il presente contributo ha lo scopo di esaminare fino a che punto la necessità di affermare la propria sovranità statale e di garantire il pieno rispetto del regolamento Dublino III può limitare l'applicazione del principio del superiore interesse del minore e il diritto all'unità familiare, soprattutto alla luce delle precarie condizioni di accoglienza in Grecia.*

Abstract: *Following fieldwork conducted in Greece, this paper examines to what extent the need to affirm state sovereignty and ensure full compliance with the Dublin III Regulation may be in fact limiting the application of the principle of the best interest of the child and the right to family unity, especially against the backdrop of the precarious reception conditions in Greece. Germany and Greece, through the Dublin Unit, are considerably restricting the chances of family reunification under the Dublin Regulation procedure. This practice occurs, alternatively or jointly, in two circumstances. The first concerns the so-called secondary movements, i.e. when the EURODAC database shows that the family had arrived in Greece together, thus suggesting the separation was self-inflicted and thereby contrary to the best interests of the child. This aims to root the competence to examine the whole family's international protection in the country where the minor is present. The second refers to the procedural criteria for shared competence between Member States. The latter is adopted where the take charge request for family reunification is lodged to the German Dublin Unit (where the minor is) beyond the time limit provided by art. 21 of the Dublin III Regulation.*

L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE AL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA SOVRANITÀ STATALE E REGOLAMENTO DUBLINO III*

di Michela Castiglione**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Regolamento Dublino III e regole relative alla determinazione dello Stato competente con riferimento a minori separati e familiari. – 3. Il superiore interesse del minore al ricongiungimento familiare all'interno del regolamento Dublino III. – 4. Conseguenze del *best interests determination*. – 4.1. Minore beneficiario della protezione internazionale e ricongiungimento familiare. – 4.2. Minore richiedente asilo e ricongiungimento familiare. – 5. Ricongiungimento familiare oltre i termini previsti dall'art. 21 del regolamento Dublino III: la rilevanza delle clausole discrezionali – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La “crisi dei rifugiati” del 2015 ha mostrato chiaramente l'inadeguatezza del criterio «residuale, ma di applicazione prevalente»¹, dello Stato di primo ingresso nell'Ue quale competente per l'esame delle domande di protezione internazionale, così come previsto dall'art. 13 del regolamento 604/2013/UE² (regolamento Dublino III).

L'assenza di applicazione del principio di solidarietà tra Paesi membri e la mancanza di un sistema di equa ripartizione delle domande di protezione internazionale tra gli stessi crea una duplice carenza del c.d. sistema Dublino. Da un lato, ai richiedenti protezione internazionale non è data la possibilità di esprimere preferenze per un determinato Stato membro in ordine, ad esempio, alle affinità linguistiche, alle maggiori possibilità di integrazione dovute alla presenza di comunità di connazionali o alla presenza di familiari non contemplati nel regolamento Dublino III ai fini del ricongiungimento (fratelli

* Testo riveduto e corretto della presentazione tenuta il 27 giugno 2019 presso l'Università di Catania durante il primo *Doctoral Colloquia* dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM). L'autrice desidera ringraziare il Professor Mario Savino e la Dott.ssa Lucia Busatta per i preziosi spunti di riflessione e suggerimenti forniti nel corso della redazione del lavoro. Eventuali errori e imprecisioni devono essere attribuiti esclusivamente all'autrice.

** Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche, Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza.

1. C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, n. 2.2018, cit. p. 37, www.questionegiustizia.it.

2. Reg. 604/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione).

maggiori, cugini, parenti adulti)³. Dall'altro, non tiene di conto delle pressioni migratorie a cui sono sottoposti gli Stati membri situati ai confini esterni dell'Ue sui quali grava il doppio onere di controllo delle frontiere e, al contempo, l'accoglienza dei richiedenti asilo⁴.

In particolare, la Grecia, a causa della sua esposizione geografica, soffre pesantemente l'onere della presa in carico dei richiedenti asilo⁵ non riuscendo a garantire un'accoglienza strutturata e dignitosa, soprattutto per i minori e le categorie più vulnerabili⁶. Inoltre, tale situazione è esacerbata dagli effetti della dichiarazione tra i rappresentanti degli Stati membri dell'Unione europea e Turchia, meglio conosciuto come *accordo* UE-Turchia del 18 marzo 2016⁷ che ha peggiorato notevolmente la situazione dei richiedenti asilo intrappolati nel limbo delle isole greche in condizioni spesso inumane o degradanti⁸. Molti richiedenti asilo e rifugiati in Grecia, di fronte ai ritardi relativi all'accesso e all'esame delle proprie domande di asilo nonché alle precarie condizioni di accoglienza associate alle scarse prospettive di integrazione lavorativa, cercano tutt'oggi di raggiungere altri Paesi europei dove poter iniziare una nuova vita. Se da un punto di vista narrativo queste tecniche di resilienza possono essere comprensibili, da un punto di vista giuridico i c.d. movimenti secondari sono percepiti dagli Stati membri come una pratica *abusiva* del

3. S. Fratzke, *Not Adding Up: The Fading Promise of Europe's Dublin System*, in *Migration Policy Institute Europe*, March 2015, p. 24.

4. M. di Filippo, *Unione europea, migrazioni e sistema Dublino: qualche proposta non convenzionale*, in *Osservatorio sul diritto europeo dell'immigrazione*, Policy Briefs, Pisa, pp. 1-5, <http://immigrazione.jus.unipi.it>; L. Rizza, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 1 ss.; C. Favilli, *op.cit.*, p. 37; G. Lo Tauro, G. Quattrocchi, *Managing Migration Flows at the Balkan Borders: Which Challenges to the Rule of Law*, in *Blog ADiM*, giugno 2019, www.adimblog.com.

5. A cui si era cercato di porre rimedio tramite due decisioni del 2015 del Consiglio dell'Unione europea con cui veniva elaborato un piano *ad hoc* di *relocation* di richiedenti asilo giunti in Grecia e in Italia, v. Council Decision (EU) 2015/1523, 14.9.2015 e Council Decision (EU) 2015/1601, 22.9.2015.

6. Si veda il rapporto di valutazione della Commissione europea sul sistema Dublino del marzo 2016, *Evaluation of the implementation of the Dublin III*, 2016, pp. 7, 12, 15, 17; Consiglio d'Europa, *Report of the Commissioner for human rights of the council of Europe, Dunja Mijatović, Following her visit to Greece from 25 to 29 June 2018*, secondo cui «the Commissioner is deeply concerned at the situation of the majority of unaccompanied migrant children. She calls on the Greek authorities to urgently address this issue through a significant increase in the capacities of dedicated reception facilities, including shelters and especially supported independent living solutions», par. 60.

7. European Council, *EU-Turkey Statement*, 18 March 2016. Il Tribunale dell'Unione europea, nel dichiararsi incompetente ad esaminare tre ricorsi di cittadini pakistani e afgani rimandati dalla Grecia in Turchia (cause T-192/16, T-193/16, T-257/16 NF) chiarisce che né il Consiglio europeo né alcun'altra istituzione dell'Unione ha deciso di concludere un accordo con il governo turco in merito alla crisi migratoria e che la dichiarazione congiunta del 18 marzo 2016 tra Unione europea e Turchia è stato un atto siglato dai rappresentanti degli Stati membri che hanno agito in qualità di Capi di Stato o di Governo e non di Consiglio europeo.

8. Medecins sans frontières, *EU-Turkey deal continues cycle of containment and despair*, 18 march 2019; Y. Masouridou, E. Kyrioti, *The EU-Turkey statement and the Greek hotspots a failed european pilot project in refugee policy*, The Greens/European Free Alliance in the European Parliament, June 2018, p. 22; Greek Helsinki Monitor and other NGOs, *Joint submission to the UN Committee Against Torture ahead of the review of the periodic report of Greece, 67th Session 22 July 2019, 9 August 2019*, p. 13 ss.

regolamento 604/2013/UE (di seguito, anche regolamento, regolamento Dublino III o RDIII) che, minacciando la sovranità statale, devono essere osteggiati⁹.

A seguito di un periodo di monitoraggio condotto in Grecia, realizzato anche mediante una serie di interviste a richiedenti protezione internazionale nonché a *case workers*, è emersa in alcuni casi la mancata applicazione del principio dell'unità familiare e del superiore interesse del minore all'interno della procedura del regolamento Dublino. Tale prassi viene adottata, alternativamente o congiuntamente, in due ipotesi.

La prima riguarda il caso in cui il *database Eurodac*¹⁰ mostri che la famiglia era giunta in Grecia insieme, così da far supporre che la separazione sia stata autoinflitta successivamente con lo scopo di far (ri)formulare al minore domanda di protezione internazionale e, attraverso i criteri sul ricongiungimento familiare (artt. 8-11) o la c.d. clausola umanitaria (art. 17, co. 2), radicare la competenza dell'esame della protezione internazionale dell'intera famiglia nel Paese in cui il minore si trova.

La seconda, invece, attiene esclusivamente a criteri procedurali di ripartizione della competenza tra gli Stati membri e viene adottata nel caso in cui la richiesta di presa in carico dei genitori presenti in Grecia sia trasmessa all'Unità Dublino Germania (ove si trova il minore) oltre i tre mesi dalla data in cui i genitori hanno formalizzato per la prima volta domanda di protezione internazionale. In tali circostanze è stato rilevato che l'Unità Dublino Germania si dichiara competente per l'esame della domanda del minore ma al contempo rigetta la presa in carico dei genitori del minore rimasti in Grecia operando *de facto* una decisione di separazione del nucleo familiare.

Le motivazioni dei rigetti visionati sono stringate e si limitano a constatare che, essendosi il nucleo familiare separato volontariamente, non ci sono ragioni per attivare un ricongiungimento familiare. Altre volte, con più specificità, si ritiene che il ricongiungimento non corrisponda al superiore interesse del minore oppure viene richiamato lo spirare dei termini *ex art. 21* del regolamento 604/2013/UE. La Grecia, di

9. European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *The reform of the Dublin III regulation*, PE 571.360, 2016, p. 21 secondo cui «the wholesale condemnation of secondary movement and avoidance strategies as “abuse” and “asylum shopping” misses the fact that their motivations may be legitimate and relate more to the failings of the CEAS than abusive behaviour. Terms such as “asylum shopping” also mislead policy-makers by confusing existential needs with frivolous personal convenience».

10. Reg. 603/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione).

conseguenza, ha dichiarato che a seguito del rifiuto della presa in carico dell'Unità Dublino Germania chiederà la presa in carico del minore¹¹. Nonostante tali dichiarazioni, non sembrano esserci precedenti in tal senso, considerato anche che il trasferimento del minore nella Repubblica ellenica, come avremo modo di vedere, potrebbe comportare violazione dell'art. 3, co. 2 del regolamento Dublino III. Inoltre, la Grecia, in risposta a tale prassi e sulla scorta delle stesse considerazioni dell'Unità Dublino Germania, ha iniziato a non evadere le richieste di presa in carico presentate dai familiari presenti sul suo territorio¹².

Il presente contributo muove dalla necessità di valutare la possibile (il)legittimità di tali prassi, sia quella portata avanti da alcuni nuclei familiari di richiedenti asilo e rifugiati, sia quella delle Unità Dublino Germania e Grecia. A tal fine emergono due questioni principali da dover sciogliere. In primo luogo, se il ricorso a tecniche ipoteticamente elusive del regolamento – quali la separazione del nucleo familiare all'interno degli Stati membri – contrasti *sic et simpliciter* con il superiore interesse del minore e, in secondo luogo, se sussista un obbligo da parte di uno Stato membro a ritenersi competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale qualora l'applicazione dei termini procedurali previsti all'art. 21 del regolamento Dublino comporti una violazione del superiore interesse del minore all'unità familiare.

La tematica è complessa e pone di fronte a un delicato bilanciamento tra diversi interessi e diritti in gioco. Nel cercare di affrontare tali questioni, la prima parte (par. 2) verrà dedicata ad una preliminare ricognizione della collocazione del regolamento Dublino III all'interno del sistema delle fonti europee e internazionali nonché all'analisi della tutela multilivello del minore e dell'unità familiare all'interno del diritto europeo e internazionale. La seconda parte (parr. 3-4) si concentrerà sul significato tecnico giuridico del superiore interesse del minore, sulle caratteristiche dello stesso nonché sulle modalità con cui dovrebbe essere accertato nel caso in cui si reputi opportuno separare il minore dai genitori. Successivamente si cercherà di determinare il corretto *iter* procedurale di determinazione dello Stato competente alla luce del quadro teorico di riferimento così come ricostruito. Infine, la terza parte (par. 5) si concentrerà sulla possibile o doverosa applicazione delle clausole discrezionali (art. 17) del regolamento Dublino III con riferimento a richieste di ricongiungimenti familiari presentate tardivamente rispetto ai termini previsti dall'art. 21 dello stesso, con lo scopo di determinare fino a che punto la necessità di affermare la propria sovranità statale e di garantire il rispetto dei criteri

11. Asylum Service, *Legal Aid Working Group/Protection Working Group*, 21 November 2018, par. 5.

12. Prassi confermata in European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Asylum Information Database, *The implementation of the Dublin III Regulation in 2018*, 2019, p. 9; European Council on Refugees and Exiles, Asylum Information Database, *National Country Report: Greece*, 2018, p. 60.

procedurali del regolamento Dublino III possano limitare l'applicazione del principio del superiore interesse del minore volto al ricongiungimento familiare.

2. Regolamento Dublino III e regole relative alla determinazione dello Stato competente con riferimento a minori separati e familiari

Come noto, il regolamento Dublino III è il meccanismo normativo volto a stabilire i criteri di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

Il sistema Dublino considera il superiore interesse del minore (di seguito, anche SIM) e il rispetto alla vita familiare criteri fondamentali per la determinazione dello Stato membro competente, tracciando specifiche e diverse regole di attribuzione della competenza (artt. 8-11) a seconda dello *status* giuridico posseduto dagli stessi.

Qualora il minore richiedente asilo intenda ricongiungersi con familiari legalmente presenti in altro Stato membro, la competenza ad esaminare la sua domanda è attratta dallo Stato dove quest'ultimi risiedono, sempre che ciò corrisponda al suo interesse superiore (art. 8, co. 1) e che comunque ciò non comporti la violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti così come stabilito all'art. 3, co. 2 del regolamento stesso. Diversamente, qualora il minore abbia ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale in uno Stato membro e intenda dare avvio al ricongiungimento con familiari richiedenti asilo presenti in altri Stati è responsabile ad esaminare le domande di protezione internazionale lo Stato ove il minore è presente (art. 9).

All'interno del regolamento 604/2013/UE, l'importanza attribuita al principio del superiore interesse del minore trova riscontro all'art. 6, co. 1 con cui è disposto che lo stesso debba «costituire un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli Stati membri, di tutte le procedure previste dal presente regolamento». Tale previsione, così come confermato espressamente al consid. 13 dello stesso, è conforme alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989¹³ (*Convention on the Rights of the Child*, di seguito, CRC) e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴ (di seguito, anche Carta) che garantiscono che in tutte le decisioni o procedure amministrative o giudiziarie riguardanti il minore, il suo superiore interesse debba avere una considerazione preminente, consegnando allo stesso un ruolo attivo nel relativo processo di

13. UN General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, UNTS, vol., 1577, 20.11.1989, art. 3, co. 1.

14. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, (2012/C 326/02). IT. 26.10.2012.

determinazione attraverso il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, tenuto conto della sua età e del suo grado di maturità¹⁵.

Infine, il diritto all'unità familiare, la cui importanza per la crescita e benessere del minore è riconosciuta a livello internazionale¹⁶, si presenta come criterio fondamentale nell'applicazione, da parte degli Stati membri, del regolamento Dublino III (consid. 14) nonché come elemento per la determinazione del superiore interesse del minore (art. 6, co. 3).

Delineati i criteri stabiliti dal regolamento Dublino III in tema di ricongiungimento familiare, è necessario precisare che gli stessi non possono essere letti in isolamento¹⁷. Difatti, in un'ottica di gerarchia delle fonti, il regolamento 604/2013/UE si colloca come fonte secondaria – ossia di diritto derivato – la cui interpretazione e applicazione devono conformarsi alle fonti di diritto primario quali il Trattato dell'Unione europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nonché rispettare i diritti fondamentali previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*ex art. 6, co. 1 del TUE*) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*ex art. 52, co. 3 della Carta*). Inoltre, e in linea con l'art. 78, co. 1 del TFUE¹⁸, il regolamento Dublino III deve rispettare le pertinenti disposizioni del diritto internazionale, così come richiamato

15. CRC, art. 12 secondo cui «1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. 2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law»; Carta, art. 24 secondo cui «1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

16. UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10.12.1948, 217 A (III), art. 16, co. 3 «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State»; UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29.5.2013, CRC /C/GC/14, par. 59.

17. Corte giust., *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, [GC], (C-411/10), 21712/2011, secondo cui al par. 77 «occorre rilevare altresì che, secondo una giurisprudenza costante, gli Stati membri sono tenuti non solo a interpretare il loro diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione, ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione di norme di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione».

18. In base al quale la politica comune in materia di asilo deve essere «conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967, e agli altri trattati pertinenti». Ciò implica che le istituzioni europee, nell'emanare atti di diritto derivato, devono rispettare tali convenzioni per far sì che gli Stati membri non si trovino vincolati da obblighi tra loro incompatibili ed evitando così che emergano profili di responsabilità per la violazione dell'uno a causa del rispetto dell'altro, C. Favilli, *op.cit.*, p. 30.

espressamente al consid. 32 dello stesso¹⁹. Ne consegue che ciascuno Stato, nell'applicare il regolamento 604/2013/UE, è vincolato dagli obblighi che derivano dalle fonti primarie dell'UE e dagli strumenti giuridici internazionali, quali il rispetto del superiore interesse del minore e del diritto all'unità familiare, di cui il ricongiungimento è naturale corollario, (*ex art. 7 della Carta e art. 8 CEDU*), il diritto del minore ad essere ascoltato (art. 24 della Carta), l'art. 19, co. 6 della Carta sociale dell'UE²⁰, nonché le pertinenti disposizioni della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti del fanciullo²¹ e del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ICCPR)²².

3. Il superiore interesse del minore al ricongiungimento familiare all'interno del regolamento Dublino III

Considerato che l'Unità Dublino indica il superiore interesse del minore come motivazione principale ai fini della non applicazione del ricongiungimento familiare²³, pare necessario delineare le caratteristiche dello stesso e le modalità con cui dovrebbe essere determinato.

Il superiore interesse del minore si presenta come un concetto olistico, complesso, dinamico e flessibile che mira a garantire un pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti riconosciuti ai minori indipendentemente dallo *status* posseduto²⁴ e che necessita di una

19. Reg. 604/2013/UE, consid. 32, «Per quanto riguarda il trattamento di persone che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, gli Stati membri sono vincolati dagli obblighi che a essi derivano dagli strumenti giuridici internazionali, compresa la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

20. Carta sociale europea (riveduta), STE n. 163, Strasburgo, 3.5.1996; European Committee of Social Rights, *Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter (elaborated during the 280th session of the European Committee of Social Rights in Strasbourg, 7-11 September 2015)*, 5 October 2015, par. 2 «The Committee considers that the obligations undertaken by the States Parties by virtue of the European Social Charter are appropriate to promote and to firmly establish the prompt social integration of refugees in the host societies. It recalls that these obligations require a response to the specific needs of refugees and asylum seekers, such as [...] the liberal administration of the right to family reunion».

21. CRC, art. 3 relativo all'interesse superiore del minore; art. 9 relativo al diritto di mantenere relazioni personali e contatti coi genitori; artt. 10 e 22 relativi al ripristino dei legami familiari; art. 12 relativo al rispetto del punto di vista del minore e al diritto di essere ascoltato.

22. UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, UNTS, vol. 999 and vol. 1057, 16.12.1966, art. 23 secondo cui «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State». Per una ricognizione agevole e dettagliata dei diritti del minore all'unità familiare garantiti dagli strumenti di diritto europeo e internazionale si veda European Asylum Support Office (EASO), *Practical guide on the best interests of the child in asylum procedures*, EASO, 2019, p. 40 e ss.

23. Asylum Service: *Legal Aid Working Group/Protection Working Group*, cit., par. 5 «Children already registered with their families in Greece who show themselves in other EU MS do not justify “take charge” requests by Greece for their family members left behind in Greece. This practice is against the best interest of children and the AS Director has zero tolerance for this type of Dublin cases. In these cases, a “take back” request will be sent by Greece for the return of the child and the reunification with his family in Greece. No article 17 “take charge” request will be sent».

24. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1.9.2005, CRC/GC/2005, par. 18, «The

valutazione caso per caso. All'interno della tutela multilivello di matrice internazionale ed europea il SIM acquisisce un significato tecnico giuridico ben preciso che genera diritti di natura sostanziale e procedurale, rappresentando inoltre un fondamentale principio giuridico interpretativo²⁵.

Dal punto di vista sostanziale, il superiore interesse del minore crea un'intrinseca obbligazione per gli Stati al suo rispetto, essendo direttamente applicabile (*self-executing*)²⁶. Ciò implica, ad esempio, che qualora uno Stato membro non fosse provvisto di una legislazione domestica che contenga esplicitamente l'obbligo di identificare, valutare e determinare il SIM nelle sue decisioni, tale diritto sarebbe comunque invocabile dinnanzi al giudice²⁷. Dal punto di vista procedurale, inoltre, ogni decisione deve dimostrare che il superiore interesse del minore sia stato preso correttamente in considerazione, specificando i criteri adottati e come lo stesso sia stato opportunamente controbalanciato con altre considerazioni²⁸.

Qualora la relazione tra il minore e i genitori sia stata interrotta a causa di un processo migratorio, la preservazione dell'unità familiare dovrebbe essere presa in considerazione nel momento di valutazione del SIM²⁹. Quindi, una volta che la famiglia è stata rintracciata, i rapporti familiari verificati e la volontà del bambino e dei genitori di ricongiungersi sono stati confermati, il ricongiungimento dovrebbe quindi generalmente corrispondere al SIM.

Per quanto riguarda la competenza ad accertare e/o determinare il superiore interesse del minore, prima di provvedere al ricongiungimento familiare ai sensi della procedura Dublino viene condotto il c.d. *best interests assessment* che è una valutazione multidisciplinare effettuata da esperti (assistenti sociali, assistenti legali, etc.) alla presenza del minore avente l'obiettivo di bilanciare tutti gli elementi necessari volti ad una prima considerazione sul superiore interesse del minore a ricongiungersi coi familiari³⁰.

principle of non-discrimination, in all its facets, applies in respect to all dealings with separated and unaccompanied children. In particular, it prohibits any discrimination on the basis of the status of a child as being unaccompanied or separated, or as being a refugee, asylum-seeker or migrant».

25. CRC, *General comment No. 14 (2013)*, cit., parr. 4 e 6; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016, p. 70.

26. CRC, *General comment No. 14 (2013)*, cit., par. 6, b).

27. D. Beltman, et al., *The legal effect of best interest of the child reports in judicial migration proceedings: a qualitative analysis of five cases*, in *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 years and looking ahead*, a cura di T. Liefwaard, S. Nielsen, Leiden/Boston, Brill/ Nijhoff, 2016, p. 661 ss.

28. CRC, *General comment no. 14(2013)*, cit., par. 6.

29. *Ivi*, par. 66.

30. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child*, November 2018, p. 8; European Asylum Support Office (EASO), *op.cit.*, p. 10. Il *BIA* e il *BID* vengono condotti attraverso l'impiego di formulari standardizzati da parte di organizzazioni come UNHCR, EASO, IOM o altre organizzazioni autorizzate dalle Unità Dublino.

Qualora però sorgano dubbi sull'opportunità di provvedere a un ricongiungimento, è necessario effettuare un *best interest determination (BID)* che descrive il processo formale progettato per determinare il superiore interesse del minore per decisioni particolarmente importanti (come la possibilità di separarlo dai genitori) che richiedono garanzie sostanziali e procedurali più severe³¹.

Le linee guida dell'UNHCR ed EASO, nel riflettere i principi di diritto internazionale, così interpretati anche nel Commento generale n. 14 (2013) del Comitato ONU sui diritti del fanciullo, ci offrono una non esaustiva e non gerarchica lista di elementi-diritti da tenere in considerazione³². Il *BID* dovrebbe iniziare con la valutazione delle specifiche circostanze del caso concreto che possono variare dalle caratteristiche del minore quali l'età, il suo punto di vista, il sesso, il livello di maturità, l'esperienza, l'appartenenza a una minoranza, l'avere disabilità fisiche, sensoriali o intellettive, così come il contesto sociale e culturale di provenienza come la presenza o l'assenza di familiari, la qualità delle relazioni tra gli stessi e la sicurezza dell'ambiente in cui vive³³.

Quando, all'esito del *BID*, risulta che vi siano motivi ostativi al ricongiungimento (esempio casi di abusi o altre possibili conseguenze negative per il minore) la decisione circa la separazione del nucleo familiare ricade unicamente sullo Stato³⁴.

Il Comitato ONU sui diritti dei minori stabilisce che quando debba essere presa una decisione che possa comportare la separazione del minore con i genitori, la competenza sia demandata, in conformità all'art. 9 della CRC, ad un *team* di professionisti provenienti da varie aree del sapere (giuristi, sociologi, educatori e psicologi) con un appropriato coinvolgimento giudiziale³⁵.

Data la gravità dell'impatto sul minore, la separazione dai propri genitori, anche qualora avvenisse come misura provvisoria, dovrebbe costituire l'*extrema ratio* qualora non siano possibili misure meno intrusive³⁶ e solo nei casi *ex lege* previsti, ossia qualora sia intervenuta una separazione dei genitori e debba essere stabilito chi assumerà la responsabilità genitoriale o nel caso di seri abusi o negligenze all'interno della famiglia³⁷. Prima di stabilire una decisione di separazione lo Stato deve fornire supporto ai genitori nell'assumere le loro responsabilità genitoriali e garantire al minore un'adeguata

31. CRC, *General comment no. 14(2013)*, cit., par. 47.

32. *Ivi*, par. 50 e ss.

33. *Ivi*, parr. 48 e 49.

34. UNHCR, *Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child*, p. 36.

35. CRC, *General Comment no. 14(2013)*, cit., parr. 64, p. 94.

36. *Ivi*, par. 61; UNHCR, *op.cit.*, p. 73.

37. CRC, artt. 9 e 10; UNHCR, *op.cit.*, pp. 34-36; J. Zermatten, *The best interests of the child: literal analysis, function and implementation*, in *Institut international des droits de l'enfant*, Working report, 2010, p. 14.

partecipazione, permettendogli di esercitare il suo diritto ad essere ascoltato (art. 6, co. 3 RDI, art. 24 Carta e art. 12 CRC).

Il ricorso all'art. 9 della CRC per giustificare i motivi che possano legittimare una decisione di separazione del nucleo familiare diviso tra Stati membri potrebbe far sorgere criticità. Difatti, durante i *travaux préparatoires* alla Convenzione l'allora presidente del gruppo di lavoro dichiarò che l'art. 9 andava inteso con riferimento a casi di separazioni tra minori e genitori all'interno dello stesso Paese (*domestic situation*), mentre i casi riguardanti la separazione o ricongiungimento di familiari residenti in Paesi diversi sarebbero stati disciplinati dal successivo art. 10³⁸, il quale, per altro, lasciava impregiudicato il diritto generale di ciascuno Stato di stabilire e regolare le rispettive norme migratorie in conformità alle loro obbligazioni internazionali³⁹. In tal senso, secondo questa impostazione, in casi concernenti il ricongiungimento familiare tra stranieri presenti in Stati diversi l'art. 9 non avrebbe alcuna rilevanza⁴⁰.

Tale posizione venne tuttavia criticata da altri membri del gruppo di lavoro⁴¹ che considerarono come le disposizioni sul ricongiungimento familiare (*ex art. 10*) dovessero essere interpretate alla luce dell'art. 9 e del diritto internazionale⁴².

Il tenore letterale dell'art. 10, difatti, dispone che il ricongiungimento debba avvenire in conformità con l'obbligo degli Stati Parte di cui all'articolo 9, par. 1 ossia, in sintesi,

38. Secondo cui «In accordance with the obligation of States Parties under article 9, paragraph 1, applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family».

39. S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, 1999, p. 170; Commission on Human Rights, *Question of a Convention on the rights of the child. Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the Child*, E/CN.4/1989/48, 2 March 1988, par. 203.

40. J. Werner, M. Goeman, *Families constrained: an analysis of the best interests of the child in family migration policies*, Defence for Children e Adessium Foundation, 2015, p. 8.

41. R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*, UNICEF, III ed., 2007, p. 126; Commission on Human Rights, *Question of a Convention on the rights of the child. Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the Child*, E/CN.4/1989/48, 2 March 1988. Il Portogallo, Svezia e Italia, in risposta alle dichiarazioni del Presidente del Gruppo di lavoro ritennero che «the term international obligations means not only the treaties concluded or ratified by a State but also the principle recognized by the international community, particularly United Nations legal instruments for the protection of human rights» e che il termine «*international obligations*» dovrebbe includere «the provisions of this Convention», tra cui è incluso l'attuale art. 9, cit. parr. 204-206. La Germania esplicitò che «the representative of the Federal Republic of Germany reserved the right to declare that silence in the face of the Chairman's declaration did not mean agreement with it», cit., par. 206.

42. Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports of States parties*, Canada CRC/C/SR.216, «referring again to the question of immigration and refugees, noted that the Canadian Government in its policy in that area had placed great emphasis on the fact that international law did not recognize a right to family reunification. However, that must be seen in the context of the obligations of States parties under article 9 of the Convention, which stated that children should not be separated from their parents unless that was in the best interests of the child. Was it the case in Canada that such decisions were always made, in accordance with article 9, by competent authorities subject to judicial review?» par. 84.

non separare il minore dai genitori contro la sua volontà a meno che la stessa sia nel suo superiore interesse. In tal senso, il collegamento esplicito all'art. 9 significa che l'obbligo ivi imposto per garantire l'unità delle famiglie all'interno dello Stato determina anche l'azione dello stesso Stato con riferimento a familiari presenti in differenti Stati⁴³. Quindi, fermo restando che l'art. 10 non fa maturare un diritto assoluto di entrata in uno Stato che non sia il proprio, nel momento in cui la richiesta di ricongiungimento familiare rispetti le norme migratorie dello Stato in questione (nello specifico il reg. Dublino, artt. 8-11 e art. 17) la eventuale motivazione ostativa a un ricongiungimento dovrebbe residuare nella presenza di una delle situazioni previste all'art. 9 della CRC (in particolare, abusi o negligenze da accertare per via giudiziale).

Cercando di applicare tali principi e regole di diritto al caso concreto, all'uopo, potrebbe essere segnalata la pericolosità di desumere *ipso facto* che, avendo rilevato il *database Eurodac* che la famiglia era presente in Grecia, la successiva separazione sia stata inflitta in maniera volontaria al fine di aggirare le regole normative del regolamento 604/2013/UE e che ciò contrasti *sic et simpliciter* con il superiore interesse del minore.

Invero, dal monitoraggio effettuato, i casi di separazione tra minore e genitori ben differiscono l'uno dall'altro. Si va dal caso di separazione non volontaria, nell'ipotesi in cui l'intera famiglia abbia cercato di proseguire verso la rotta balcanica e, a seguito di controlli di frontiera, solo il minore adolescente sia riuscito a proseguire oltre i confini ellenici; al caso di separazione in cui i genitori hanno dato "mandato familiare" al minore adolescente di proseguire verso la rotta balcanica e raggiungere la Germania, fino ad arrivare a casi estremi, dove la scelta dei genitori si è spinta ad affidare informalmente il minore, talvolta dell'età di 3 o 5 anni, a terza persona che, in caso di controlli di frontiera, lo dichiarava falsamente come figlio proprio.

Preme evidenziare che in casi di separazione sospetta, le cautele poste in essere dalle Unità Dublino, più che legittime sono doverose. Sugli Stati membri, difatti, incombono obblighi positivi di tutela nei confronti di ciascun minore sottoposto alla loro giurisdizione⁴⁴.

43. K. Jastram, K. Newland, *Family unity and refugee protection*, in *Refugee protection in international law: Unhcr's global consultation on international protection*, a cura di E. Feller et al., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 578.

44. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Lussemburgo, 2016, p. 122 ss.

Secondo l'UNICEF, in relazione alle richieste di ricongiungimento col minore, le autorità competenti devono altresì valutare che i genitori non stiano sfruttando la situazione per ottenere un permesso di soggiorno in quel Paese⁴⁵.

A tal proposito, la Corte EDU tiene di conto se i genitori abbiano volontariamente lasciato i propri figli nel loro Paese d'origine come fattore potenzialmente contrario al ricongiungimento familiare ma, al contempo, chiarisce che nel caso di rifugiati, spesso gli stessi possono essere stati costretti dalle circostanze⁴⁶. Inoltre, la Corte EDU ha chiarito in più pronunce che, di per sé, il fatto che il nucleo familiare si sia separato volontariamente non può essere ritenuto come una decisione irrevocabile di rinunciare ad un futuro ricongiungimento⁴⁷.

Come è ben immaginabile ciascuna ipotesi ha specificità proprie. Stabilire se tali prassi comportino una rinuncia al diritto all'unità familiare o integrino la fattispecie di negligenza o possano addirittura, in casi estremi, comportare l'apertura di una dichiarazione di abbandono, è una questione altamente sensibile che opera senza alcun automatismo e richiede una valutazione caso per caso degli eventi che hanno portato alla separazione del nucleo, nonché un esame delle situazioni di indigenza delle persone che vivevano in Grecia, dell'età del minore e della sua opinione. Sono situazioni delicate che necessitano una valutazione individuale di natura multidisciplinare da demandare a organi giudiziari coadiuvati da professionisti. Tale competenza non può quindi essere delegata alle Unità

45. UN Children's Fund (UNICEF), *Judicial Implementation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child in Europe: The case of migrant children including unaccompanied children*, 2012, p. 104.

46. Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, 2017, p. 21.

47. Corte EDU, sentenza del 10 luglio 2014, *Senigo Longue et autres c. France*, ric. n. 19113/09. Il caso riguardava una cittadina originaria del Camerun la quale, dopo essersi trasferita in Francia e ottenuto la relativa cittadinanza, si vedeva respinta la richiesta di ricongiungimento familiare coi suoi figli nati e cresciuti in Camerun. La Corte ritiene che «toutefois, si la résidence séparée des requérants est le résultat d'une décision prise par la première d'entre eux, rien n'indique dans le dossier qu'elle a renoncé à la réunification de la famille, ainsi qu'en attestent les nombreuses démarches accomplies, les déplacements au Cameroun et le maintien des contacts avec eux» par. 64; Corte EDU, sentenza del 21 dicembre 2011, *Sen v. the Netherlands*, ric. n. 31465/96. Il caso riguardava un minore nato e cresciuto in Turchia dopo che i genitori, quando lo stesso aveva tre anni, si erano trasferiti stabilmente nei Paesi Bassi e per il quale veniva rifiutata la richiesta di ricongiungimento familiare con gli stessi. La Corte ritiene che «Il est vrai que ces derniers ont choisi, après que Sinem ait passé les trois premières années de sa vie avec sa mère, de laisser leur aînée en Turquie [...]. Cette circonstance intervenue dans la prime enfance de Sinem ne saurait toutefois être considérée comme une décision irrévocable de fixer, à tout jamais, son lieu de résidence dans ce pays et de ne garder avec elle que des liens épisodiques et distendus, renonçant définitivement à sa compagnie et abandonnant par là toute idée de réunification de leur famille», par. 40; Corte EDU, sentenza del 1 dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands*, ric. n. 60665/00. Il caso vedeva coinvolta una minore di quindici anni, cresciuta in Eritrea con la nonna e la zia, per la quale era stata rifiutata una richiesta di ricongiungimento con la madre nei Paesi Bassi. La Corte ritiene che «however, the Court has previously held that parents who leave children behind while they settle abroad cannot be assumed to have irrevocably decided that those children are to remain in the country of origin permanently and to have abandoned any idea of a future family reunion» par. 45.

Dublino senza che le stesse adottino le precise garanzie sostanziali e procedurali sopra delineate, in rispetto del divieto di discriminazione (art. 2 CRC e art. 21 Carta)⁴⁸.

4. Conseguenze del *best interests determination*

Nel caso in cui il *BID*, così come condotto a regola d'arte, determini che a causa della c.d. *self-inflicted separation* il ricongiungimento familiare non corrisponda al superiore interesse del minore, in conformità con l'art. 8, co. 4 del regolamento Dublino III, lo Stato membro che ha esaminato la domanda di protezione internazionale del minore (o che dovrà esaminarla) rigetta la presa in carico per i familiari presenti in altro Stato membro. Diversamente, nel caso in cui si determini che tale separazione sia un evento che non inficia il diritto del minore a essere ricongiunto con i genitori, si apre un doppio scenario a seconda dello *status* giuridico posseduto dallo stesso, ossia se abbia già ottenuto il riconoscimento della protezione internazionale oppure sia ancora formalmente un richiedente asilo, essendo la sua domanda ancora pendente.

4.1. Minore beneficiario della protezione internazionale e ricongiungimento familiare

Come anticipato sopra, qualora il minore sia stato autorizzato a soggiornare in qualità di beneficiario di protezione internazionale in uno Stato membro, tale Stato è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale dei familiari richiedenti asilo (art. 9 RDIII). Il rifiuto della presa in carico in tale evenienza, contrastando con il superiore interesse del minore, oltre a non rispettare i criteri stabiliti dal regolamento comporterebbe una violazione dell'art. 7 della Carta e dell'art. 8 CEDU.

Per quanto riguarda la possibile violazione dell'art. 8 CEDU è necessario effettuare qualche premessa. La tutela dell'unità familiare ha conosciuto una vivace applicazione all'interno dell'art. 8 CEDU nei confronti dei *settled migrant*⁴⁹ (quindi applicabile ai beneficiari di protezione internazionale). Non vi sono precedenti nella Corte EDU che espressamente trattino di restrizioni al diritto al ricongiungimento familiare a seguito dei c.d. movimenti secondari all'interno dei Paesi membri. Tuttavia, pare utile analizzare i principi emersi dalla corposa produzione giurisprudenziale elaborata dalla Corte stessa in casi che, seppure differiscano parzialmente dalla questione oggetto della presente trattazione, possono essere utili attraverso una loro interpretazione analogica.

48. CRC, *General comment no. 14 (2013)*, cit., par. 41.

49. C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14.3.2018.

Nel conciliare le prerogative statali al controllo migratorio con il diritto alla vita familiare degli stranieri, la Corte di Strasburgo ricorda che, ai sensi del diritto internazionale, ciascun Stato sovrano ha diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e l'art. 8 CEDU, in quanto tale, non comporta un obbligo generale per lo Stato di rispettare la scelta degli stranieri di risiedere sul territorio e di autorizzare il ricongiungimento familiare nel suo territorio⁵⁰.

Nonostante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non preveda espressamente il diritto al superiore interesse del minore, la Corte EDU ha sviluppato, a partire dagli anni 2000, una corposa giurisprudenza con cui ha iniziato a includere nelle sue decisioni relative alla tutela della vita familiare (*ex art. 8 CEDU*) l'obbligo di tenere in considerazione il superiore interesse del minore⁵¹.

In casi concernenti la presenza di minori, i giudici di Strasburgo hanno mostrato una particolare sensibilità in tema di *fair balance* tra diritto all'unità familiare (art. 8, co. 1) e interferenza legittima (art. 8, co. 2) soprattutto qualora vi siano ostacoli maggiori o insormontabili⁵² alla costruzione della vita familiare altrove. In tal senso, quello che potrebbe essere definito il *elsewhere approach* funge da clausola di salvaguardia per i beneficiari di protezione internazionale il cui *status* prova *in re ipsa* che l'unità familiare non può essere goduta nel Paese di origine⁵³.

50. Corte EDU, sentenza del 13 ottobre 2016, *B.A.C. v. Greece*, ric. n. 11981/15, secondo cui «according to the established case-law of the Court, the Convention does not secure the right of an individual to enter or reside in a State of which he is not a national, or his right not to be expelled from such State, and the Contracting States have the right to control, pursuant to a well-established principle of international law, the entry, stay and removal of non-nationals», par. 35.

51. P. Biondi, *The best interests of the child and the right to family unity under the EU law*, in International Association of Refugee and Migration Judge, 11th world conference 2017, p. 14 ss.; F. Nicholson, *The "Essential Right" to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification*, UNHCR, II ed., 2018, pp. 12-24.

52. Corte EDU, *Sen v. the Netherlands*, cit., dove «la Cour estime qu'il existe toutefois dans la présente affaire un obstacle majeur au retour de la famille Şen en Turquie», par. 40; Corte EDU, sentenza del 5 aprile 2015, *Benamar and Others v. the Netherlands*, ric. n. 43786/04. Il caso riguardava una cittadina del Marocco stabilita in Olanda alla quale era stato negato il ricongiungimento familiare coi quattro figli che vivevano in Marocco. La Corte non ritenne violato l'art. 8 CEDU in quanto «the Court has found no indication of any insurmountable objective obstacle for the applicants to develop this family life in Morocco. In this connection the Court considers that it has not been established that it would be impossible for the mother [...] to return to Morocco to settle with the children», p. 8. Per un'analisi giurisprudenziale più dettagliata si veda S.A. Motz, *Family reunification for refugees in Switzerland. Legal Framework and Strategic Considerations*, Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM), UNHCR, 2017 p. 24 ss.

53. Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *op.cit.*, p. 21 ss.; European Council on Refugees and Exiles (ECRE) European Legal network on Asylum (ELENA), *Information note on family reunification for beneficiaries of international protection in Europe*, June 2016, p. 13; A. Grgić, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the best interest of the child in family affairs*, in *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, a cura del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2016, p. 111 ss.; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The "Essential Right" to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification*, January 2018, II ed., p. 17.

Anche se tale giurisprudenza si è sviluppata sulla possibilità o meno di ristabilire l'unità familiare con riferimento al Paese di origine, il ragionamento sottostante a tale principio è che non può ritenersi praticabile il ricongiungimento in un Paese dove vi sia un rischio reale che i familiari siano esposti, ad esempio, a trattamenti inumani o degradanti (art. 3, co. 2 RDI, art. 4 Carta, art. 3 CEDU), un divieto di natura assoluta che, all'esito di un esame individuale, potrebbe essere applicato al caso di un trasferimento in Grecia, le cui possibili condizioni inumane o degradanti di accoglienza, come analizzeremo sotto, sono oramai una dolorosa verità processuale.

4.2. *Minore richiedente asilo e ricongiungimento familiare*

Nel caso in cui il minore sia un richiedente asilo, in conformità all'art. 8, co. 1 del regolamento 604/2013/UE, lo Stato membro ove il minore è presente dovrebbe inviare una richiesta di presa in carico allo Stato membro ove risiedono i familiari; quindi in questa ipotesi il minore dovrebbe essere trasferito in Grecia.

Tuttavia, il regolamento Dublino III, all'art. 3, co. 2, stabilisce il divieto di trasferire un richiedente asilo, nel nostro caso il minore, verso lo Stato membro inizialmente designato come competente qualora si abbiano fondati motivi di ritenere che sussistano carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 3 CEDU (*ex* art. 52, co. 3 della Carta stessa).

A partire da due note sentenze, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁵⁴ e *N.S.*⁵⁵, rispettivamente della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, le gravi carenze sistemiche del sistema ellenico che hanno determinato, tra le altre, la violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, sono diventate una triste verità processuale. Per tale motivo, a partire dal 2011, gli Stati membri hanno sospeso i trasferimenti di richiedenti protezione internazionale a norma del regolamento Dublino verso la Grecia, principale Paese di primo ingresso sulla rotta del mediterraneo orientale, che continua ad essere sottoposta ad un'enorme pressione migratoria, determinando una situazione eccezionale e instabile.

54. Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. [GC], 30696/09.

55. Corte Giust., sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. v. Secretary of State for the Home Department*, [GC] C-411/10.

Oltre ai precedenti giurisdizionali sopra analizzati⁵⁶, alle numerose testimonianze e ai *reports* ufficiali⁵⁷, ad evidenziare i gravi problemi di conformità del sistema di asilo ellenico ai criteri stabiliti dall'*aquis* dell'Unione, giunge nel 2016 la Commissione dell'UE che con apposita raccomandazione⁵⁸ specifica come, nonostante gli sforzi profusi per migliorare il funzionamento del sistema di asilo, la Repubblica ellenica debba ancora compiere progressi e la ripresa integrale dei trasferimenti Dublino verso la Grecia non sia ancora raccomandabile. Nello specifico, nonostante i trasferimenti dovrebbero riprendere gradualmente, in funzione delle capacità greche di accoglienza e di trattamento delle domande, per il momento non dovrebbero essere trasferiti in Grecia richiedenti asilo vulnerabili, minori non accompagnati compresi⁵⁹, raccomandazione che, a più ampio respiro, riflette le garanzie del complessivo sistema internazionale ed europeo di protezione del minore⁶⁰.

Seppur quindi non viga *a priori* un divieto di trasferimento di minori in Grecia, la Corte EDU, nel giudizio relativo al rischio di subire una lesione del divieto di cui all'art. 3, co. 2 del regolamento Dublino III, a più riprese sancisce il principio della prevalenza della sostanza sulla forma. In tal senso, non è sufficiente l'aver formalmente ratificato o approvato misure legislative al rispetto del diritto europeo. È necessario che lo Stato designato come competente dia sostanziali rassicurazioni che, in caso di trasferimento, venga garantito che il nucleo familiare sarà accolto in maniera adatta al minore⁶¹.

56. Cfr. ICCPR, Communication n. 2770/2016, *OYKA v. Denmark*, 7.11.2017, Il caso riguardava un minore non accompagnato siriano che dopo aver presentato domanda di protezione internazionale in Grecia non aveva ricevuto alcun sostegno dalle autorità greche. Dopo aver vissuto per strada per due mesi si recava in Danimarca per presentare nuova domanda di protezione la quale veniva respinta. Il Comitato ritenne che «the applicant's inconsistencies with regard to his age did not exempt Denmark from taking other reasonable measures to remove doubts concerning his age and his right to obtain the special measures of protection that would have been available for a minor, including taking into account information regarding the conditions of reception of migrant minors in Greece. Therefore, it found that the applicant's deportation to Greece, without taking such special measures and reviewing the applicant's claim, would violate his rights under Articles 7 and 24 ICCPR», par. 8.2.

57. Council of Europe (PACE), *Following refugee death, rapporteur urges end to 'inhuman' conditions for asylum seekers in Greece*, 10.1.2019, disponibile al sito <https://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=7320&lang=2&cat=134>.

58. European Commission, *Recommendation addressed to the Member States on the resumption of transfers to Greece under Regulation (EU) No. 604/2013*, C(2016) 8525, 8.12.2016.

59. *Ivi*, parr. 14 e 33.

60. UNCHR, *op.cit.*, p. 70; CRC, *General comment No. 6 (2005)*, cit.

61. Corte EDU, sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Switzerland*, ric. n. [GC], 29217/12. Il procedimento riguardava il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, quali un nucleo familiare con minori. La Corte ritenne che «were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together, there would be a violation of Article 3 of the Convention», par. 122.

In tali casi, la Germania dovrebbe quindi ritenersi competente ad esaminare la domanda del minore in base al combinato disposto dell'art. 3, co. 2 con l'art. 8, co. 1 e parimenti, come verrà argomentato di seguito, dovrebbe essere obbligato ad accettare la presa in carico dei genitori in base all'art. 21 o all'art. 17 del regolamento Dublino III, a seconda delle tempistiche procedurali con cui la necessità di provvedere a ricongiungimento si è verificata.

5. Ricongiungimento familiare oltre i termini previsti dall'art 21 del regolamento Dublino III: la rilevanza delle clausole discrezionali

Infine, a prescindere dalle considerazioni attinenti al SIM e alla supposta pratica abusiva del RDIII, dal 2018⁶² l'Unità Dublino Germania ha iniziato a rifiutare le richieste di presa in carico di familiari presenti in Grecia qualora le stesse siano state presentate dall'Unità Dublino Grecia dopo lo spirare dei termini previsti all'art. 21 RDIII.

Tale articolo è inserito nel capo IV del RDIII volto a stabilire i criteri procedurali che disciplinano i rapporti tra i Paesi membri al fine di determinare lo Stato competente. In base al suddetto criterio, difatti, lo Stato membro che ha ricevuto una domanda di protezione internazionale (in questo caso la Grecia dove sono presenti i genitori del minore) e ritiene che un altro Stato membro sia competente (in questo caso la Germania dove si trova il minore) può chiedere a quest'ultimo di prendere in carico il richiedente quanto prima e, al più tardi, entro tre mesi dalla presentazione della domanda di protezione internazionale formalizzata in Grecia.

L'Unità Dublino Germania, a giustificazione della prassi sopra riportata, richiama la sentenza *Mengesteab*⁶³ resa dalla Corte giust. nel caso di un cittadino eritreo adulto che aveva proposto domanda di protezione internazionale in Germania le cui impronte digitali erano state però rilevate in Italia. In applicazione quindi del combinato disposto degli artt. 3, co. 1 e 13 del regolamento 604/2013/UE lo Stato competente sarebbe stato l'Italia, tuttavia la richiesta di ripresa in carico era stata presentata dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto all'art. 21 dello stesso. Per tale motivo la Corte giust. decide che non poteva validamente adottarsi alcuna decisione di trasferimento verso l'Italia e la competenza dell'esame della domanda di protezione internazionale spettava quindi alla Germania.

62. Secondo i dati offerti dal *Greek asylum Service*, nel 2017 il 10% delle richieste di presa in carico erano rifiutate, nel 2018 si assiste a un drastico aumento, ossia circa il 60% sino a raggiungere il 75% nel 2019. Si veda Hellenic Republic Ministry of Migration Policy, *Statistical Data of the Greek Dublin Unit (7.6.2013-30.9.2018)* reperibile al sito internet http://asylo.gov.gr/en/wp-content/uploads/2018/10/Dublin-stats_September18EN1.pdf.

63. Corte giust., sentenza del 26 luglio 2017, *Tsegezab Mengesteab contro Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16.

Il ricorso al caso *Mengesteab* per legittimare la decisione di rifiutare *de plano* le richieste di presa in carico in casi di ricongiungimenti familiari “tardivi” solleva però alcune criticità sia di compatibilità interna con lo stesso regolamento Dublino III sia di conflitto esterno con le altre norme di diritto europeo e internazionale pertinenti⁶⁴.

È necessario quindi chiedersi se sussista un obbligo da parte di uno Stato membro a ritenersi competente ad esaminare comunque la domanda di protezione internazionale dei familiari del minore presenti in altro Stato membro qualora l'applicazione dei criteri procedurali previsti all'art. 21 del regolamento 604/2013/UE comporti una violazione del diritto all'unità familiare, previsto tra gli scopi e obiettivi dello stesso (consid. 13-17, art. 6, co. 3) nonché dall'art. 8 CEDU e art. 7 della Carta.

Per quanto riguarda la compatibilità interna, difatti, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, cui il RDIII fa parte, si deve tener conto non solo della lettera della stessa ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte⁶⁵. Nel caso *Mengesteab*, l'applicazione dei termini previsti dall'art. 21 del regolamento Dublino III non confliggeva con altro criterio interno al Regolamento stesso, quale, nel nostro caso, il superiore interesse del minore e la tutela all'unità familiare.

Per quanto riguarda la compatibilità esterna, inoltre, come ricordato in precedenza, il regolamento, in un'ottica di gerarchia delle fonti, è norma di diritto derivato la cui interpretazione e applicazione devono essere conformi al diritto primario dell'Unione, ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta dell'Ue, nonché all'evoluzione del diritto internazionale.

In presenza di una richiesta di presa in carico ai fini del ricongiungimento familiare presentata oltre i termini dell'art. 21 RDIII, si ritiene dovrebbe farsi ricorso alle clausole discrezionali previste all'art. 17 del RDIII. Difatti, considerate la preminente importanza del superiore interesse del minore e dell'unità familiare, sia come criterio di determinazione dello Stato competente all'interno del RDIII sia come diritti fondamentali sanciti a livello europeo e internazionale, l'applicazione in termini assoluti dell'art. 21 RDIII comporterebbe un'ingiustificata lesione di tali diritti.

Tale evenienza era già stata analizzata con la prima proposta di regolamento Dublino II del 26 luglio 2001 con cui la Commissione aveva considerato che la determinazione della competenza in base a un rigido catalogo di criteri avrebbe potuto creare esiti inaccettabili⁶⁶. Per tali motivi aveva ideato due disposizioni derogatorie, la c.d. clausola di

64. Vedi par. 2 di questo contributo.

65. Corte giust., sentenza del 29 gennaio 2009, *Petrosian*, C- 19/08, par. 34.

66. Commissione, *Proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo*, 26.7.2001, COM(2001) 447 def, p. 16.

sovranità e la c.d. clausola umanitaria oggi disciplinate rispettivamente agli artt. 17, co. 1 e co. 2 del regolamento Dublino III.

In base alla clausola di sovranità «ogni Stato membro *può* esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti in tale regolamento» mentre, in base alla clausola umanitaria, «uno Stato membro può in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, *anche se* tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti agli articoli da 8 a 11 e 16» (enfasi aggiunte).

Con riferimento alla clausola umanitaria, posto che le situazioni di dispersione familiare ipotizzabili sono talmente diverse da non poter essere disciplinate compiutamente da specifiche disposizioni, la Commissione, già con la richiamata proposta del 26 luglio 2001, si prefiggeva l'obiettivo di creare una clausola omnicomprensiva, motivata dalla necessità di prevenire o rimediare alla separazione del nucleo familiare derivante da una applicazione letterale dei criteri di competenza. Nel caso oggetto del presente contributo sembrerebbe quindi più opportuno far ricorso alla clausola umanitaria. Tuttavia, potrebbe essere rilevato che la sua genesi muoveva dalla necessità di creare una regolamentazione derogatoria al catalogo di competenze ordinate dai criteri di cui al capo III (ossia soggetti legati da vincoli affettivi e familiari non previsti dal regolamento stesso) e non, diversamente, dai criteri procedurali di cui al capo IV. Nel caso di specie, invece, l'incompetenza ad esaminare la domanda di asilo da parte della Germania non sarebbe l'assenza dei criteri gerarchici di cui al capo III (posto che il rapporto tra minore e genitori rientra nella definizione di famiglia nucleare *ex* art. 2, lett. g) RDIII) ma lo spirare dei termini procedurali previsti all'art 21 del Regolamento.

Fermo restando la genesi della clausola umanitaria, la stessa, per come formulata, potrebbe comunque permettere una interpretazione tale da applicarla anche in casi in cui l'incompetenza dello Stato membro derivi dall'applicazione dei criteri stabiliti al capo IV. L'art. 17 co. 2, difatti, opererebbe al fine di procedere al ricongiungimento familiare *anche se* tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti dal capo III. L'utilizzo della locuzione “anche se” in luogo di “qualora”, sembrerebbe sostenere tale posizione e riflettere, come anticipato sopra, la *ratio* della clausola umanitaria.

Se questa interpretazione estensiva della clausola umanitaria non dovesse convincere, la competenza della Germania ad esaminare la domanda di protezione internazionale dei familiari presenti in Grecia formulata oltre i termini stabiliti dall'art. 21 potrebbe fondarsi sulla c.d. clausola di sovranità. L'art. 17, co. 1, difatti, configura una clausola generale per

situazioni di manifesta iniquità, i cui singoli casi di applicazione, diversamente dalla clausola umanitaria, non sono meglio definiti⁶⁷.

Una volta stabilito tale principio, è necessario chiedersi, inoltre, se le clausole discrezionali previste all'art. 17 del regolamento Dublino III debbano essere interpretate nel senso da imporre un obbligo positivo allo Stato di accettare la presa in carico dei genitori del minore presente in tale Stato o se lasciano allo stesso un margine di manovra.

Secondo una interpretazione sistematica del regolamento 604/2013/UE, l'Unità Dublino Germania dovrebbe (e non diversamente potrebbe) dichiararsi competente per la richiesta di presa in carico poiché quando un regolamento conferisce un potere discrezionale ad uno Stato membro, quest'ultimo deve esercitare tale potere nel rispetto del diritto dell'Unione⁶⁸. Considerato quindi che la decisione di uno Stato membro di esaminare una domanda di asilo ai sensi dell'art. 17 del regolamento, deve essere considerata, ai fini dell'articolo 51, co. 1 della Carta⁶⁹, un atto di attuazione del diritto dell'Unione, il rifiuto della richiesta di presa in carico motivata esclusivamente dalla scadenza dei termini *ex art.* 21 del regolamento risulterebbe una ingiustificata limitazione del diritto all'unità familiare previsto all'art. 7 della Carta⁷⁰.

In conclusione, conformemente all'interpretazione data dalla Corte giust. e seguita dai Tribunali nazionali⁷¹, l'art. 17 del regolamento Dublino III non è solo volto a governare la relazione tra Stati membri ma, nella parte in cui entrano in gioco la tutela di diritti umani fondamentali, non lascia allo Stato margine di discrezionalità⁷².

6. Conclusioni

La prima questione cui questo contributo si proponeva di rispondere consisteva nel valutare se, come ritenuto dalle Unità Dublino Germania e Grecia, il ricorso a tecniche

67. Corte giust., Conclusioni Avv. Gen., del 27 giugno 2012, *K c. Bundesasylamt*, C-245/11, par.36.

68. Corte giust., C-411/10, cit., par. 60.

69. Secondo cui «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

70. Corte giust., Conclusioni Avv. Gen., C-245/11, cit., par 64.

71. *Equal Rights Beyond Borders*, un *team* internazionale di avvocati e interpreti che opera in Germania e in Grecia, nel 2018 ha dato avvio ad una *strategic litigation* contro i rigetti di richieste di presa in carico ai fini del ricongiungimento familiare ai sensi del RDIII. Per la disamina dei casi in cui i Tribunali amministrativi hanno disposto il ricongiungimento (*ex art.* 17, co. 2 RDIII) ritenendo che il diritto all'unità familiare prevalga sulla scadenza dei criteri procedurali, si veda <https://www.equal-rights.org/litigation>.

72. Corte giust., C-245/11, cit. par. 47. «Quando ricorrono i presupposti elencati in detto articolo [...] lo Stato membro che per le ragioni umanitarie richiamate in tale disposizione ha l'obbligo di prendere in carico un richiedente asilo diventa lo Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo».

ipoteticamente elusive del RDIII, quali la separazione del nucleo familiare all'interno degli Stati membri, contrasti *sic et simpliciter* con il superiore interesse del minore.

Come abbiamo visto, il superiore interesse del minore è un *term of art* ossia un concetto tecnico-giuridico che deve essere valutato e determinato secondo le procedure *ex lege* previste. Dinnanzi a una supposta separazione volontaria del nucleo familiare il suo accertamento è un obbligo ma anche una garanzia e, in taluni casi, si potrebbe ritenere opportuno non riunificare la famiglia. Tuttavia, invocare il superiore interesse del minore senza al contempo determinarlo, così come previsto dalle garanzie e previsioni legislative, sembrerebbe nascondere il tentativo di utilizzarlo strumentalmente come cavallo di Troia per cercare di risolvere la questione dei movimenti secondari, ossia il c.d. *asylum shopping*, preoccupazione palesata a più riprese anche nella proposta di riforma del regolamento Dublino III⁷³, una sorta di riserva mentale contraria al diritto⁷⁴.

Con riferimento a questa preoccupazione, è utile evidenziare che i richiedenti asilo e rifugiati, al di là del loro *status* giuridico, sono persone con aspirazioni sociali ed affettive. Dinnanzi alle gravi inefficienze relative al sistema greco (sistematiche carenze del sistema di accoglienza e ritardi eccessivi nelle procedure volte al riconoscimento dello *status* di beneficiario di protezione internazionale) i movimenti secondari potrebbero essere visti come tecniche di resilienza volte a salvaguardare i bisogni essenziali piuttosto che scelte capricciose o di mera convenienza.

Nessuna disposizione all'interno del regolamento Dublino III subordina la presa in carico ai fini del ricongiungimento familiare alla prova che i membri della famiglia non fossero stati precedentemente fotosegnalati insieme in altro Stato membro. Laddove gli Stati membri hanno inteso evitare pratiche elusive col fine di aggirare i criteri imposti dal regolamento 604/2013/UE lo hanno fatto espressamente attraverso l'inserimento di specifiche previsioni. Ad esempio, la nozione di familiari prevista all'art. 2, lett. g) del regolamento include i soggetti appartenenti alla famiglia del richiedente, purché essa sia già costituita nel Paese di origine⁷⁵. In tale direzione sembra andare la riforma Dublino IV nella parte in cui modifica l'art. 8, co. 4 che oggi permette al minore non accompagnato (e

73. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce I criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione)*, COM (2016) 270 final, 4.6.2016, pp. 3-4, 97.

74. *Ivi*, par. 18 «policing or other measures concerning unaccompanied or separated children relating to public order are only permissible where such measures are based on the law; entail individual rather than collective assessment; comply with the principle of proportionality; and represent the least intrusive option».

75. A tal rispetto, la differenziazione tra *pre-glight family* a *post-glight family*, da una prospettiva dei diritti umani, potrebbe comportare una violazione del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU e art. 21 Carta UE) in combinato con il diritto alla vita familiare (art. 8 CEDU e art. 7 Carta UE). Per approfondimenti si veda Council of Europe, *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, cit., p. 39.

che non ha familiari presenti nel territorio degli Stati membri) di presentare più di una domanda di protezione internazionale attribuendo la competenza allo Stato membro in cui il minore è presente⁷⁶. Diversamente, con la riforma si stabilirebbe che «in mancanza di un familiare [...] è competente lo Stato membro in cui il minore non accompagnato ha presentato *per la prima volta* la domanda di protezione internazionale, salvo se si dimostri che ciò non è nel suo superiore interesse»⁷⁷ (enfasi aggiunta).

È possibile quindi ritenere che fino a che non sarà intervenuta una modifica legislativa «*non-rights-based arguments such as those relating to general migration control, cannot override best interests considerations*»⁷⁸.

La seconda questione, invece, consisteva nel valutare la legittimità del rifiuto della richiesta di presa in carico ai fini del ricongiungimento familiare nel caso in cui la stessa fosse stata presentata oltre i termini previsti dall'art. 21 del regolamento, ossia dopo tre mesi dalla presentazione della domanda di protezione internazionale. Per risolvere il quesito abbiamo analizzato il rapporto sussistente tra il suindicato articolo e le clausole discrezionali (*ex art. 17*), così come sviluppato dalla giurisprudenza europea e domestica e alla luce delle fonti europee e internazionali, cui il regolamento stesso è chiamato a conformarsi.

Attraverso la ricostruzione effettuata è stato possibile concludere che nel caso in cui il ricongiungimento non sia contrario al superiore interesse del minore e l'unità familiare non possa essere ristorata altrove, se non affrontando insormontabili o maggiori ostacoli, gli Stati membri sono obbligati a provvedere al ricongiungimento attraverso il ricorso dell'art. 17 del regolamento.

In conclusione, nel caso in cui gli Stati del sistema europeo comune di asilo intendano evitare le prassi esaminate, garantendo al contempo la piena tutela dei diritti fondamentali, dovrebbero intervenire sul fronte legislativo e non, diversamente, rispondere a un supposto *abuso* del diritto attraverso un abuso di potere. Alla stessa stregua, il tentativo di *alleggerire* la Germania dei movimenti secondari è ravvisabile anche nell'accordo amministrativo siglato con la Grecia a settembre del 2018⁷⁹. Tale accordo prevede il divieto di ingresso per le persone, fermate durante i controlli temporanei alle frontiere interne, che esprimono l'intenzione di presentare domanda di protezione internazionale in Germania qualora risulti dal *database Eurodac* che l'abbiano già

76. Corte giust., sentenza del 6 giugno 2013, *The Queen on the application of MA, BT, DA v Secretary of State for the Home Department* - C-648/11, par. 45.

77. European Commission, COM (2016) 270, cit.

78. CRC, *General comment No. 6 (2005)*, cit., par. 86.

79. German Bundestag, *Written questions*, 19/4634, 28 September 2018, <http://bit.ly/2OjdeoI>.

presentata in Grecia, alla cui rispettiva bibliografia di riferimento si rimanda per un'analisi critica⁸⁰.

80. European Council on Refugees and Exiles, *Bilateral Agreements: Implementing or Bypassing the Dublin Regulation?* Policy Paper, 2018.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di Simona D'Antonio

Abstract: *Il saggio intende chiarire se e in che misura nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso ai posti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni sia riservato ai cittadini italiani, riflettere su origini e fondamento di tale regola e verificare se essa abbia ancora ragion d'essere nell'attuale contesto giuridico-istituzionale. Dall'analisi dell'evoluzione normativa in materia risulta che la spinta decisiva al superamento della riserva è giunta dall'ordinamento dell'Unione europea, per effetto del principio della libera circolazione dei lavoratori, applicato in maniera sempre più estensiva dalla Corte di giustizia, con il risultato di restringere l'ambito del lavoro pubblico riservato ai nazionali. Agli impieghi pubblici non riservati sono stati ammessi dapprima solo i cittadini degli Stati membri, poi anche alcune categorie di cittadini di Paesi terzi. Una parte della giurisprudenza italiana apre il settore a tutti i cittadini extraeuropei, senza distinzioni, in nome del principio di parità di trattamento tra lavoratori italiani e stranieri e del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. L'Autrice scorge nella disciplina vigente possibili profili di illegittimità costituzionale ed auspica un intervento del legislatore volto a superarli, attraverso la piena equiparazione delle diverse categorie di stranieri (europei e non) ai fini dell'accesso ai posti di lavoro pubblico non riservati ai nazionali.*

Abstract: *The essay intends to clarify whether and to what extent, in the Italian legal system, public sector jobs are reserved for nationals or not, to reflect on the origin and foundation of such a rule and to check whether it still has a justification in the current legal and institutional context. The analysis of the normative development in this field shows that the decisive boost to overcoming the reserve came from the European Union legal system, specifically from the principle of free movement of workers. The European Court of Justice enforced this principle in an increasingly large way, with the result of reducing the scope of public employment reserved for nationals. First, only nationals of Member States got to non-reserved public sector jobs, later also some categories of Third Country nationals did. Part of Italian jurisprudence opens the sector to all Third Country nationals, without distinction, in the interests of equal treatment between Italian and foreign workers and of non-discrimination on the grounds of nationality. The Author sees in the current regulations reasons of constitutional illegitimacy and hopes that the legislator remove them, treating equally the different categories of aliens (European and non-European) as regards access to public sector jobs not reserved for nationals.*

L'ACCESSO DEGLI STRANIERI AL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di Simona D'Antonio*

SOMMARIO: 1. Obiettivo e metodo della ricerca. – 2. La cittadinanza nazionale come requisito per l'accesso al pubblico impiego: origini e fondamento. – 3. Il principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori e il problema della sua applicabilità nel settore del pubblico impiego. – 4. L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione. – 4.1. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia... – 4.2. ... e nel diritto italiano. – 4.3. La ulteriore delimitazione degli impieghi pubblici esclusi mediante disapplicazione del diritto interno in contrasto col diritto dell'Unione europea. – 5. L'equiparazione ai cittadini europei di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, tra diritto dell'Unione europea e diritto interno. – 6. La preclusione ai cittadini di Paesi terzi degli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione: considerazioni critiche. – 7. Conclusioni.

1. Obiettivo e metodo della ricerca

Nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso ai posti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è riservato, in linea di principio, ai cittadini italiani, con alcune eccezioni: vi sono ammessi, entro certi limiti, i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ed alcune categorie ben determinate di cittadini di Paesi terzi, ai quali rimane comunque preclusa tutta una serie di posti e di funzioni riservati ai soli nazionali.

Il quadro normativo in materia presenta diversi aspetti problematici, sia per la pluralità e l'eterogeneità delle fonti che lo compongono, dislocate tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e diritto internazionale, sia per il dinamismo storico-giuridico dei concetti in gioco, come quelli di pubblica amministrazione, di funzione pubblica, di cittadinanza, sia per la rilevanza dei principi applicabili, dalla libera circolazione dei lavoratori, alla non discriminazione, all'uguaglianza. A ciò si aggiunge il ruolo cruciale e spesso creativo svolto dalla giurisprudenza, sia della Corte di giustizia sia dei giudici nazionali, nel farsi interprete di un tessuto normativo sfilacciato e talvolta lacunoso, con l'inevitabile margine di incertezza e imprevedibilità che un simile ruolo comporta.

La continua evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali, le persistenti zone d'ombra della disciplina normativa e le spinte verso ulteriori sviluppi provenienti dal contesto europeo ed internazionale sollecitano una riflessione aggiornata su un tema non nuovo, ma ancora ricco di questioni aperte.

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli studi di Teramo.

L'obiettivo della ricerca è duplice: verificare se ed entro quali limiti sia ancora vigente nell'ordinamento una disciplina che riservi ai cittadini italiani l'accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni; riflettere in chiave critica sul rapporto tra lavoro pubblico e cittadinanza e sulle sue trasformazioni.

A questi fini, sarà ripercorsa l'evoluzione storica della riserva di cittadinanza all'interno della disciplina italiana del pubblico impiego, dalle origini all'attualità, mettendo in luce come ne sia stato progressivamente ridotto l'ambito di applicazione, prima ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, poi del legislatore italiano e infine della giurisprudenza interna. Si mostrerà come il ridimensionamento della riserva sia avvenuto da una parte restringendo il numero degli impieghi riservati ai cittadini italiani, dall'altra ampliando la platea degli stranieri che possono accedere agli impieghi non riservati. Entrambi i processi sono ancora *in fieri*: il primo guidato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che s'impone per forza propria sulle norme interne non conformi; il secondo promosso da una parte della giurisprudenza italiana, che tenta di estendere ai cittadini di Paesi terzi, in via interpretativa, il regime di accesso previsto per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

2. La cittadinanza nazionale come requisito per l'accesso al pubblico impiego: origini e fondamento

Va innanzitutto ricordato che il legame tra nazionalità e funzione pubblica non è una prerogativa italiana ma è una caratteristica degli ordinamenti moderni nati dall'esperienza dello Stato-nazione¹, nei quali l'appartenenza alla nazione è condizione indispensabile per l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il nesso tra lo *status* di cittadinanza, che sancisce l'appartenenza legale di un individuo allo Stato, e il diritto di accedere agli uffici pubblici era scolpito già nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino²; fu nel contesto dei nazionalismi ottocenteschi che il principio di nazionalità della funzione pubblica assunse un significato esplicitamente escludente, che portò a riservare l'accesso alle cariche pubbliche ai cittadini e a negarlo agli stranieri.

Venendo all'ordinamento italiano, risalire alle origini della regola che riserva ai cittadini l'accesso al pubblico impiego non è facile, poiché richiede di retrocedere nel tempo, quanto meno fino alla nascita dell'Italia unita, per interrogare la disciplina

1. Tra i primi e più significativi contributi sul tema oggetto del presente lavoro vi è S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1.1997, p. 88, che fa luce anche sulle radici storiche di quello che l'Autore denomina, con felice sintesi, «il principio di nazionalità della funzione pubblica».

2. L'art. 6 della «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*» del 1789 afferma che «*tous les citoyens ... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*».

giuridica di una materia, quella del lavoro alle dipendenze della P.A., che da allora ha conosciuto profonde trasformazioni. Autorevole dottrina ha osservato che mentre in una prima fase la riserva ai cittadini italiani riguardava soltanto le cariche superiori, più vicine alla sfera politica ed implicanti la rappresentanza dello Stato, senza coinvolgere le cariche minori o di natura tecnica, inerenti alla semplice amministrazione, in una seconda fase, a partire dall'inizio del Novecento, fu estesa a tutti gli impieghi pubblici senza distinzioni, sul presupposto che fosse utile a garantire l'indipendenza e la sicurezza della nazione, oltre che la fedeltà e il patriottismo dei funzionari³.

Il requisito della cittadinanza italiana fa dunque parte di quel corpo di regole che il legislatore inizialmente aveva dettato solo per il personale destinato a svolgere funzioni pubbliche, ma che fu successivamente esteso, prima ad opera della giurisprudenza e poi anche in sede normativa, a tutto il personale amministrativo unitariamente considerato, conferendo al relativo rapporto di lavoro la fisionomia unitaria e fortemente pubblicistica che poi lo avrebbe a lungo caratterizzato⁴. Questo rilievo consente di evidenziare subito un aspetto sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione: il nesso tra cittadinanza nazionale e rapporto di lavoro con la P.A. si collega all'inquadramento di tale rapporto nell'alveo del diritto pubblico⁵. Non pare un caso che la prima apertura a cittadini di altri Stati si rinvenga nel d.lgs. 3.2.1993, n. 29, al quale si deve la svolta riformatrice nel senso della privatizzazione del settore.

Tornando alla legislazione d'inizio secolo, la previsione della cittadinanza italiana come condizione per la nomina all'impiego, presente già nel Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili di cui al r.d. 22.11.1908, n. 693, trovò conferma nella riforma

3. L'osservazione è di S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, cit.

4. Su tale passaggio storico nell'evoluzione del pubblico impiego cfr. M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 293, in partic. p. 298. L'Autore mette in evidenza che le prime disposizioni legislative dettate in materia, per la loro parte più tipica, riguardavano solo i dipendenti pubblici titolari di organi o, quanto meno, addetti «ad uffici di organi svolgenti attività che fossero esercizio di funzioni pubbliche», mentre per tutti gli altri continuava a valere un regime di «diritto privato speciale»; fu poi la giurisprudenza amministrativa ad accorpate nel concetto unitario d'impiego pubblico norme dettate con scopi diversi e per categorie diverse di personale pubblico. Sul punto si veda anche A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 53, il quale osserva che la disciplina pubblicistica fu inizialmente dettata soltanto per «gli impiegati titolari di organi (o addetti ad uffici di organi investiti di funzioni pubbliche)», per poi investire «la generalità del personale», facendo gradualmente scomparire «la distinzione tra funzionari e impiegati».

5. Le interrelazioni tra statuto pubblicistico del rapporto di lavoro con la P.A. e requisito della cittadinanza nazionale sono state messe in luce da S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4814, in partic. p. 4817 e p. 4819. I presupposti teorici del radicamento del pubblico impiego nello *status* di cittadinanza sono stati indagati a fondo dallo stesso Autore in S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, parte I.

De Stefani⁶ del 1923, che consolidò il regime pubblicistico del rapporto, accentuando la rigidità della disciplina, l'assetto gerarchico dell'organizzazione e i poteri unilaterali dell'amministrazione.

È stato osservato⁷ che i Testi unici dei primi decenni del Novecento non fecero che codificare la disciplina messa a punto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla scorta della concezione del rapporto di lavoro con la P.A. elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà dell'Ottocento e recepita dalla dottrina italiana a cavallo tra i due secoli⁸. Secondo questa concezione, di carattere pubblicistico e autoritario, il rapporto di pubblico impiego doveva essere ricondotto nell'alveo dei rapporti politici, precisamente del rapporto di supremazia/soggezione intercorrente tra Stato e individuo, del quale costituiva una *species* di particolare intensità; come conseguenza, la posizione dell'impiegato veniva ad essere qualificata come *status* di speciale soggezione o di speciale sudditanza e quella dell'amministrazione, specularmente, come supremazia speciale⁹. In Italia fu Santi Romano ad accreditare questa ricostruzione, nell'ambito dei suoi studi sul potere disciplinare dell'amministrazione, che egli qualificò come diritto di supremazia speciale dello Stato¹⁰.

È verosimile che la riserva ai cittadini italiani dell'accesso ai pubblici impieghi prevista dalla legislazione dei primi decenni del Novecento sia da mettere in relazione con l'impostazione teorica sopra richiamata, la quale sembra aver condizionato a lungo la disciplina della materia, ben oltre la fase storica nella quale ebbe ad affermarsi. È un dato ormai acquisito in dottrina che nel nostro ordinamento «l'impiego pubblico è stato concepito come un approfondimento dello *status* di cittadinanza» e l'impiegato è stato considerato alla stregua di un cittadino speciale, legato allo Stato da «una relazione di appartenenza e di identificazione più intensa e profonda di quella del normale cittadino»¹¹.

6. Con questo nome si è soliti indicare il r.d. 11.11.1923, n. 2395, recante «Ordinamento gerarchico delle amministrazioni dello Stato» e il r.d. 30.12.1923 n. 2960, recante «Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dell'Amministrazione dello Stato», nati dai lavori della commissione Ranelletti, nominata per procedere al riordino della materia. Il secondo ribadiva appunto che la cittadinanza italiana era condizione per la nomina all'impiego.

7. Si vedano M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., p. 298; M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 48.

8. L'elaborazione culturale che preparò e accompagnò la formazione della nozione di impiego pubblico in Germania e in Italia tra la seconda metà del XIX e i primi decenni del XX secolo è stata accuratamente ricostruita da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 126 ss.

9. Cfr. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss. nonché M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 126.

10. Si veda S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, IV, p. 238, nonché la ricostruzione che ne fa S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

11. Le frasi riportate tra virgolette sono tratte da S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit. p. 4817; più ampiamente cfr. Id., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699. Anche la dottrina che ha negato con più convinzione la specialità della posizione dell'impiegato pubblico rispetto a quella del normale cittadino, sostenendo la piena equiparazione delle due posizioni all'interno del potere dei privati di partecipare

Sta di fatto che la previsione normativa della cittadinanza come requisito di accesso agli impieghi pubblici è sopravvissuta all'epoca fascista ed ha attraversato indenne la svolta costituzionale, trovando ingresso ancora nel Testo unico di cui al d.p.r. 10.1.1957, n. 3¹². Il nesso con la cittadinanza nazionale, come l'impianto pubblicistico della materia, è stato infatti confermato anche dopo la Costituzione, che secondo una parte della dottrina non avrebbe rappresentato un elemento di discontinuità nella concezione tradizionale del lavoro pubblico ed avrebbe consentito di recuperare, in sede di riordino normativo, buona parte dei contenuti della vecchia disciplina¹³.

Molto si è discusso circa l'impatto della Costituzione sull'inquadramento teorico del pubblico impiego: alcuni vi hanno individuato elementi di carattere sostanziale atti a fondare la specialità dell'istituto e la sua intrinseca differenza rispetto al lavoro privato¹⁴; altri vi hanno trovato argomenti per ricondurre l'attività dell'impiegato pubblico ad un più ampio potere di partecipazione del cittadino di cui sarebbe parimenti espressione l'attività del lavoratore privato, aprendo così la prospettiva dell'appartenenza dei due settori ad un diritto comune¹⁵; altri ancora hanno evidenziato come il Costituente non abbia preso posizione sulla natura privata o pubblica dei rapporti di lavoro con la P.A., lasciando al legislatore ordinario la scelta del regime da adottare¹⁶.

Per ciò che in questa sede interessa, pare difficile negare che la Costituzione agganci la posizione del funzionario pubblico a quella del cittadino, come traspare sia dalla disposizione relativa all'accesso ai pubblici uffici (art. 51), sia da quella relativa all'obbligo di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54)¹⁷. La prima, infatti,

all'organizzazione del Paese, ha confermato che l'impiegato pubblico si qualifica innanzitutto come cittadino, nel senso di «membro della comunità statale, di cui fa parte»: ci si riferisce a G. Pastori, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, ad es. p. 230 e p. 273.

12. Sulla cittadinanza italiana come requisito generale di accesso agli impieghi statali ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. n. 3/1957 cfr. G. Pastori, *La burocrazia*, cit., p. 311, che la colloca all'interno della valutazione della «capacità per l'ufficio»; nonché M. Amendola, *Dispensa e decadenza (Impiego pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 167-168, secondo il quale si tratta di un presupposto, più che di un requisito, di accesso all'impiego, tanto che il provvedimento di decadenza dall'impiego per perdita della cittadinanza è meramente dichiarativo.

13. Così M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 149 ss. e p. 181 ss.

14. Questa la tesi di A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 58 ss. Ma già A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, cit., p. 78 ss., aveva ravvisato nella Costituzione, e più in radice nei caratteri generali del nostro ordinamento, le ragioni profonde della pubblicità e della specialità del rapporto di pubblico impiego, strettamente connesse alla stessa pubblicità dell'amministrazione, ritenendo determinanti, prima ancora delle norme costituzionali sull'organizzazione, gli artt. 24 e 103 Cost.

15. È la tesi di G. Pastori, *La burocrazia*, cit., ad es. p. 212, p. 216, p. 223, ribadita in Id., *Burocrazia*, in *Digesto*, 1987, dove si osserva che «l'insieme delle norme costituzionali ... paiono mettere in discussione dalle radici la configurabilità stessa di un regime o di regimi speciali per gli appartenenti alla o alle varie burocrazie, che non siano giustificati appunto dalla necessità di proteggerne la scelta e le prestazioni da improprie interferenze politiche di parte».

16. In questo senso cfr. A. Police, *Le risorse umane*, in F.G. Scoca, a cura di, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 454 s.

17. Così S. Battini, *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 4817.

dopo aver proclamato il diritto di «tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso» di «accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge» (co. 1), stabilisce che «la legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica» (co. 2), così mostrando di aderire al principio per cui l'accesso alla funzione pubblica è riservato ai cittadini nazionali, con la sola possibilità, per il legislatore, di estenderlo agli italiani privi di cittadinanza¹⁸. La seconda disposizione, che si occupa al primo comma di «tutti i cittadini» e al secondo comma «dei cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche», sembra considerare la categoria dei funzionari pubblici come una *species* del *genus* cittadini, in disparte ogni altra considerazione sul rapporto tra il dovere di fedeltà alla Repubblica gravante su tutti i cittadini e quello di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore gravante sui pubblici funzionari¹⁹.

Bisognerà attendere la riforma del lavoro pubblico attuata con il d.lgs. n. 29/1993 perché nell'ordinamento italiano sia prevista anche per i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea (all'epoca della Comunità economica europea)²⁰ la possibilità di accedere ai posti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, limitatamente a quei posti «che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale».

La svolta, come si vedrà tra breve, fu l'esito del necessario adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia, ma fu resa possibile anche da un'evoluzione dottrinale di lungo corso che aveva portato ad una nuova concezione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. Ci si riferisce alla progressiva convergenza tra rapporto di lavoro pubblico e rapporto di lavoro privato, che già nel 1970 Giannini registrava come «in corso da un ventennio»²¹ ed è poi

18. Per la dottrina più risalente, cfr. M. Amendola, *Dispensa e decadenza*, cit., secondo il quale «l'art. 51 Cost. ha esplicitamente limitato ai soli cittadini la possibilità di accedere agli uffici pubblici, né è controverso che malgrado l'uso del verbo "accedere" ... il possesso dello *status* di cittadino debba sussistere non soltanto al momento iniziale dell'ingresso nell'ufficio, ma anche per tutta la durata dell'impiego pubblico». Più di recente, in senso riduttivo, cfr. M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego: un problema costituzionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, a cura di, *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, Jovene, 2011, p. 187, in partic. p. 196 ss., con utili riferimenti bibliografici. L'Autore propone di riferire l'art. 51, co. 2, Cost. non già a qualsiasi impiego pubblico, bensì a «quegli impieghi e quelle funzioni che coinvolgono gli interessi della Nazione» (p. 198), ritenendo che questa sia «l'unica interpretazione che permette di giustificare il rilievo attribuito al requisito dell'italianità» (p. 199). La tesi appare convincente.

19. Per un'approfondita analisi del significato e della portata dell'art. 54 Cost., con specifica attenzione al rapporto tra primo e secondo comma, cfr. G. Pastori, *La burocrazia*, cit., p. 237 ss., nonché A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., p. 81 ss. Sul dovere di fedeltà cfr. G. Lombardi, *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968.

20. Nel testo del primo comma dell'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993 l'espressione Comunità economica europea, presente nella versione originaria, fu sostituita dall'espressione Unione europea ad opera del d.lgs. 31.3.1998, n. 80.

21. M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., p. 300.

proseguita, sfociando in tempi più recenti nel superamento della separazione verticale tra impiego pubblico e impiego privato, a vantaggio di una divisione orizzontale tra dirigenza e personale non dirigenziale²². Nel momento in cui si è sgretolata quella nozione giuridica del rapporto di impiego pubblico che era stata costruita «in termini di approfondimento e proiezione della relazione di cittadinanza»²³, è divenuto possibile sganciare la posizione del pubblico impiegato da quella del cittadino e così aprire la strada all'ingresso nelle pubbliche amministrazioni anche di persone prive della cittadinanza nazionale.

3. Il principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori e il problema della sua applicabilità nel settore del pubblico impiego

La libera circolazione delle persone, già prevista nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea e ivi declinata come libera circolazione dei lavoratori, implicava l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri, e riconosceva a questi ultimi il diritto di accettare offerte di lavoro, di spostarsi a tal fine in qualsiasi Stato membro, di prendervi dimora per svolgervi un'attività lavorativa e di rimanervi dopo aver occupato un impiego²⁴.

L'applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori all'ambito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni avrebbe comportato l'apertura di tale ambito ai cittadini di tutti gli Stati appartenenti alla Comunità economica europea, con l'effetto di travolgere qualunque regola interna volta a riservare gli impieghi pubblici ai titolari della cittadinanza del singolo Stato. Ed invece, in ossequio all'opposto principio di nazionalità della funzione pubblica, il Trattato esclude espressamente gli impieghi nella pubblica amministrazione dal campo di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori²⁵. Analogamente il Trattato esclude dall'applicazione delle disposizioni relative al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi le attività che, in ciascuno Stato membro, partecipassero, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri²⁶.

22. Per un'analisi approfondita di tale evoluzione, che qui non è possibile ripercorrere, si rinvia a S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 693 ss.

23. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699.

24. È quanto disponeva l'art. 48 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958. Pressoché identico contenuto aveva l'art. 39 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993. Ai citati articoli corrisponde oggi l'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

25. L'art. 48, co. 4, TCEE stabiliva che «le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione»; ad esso è subentrato prima l'art. 39, co. 4, TCE e poi il vigente art. 45, co. 4, TFUE.

26. Si veda l'art. 55, co. 1, TCEE (art. 45, co. 1, TCE; art. 51, co. 1, TFUE) in tema di diritto di stabilimento, secondo il quale «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro

La suddetta clausola di esclusione dimostra quanto fosse all'epoca radicata, nei Paesi firmatari, quella concezione tradizionale del pubblico impiego che ne enfatizzava ad un tempo la specialità rispetto al lavoro privato ed il nesso con la sovranità statale. Alla base della deroga vi erano inoltre sia la preoccupazione di proteggere le identità nazionali, sia l'attenzione quasi esclusiva agli aspetti economici della nuova istituzione sovranazionale²⁷.

Forse non era necessario, per fare salvo il principio di nazionalità della funzione pubblica, escludere in blocco dall'operatività della libera circolazione tutti «gli impieghi nella pubblica amministrazione»: si sarebbero potute usare formule più puntuali, incentrate non sulla natura pubblica del datore di lavoro, ma sul carattere pubblico delle attività svolte, ovvero sull'effettivo esercizio di funzioni pubbliche e poteri pubblici, come si fece in altre disposizioni²⁸. Sulla scelta di un'espressione così ampia e generica deve aver pesato anche la consapevolezza delle vistose differenze esistenti tra gli ordinamenti amministrativi dei diversi Stati, che rendevano difficile e forse non opportuno prendere posizione, nel testo del Trattato, sul confine tra l'ambito del lavoro pubblico che poteva essere aperto alla libera circolazione e quello che era opportuno affidare alle scelte dei legislatori nazionali.

Ad ogni modo la formula adottata dall'art. 48, co. 4, TCEE richiedeva all'interprete di stabilire quali fossero «gli impieghi nella pubblica amministrazione», cioè le attività lavorative che, in quanto connesse alla sfera pubblica, fossero suscettibili di una disciplina nazionale svincolata dai principi comunitari, con eventuale possibile riserva ai cittadini nazionali. Diventava pertanto ineludibile affrontare la questione preliminare di cosa dovesse intendersi per pubblica amministrazione ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto comunitario²⁹.

Si consideri che la clausola di esclusione contenuta nel Trattato non fu trasposta in previsioni di diritto derivato che aiutassero, entrando nel dettaglio, a circoscriverne la portata. Il regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori del 1968 si limitò infatti a

interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri», richiamato dall'art. 66 (art. 55 TCE, art. 62 TFUE) a proposito della libera prestazione dei servizi.

27. Sulle ragioni dell'esclusione si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, in *Lavoro e diritto*, n. 1.1995, p. 65; S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, cit.

28. Il riferimento è al citato art. 55, co. 1, TCEE; si veda anche l'art. 8 del reg. 1612/68/CEE del Consiglio del 15.10.1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, del quale si dirà subito nel testo.

29. La disposizione di cui all'art. 48, co. 4, TCEE ha dato origine ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla possibilità di elaborare una nozione di pubblico impiego e quindi di pubblica amministrazione valida a livello comunitario. In argomento si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit.; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10.1996, p. 915; G. Della Cananea, *Pubblico impiego e diritto comunitario*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1996, parte I, p. 224; R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 1.1999, p. 21.

stabilire, al riguardo, che «il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro ... può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico»³⁰.

Il compito di chiarire significato, estensione ed implicazioni della clausola di esclusione, operando il difficile bilanciamento tra uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario e l'esigenza di salvaguardare un nucleo di sovranità statale ritenuto intangibile dai padri fondatori dell'Europa è spettato alla Corte di giustizia, che lo ha assolto in modo creativo ed evolutivo, avvalendosi dell'importante contributo della Commissione europea.

Si è trattato di una giurisprudenza creativa, perché ha dovuto essa stessa stabilire il confine tra regola (libera circolazione e non discriminazione) ed eccezione (nazionalità della funzione pubblica e dunque riserva ai cittadini degli impieghi comportanti l'esercizio di funzioni pubbliche), in mancanza di un parametro normativo sufficientemente preciso; ed evolutiva, perché la pertinente disposizione del Trattato è rimasta identica nonostante la profonda e rapida trasformazione conosciuta in oltre mezzo secolo dall'ordinamento e dalle istituzioni dell'Europa unita. Basti pensare che, nel corso dei decenni, da un lato il modo di concepire il lavoro pubblico nei diversi contesti nazionali è radicalmente mutato; dall'altro, con l'avanzare del processo di integrazione europea, si è spostato il punto di equilibrio tra la sovranità degli Stati e il peso assunto dalle istituzioni comunitarie. Pur apparendo ben presto «storicamente datata»³¹, la *public service exception*³² è tuttavia rimasta intatta, attraversando indenne sia il Trattato di Maastricht e, con esso, la nascita dell'Unione europea ed il solenne riconoscimento della cittadinanza europea, sia il Trattato di Lisbona, che ha segnato il definitivo superamento dell'esperienza comunitaria e l'ingresso nella più coesa e matura realtà dell'Unione.

4. L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione

Il problema posto dall'art. 48, co. 4, TCEE e dagli articoli che ne hanno riprodotto il contenuto nelle successive versioni del Trattato è stato dunque quello di definire quali fossero gli «impieghi nella pubblica amministrazione» esclusi dall'applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori. Ad affrontarlo sono stati principalmente i «guardiani

30. Così l'art. 8 reg. 1612/68/CEE, cit., su cui si sofferma R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, cit. Di identico tenore l'art. 8 del vigente reg. 492/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, che ha abrogato e sostituito il precedente.

31. Lo notava già M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 72.

32. L'espressione, usata anche con riferimento alle deroghe in tema di diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, si collega al testo in inglese del vigente art. 45, co. 4, TFUE, secondo il quale «*the provisions of this article shall not apply to employment in the public service*».

dell'*esprit communautaire*»³³, attraverso un'azione sistematica volta a contrastare la tendenza degli Stati a tenere chiusi i confini nazionali della funzione pubblica. Adottando una nozione non soggettiva ma funzionale di pubblica amministrazione, imperniata sui due concetti, tra loro collegati, di «esercizio dei pubblici poteri» e «tutela degli interessi generali dello Stato», Corte e Commissione hanno circoscritto in maniera sempre più rigorosa lo spazio sottratto alla non discriminazione, con l'effetto di imporre ai legislatori nazionali l'apertura di tutti gli altri impieghi pubblici ai cittadini degli Stati membri.

L'Italia ha recepito le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria nel 1993, in occasione di un'importante riforma del lavoro pubblico, aprendo ai cittadini degli Stati membri gli impieghi non comportanti l'esercizio di pubblici poteri ovvero non attinenti alla tutela dell'interesse nazionale, mentre l'individuazione dei posti riservati ai cittadini italiani è stata affidata ad un regolamento. Sulla base di tale quadro normativo, la giurisprudenza italiana ha portato avanti l'opera intrapresa dai giudici europei, rilevando gli scostamenti tra la disciplina interna e il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia e procedendo alla disapplicazione della prima ove in contrasto con il secondo.

4.1. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia...

La Corte di giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi sul principio di libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico sia in sede di rinvio pregiudiziale disposto dai giudici nazionali, sia a seguito di procedure di infrazione aperte dalla Commissione nei confronti di singoli Stati.

Il percorso interpretativo della Corte parte da alcune premesse metodologiche che è utile ricordare.

In primo luogo, la natura fondamentale del principio di libera circolazione dei lavoratori nel sistema del Trattato vieta di attribuire alle relative deroghe «una portata più ampia di quella connessa al perseguimento del loro specifico scopo»³⁴; pertanto, l'art. 48, co. 4, TCEE «deve ricevere un'interpretazione che ne limiti la portata a quanto è strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che esso consente agli Stati membri di tutelare»³⁵.

33. Corte di Giustizia e Commissione secondo S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit.

34. L'affermazione si trova in quella che viene generalmente citata come la prima pronuncia della Corte sull'argomento: Corte giust., 12.2.1974, causa 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, p. 154, punto 4.

35. Tra le tante, cfr. Corte giust., 16.6.1987, causa 225/85, Commissione c. Repubblica italiana, in *Racc.*, p. 2636, punto 7; Corte giust., 30.9.2003, causa C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c.*

In secondo luogo non può rilevare, al fine di individuare gli impieghi oggetto della deroga, la circostanza che nell'ordinamento interno il lavoratore sia qualificato come impiegato pubblico o privato, ovvero che il suo rapporto di lavoro sia disciplinato dal diritto pubblico o dal diritto privato, poiché le differenze esistenti sul punto tra gli ordinamenti degli Stati membri darebbero luogo ad un'applicazione non omogenea del principio all'interno della Comunità³⁶.

In terzo luogo, «la nozione di pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 48, n. 4 ... va interpretata ed applicata in modo uniforme nell'intera Comunità» e «non può essere lasciata alla completa discrezione degli Stati membri»³⁷; occorre quindi una nozione di impiego pubblico valida al livello comunitario. A tal fine è necessario superare un approccio soggettivo e formale, incentrato sulla natura pubblica del soggetto datore di lavoro, dal momento che il novero degli enti ed organismi che compongono la sfera pubblica differisce da Stato a Stato; va invece adottato un approccio oggettivo e funzionale, che faccia leva sulle attività effettivamente svolte dal lavoratore³⁸.

Sulla base di tali premesse si giunge ad affermare che la deroga di cui all'art. 48, co. 4, TCEE si riferisce ad «un complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche»; i quali sono sottratti al principio di libera circolazione in quanto «presuppongono ... da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza»³⁹.

Questa è la nozione funzionale di impiego pubblico sulla cui base la Corte, a partire dal 1980, ha proceduto a stabilire se i posti di lavoro di volta in volta sottoposti al suo scrutinio potessero o meno farsi rientrare nella deroga. Alla stregua di tale criterio ha avuto modo di chiarire che non partecipano all'esercizio di pubbliche potestà, anche se

Administración del Estado, in *Racc.*, p. I-10419, punto 41, la quale però si riferisce all'art. 39, co. 4, TCE, nel frattempo entrato in vigore.

36. Si veda Corte giust., 12.2.1974, causa 152/73, cit., punti 5 e 6.

37. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 3883, punti 12 e 18.

38. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, cit., punti 11 e 15.

39. Corte giust., 17.12.1980, causa 149/79, cit., punto 10. In motivazione si precisa che la deroga riguarda «le funzioni tipiche della pubblica amministrazione» (punto 11) e «i posti ... caratteristici delle attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato» (punto 12). In una successiva pronuncia si ribadisce che «i posti ai sensi dell'art. 48, n. 4, del Trattato, sono quelli che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato, cui vanno equiparati gli interessi propri delle collettività pubbliche, come le amministrazioni comunali»: Corte giust., 26.5.1982, causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 1845, punto 7.

qualificati ad altri fini come dipendenti pubblici, gli addetti a mansioni tecnico-operative presso le Ferrovie e le amministrazioni comunali⁴⁰, gli infermieri assunti negli ospedali pubblici⁴¹, gli insegnanti tirocinanti⁴², i ricercatori del CNR⁴³, i lettori di lingua straniera delle università⁴⁴, gli insegnanti delle scuole secondarie⁴⁵.

Poiché alcuni Stati membri, nonostante le chiare indicazioni della Corte, continuavano ad interpretare in maniera estensiva la deroga prevista dal Trattato, nel 1988 la Commissione delle Comunità europee intraprese una sistematica ricognizione delle legislazioni statali in materia di accesso agli impieghi pubblici, al fine di verificarne la conformità al principio della libera circolazione dei lavoratori⁴⁶. Tre delle procedure di infrazione avviate in esito alla suddetta indagine arrivarono dinanzi alla Corte, che approvò il metodo seguito dalla Commissione secondo il quale, se in un certo settore la maggior parte degli impieghi si discosta da quelle che sono le attività specifiche della pubblica amministrazione, il settore deve essere tendenzialmente aperto alla libera circolazione, dando la possibilità allo Stato interessato di dimostrare che la singola figura professionale interna al settore abbia i caratteri richiesti per poter essere riservata ai cittadini⁴⁷.

La Commissione è tornata sull'argomento in successive occasioni, continuando ad ampliare il campo di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori e

40. Corte giust., 26.5.1982, causa 149/79, cit.: rientrano nell'eccezione i posti di ispettore capo dell'ufficio tecnico, ispettore capo, ispettore dei lavori, ispettore degli inventari, guardiano notturno e architetto presso le amministrazioni comunali (punto 8). Non vi rientrano, tra gli altri, i posti di conduttore, segnalatore, addetto alle pulizie degli uffici, manovale imbianchino, addetto alla mensa, manovale d'officina presso l'ente di gestione delle Ferrovie, né quelli di falegname, aiuto giardiniere, infermiera, puericultrice, elettricista, idraulico presso le amministrazioni comunali: per tali posti, richiedere il possesso della cittadinanza come condizione per l'assunzione integra inadempimento agli obblighi derivanti dal Trattato (punto 11).

41. Corte giust., 3.6.1986, causa 307/84, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. 1734.

42. Corte giust., 3.7.1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden Württemberg*, in *Racc.*, p. 2139.

43. Corte giust., 16.6.1987, causa 225/85, cit.

44. Corte giust., 30.5.1989, causa 33/88, *Allué e Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Racc.*, p. 1606, punto 9.

45. Corte giust., 27.11.1991, causa C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation Nationale*, in *Racc.*, p. I-5638.

46. Commissione delle Comunità europee, Comunicazione 88/C 72/02, «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia d'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4 del trattato CEE», in GUCE n. C 72/2 del 18.3.1988. L'indagine si concentrò su settori ritenuti «abbastanza lontani dalle attività specifiche dell'amministrazione pubblica», nei quali la riserva ai cittadini nazionali non avrebbe avuto fondamento: i servizi economici gestiti da organismi pubblici (come i trasporti, le poste e le telecomunicazioni, la distribuzione dell'elettricità e del gas, i servizi radiotelevisivi), i servizi sanitari pubblici, la pubblica istruzione, la ricerca pubblica.

47. Corte giust., 2.7.1996, causa C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.*, p. I-3248, punti 29 ss.; Corte giust., 2.7.1996, causa C-173/94, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. I-3276, punto 20; Corte giust., 2.7.1996, causa C-290/94, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Racc.*, p. I-3317, punto 37.

invitando gli Stati membri ad aprire il più possibile a tutti i cittadini europei le pubbliche amministrazioni statali⁴⁸.

Dopo aver ribadito la centralità della libera circolazione anche a seguito del Trattato di Lisbona⁴⁹, con riferimento specifico al settore pubblico, ha promosso un'indagine sistematica sulle legislazioni nazionali e sulla relativa applicazione, incaricando un noto studioso di analizzarne i risultati. Ne sono nati un approfondito rapporto (c.d. *Ziller Report*)⁵⁰ e un documento di lavoro, nel quale la Commissione ha confermato che «solo i posti che rispettano i criteri della giurisprudenza della Corte di giustizia» possono essere «riservati ai nazionali dello Stato membro ospitante»⁵¹.

Dal suo canto, la Corte di giustizia ha chiarito sempre meglio la portata dell'eccezione prevista dal Trattato al principio di libera circolazione dei lavoratori per gli impieghi nella pubblica amministrazione.

Innanzitutto ha avuto modo di delimitare il confine tra la disciplina della libera circolazione dei lavoratori, da una parte, e la disciplina del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dall'altra: la prima applicabile ai lavoratori subordinati, la seconda ai lavoratori autonomi e alle imprese.

Quando l'attività riservata ai cittadini del singolo Stato membro è un'attività di lavoro autonomo o un'attività d'impresa, i principi a rischio di violazione sono il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, anch'essi sanciti dal Trattato e parimenti sottoposti ad una *public service exception*⁵². In tal caso il problema non è l'applicabilità della deroga *ex art. 48*, ma della deroga *ex art. 55*, per cui occorre verificare se nello Stato

48. Commissione delle Comunità europee, 11.12.2002, COM(2002)694 definitivo, «Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità», punto 5.2. In questa comunicazione la Commissione ha precisato che anche nei settori nei quali vengono in gioco funzioni specifiche dello Stato non tutti i posti comportano l'esercizio dell'autorità pubblica e la tutela dell'interesse generale dello Stato. Ha poi aggiunto che neppure gli impieghi che in precedenza la stessa Commissione aveva globalmente escluso dalla libera circolazione sono tutti oggetto di deroga.

49. Commissione europea, 13.7.2010, COM(2010)373 definitivo, «Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi», Introduzione. Sull'accesso ai posti di lavoro nella pubblica amministrazione, si veda il punto 2.3.

50. Si tratta del rapporto redatto dal Prof. Jacques Ziller, dal titolo «*Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector. Current Issues and State of Play*», costituito da una prima parte («*Part I – General Report*») relativa allo stato dell'arte della libera circolazione dei lavoratori nel settore pubblico e da una seconda parte («*Part II – Country Files*») contenente le schede relative a ciascuno dei 27 Stati membri.

51. Commissione europea, 14.12.2010, SEC(2010)1609 final, «*Free movement of workers in the public sector*». Sui posti riservati ai nazionali secondo l'art. 45, co. 4, TFUE si veda in particolare il punto 3.3.

52. Si tratta dell'art. 55, co. 1, TCEE (art. 45, co. 1, TCE; art. 51, co. 1, TFUE) a tenore del quale «sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». La disposizione, inserita nel capo relativo al diritto di stabilimento, per espressa previsione è applicabile anche alla libera prestazione dei servizi (art. 66 TCEE, art. 55 TCE, art. 62 TFUE).

interessato l'attività in questione partecipi, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri⁵³.

Vale la pena osservare che anche la deroga al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi è stata oggetto di un'interpretazione restrittiva da parte della Corte di giustizia, che ne ha limitato l'applicazione «alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri»⁵⁴.

Tornando alla deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori, prevista dal Trattato per gli impieghi nella pubblica amministrazione, la Corte ha precisato che non vi rientrano le attività di lavoro subordinato svolte alle dipendenze di soggetti privati⁵⁵. Tuttavia in altre pronunce, in coerenza con la nozione oggettiva e funzionale di impiego pubblico fatta propria, la Corte ha affermato che quando ad un posto di lavoro sono connesse funzioni che costituiscono una partecipazione all'esercizio di poteri pubblici volti a salvaguardare l'interesse generale dello Stato, la circostanza che si tratti di un impiego alle dipendenze di una persona fisica o giuridica di diritto privato non esclude di per sé l'applicabilità dell'art. 39, co. 4, TCE. Tale disposizione sarà infatti applicabile qualora i poteri pubblici siano effettivamente esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta della complessiva attività del lavoratore⁵⁶.

53. Su tale base la Corte ha affermato, ad esempio, che la deroga prevista dall'art. 48 del Trattato non è applicabile alle imprese private di sorveglianza spagnole, per la fondamentale ragione che esse non fanno parte della pubblica amministrazione. Nel caso di specie non ha ritenuto applicabile neppure la deroga al diritto di stabilimento *ex art. 55*, in quanto le attività svolte dalle imprese in questione non implicavano l'esercizio di pubblici poteri. Cfr. Corte giust., 29.10.1998, causa C-114/97, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, p. I-6732, punto 33 e punti 34-39.

54. Requisito che non sussiste, secondo la Corte, nel caso della libera professione di avvocato (Corte giust., 21.1.1974, causa 2/74, *Jean Reyners c. Regno del Belgio*, in *Racc.*, p. 632, punti 45 e 54), del commissario autorizzato al controllo sulle imprese di assicurazione (Corte giust., 13.7.1993, causa C-42/92, *Adrianus Thijssen c. Controledienst voor de Verzekeringen*, in *Racc.*, p. I-4066, punto 22), delle imprese private di sorveglianza e del relativo personale (oltre alla pronuncia citata nella nota precedente, vedi anche Corte giust., 31.5.2001, causa C-283/99, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.* p. I-4377, punto 22), dei servizi di consulenza e assistenza fiscale erogati in esclusiva dai c.d. CAF (Corte giust., 30.3.2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Racc.*, p. I-2961, punto 49), degli organismi privati di controllo sui prodotti dell'agricoltura biologica (Corte giust., 29.11.2007, causa C-404/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-10242, punto 44; Corte giust., 29.11.2007, causa C-393/05, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.*, p. I-10216, punto 42), delle imprese di revisione degli autoveicoli (Corte giust., 22.10.2009, causa C-438/08, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in GUUE, 5.12.2009), della professione di notaio (Corte giust., 24.5.2011, causa C-47/08, *Commissione c. Regno del Belgio*, in GU C 204 del 9.7.2011; Corte giust., 24.5.2011, causa C-50/08, *Commissione c. Repubblica francese*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-51/08, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-53/08, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-54/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *ibidem*; Corte giust., 24.5.2011, causa C-61/08, *Commissione c. Repubblica ellenica*, *ibidem*; Corte giust., 1.2.2017, causa C-392/15, *Commissione c. Ungheria*, in GU C 104 del 3.4.2017).

55. Non è pertanto compatibile col Trattato la disciplina interna che richieda la cittadinanza nazionale per svolgere l'attività di guardia particolare giurata: Corte giust., 31.5.2001, causa C-283/99, *cit.*, punto 25.

56. Alla stregua del principio, la Corte ha statuito che i posti di capitano o comandante in seconda di navi battenti bandiera di uno Stato, anche se dipendenti da soggetti privati, potrebbero in astratto essere riservati ai cittadini di quello

La considerazione secondo la quale la salvaguardia dell'interesse generale dello Stato «non verrebbe messa in pericolo se i poteri d'imperio fossero esercitati sporadicamente, o addirittura eccezionalmente, da cittadini di altri Stati membri», è stata ribadita dalla Corte di giustizia anche con riferimento agli impieghi pubblici in senso stretto, ossia alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Anche per tali impieghi è necessario, ai fini dell'applicazione della deroga, che i poteri d'imperio attribuiti al lavoratore siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta della sua attività⁵⁷.

4.2. ... e nel diritto italiano

All'inizio degli anni Novanta, mentre in sede comunitaria era ormai chiaro che all'interno del settore pubblico occorreva distinguere tra posti esclusi dal principio di libera circolazione, suscettibili di riserva di nazionalità, e posti soggetti a quel principio, necessariamente accessibili ai cittadini di tutti gli Stati membri, la legislazione italiana prevedeva ancora la cittadinanza nazionale come requisito generale di accesso al pubblico impiego, senza distinzioni⁵⁸.

Occorreva adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario, ammettendo i cittadini degli Stati membri almeno agli impieghi pubblici che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e le comunicazioni della Commissione europea, non presentavano quella connessione con l'esercizio del potere pubblico e con la tutela dell'interesse generale dello Stato che ne avrebbe giustificato la riserva ai nazionali.

L'occasione per un simile intervento fu offerta al legislatore italiano dalla riforma del lavoro pubblico operata con la l. delega 23.10.1992, n. 421 e con il successivo d.lgs.

Stato perché comportano la titolarità di poteri pubblicistici e di funzioni di polizia; poiché però l'esercizio dei poteri d'imperio e di rappresentanza dello Stato in tali casi è soltanto occasionale e rappresenta una parte molto limitata dell'attività complessiva, i posti di cui si tratta finiscono per ricadere sotto il principio della libera circolazione: Corte giust., 30.9.2003, causa C-405/01, cit., punti 43, 44 e 45; Corte giust., 30.9.2003, causa C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras, Alvertus Snoek c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, p. I-10469, punti 62, 63 e 64. Negli stessi termini, cfr. Corte giust., 11.3.2008, causa C-89/07, *Commissione c. Repubblica francese*, in GU C 107 del 26.4.2008; Corte giust., 11.9.2008, causa C-447/07, *Commissione c. Repubblica italiana*; Corte giust., 20.11.2008, causa C-94/08, *Commissione c. Regno di Spagna*, in GU C 6 del 10.1.2009; Corte giust., 10.12.2009, causa C-460/08, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in GU C 24 del 30.1.2010.

57. Il posto di lavoro non può essere riservato ai nazionali quando i poteri d'imperio siano esercitabili solo in via occasionale e costituiscano una parte marginale di un'attività che presenti in generale un carattere tecnico e di gestione economica. Sulla base del principio e con riferimento alla legislazione italiana, la Corte ha escluso che possano essere riservate ai cittadini nazionali le funzioni di presidente di un'Autorità portuale: Corte giust., 10.9.2014, causa C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*, punti 58-62.

58. Come si è visto nel paragrafo 2, la cittadinanza italiana era requisito generale di accesso agli impieghi civili dello Stato ai sensi dell'art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. 10.1.1957, n. 3, valevole anche per gli impieghi presso le altre pubbliche amministrazioni. È infatti noto che la disciplina degli impieghi statali ha rappresentato a lungo la normazione pilota per tutto il pubblico impiego, né vi era una previsione di carattere generale che escludesse il requisito della cittadinanza per l'accesso agli impieghi pubblici non statali.

3.2.1993, n. 29, che sancirono il passaggio del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni da un regime pubblicistico a un regime in prevalenza privatistico. Il superamento del modello pubblicistico consentì di mettere da parte uno dei suoi capisaldi, rappresentato dal nesso con la cittadinanza nazionale, e di aprire il settore ai cittadini di altri Stati, come richiesto dall'ordinamento comunitario.

L'apertura fu prevista dall'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993, che riprendendo alla lettera la giurisprudenza della Corte di giustizia stabilì che i cittadini degli Stati membri della Comunità economica europea, poi Unione europea, potessero «accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale» (art. 37, co. 1). Senza nulla aggiungere per chiarire quali fossero in positivo tali posti, il medesimo articolo affidò ad un regolamento, da adottare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, l'individuazione degli impieghi per i quali si doveva continuare ad esigere il possesso della cittadinanza italiana (art. 37, co. 2); su tale base fu adottato il d.p.c.m. 7.2.1994, n. 174, successivamente integrato dal d.p.c.m. 5.10.1994, n. 623 e ancora vigente.

Il regolamento, attenendosi al mandato ricevuto⁵⁹, distingue gli impieghi riservati ai cittadini italiani in posti e funzioni, identificando i primi in base all'appartenenza a determinate amministrazioni o «posizioni ordinamentali» e le seconde «in base alle competenze riconducibili alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione»⁶⁰.

Precisamente, l'art. 1 del d.p.c.m. n. 174/1994 riserva ai cittadini italiani i posti dei livelli dirigenziali e i posti con funzioni di vertice amministrativo delle amministrazioni pubbliche statali e non statali, i posti dei magistrati e degli avvocati e procuratori dello Stato, i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa, del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato, eccettuati quelli per i quali è sufficiente il titolo di studio della scuola dell'obbligo.

Quanto alle funzioni, l'art. 2 del medesimo d.p.c.m. riserva ai cittadini italiani quelle «che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi», nonché le «funzioni di controllo di legittimità e di merito». Mentre per i posti la riserva è senz'altro operante, per le funzioni occorre che il Presidente del Consiglio dei ministri, su richiesta dell'interessato, adotti un «diniego motivato all'accesso a specifici impieghi o all'affidamento di incarichi che comportino esercizio di taluna delle funzioni indicate».

59. Ai sensi dell'art. 37, co. 2, d. lgs. n. 29/1993, con d.p.c.m. «sono individuati i posti e le funzioni per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana».

60. Le espressioni riportate tra virgolette si trovano nella premessa del d.p.c.m. 7.2.1994, n. 174.

Rileva altresì l'art. 41 del d.lgs. n. 29/1993, che affidò la disciplina dei requisiti generali di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione ad un regolamento, da adottare con decreto del Presidente della Repubblica. Il mandato fu assolto con il d.p.r. 9.5.1994, n. 487, tuttora vigente, il quale conferma la cittadinanza italiana come requisito generale di accesso agli impieghi nella P.A., ma aggiunge, tenendo conto dell'apertura ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea operata dall'art. 37 del d.lgs. n. 29/1993, che il suddetto requisito «non è richiesto per i soggetti appartenenti alla Unione europea, fatte salve le eccezioni di cui al d.p.c.m. 7 febbraio 1994».

In estrema sintesi il legislatore italiano, con gli interventi attuati tra il 1993 e il 1994, nel confermare la cittadinanza italiana come requisito generale di accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, ha equiparato ai cittadini italiani i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, ma solo per una parte degli impieghi pubblici, conservando per l'altra parte una stretta riserva di nazionalità. La tecnica utilizzata è stata quella di individuare espressamente gli impieghi riservati agli italiani, dichiarando accessibili agli europei, in via residuale, tutti gli altri impieghi. L'individuazione degli impieghi riservati è stata operata con un regolamento secondo il criterio, stabilito dalla legge alla stregua della giurisprudenza comunitaria (art. 37, co. 1, d. lgs. n. 29/1993), dell'attinenza all'esercizio di pubblici poteri o alla tutela dell'interesse nazionale. Tuttavia, per le modalità con le quali tale criterio è stato applicato, si è tenuto fermo il requisito della cittadinanza nazionale per settori di lavoro pubblico ben più ampi di quanto avrebbe consentito la *ratio* della riserva come individuata dalla Corte di giustizia e dalla Commissione⁶¹.

Ed infatti il d.p.c.m. n. 174/1994 sottopone a riserva di nazionalità sia i posti, sia le funzioni, mostrando di considerare come alternativi, anziché cumulativi, i due criteri di individuazione degli impieghi riservati, quello strutturale e quello funzionale. È cioè sufficiente, perché sia necessario il possesso della cittadinanza italiana, che si tratti di uno dei posti elencati dall'art. 1 oppure, in alternativa, che entri in gioco una delle funzioni indicate dall'art. 2 del d.p.c.m. Sono quindi riservati ai cittadini italiani tutti i posti dei livelli dirigenziali, tutti i posti con funzioni di vertice amministrativo e tutti i posti appartenenti ai Ministeri menzionati dall'art. 1, anche qualora non comportino l'esercizio delle funzioni *ex* art. 2. Parallelamente, è possibile escludere il cittadino di altro Paese dall'impiego che comporti l'esercizio di una delle suddette funzioni, anche se non si tratti di una posizione dirigenziale o di vertice amministrativo o collocata in uno dei Ministeri

61. In questo senso si vedano M. Rusciano, *Spunti per lo studio del lavoro pubblico nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 74; R. Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, cit., p. 45; M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, n. 2.2012, p. 7, p. 35. Anche nel citato *Ziller Report*, nella parte II, p. 75, si rileva la non perfetta coincidenza tra la disciplina italiana e la giurisprudenza della Corte di giustizia quanto ai criteri utilizzati per individuare gli impieghi riservati ai nazionali.

elencati nell'art. 1. Com'è evidente, una simile scelta normativa allarga l'area del lavoro pubblico sottratta alla libera circolazione ben al di là di quanto consentito dal Trattato⁶² come interpretato da Corte di giustizia e Commissione, le quali ammettono la deroga solo per i posti che implicino l'effettivo esercizio, abituale e non occasionale, prevalente e non marginale, di poteri d'imperio. D'altra parte, nell'abbozzare un elenco di settori rientranti nella deroga, la Commissione aveva menzionato solo «le forze armate, la polizia e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia», chiarendo che gli impieghi presso i Ministeri statali, i governi regionali e gli enti locali potevano ricadere nella deroga solo se implicassero l'esercizio di un potere pubblico⁶³. In altri termini, nell'approccio funzionale seguito da Corte di giustizia e Commissione, l'appartenenza a determinate strutture amministrative (ad esempio i Ministeri statali o i governi regionali) non è di per sé sufficiente per sottrarre il posto di lavoro alla libera circolazione, occorrendo altresì che venga in gioco l'esercizio di specifiche funzioni.

Il disallineamento tra la disciplina interna e il modello affermatosi in ambito comunitario non poteva non emergere in seno alla giurisprudenza italiana.

Prima di passare al suo esame, va osservato che la descritta disciplina è stata confermata, nel suo impianto fondamentale, dai successivi interventi legislativi, in particolare dal d.lgs. 30.3.2001, n. 165, recante «norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» che ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 29/1993. Il c.d. nuovo Testo unico sul pubblico impiego ha infatti riprodotto all'art. 38 il contenuto dell'art. 37 del decreto legislativo previgente e ha confermato espressamente, all'art. 70, co. 13, l'applicabilità del d.p.r. n. 487/1994. L'unica novità di rilievo successivamente intervenuta, sulla quale ci si soffermerà in un apposito paragrafo, è stata l'equiparazione ai cittadini europei, ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, di tre categorie di cittadini di Paesi terzi; come si vedrà, anche quest'ultima novità è scaturita dall'esigenza di adeguare la disciplina interna a quella dell'Unione europea.

62. Ci si riferisce naturalmente al co. 4 dell'art. 48 TCEE, poi art. 39 TCE, poi art. 45 TFUE. L'eccessiva ampiezza della formulazione rinvenibile nel regolamento di cui al d.p.c.m. n. 174/1994 è stata rilevata da molti autori, tra i quali cfr. A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, in *Lavoro e diritto*, n. 4.2009, p. 563, p. 572.

63. Commissione delle Comunità europee, Comunicazione 88/C 72/02, «Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri», cit.

4.3. La ulteriore delimitazione degli impieghi pubblici esclusi mediante disapplicazione del diritto interno in contrasto col diritto dell'Unione europea

L'individuazione degli impieghi pubblici esclusi dalla libera circolazione appare il risultato di un processo di successiva specificazione che si snoda dal livello europeo a quello statale coinvolgendo diritto positivo e giurisprudenza. È agevole cogliervi la tendenza alla progressiva erosione della sfera del lavoro pubblico riservata ai cittadini nazionali. A valle di tale processo si colloca idealmente la giurisprudenza italiana, chiamata a dare applicazione al diritto interno nei limiti della sua conformità al diritto dell'Unione europea.

La nostra giurisprudenza ha ravvisato in diverse occasioni motivi di contrasto tra il quadro normativo interno, come sopra ricostruito, e l'interpretazione del diritto dell'Unione europea fornita dalla Corte di giustizia. Il giudizio di difformità ha colpito in particolare il d.p.c.m. n. 174/1994, nella parte in cui individua i posti e le funzioni per i quali è indispensabile il possesso della cittadinanza italiana. È infatti emerso che mentre la Corte di giustizia dà rilievo, per stabilire se un impiego possa essere riservato ai nazionali, alla natura dell'attività svolta, indagando se si tratti di esercizio di poteri pubblici o di mansioni volte a tutelare interessi generali, il regolamento invece ritiene di per sé dirimente la posizione occupata dall'impiegato (livello dirigenziale, funzioni di vertice amministrativo) o la struttura nella quale è incardinato (ad es. un determinato Ministero), a prescindere dalle attività effettivamente svolte. Questo è vero, in particolare, per le disposizioni di cui alle lettere a), b) e d) dell'art. 1, co. 1, del regolamento. Infatti, poiché il criterio dello svolgimento di determinate funzioni di cui all'art. 2 del regolamento è alternativo a quello dell'occupazione di specifici posti, ne segue che l'appartenenza al livello dirigenziale oppure a un certo Ministero fa scattare la riserva indipendentemente dalle funzioni concretamente espletate.

Il rilevato contrasto ha portato, in alcune recenti pronunce, alla disapplicazione del d.p.c.m. n. 174/1994 nelle parti ritenute incompatibili con il diritto dell'Unione europea, con la conseguenza di ammettere i cittadini degli Stati membri ad impieghi che la lettera del regolamento riserverebbe agli italiani.

In questo filone giurisprudenziale si iscrivono sia pronunce del giudice ordinario, sia pronunce del giudice amministrativo⁶⁴. Stando al materiale giurisprudenziale reperito, le

64. Nella materia in esame vi è un ambito di giurisdizione del giudice ordinario in forza dell'art. 44 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286, che assegna a tale giudice l'azione civile contro la discriminazione. Per accertare l'eventuale carattere discriminatorio dell'esclusione, il giudice ordinario verifica la conformità degli atti amministrativi contestati dal ricorrente (bando di concorso, provvedimento di esclusione) alla normativa nazionale e sovranazionale, effettuando un sindacato di legittimità il cui giudice naturale sarebbe quello amministrativo. Il fondamento teorico e costituzionale di tale scelta normativa risiede nella qualificazione come diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva di cui lo

pronunce del giudice ordinario riguardano soprattutto la lett. d) dell'art. 1, co. 1, del regolamento, che preclude a chi non ha la cittadinanza italiana l'accesso ad intere branche di amministrazione statale, precisamente alla Presidenza del Consiglio dei ministri, a cinque Ministeri (esteri, interno, giustizia, difesa e finanze) e al Corpo forestale dello Stato. Il giudice amministrativo invece, a quanto consta, si è occupato prevalentemente dell'accesso degli stranieri alla dirigenza e alle funzioni di vertice amministrativo di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1, co. 1, del regolamento.

Prima di esaminare il contenuto delle principali pronunce, si consideri che le due questioni, a ben riflettere, non sono del tutto sovrapponibili. L'esclusione degli stranieri da tutti i posti dei ruoli civili e militari di un dato Ministero, senza alcun riferimento alle funzioni che il lavoratore è chiamato a svolgere, prescinde palesemente dal criterio sostanziale, ritenuto decisivo dalla Corte di giustizia, dell'esercizio di pubblici poteri e della tutela degli interessi generali dello Stato. Il contrasto tra la formulazione letterale del regolamento e la giurisprudenza comunitaria è qui facilmente rilevabile. La riserva ai cittadini italiani dei posti di livello dirigenziale e di quelli con funzioni di vertice amministrativo, invece, non appare del tutto avulsa da profili sostanziali, dal momento che occupare un livello dirigenziale o comunque una posizione di vertice all'interno di una pubblica amministrazione implica di per sé l'esercizio di determinate funzioni, pur restando da dimostrare che si tratti esattamente di quei pubblici poteri di cui parla la Corte di giustizia. In questo caso il contrasto della disposizione regolamentare interna con il parametro comunitario è meno evidente; cionondimeno, come si vedrà, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto di ravvisarlo.

Iniziando dalla giurisprudenza del giudice ordinario, alcune decisioni hanno dichiarato la natura discriminatoria di bandi di concorso che richiedevano come requisito di partecipazione la cittadinanza italiana, trattandosi di impieghi pubblici riservati ai sensi del d.p.c.m. n. 174/1994. Secondo i giudici gli impieghi in questione, avuto riguardo alle mansioni concretamente espletate, non implicavano l'esercizio di pubblici poteri finalizzati alla tutela dell'interesse generale⁶⁵. Il parametro alla stregua del quale è stata vagliata la legittimità dei bandi impugnati è stato senz'altro il diritto dell'Unione europea come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che stabilisce in modo rigoroso in quali casi gli Stati membri possono riservare ai propri cittadini l'accesso a posti di lavoro

straniero discriminato chiede tutela, come messo in chiaro da Cass., SU, ord. 15.2.2011, n. 3670 e ord. 30.3.2011, n. 7186. D'altra parte, quante volte l'esclusione dello straniero dall'accesso a posti di pubblico impiego si realizzi attraverso atti amministrativi, che sono comunque impugnabili per motivi di legittimità dinanzi al giudice amministrativo, anche quest'ultimo conserva, nella materia in esame, un proprio ambito di giurisdizione.

65. Si tratta di Trib. Udine, ord. 30.6.2016; Trib. Firenze, sez. lavoro, ord. 27.5.2017; Trib. Firenze, sez. lavoro, ord. 26.6.2018; Trib. Milano, sez. lavoro, 11.6.2018, n. 15759; Trib. Roma, sez. II lavoro, 28.1.2019, n. 798.

pubblici. Al di fuori di tali casi, il comportamento della P.A. che preclude ai non nazionali la partecipazione ai concorsi per l'assunzione di personale assume i connotati della discriminazione di cui agli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, con la conseguenza che il giudice può disporre la cessazione, con rimozione dei relativi effetti.

Preme evidenziare che nei casi in esame l'amministrazione non aveva fatto altro che applicare l'art. 1, co. 1, lett. d), d.p.c.m. n. 174/1994, che richiede il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso a determinati Ministeri, tra i quali quello della giustizia e quello delle finanze⁶⁶. Tuttavia il giudice, rilevata la difformità della disposizione regolamentare interna dal diritto dell'Unione europea, l'ha disapplicata. Adottando l'approccio funzionale e "caso per caso" seguito dalla Corte di giustizia, ha preso in esame lo specifico profilo professionale controverso al fine di verificare se esso implicasse o meno l'esercizio di pubblici poteri; dato l'esito negativo di tale verifica, ha dichiarato la natura discriminatoria del bando e ordinato all'amministrazione di ammettere il ricorrente alla procedura o provvedere altrimenti alla cessazione/rimozione del comportamento vietato.

Passando alla giurisprudenza del giudice amministrativo, si osserva che l'orientamento tradizionale, favorevole all'interpretazione letterale del d.p.c.m. n. 174/1994 e dunque incline a riservare ai cittadini nazionali tutti i posti e le funzioni ivi elencati⁶⁷, è mutato a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia resa su un rinvio pregiudiziale disposto dal Consiglio di Stato⁶⁸. Tale pronuncia, relativa al caso della nomina di un cittadino greco a presidente di un'Autorità portuale italiana, ha ammesso che sono pubblici poteri, ai fini della deroga alla libera circolazione, i poteri d'imperio che si manifestano nell'adozione di provvedimenti coattivi, come l'ingiunzione di ripristino dello stato dei luoghi o l'ordine di esecuzione di lavori volti ad assicurare la navigabilità del porto. Ha però aggiunto che per aversi deroga alla libera circolazione è necessario che i suddetti poteri d'imperio siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte

66. Nel caso deciso dal Tribunale di Udine si trattava di un posto per operatore doganale presso l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, afferente al Ministero delle finanze; le ordinanze del Tribunale di Firenze riguardano un concorso per assistente giudiziario presso il Ministero della giustizia; le pronunce del Tribunale di Milano e del Tribunale di Roma si riferiscono entrambe a un concorso per mediatore culturale bandito dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia.

67. Si vedano: Tar Puglia, Lecce, sez. I, 26.6.2012, n. 1138, che ha dichiarato illegittima la nomina di un cittadino greco a presidente dell'Autorità portuale di Brindisi, avendo ritenuto indispensabile la cittadinanza italiana come requisito di accesso alla suddetta carica, dati i poteri pubblici ad essa spettanti; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 24.5.2017, n. 6171, secondo cui alla selezione per la nomina dei direttori dei musei statali possono partecipare soltanto i cittadini italiani, trattandosi di funzioni dirigenziali, espressamente riservate ai nazionali dal d.p.c.m. n. 174/1994; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 7.6.2017, n. 6719, che ha annullato il decreto di indizione della selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del Parco archeologico del Colosseo, sempre in forza della disciplina regolamentare interna che riserva agli italiani le funzioni dirigenziali nella pubblica amministrazione.

68. Trattasi di Corte giust., 10.9.2014, causa C-270/13, cit., resa sul rinvio pregiudiziale disposto da Cons. St., sez. IV, ord. 8.5.2013, n. 2492.

molto ridotta della complessiva attività del titolare. Se invece l'esercizio dei poteri d'imperio è soltanto sporadico o addirittura eccezionale, nell'ambito di un'attività avente in generale un carattere tecnico e di gestione economica, non è consentito allo Stato membro di riservare l'impiego ai propri cittadini.

Dopo questa pronuncia della Corte di giustizia, la giurisprudenza interna ha mutato indirizzo, cominciando ad andare oltre la lettera del regolamento e ad esaminare nel dettaglio le funzioni spettanti alla singola figura professionale, al fine di verificare sia la sussistenza di poteri d'imperio nel senso precisato dalla Corte, sia la rilevanza e l'esercizio non occasionale dei medesimi nel contesto della complessiva attività del titolare. Si è così giunti a ribaltare in appello la decisione sul presidente dell'Autorità portuale⁶⁹ e poi ad aprire ai cittadini degli Stati membri la direzione dei musei statali⁷⁰.

Vale la pena osservare che, nel pronunciarsi in appello sul caso del presidente dell'Autorità portuale, il Consiglio di Stato ha affrontato il nodo della compatibilità tra l'interpretazione dell'art. 45 TFUE adottata dalla Corte di giustizia e l'art. 51 Cost., qualora inteso nel senso di riservare ai cittadini italiani l'accesso agli uffici pubblici. L'applicazione del diritto dell'Unione europea potrebbe rendere necessario, in tal caso, disapplicare la norma costituzionale. Richiamata la giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, il Consiglio di Stato ha però chiarito che le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 45 TFUE, dalle quali discende il diritto dei cittadini dell'Unione di accedere ai posti di lavoro nel nostro Paese, devono considerarsi recepite nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 11 Cost. Non occorre quindi disapplicare l'art. 51, basta leggerlo in conformità all'art. 11, nel senso di consentire ai cittadini degli Stati membri l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, salve le eccezioni connesse alle ipotesi in cui vi sia esercizio di pubblici poteri nel senso inteso dalla Corte di giustizia. In conclusione è direttamente l'art. 45 TFUE, come interpretato dai giudici di Lussemburgo, il parametro alla stregua del quale la disciplina italiana deve essere interpretata, applicata e, se occorre, integrata.

69. Si veda Cons. St., sez. IV, 10.3.2015, n. 1210, che sulla scorta della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia citata nella nota che precede, ha accolto l'appello avverso Tar Puglia, Lecce, sez. I, 26.6.2012, n. 1138, cit.

70. Cfr. Cons. St., sez. VI, 24.7.2017, n. 3666, che ha annullato la citata sentenza del Tar Lazio n. 6719/2017 relativa all'incarico di direzione del Parco archeologico del Colosseo; Cons. St., sez. VI, 2.2.2018, n. 677, che in sede di appello avverso la sentenza del Tar Lazio n. 6171/2017, relativa all'incarico di direzione del Palazzo ducale di Mantova, ha rimesso alla plenaria la questione se tale incarico potesse essere affidato ad una persona non avente la cittadinanza italiana, ma quella di un altro Stato membro dell'Unione europea; Cons. St., ad. plen., 25.6.2018, n. 9, che ha dichiarato in contrasto con l'art. 45, co. 4, TFUE, quindi da disapplicare, il d.p.c.m. n. 174/1994 nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso ai posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato.

Una esplicita presa di posizione sulla contrarietà al diritto dell'Unione europea del d.p.c.m. n. 174/1994 si rinviene nelle decisioni sui direttori dei musei statali⁷¹, nelle quali il Consiglio di Stato afferma chiaramente di disapplicare il regolamento interno, così allineandosi alla giurisprudenza del giudice ordinario. In base all'art. 1, co. 1, lett. a) del regolamento, che menziona «i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato», gli incarichi di direzione dei musei statali, che sono uffici di livello dirigenziale, sarebbero riservati ai cittadini italiani. Erano state pertanto annullate la selezione pubblica internazionale per la nomina del direttore del Parco archeologico del Colosseo, aperta alla partecipazione di cittadini non italiani, e la nomina di un cittadino austriaco come direttore del Palazzo ducale di Mantova⁷². In appello il Consiglio di Stato ha ravvisato un contrasto palese tra la previsione regolamentare, che riserva ai cittadini italiani l'intera dirigenza statale, e la normativa europea, che impone di verificare se le funzioni svolte dal singolo dirigente siano o meno espressione di pubblici poteri, nel senso chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Dopo aver preso in esame i compiti attribuiti ai direttori delle menzionate istituzioni museali, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che essi svolgano in prevalenza un'attività di gestione economica e tecnica dei beni culturali loro affidati, finalizzata alla valorizzazione dei medesimi, non avente quel carattere autoritativo che ne giustificerebbe la riserva ai cittadini nazionali⁷³. Di qui, la necessaria disapplicazione della normativa interna in contrasto con il diritto europeo. Considerati però i limiti di tale rimedio, che non elimina dal sistema la norma viziata da illegittimità europea, il Consiglio ha auspicato un intervento del legislatore che faccia chiarezza ed eviti incertezze in sede applicativa⁷⁴, auspicio ribadito con forza anche dall'Adunanza plenaria⁷⁵.

A conclusione dell'analisi sin qui condotta, focalizzata sul principio comunitario di libera circolazione dei lavoratori e sulle relative implicazioni nel settore del lavoro pubblico, con specifico riferimento alla possibilità, per gli Stati membri, di riservare ai cittadini nazionali l'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, si può affermare

71. Sull'intera vicenda si rinvia ai commenti di M. Gnes, *Musei italiani e direttori stranieri. L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4.2017, p. 492; Id., *La dirigenza pubblica e il requisito della cittadinanza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2.2018, p. 143; Id., *Musei italiani e direttori stranieri: la decisione dell'Adunanza plenaria. Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5.2018, p. 609.

72. Si vedano, rispettivamente, Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 7.6.2017, n. 6719, cit. (Parco archeologico del Colosseo) e Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 24.5.2017, n. 6171, cit. (Palazzo ducale di Mantova).

73. Rispettivamente, in Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017 e in Cons. St., ad. plen., n. 9/2018.

74. Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 3666/2017, cit.

75. Cons. St., ad. plen., n. 9/2018, cit. ha affidato al Governo, «per evidenti ragioni di certezza giuridica», il compito di «adottare le determinazioni conseguenti alla rilevata illegittimità *de iure communitario* della richiamata disposizione regolamentare».

che tale possibilità sussiste esclusivamente per i posti di lavoro che implicino, in misura prevalente, l'esercizio abituale di poteri d'imperio (nel senso di autoritativi e coercitivi) volti a tutelare interessi generali dello Stato, e che non abbiano un preminente carattere di gestione tecnica ed economica. Solo in presenza di tali requisiti la riserva di nazionalità eventualmente apposta dal legislatore dello Stato membro è immune da illegittimità comunitaria. La vigente normativa italiana, a suo tempo adottata al fine di conformare l'ordinamento interno a quello comunitario, attualmente presenta, in parte per vizi originari ed in parte per la sopravvenuta evoluzione normativa e giurisprudenziale, importanti punti di frizione con il parametro europeo, riservando ai cittadini italiani settori del lavoro pubblico più ampi di quanto non sia consentito da quel parametro. Di conseguenza, in attesa di un intervento del legislatore, la giurisprudenza disapplica le norme interne ritenute incompatibili con quelle dell'Unione europea.

5. L'equiparazione ai cittadini europei di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione, tra diritto dell'Unione europea e diritto interno

Operata la delimitazione, all'interno del lavoro pubblico, tra ambito suscettibile di riserva di nazionalità ed ambito aperto al principio di libera circolazione, occorre rispondere ad un quesito rimasto finora sulla sfondo: a quali categorie di stranieri sono accessibili gli impieghi soggetti alla libera circolazione, solo ai cittadini degli Stati membri o anche ai cittadini dei Paesi terzi?

In altri termini, occorre passare dal profilo oggettivo del problema, quello della distinzione tra impieghi riservati e impieghi accessibili, al profilo soggettivo, quello della individuazione dei soggetti che possono accedervi.

Ancora una volta è bene muovere dal diritto dell'Unione europea per poi considerare la disciplina italiana.

Il principio di libera circolazione dei lavoratori, dettato dall'art. 45 TFUE per i cittadini degli Stati membri, si applica, entro certi limiti, anche a determinate categorie di cittadini di Paesi terzi.

Innanzitutto il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri è riconosciuto non solo ai cittadini dell'Unione ma anche ai loro familiari, qualunque sia la cittadinanza di questi ultimi⁷⁶. Si tratta di un corollario naturale della

76. Si veda l'art. 3, co. 1, dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29.4.2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ma già l'art. 10, reg. 1612/68/CEE, cit.

libertà di circolazione e soggiorno, volto a garantirne l'effettivo esercizio⁷⁷. Ne consegue che anche i familiari non aventi la cittadinanza dell'Unione hanno diritto, a certe condizioni, di esercitare un'attività di lavoro subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante e di godere di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato⁷⁸. Pertanto la prima categoria di cittadini di Paesi terzi alla quale deve riconoscersi il diritto a non essere discriminati nell'accesso al lavoro, anche pubblico nei limiti tracciati dalla Corte di giustizia, è quella dei familiari (di cittadini dell'Unione) che esercitino la libertà di circolazione e soggiorno alle condizioni previste dal diritto derivato⁷⁹.

Va poi considerata la categoria dei soggiornanti di lungo periodo, coniata per favorire l'integrazione dei cittadini non europei che risiedano regolarmente e con una certa stabilità nel territorio di uno Stato membro⁸⁰, in vista del perseguimento di obiettivi di coesione economico-sociale. Chi ottiene tale *status* gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali in un ampio spettro di materie, prima fra tutte quella del lavoro⁸¹. Fa eccezione il caso dell'attività lavorativa che implichi, sia pure occasionalmente, la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri; inoltre lo Stato membro può limitare la possibilità di svolgere attività lavorative che la legislazione interna riservi ai nazionali. Sebbene tale duplice limitazione sembri lasciare un certo margine di manovra agli Stati, il principio del trattamento nazionale dei soggiornanti di lungo periodo apre un ulteriore canale d'accesso al lavoro pubblico per i cittadini degli Stati terzi.

Vi è infine una terza categoria di cittadini non comunitari alla quale il diritto dell'Unione ha aperto le porte del pubblico impiego: i titolari di protezione internazionale. Nel dettare per la prima volta una disciplina comune di tale materia, si è inserito tra i

77. Come si legge nel considerando n. 5 della dir. 2004/38/CE, cit., «il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza».

78. Si vedano gli artt. 23 e 24, co. 1, dir. 2004/38/CE del 29.4.2004, cit.; ma già l'art. 11, reg. 1612/68/CEE, cit., su cui cfr. Corte giust., 7.5.1986, causa C-131/85, *Emir Gül c. Regierungspräsident Düsseldorf*, in *Racc.*, p. 1583.

79. In tal senso si è espressa la Commissione europea nel documento di lavoro SEC(2010)1609 del 14.12.2010, cit., p. 12. Si tratta però di un diritto derivato, connesso a quello del cittadino comunitario, non potendo il cittadino di Paese terzo accedere ad un posto di lavoro subordinato in uno Stato diverso da quello in cui il suo familiare (cittadino comunitario) svolga un'attività lavorativa subordinata. In proposito cfr. Corte giust., 30.3.2006, causa C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail et de l'Emploi*, in *Racc.*, p. I-3162. In dottrina, cfr. M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale?*, cit., p. 33; nonché C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4.2017, parte I, p. 599, p. 603.

80. Cfr. la dir. 2003/109/CE del Consiglio del 25.11.2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

81. L'art. 11, co. 1, dir. 2003/109/CE, cit., prevede che «il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: a) l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione».

contenuti della protezione internazionale l'accesso all'occupazione, facendo obbligo agli Stati membri di autorizzare i beneficiari dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria «a esercitare un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile alle professioni e agli impieghi nella pubblica amministrazione»⁸².

Le direttive che hanno posto le premesse per l'ammissione agli impieghi pubblici non riservati delle suddette tre categorie di stranieri non hanno ricevuto, in un primo tempo, piena attuazione nell'ordinamento italiano. Infatti i decreti legislativi di recepimento⁸³ hanno lasciato immutata la pertinente disposizione del Testo unico sul pubblico impiego, che si riferiva esclusivamente ai cittadini degli Stati membri⁸⁴. Come risultato, le amministrazioni pubbliche italiane continuavano ad ammettere alle proprie dipendenze – limitatamente ai posti non riservati ai cittadini italiani – soltanto i cittadini dell'Unione europea, senza aprire ai loro familiari e ai soggiornanti di lungo periodo. Quanto poi ai beneficiari di protezione internazionale, la normativa interna di attuazione consentiva l'accesso ai rifugiati ma non ai titolari di protezione sussidiaria⁸⁵.

La mancata integrale ricezione delle direttive è stata segnalata dalla dottrina, che ha comunque sostenuto l'immediata applicabilità delle nuove norme di diritto comunitario anche in assenza di una loro completa trasposizione nell'ordinamento interno⁸⁶. Nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale che si è sviluppato intorno alla questione dell'ammissibilità dei cittadini di Paesi terzi ai posti di lavoro pubblici, le direttive in questione e le relative norme interne di recepimento sono state evocate come argomento a sostegno della tesi dell'apertura⁸⁷. A seguito della richiesta di informazioni da parte della Commissione europea al Governo italiano sulla presunta violazione delle suddette direttive⁸⁸, al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione, il legislatore è intervenuto

82. Si veda l'art. 26, co. 1 e co. 3, dir. 2004/83/CE del Consiglio del 29.4.2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Le disposizioni contenute nei citati commi sono state riprodotte nell'art. 26, co. 1, dir. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.12.2011, che ha abrogato e sostituito la precedente.

83. Per i familiari dei cittadini dell'Unione, si veda il d.lgs. 6.2.2007, n. 30, di attuazione della dir. 2004/38/CE, cit.; per i soggiornanti di lungo periodo, cfr. il d.lgs. 8.1.2007, n. 3, di attuazione della dir. 2003/109/CE, cit.; per i titolari di protezione internazionale, cfr. il d.lgs. 19.11.2007, n. 251, di attuazione della dir. 2004/83/CE, cit.

84. L'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 non fu infatti modificato dai decreti legislativi di cui alla nota precedente.

85. Si veda il testo originario dell'art. 25, co. 2, del d.lgs. n. 251/2007, di attuazione della dir. 2004/83/CE, cit.

86. Questa è l'opinione di A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit., p. 573 ss.

87. In dottrina, cfr. G. Ludovico, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2009, p. 400; A. Durante, *I confini della cittadinanza. Lavoro e immigrazione alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2010, p. 367. In giurisprudenza, si vedano Trib. Milano, 16.7.2009, che richiama l'art. 11, co. 1, della dir. 2003/109/CE; e Trib. Milano, 4.4.2011, che cita il d.lgs. n. 251/2007, di attuazione della dir. 2004/83/CE, e la dir. 2003/109/CE.

88. Casi EU Pilot 1769/11/JUST e 2368/11/HOME.

nel 2013 con lo strumento della legge europea, apportando all'art. 38 del Testo unico sul pubblico impiego le modifiche necessarie⁸⁹. Pertanto l'accesso ai posti di lavoro pubblici non riservati ai cittadini italiani è oggi consentito, oltre che ai cittadini degli Stati membri, anche ai «loro familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente» (art. 38, co. 1) e ai cittadini di Paesi terzi «titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria» (art. 38, co. 3-*bis*).

Lungi dall'aver risolto le numerose questioni interpretative sul tappeto, la novella del 2013 da un lato è stata letta come conferma della perdurante esclusione dagli impieghi pubblici dei cittadini di Paesi terzi non rientranti nelle categorie menzionate dall'art. 38⁹⁰, dall'altro è stata criticata per la sua limitatezza⁹¹. In effetti il testo vigente dell'articolo in parola non sancisce in via generale l'ammissibilità al lavoro pubblico dei cittadini dei Paesi terzi e lascia comunque fuori alcune categorie di stranieri che il diritto dell'Unione europea equipara ai cittadini degli Stati membri in materia di accesso al lavoro, come i titolari di Carta blu UE⁹² e i titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da un altro Stato membro⁹³. Peraltro non sono mancate pronunce che hanno

89. Ci si riferisce alla l. 6.8.2013, n. 97, «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013», il cui art. 7 ha modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 25, co. 2, del d.lgs. n. 251/2007. In argomento, cfr. M. Savino, *La partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa europea*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5.2013, p. 463.

90. Cfr. Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, secondo cui «il riferimento solo ad alcune categorie di stranieri ammessi al pubblico impiego, a parità con il cittadino dell'Unione europea, manifesta la persistente volontà del legislatore di escludere le ulteriori categorie di cittadini extracomunitari non espressamente contemplati».

91. Alcune opinioni critiche espresse nell'ambito dei lavori parlamentari relativi alla l. n. 97/2013 sono documentate, in motivazione, da Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, cit. Suscita perplessità, in particolare, un trattamento differenziato tra diverse categorie di stranieri, trattandosi di accesso ad impieghi che comunque non comportano l'esercizio di funzioni pubbliche: cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 95.

92. Cfr. la dir. 2009/50/CE del Consiglio del 25.5.2009 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, secondo la quale gli Stati membri possono concedere ai titolari di Carta blu lo stesso trattamento riservato ai nazionali per quanto riguarda l'accesso al lavoro altamente qualificato (art. 12, co. 1), ma possono anche limitare tale accesso quando questo comporti, anche in via occasionale, la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o attività riservate dal diritto interno ai cittadini nazionali. In sede di recepimento della direttiva, il legislatore italiano si è avvalso di tale possibilità: cfr. l'art. 27-*quater*, co. 14, d.lgs. n. 286/1998, inserito dal d.lgs. 28.6.2012, n. 108.

93. Si veda l'art. 21 della dir. 2003/109/CE. In dottrina, cfr. M. Gnes, *I diritti dei cittadini di Paesi terzi nella legge europea 2013*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1.2014; nonché Id., *L'accesso al lavoro nella pubblica amministrazione*, in P. Morozzo della Rocca, a cura di, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, III ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, p. 219, p. 229, dove ci si interroga anche sulla sorte degli stranieri residenti nel Paese di origine che intendano partecipare a pubblici concorsi in Italia.

ritenuto di poter estendere in via interpretativa l'accesso a categorie non contemplate dalla suddetta disposizione⁹⁴.

Per quanto attiene alla categoria dei soggiornanti di lungo periodo, va tuttavia dato atto al legislatore italiano di aver accordato una tutela più ampia di quella prevista dalla direttiva europea, che garantisce lo stesso trattamento dei cittadini nazionali solo per le attività lavorative che non implicino «nemmeno in via occasionale» la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri (così l'art. 11, co. 1, lett. a) della dir. 2003/109/CE). Un impiego che attribuisca poteri autoritativi il cui esercizio sia soltanto occasionale potrebbe dunque essere interdetto allo straniero in forza della direttiva, ma non potrebbe essergli precluso alla stregua della disciplina interna, che a tal fine richiede – come chiarito sopra alla luce della giurisprudenza europea e nazionale – l'esercizio effettivo, abituale e prevalente dei suddetti poteri⁹⁵.

In conclusione si può osservare che anche sul piano soggettivo delle categorie di stranieri ammessi, come su quello oggettivo degli impieghi non riservati ai cittadini italiani, il processo di graduale apertura del lavoro pubblico oltre i confini della cittadinanza nazionale, pur evidente, non ha ancora raggiunto uno stabile approdo.

6. La preclusione ai cittadini di Paesi terzi degli impieghi pubblici aperti alla libera circolazione: considerazioni critiche

L'analisi sviluppata nelle pagine che precedono conduce ad affermare, come anticipato sin dalla premessa del presente scritto, che nell'ordinamento giuridico italiano l'accesso al lavoro pubblico è riservato, per alcune tipologie di impieghi, ai soli cittadini italiani, e per tutti gli altri impieghi ai cittadini europei e alle categorie di cittadini extraeuropei espressamente indicate dalla legge.

Quanto al profilo oggettivo, relativo alla distinzione tra impieghi riservati ai cittadini italiani e impieghi aperti al principio di libera circolazione, si ribadisce la necessità⁹⁶ di un intervento legislativo che renda ad un tempo certa e conforme ai criteri indicati dalla Corte di giustizia l'individuazione degli impieghi riservati.

Quanto al profilo soggettivo, inerente alle categorie dei soggetti ammessi, la conclusione appena esposta deve essere messa a confronto con un indirizzo

94. Cfr. Trib. Firenze, 23.1.2014, n. 2679, secondo cui il diritto di partecipare ai concorsi pubblici deve essere riconosciuto, oltre che ai titolari di Carta blu UE, anche ai familiari del titolare di protezione internazionale soggiornanti in Italia, ai sensi dell'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 251/2007. Include i titolari di Carta blu tra i soggetti ammissibili alle graduatorie per le supplenze di insegnamento anche Trib. Milano, 4.3.2015.

95. Lo ha osservato C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, cit., p. 610.

96. Già segnalata nel paragrafo 4.

giurisprudenziale, maggioritario nella giurisprudenza di merito del giudice ordinario⁹⁷ e considerato con favore dalla dottrina⁹⁸, che qualifica comportamento discriminatorio ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998 la previsione della cittadinanza, italiana o europea, come requisito di accesso agli impieghi pubblici, con il risultato di rimuovere l'esclusione dei cittadini di Paesi terzi per via giurisdizionale.

Tale qualificazione fa leva sul diritto degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia a non essere discriminati rispetto ai cittadini italiani nell'accesso al lavoro, tanto pubblico quanto privato, a meno che non si tratti di esercitare pubblici poteri o funzioni poste a tutela dell'interesse nazionale. Questo diritto viene ricavato dall'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, a tenore del quale «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani».

Per raggiungere il risultato indicato, i giudici devono però superare l'ostacolo rappresentato dalle previsioni di legge e di regolamento che prescrivono il requisito della

97. In questo senso, cfr. Tar Liguria, sez. II, Genova, 13.4.2001, n. 399; App. Firenze, ord. 2.7.2002, n. 281; Trib. Genova, 19.3.2004; Id., 21.4.2004; Id., 26.6.2004; Trib. Pistoia, 7.5.2005; App. Firenze, 21.12.2005, n. 415; Trib. Firenze, 14.1.2006; Trib. Imperia, 12.9.2006; Trib. Perugia, 29.9.2006; Id., 6.12.2006; Trib. Bologna, 7.9.2007; Id., 25.10.2007; Trib. Milano, 27.5.2008; Id., 30.5.2008, n. 2454; Id., 31.7.2008; Id., 1.8.2008; Id., 27.8.2008; App. Firenze, 28.11.2008; Trib. Parma, 13.5.2009; Trib. Milano, 16.7.2009; Trib. Rimini, 27.10.2009, n. 3626; Trib. Biella, 23.7.2010; Trib. Milano, 30.7.2010; Id., 4.4.2011; Id., 21.4.2011; Id., 12.8.2011; Trib. Firenze, 27.1.2012; Id., 23.1.2014, n. 2679; Trib. Milano, 4.3.2015.

98. Senza pretese di completezza, si vedano: B. Di Giacomo Russo, *Accesso al pubblico impiego e stranieri*, in *Foro amm. TAR*, n. 5.2006, p. 1653; M.A. Garzia, *Restrizioni all'accesso al lavoro pubblico degli extracomunitari e principio di non discriminazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8.2006, p. 867; Ead., *L'accesso al pubblico impiego del cittadino extracomunitario*, in *Giust. civ.*, n. 9.2006, p. 1896; M. Agostini, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2007, p. 302; A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit.; G. Loy, *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4.2009, parte I, p. 517; G. Ludovico, *L'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego tra limitazioni normative e aperture interpretative*, cit.; A. Durante, *I confini della cittadinanza*, cit.; A. Astengo, *Extracomunitari e pubblico impiego: la parola alla Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4.2011, p. 1184; M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego*, cit.; C. Marranca, *L'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici tra esigenze garantiste e scelte legislative*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2015, p. 467; A. Terzi, *Cittadini stranieri ed accesso ai pubblici impieghi: una questione ormai risolta?*, in *Questione giustizia*, 11.2.2015; C. De Marco, *Immigrati e pubblico impiego*, cit.; M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, p. 180 ss. *Contra*, cfr. G. Mammone, *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieto di discriminazioni e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2.2003, p. 272; L. Busico, *Accesso degli extracomunitari all'impiego pubblico: una questione ancora non risolta*, in *Giust. civ.*, n. 12.2007, p. 2971.

cittadinanza italiana o europea⁹⁹; a tal fine, fanno ricorso all'interpretazione conforme, alla disapplicazione o alla dichiarazione di avvenuta abrogazione implicita.

Mediante il primo di tali strumenti, le disposizioni in questione vengono interpretate in modo riduttivo, riferendole soltanto agli impieghi che comportano l'esercizio di pubblici poteri, al fine di renderle conformi ai principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione¹⁰⁰. Si parla al riguardo di interpretazione costituzionalmente orientata, con riferimento da un lato agli artt. 3 e 4 Cost. e dall'altro agli artt. 10, co. 2 e 117, co. 1, Cost. nella parte in cui richiamano il diritto internazionale¹⁰¹. Rileva, in particolare, la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143 del 24.6.1975, ratificata con l. 10.4.1981, n. 158, il cui art. 10 impegna gli Stati contraenti ad «attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze ed agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione» ed il cui art. 14 consente di «restringere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato». La legge di ratifica della Convenzione, pur non assumendo un rango costituzionale, si collocerebbe in una posizione gerarchicamente sovraordinata nei confronti delle norme legislative ordinarie e, ovviamente, delle norme di regolamento¹⁰².

Con specifico riferimento alle disposizioni di natura regolamentare, segnatamente l'art. 2 del d.p.r. n. 487/1994 e il d.p.c.m. n. 174/1994, alcune pronunce seguono la strada della disapplicazione ai sensi dell'art. 5 della l. 20.3.1865, n. 2248, all. E, considerando quei regolamenti illegittimi perché in contrasto con la legge, precisamente con la l. n. 158/1981 di ratifica della Convenzione OIL n. 143/1975¹⁰³.

Ricorrente è infine l'affermazione secondo la quale le disposizioni preclusive non sarebbero più vigenti in quanto implicitamente abrogate da disposizioni successive

99. Ricapitolando quanto esposto nel paragrafo 4.2, rilevano principalmente le seguenti disposizioni: art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. 10.1.1957, n. 3; art. 2, co. 1, n. 1), d.p.r. n. 487/1994; art. 38, d.lgs. n. 165/2001; d.p.c.m. n. 174/1994; art. 70, co. 13, d.lgs. n. 165/2001.

100. Si veda, tra le tante, Trib. Milano, 4.4.2011, secondo cui «le disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza italiana, pur mantenendo validità, vanno interpretate nel senso di limitare tale requisito solo in quanto riferito allo svolgimento di pubblici poteri o di funzioni poste a tutela dell'interesse nazionale».

101. Parla di «interpretazione sistematica costituzionalmente orientata» Trib. Bologna, 25.10.2007, che richiama come parametri gli artt. 3 e 4 Cost. Per un riferimento all'art. 10, co. 2, Cost. cfr. Trib. Milano, 30.7.2010.

102. In questo senso cfr. App. Firenze, 21.12.2005, n. 415, che ne trae la conseguenza della illegittimità del d.p.r. 10.12.1997, n. 483 nella parte in cui richiede la cittadinanza italiana o europea per l'accesso ai ruoli dirigenziali del Servizio sanitario nazionale.

103. Così App. Firenze, 21.12.2005, n. 415.

incompatibili¹⁰⁴, individuate nell'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 e, più in generale, in tutto quel complesso di norme che va sotto il nome di diritto antidiscriminatorio¹⁰⁵.

Tanto la disapplicazione quanto la dichiarazione di abrogazione implicita si basano sul convincimento che un regime di accesso al pubblico impiego differenziato sulla base della cittadinanza si ponga in contrasto con le disposizioni legislative che sanciscono la parità di trattamento tra lavoratori italiani e lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti in Italia e che vietano qualsiasi discriminazione per motivi di razza o di origine etnica.

Di opposto avviso è la Corte di cassazione, seguita da una parte minoritaria della giurisprudenza ordinaria e dalla gran parte della giurisprudenza amministrativa¹⁰⁶. Sulla base di una ricostruzione puntuale del diritto positivo, la Corte prende atto di un quadro normativo che riserva alcuni impieghi pubblici ai cittadini italiani ed ammette a tutti gli altri impieghi pubblici i cittadini degli Stati membri e determinate categorie di cittadini di Paesi terzi, continuando ad escludere questi ultimi se non appartenenti alle categorie espressamente contemplate.

Sul piano argomentativo, la Corte nega che le disposizioni regolamentari di cui al d.p.r. n. 487/1994 siano state abrogate dall'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998, dal momento che l'applicabilità del regolamento è stata successivamente confermata dal d.lgs. n. 165/2001 (art. 70, co. 13); ricorda che l'art. 27, co. 3, del d.lgs. n. 286/1998 tiene «ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività»; precisa che da singole disposizioni che ammettono gli stranieri a specifici impieghi (lettore universitario, infermiere professionale) non può ricavarsi l'esistenza di un principio generale di ammissione dello straniero non comunitario al lavoro pubblico; esclude che possa qualificarsi come discriminatorio un comportamento tenuto in esecuzione di disposizioni normative; ricorda che secondo la Corte costituzionale «non rientra tra i diritti fondamentali garantiti l'assunzione alle dipendenze di un determinato datore di lavoro»; non ravvisa difformità tra la disciplina italiana in questione e la Convenzione OIL n. 143 del 1975, che deve essere attuata con l'emanazione di

104. Di abrogazione implicita parlano Tar Liguria, sez. II, Genova, 13.4.2001, n. 399; App. Firenze, ord. 2.7.2002, n. 281; Trib. Genova, 26.6.2004; Trib. Milano, 16.7.2009; Trib. Firenze, 27.1.2012.

105. Di tale complesso normativo fanno parte la dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29.6.2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, il d.lgs. di attuazione 9.7.2003, n. 215, nonché gli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998.

106. Ci si riferisce a Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170 e 2.9.2014, n. 18523. In senso conforme, per la giurisprudenza ordinaria, cfr. Trib. Venezia, 19.2.2005; Trib. Parma, 4.6.2008; Trib. Bologna, 7.8.2008; App. Firenze, 11.1.2013, n. 65. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Lazio, sez. I, 23.5.1984, n. 488; Cons. St., sez. VI, 4.2.1985, n. 43; Tar Lazio, sez. I, 17.4.1989, n. 422; Tar Toscana, sez. II, 24.1.2003, n. 38; Tar Veneto, 25.3.2004, n. 782; Cons. St., sez. II, parere 31.3.2004, n. 2592; Tar Toscana, sez. II, 14.10.2005, n. 4689; Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 13.10.2008, n. 599. In termini, si richiama anche il parere della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, n. 196 del 29.9.2004.

specifiche norme da parte dello Stato, considerato anche il modo in cui sono formulati gli impegni assunti dagli Stati contraenti¹⁰⁷. Nella sua seconda pronuncia in materia¹⁰⁸, la Corte trova ulteriore sostegno alla propria tesi nel testo dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 come modificato dalla legge europea 2013. Il fatto che il legislatore, in attuazione delle direttive europee, abbia esteso il regime di accesso dei cittadini degli Stati membri a tre *species* di cittadini di Paesi terzi confermerebbe l'esclusione di questi ultimi come *genus*.

Esaminati i due contrapposti indirizzi giurisprudenziali, chi scrive è del parere che gli argomenti utilizzati dai giudici di merito prestino il fianco a qualche critica e che difficilmente superabili siano alcune delle obiezioni sollevate dalla Cassazione.

Riguardo all'interpretazione riduttiva costituzionalmente orientata, si osserva che le disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza italiana ai fini dell'accesso agli impieghi pubblici (art. 2 d.p.r. 10.1.1957, n. 3; art. 2 d.p.r. n. 487/1994, richiamato dall'art. 70, co. 13, d.lgs. n. 165/2001; art. 38 d.lgs. n. 165/2001; d.p.c.m. n. 174/1994) o non fanno alcuna distinzione tra impieghi in base al criterio dell'esercizio del potere, o la fanno al limitato fine di ammettere i cittadini degli Stati membri e (soltanto) determinate categorie di cittadini di Paesi terzi. Se è vero, per dirla con la Cassazione, che «l'interpretazione adeguatrice deve muoversi nel rispetto delle potenzialità obiettive del dato testuale»¹⁰⁹, non sembra ci siano i margini testuali per una interpretazione dell'art. 38 che equipari i cittadini di Paesi terzi non previsti dalla disposizione a quelli in essa menzionati.

Quanto alla disapplicazione dei regolamenti (d.p.r. n. 487/1994, d.p.c.m. n. 174/1994), ritenuti illegittimi perché in contrasto con la legge, occorrerebbe appunto dimostrarne l'illegittimità. Il contrasto tra i regolamenti in questione e l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 è difficilmente ravvisabile, a parere di chi scrive, per il diverso ambito di applicazione delle disposizioni messe a confronto, le prime di carattere speciale (relative ai requisiti di accesso ai pubblici impieghi) e la seconda di carattere generale (relativa alla materia del lavoro *tout court*), tanto più che lo stesso Testo unico sull'immigrazione, all'art. 27, co. 3, prevede possibili deroghe, basate sul criterio della cittadinanza, al

107. Questi, in estrema sintesi, i passaggi salienti di Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit.

108. Cfr. Cass., sez. lav., 2.9.2014, n. 18523, cit., in cui si precisa, in aggiunta a quanto già detto nella prima pronuncia, che la riserva ai cittadini italiani ed europei degli impieghi pubblici non è in contrasto con l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, dal momento che quest'ultima disposizione si riferisce alla condizione del lavoratore ovvero della persona già occupata, senza preoccuparsi delle condizioni di accesso al lavoro.

109. Così Cass., SU, 1.10.2014, n. 20661, che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. 5.4.2002, n. 77 nella parte in cui esclude gli stranieri regolarmente soggiornanti dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale. L'interpretazione adeguatrice, prosegue la Corte, «non può essere condotta oltre i limiti estremi segnati dall'univoco tenore della norma interpretata: tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (Corte cost., sentenze n. 219 del 2008, n. 78 del 2012, n. 232 del 2013)».

principio di parità di trattamento, proprio sotto il profilo delle pari opportunità di accesso. Infine, ammesso e non concesso che i regolamenti in parola siano in contrasto con l'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, sarebbe nondimeno arduo ritenerli illegittimi vista la loro conformità ad altre disposizioni di legge, in particolare all'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001.

In merito all'affermazione secondo la quale l'art. 2 del d.p.r. n. 487/1994, nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana, sarebbe stato implicitamente abrogato per incompatibilità dall'art. 2, co. 3, del d.lgs. n. 286/1998, si contesta *in primis* l'incompatibilità, secondo ciò che si è appena osservato; e poi si rileva che il regime di accesso al lavoro pubblico previsto da quel regolamento, differenziato tra cittadini italiani, cittadini degli Stati membri e cittadini di Paesi terzi, è stato ribadito da norme di legge successive al 1998, come gli artt. 38 e 70, co. 13, del d.lgs. n. 165/2001. Non convince neppure l'ipotesi che il regolamento sia stato abrogato dalla normativa volta a contrastare il fenomeno delle discriminazioni, data la diversità di oggetto delle due fonti, anche alla luce del fatto che il d.lgs. n. 215/2003 «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti».

In base alle considerazioni che precedono, si aderisce alla tesi della Cassazione nella parte in cui sostiene che il vigente quadro normativo riservi l'accesso agli impieghi pubblici ai cittadini italiani ed europei, salve le eccezioni espressamente previste; non si condivide tuttavia l'asserzione della Suprema Corte secondo la quale detto quadro normativo non sia sospettabile di illegittimità costituzionale.

Le norme che escludono i cittadini dei Paesi terzi dai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, anche quando tali posti non comportino l'esercizio di poteri pubblici, pongono seri problemi di compatibilità con principi, quali quelli di uguaglianza, non discriminazione e parità di trattamento, anche di rango costituzionale: ragione per la quale, non essendovi i margini – come sopra sostenuto – per una interpretazione adeguatrice, ci potrebbero essere i presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale¹¹⁰.

110. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 165/2001 nella parte in cui «non consente di estendere l'accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche anche ai cittadini extracomunitari» è stata sollevata da Trib. Rimini, ord. 22.6.2010, ma è stata dichiarata inammissibile da Corte cost., ord. 15.4.2011, n. 139. I giudici della Consulta hanno ritenuto che il richiesto vaglio di costituzionalità integrasse un uso assolutamente distorto del giudizio incidentale «in quanto diretto del tutto impropriamente ad ottenere dalla Corte un avallo della interpretazione già ritenuta dal rimettente come preferibile e costituzionalmente adeguata, nonché già applicata anche

Una pista da seguire per avvalorare l'ipotesi dell'illegittimità costituzionale della disciplina in esame è suggerita dalla stessa Cassazione, nella prima delle due pronunce in materia, laddove ricorda che «il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 Cost. costituisce garanzia che la legislazione ordinaria, in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali, ha il potere di precisare richiedendo per talune attività lavorative particolari condizioni e requisiti»¹¹¹. La Cassazione richiama in questo passaggio i limiti costituzionali entro i quali il legislatore ordinario può conformare ed anche limitare il diritto al lavoro, sottoponendo a determinate condizioni e a specifici requisiti la possibilità di svolgere talune attività lavorative. La discrezionalità di cui il legislatore ordinario dispone in materia di conformazione del diritto al lavoro deve essere esercitata, ricorda la Cassazione, «in modo non arbitrario e rispettoso dei valori costituzionali», pena l'illegittimità costituzionale delle relative norme. Ci si riferisce qui alla giurisprudenza costituzionale secondo la quale «la garanzia del diritto al lavoro non comporta una generale ed indistinta libertà di svolgere qualsiasi attività professionale, spettando pur sempre al legislatore di fissare condizioni e limiti in vista della tutela di altri interessi parimenti meritevoli di considerazione»¹¹².

Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale ci si deve chiedere se sia non arbitrario, quindi ragionevole, e in sintonia con i valori costituzionali, ammettere i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ed escludere i cittadini dei Paesi terzi dai posti di lavoro pubblico che, non comportando l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni volte a tutelare l'interesse nazionale, non siano riservati ai cittadini italiani. Trattandosi di posti di lavoro che, pur inseriti nella compagine organizzativa di una pubblica amministrazione, non coinvolgono la persona del lavoratore nella partecipazione all'esercizio di pubblici poteri o alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato, si potrebbe sostenere che per essi non sussista quella speciale esigenza di fedeltà, tante volte richiamata a giustificazione della riserva di cittadinanza, che sarebbe garantita dalla «naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici»¹¹³ presente nei soli cittadini.

dal medesimo Tribunale (e dal medesimo giudice)». Non si tratta dunque di una pronuncia interpretativa di rigetto; nondimeno l'ordinanza in questione è stata richiamata dalla successiva giurisprudenza di merito a sostegno della possibilità e della necessità di una lettura costituzionalmente orientata della norma, ad es. da Trib. Firenze, 27.1.2012. Sul problema della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che precludono ai cittadini di Paesi terzi l'accesso al pubblico impiego si vedano A. Guariso, *Cittadinanza e lavoro pubblico*, cit., p. 580 ss.; M. Centini, *L'accesso degli stranieri non comunitari al pubblico impiego*, cit., p. 201 ss.

111. Cfr. Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit., punto 4.1 della motivazione.

112. Il passo citato è tratto da Corte cost. 26.10.2000, n. 441.

113. L'espressione si rinviene in Cass., sez. lav., 13.11.2006, n. 24170, cit., punto 4.2. Ha messo in luce l'inerenza della riserva di nazionalità al dovere di fedeltà allo Stato, tra gli altri, B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 121-122.

Un compiuto sviluppo dell'ipotesi prospettata esula dai limiti del presente lavoro, richiedendo uno scrutinio di ragionevolezza da compiere nel complesso quadro dei valori costituzionali, tanto quelli fondamentali dell'uguaglianza (formale e sostanziale) e del diritto al lavoro (artt. 3 e 4 Cost.), quanto quelli relativi alla speciale posizione riconosciuta ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche (artt. 51 e 54 Cost.) e riguardanti la pubblica amministrazione e gli impiegati pubblici (artt. 97 e 98 Cost.)¹¹⁴.

Ferma restando la possibilità di un pronunciamento della Consulta, la strada maestra è un intervento del legislatore: la soluzione giurisprudenziale del problema presenta il duplice limite di forzare la lettera della norma sul piano interpretativo e di rimanere affidata all'orientamento del giudicante, con il relativo tasso di aleatorietà.

7. Conclusioni

Per concludere, si vorrebbero riprendere le considerazioni svolte in apertura su origini e fondamento della riserva di cittadinanza, per riflettere criticamente sulla sua attualità nell'odierno contesto giuridico-istituzionale.

Si è visto come alle origini della regola che riserva ai cittadini l'accesso al pubblico impiego vi sia il principio di nazionalità della funzione pubblica, in forza del quale l'appartenenza alla nazione è condizione indispensabile per l'esercizio della suddetta funzione. È opinione largamente condivisa che la regola sia nata per riservare l'esercizio dei pubblici poteri a soggetti che, in quanto avvinti allo Stato da quello speciale rapporto di appartenenza e identificazione espresso dallo *status civitatis*, garantissero la migliore tutela degli interessi nazionali.

Seguendo la ricostruzione dell'evoluzione storica del pubblico impiego consegnataci da autorevole dottrina si è ipotizzato, nella prima parte di questo scritto, che il requisito della cittadinanza sia stato inizialmente richiesto non per accedere a qualsiasi impiego alle dipendenze di un ente pubblico, ma solo per ricoprire quei posti che implicassero l'esercizio

114. Il contrasto con la Costituzione della disciplina legislativa in esame potrebbe essere argomentato non solo in relazione al canone della ragionevolezza, ma anche facendo perno su una rinnovata concezione della cittadinanza. Sarebbe utile sviluppare, in questa direzione, la stimolante prospettiva aperta da V. Marcenò, *Lo straniero e il pubblico impiego tra "privilegio" del cittadino e dignità del lavoro*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, a cura di, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Università di Torino, 2019, p. 234 ss., la quale coglie nella giurisprudenza della Corte costituzionale e in parte della giurisprudenza comune i segni di una nuova idea di cittadinanza, intesa non già come mera appartenenza, bensì come partecipazione, nel senso che «si appartiene alla comunità non perché si è cittadini (in senso stretto), ma perché si è partecipi della comunità in cui si chiede di essere inseriti, perché ci si pone, nei confronti della comunità, come soggetti attivi» (p. 248). L'urgenza di una rilettura dell'art. 51 Cost. e del suo riferimento al cittadino è stata segnalata da C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, n. 1.2018, p. 22, secondo la quale l'accesso al pubblico impiego riveste un ruolo cruciale nell'ottica dell'integrazione, coinvolgendo il diritto al lavoro e dunque la possibilità di concorrere al progresso materiale o spirituale della società.

di funzioni pubbliche; e che sia stato poi esteso a tutto il personale amministrativo per effetto del processo di pubblicizzazione che in Italia investì, soprattutto a partire dagli anni 20 del Novecento, il rapporto di lavoro con la P.A.¹¹⁵. Sviluppando tale linea ricostruttiva, si può ipotizzare che la regola ancora oggi sancita dalle disposizioni normative passate in rassegna costituisca l'eredità, al netto degli elementi caducati per effetto del processo di integrazione europea, della natura pubblicistica assunta in Italia dal rapporto di lavoro con la P.A. in un dato momento storico.

A conferma di quanto precede si può ricordare che la riserva ai cittadini degli impieghi pubblici è strettamente legata alla risalente concezione teorica che inquadra il rapporto di lavoro con la P.A. nella cornice del rapporto di supremazia/soggezione tra Stato e sudditi¹¹⁶, poi cittadini, il cui riflesso è la considerazione dell'impiegato pubblico come un «cittadino speciale»¹¹⁷.

Com'è noto, la suddetta concezione teorica ha attraversato una lunga e profonda crisi, per essere poi superata, anche sul piano del diritto positivo, con la riforma in senso privatistico del regime giuridico del rapporto di lavoro con la P.A. risalente ai primi anni Novanta del secolo scorso¹¹⁸. Sembra dunque che anche i presupposti teorici della concezione che lega indissolubilmente cittadinanza e lavoro pubblico siano stati superati e non siano più di ostacolo ad una disciplina pienamente rispettosa del principio di uguaglianza e del diritto al lavoro sanciti dalla Costituzione.

Si auspica pertanto un intervento legislativo che, tracciati con chiarezza e nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia i confini tra ambito del lavoro pubblico riservato ai cittadini italiani ed ambito aperto ai cittadini di altri Paesi, affermi la piena ed uguale accessibilità degli impieghi non riservati tanto ai cittadini europei quanto a quelli extraeuropei¹¹⁹. Una simile soluzione, legittimata dall'attuale configurazione del rapporto di lavoro con la P.A., consentirebbe di superare le innegabili tensioni, analizzate nel

115. Si torna a richiamare M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., con particolare riferimento alle pp. 296-300.

116. Sulla costruzione della teoria giuridica del pubblico impiego si rinvia nuovamente a M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 119 ss. e a S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 254 ss.

117. Come efficacemente osservato da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 699.

118. I riflessi della riforma in parola sulla configurazione del rapporto di lavoro dell'impiegato pubblico sono stati analizzati a fondo da S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 734 ss. Pur riferendosi al solo personale non dirigenziale, l'Autore osserva, tra l'altro, che il suddetto rapporto «non solo non implica più, necessariamente, il conferimento di funzioni pubbliche, ma cessa anche di modellarsi sulla relazione di cittadinanza», per cui «il dipendente pubblico non agisce più nella sua qualità di "cives"» e, più in generale, «il rapporto di impiego pubblico trasloca dall'area dei "rapporti politici", disciplinati dal titolo IV della prima parte della Costituzione, all'area dei "rapporti economici", regolati dagli articoli 35 e seguenti della Costituzione medesima» (pp. 742-743).

119. Che un trattamento diseguale tra cittadini europei ed extraeuropei in tema di accesso al lavoro pubblico sia privo di una giustificazione razionale emerge anche dalle considerazioni di M. Gnes, *Oltre la cittadinanza nazionale?*, cit., pp. 59-60.

paragrafo che precede, tra il vigente assetto normativo e i principi costituzionali e internazionali di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione.



COMMENTI



Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

L'INTEROPERABILITÀ FRA LE BANCHE-DATI DELL'UNIONE SUI CITTADINI DEGLI STATI TERZI

di Giandonato Caggiano

Abstract: *L'articolo analizza la complessa struttura legale che regola la raccolta, il trattamento e l'accesso ai dati personali dei cittadini dei Paesi terzi nell'Unione europea, evidenziando la difficile delimitazione delle competenze sulla materia tra Unione europea e Stati membri. In particolare è messa fuoco la normativa relativa all'interoperabilità delle varie banche-dati, analizzando la sua evoluzione e le criticità ancora presenti.*

Abstract: *The article analyzes the complex legal structure that regulates the collection, processing and access to personal data of third-country nationals in the European Union, highlighting the difficult delimitation of competences on the matter between the EU and the Member States. It focuses in particular on the regulations on the interoperability of the various databases, analyzing their evolution and the critical points still present.*

L'INTEROPERABILITÀ FRA LE BANCHE-DATI DELL'UNIONE SUI CITTADINI DEGLI STATI TERZI*

di Giandonato Caggiano**

SOMMARIO: 1. Introduzione e oggetto del contributo. – 2. I limiti all'ingerenza nel diritto alla tutela dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Lo sviluppo della questione dell'interoperabilità delle banche-dati. – 4. Le modifiche delle banche-dati per l'allineamento all'interoperabilità. – 5. L'architettura dei sistemi dei dati personali tra migrazione e politiche di contrasto. – 6. I principi del regolamento (UE) 2018/1725 sui dati personali delle Agenzie dell'Unione. – 7. Il funzionamento e le componenti dell'interoperabilità. – 8. Le criticità dell'archivio comune di dati di identità (CIR). – 9. Conclusioni.

1. Introduzione e oggetto del contributo

Tra le misure che determinano un'alta probabilità di ingerenza nei diritti fondamentali vi sono le regole di raccolta, trattamento e accesso ai dati personali conservati dal soggetto responsabile di una banca-dati e/o della loro conservazione nel diritto.

I dati personali dei cittadini degli Stati terzi che, a vario titolo, entrano in contatto con l'ordinamento dell'Unione, sono ora integrati in un'unica architettura informativa. Oltre che dai regolamenti istituivi delle singole banche-dati, la struttura giuridica è costituita: in primo luogo, dall'attività gestionale di un'istituzione, l'Agenzia eu-LISA¹, cui è affidata la responsabilità dei sistemi esistenti e la progettazione di quelli non ancora operativi; in secondo luogo, dai regolamenti 2019/817 e 2019/818 sull'interoperabilità (d'ora in poi citati con il semplice numero)², che prevedono procedure complementari a quelle previste

* Il presente contributo è destinato agli Scritti offerti per Claudia Morviducci.

** Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma Tre.

Nota redazionale: in questo contributo, i regolamenti sono citati con titolo abbreviato seguito dall'indicazione: (...).

1. Regolamento (UE) n. 2018/1726 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo all'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), v. *European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (eu-LISA)*, EP, EPRS, December 2018.

2. Regolamento (UE) n. 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti (...); regolamento (UE) n. 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione (...). Sull'iter legislativo, v. C. Dumbrava, *Interoperability of European information systems for border management and security*, EP, June 2017; K. Eisele, *Interoperability between EU information systems for security, border and migration management*, EP, EPRS, February 2018; K. Luyten, S. Voronova, *Interoperability between EU border and security information systems*, EU Legislation in Progress, EP, EPRS, June 2019 (Third edition).

dai sistemi informativi gestiti dall'Agenzia, nel rispetto della loro autonomia e compartimentazione. Difficile appare una giustificazione collegata soltanto alle scelte dell'integrazione differenziata nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che andrà attentamente riconsiderata dopo la Brexit. Al reticolo dei regolamenti istitutivi delle banche-dati, corrisponde ora una struttura informativa unificata dotata di procedure a carattere generale.

La materia rappresenta un campo di difficile delimitazione delle competenze tra Unione e Stati membri. Infatti, secondo il TFUE, le disposizioni del Titolo V non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (art. 72). Non si tratta però di una vera e propria riserva di competenza agli Stati membri, quanto piuttosto di una sorta di flessibilità nell'attuazione di normative dell'Unione nell'ambito delle nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna definite nella giurisprudenza della Corte di giustizia sulla circolazione delle persone.

Il limite delle competenze nazionali in materia di sicurezza a livello dell'Unione trova compensazione nella complessiva "civiltà giuridica dell'integrazione europea" costituita dai "cerchi concentrici" dell'Unione e della CEDU. Quest'ultima consente il controllo sovranazionale sull'ingerenza degli Stati contraenti nel godimento del diritto alla tutela del diritto ai dati personali, secondo il noto meccanismo del doppio margine di apprezzamento (art. 8 CEDU).

Questo contributo intende offrire una prima riflessione sulle questioni giuridiche costituite dai regolamenti 2019/817 e 2019/818. In questa sede non può essere svolta un'analisi puntuale delle modifiche apportate di recente alle singole banche-dati dell'Unione appartenenti allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ci limiteremo ad indicarne le principali caratteristiche nell'ottica dell'interoperabilità.

2. I limiti all'ingerenza nel diritto alla tutela dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Se, da un lato, le procedure di identificazione tramite accesso alle banche-dati possono avere un impatto sul diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, sul diritto alla propria identità (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); dall'altro, le verifiche basate sui dati biometrici rappresentano un'ingerenza nel diritto alla dignità umana, in particolare, se percepite come umilianti dall'interessato e ottenute con il ricorso a costrizioni da parte delle forze di polizia.

Come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale³. Conformemente alla Carta, che vincola sia le istituzioni dell'Unione che gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (art. 51, par. 1), l'interoperabilità deve conciliarsi con l'obbligo di garantire che le ingerenze nei diritti fondamentali si limitino a quanto strettamente necessario per rispondere effettivamente alle finalità di interesse generale perseguite, nel rispetto del principio di proporzionalità (art. 52, par. 1). Secondo tale disposizione, possono essere apportate limitazioni all'esercizio del diritto alla protezione dei dati purché siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà e, in ottemperanza al principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Nella sua giurisprudenza, la Corte di giustizia ha statuito i limiti ai poteri di sorveglianza degli Stati membri. Nella sentenza *Digital Rights Ireland* ha considerato incompatibile con il diritto dell'Unione la sorveglianza di massa, dichiarando l'invalidità della direttiva *data retention*⁴; nella sentenza *Tele2* ha affermato l'obbligatorietà dei principi anche a livello degli atti nazionali di attuazione della direttiva *e-privacy*⁵. Nel parere 1/15, relativo al trasferimento di dati PNR dall'UE al Canada, ha invece affermato che non si ha un sistema di sorveglianza generalizzata illecita se la misura in esame riguarda solo specifici viaggiatori⁶. *Mutatis mutandis*, se una banca-dati non può essere in sé qualificata come istituzione di sorveglianza generalizzata e indiscriminata allorché coinvolga solo una parte dei cittadini di Paesi terzi, una nuova architettura di banche-dati interoperabili, che combina informazioni provenienti dai diversi sistemi, può essere più facilmente considerata uno strumento di sorveglianza di massa dei loro movimenti.

Un secondo cambiamento introdotto dall'interoperabilità riguarda le procedure di accesso ai dati dei cittadini di Paesi terzi. Nelle sentenze citate, la Corte di giustizia ha chiarito che l'accesso dovrebbe essere soggetto a condizioni rigorose e previa verifica che tali condizioni siano state soddisfatte da un'autorità giudiziaria o amministrativa

3. Sulle questioni giuridiche generali e sulla relativa bibliografia, v. G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Atti del convegno Messina, 26 maggio 2017, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 13 ss. (anche in *Medialaws*, 2018, fasc. 2, p. 64 ss.); Id., *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 9 ss.

4. Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

5. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige*, cause riunite C-203/15 e C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

6. Parere 1/15 della Corte (Grande Sezione) del 26 luglio 2017, ECLI:EU:C:2017:592.

indipendente. Il grave rischio è che l'interoperabilità non solo conservi le modalità problematiche di accesso ai singoli sistemi di banca-dati ma porti progressivamente ad un accesso generale e di *routine*. La verifica dei dati personali in uno dei sistemi sottostanti all'architettura comune dovrebbe avvenire solo dopo aver soddisfatto le condizioni specifiche di accesso prescritte dalla base giuridica di ciascuna banca-dati.

3. Lo sviluppo della questione dell'interoperabilità delle banche-dati

Un aspetto specifico della questione è quello delle banche-dati di cui sono responsabili l'Unione e le sue agenzie specializzate nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V TFUE). A partire dal primo Sistema di Informazione Schengen (SIS II)⁷, le banche-dati sono state costituite tramite regolamenti che ne disciplinano obiettivi, meccanismi di funzionamento, destinatari e utilizzatori. Negli ultimi anni, l'azione legislativa dell'Unione si è concentrata sulla ricerca di soluzioni per la loro gestione e utilizzazione frammentaria. In materia particolarmente complesso appare il bilanciamento tra il godimento dei diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati e le esigenze di sicurezza pubblica. La riforma dell'Unione in materia (ancora in corso di attuazione) trova un "collante" proprio nella dimensione della sicurezza, che riguarda sia misure amministrative in materia di frontiere/visti/immigrazione/asilo, sia misure di contrasto a livello giudiziario e di polizia.

Il Consiglio europeo ha più volte rilanciato il dibattito sull'interoperabilità sotto l'impulso degli episodi più cruenti di terrorismo e le conseguenti richieste di rafforzamento della sicurezza interna e internazionale. A seguito dell'attacco alle Torri gemelle del 2001 e degli attentati di Madrid del 2004, il Consiglio europeo ha iniziato a promuovere i collegamenti tra le banche-dati allora esistenti. Gli attentati di Parigi del 2015 hanno portato alle Conclusioni del Consiglio europeo sulla necessità di garantire l'interoperabilità di tutti i sistemi esistenti o in via di progettazione⁸.

Da allora, la Commissione europea ha seguito un programma di rafforzamento delle funzionalità dei sistemi informatici dell'Unione europea⁹. Tale programma ha

7. V. da ultimo regolamento (UE) n. 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006.

8. EUCO 28/15, 18 dicembre 2015, par. 5, lett. c).

9. COM (2016) 205 final, 6 aprile 2016, Sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza. V. anche COM (2016) 602 final, 14 settembre 2016, rafforzare la sicurezza in un mondo di mobilità: un migliore scambio di informazioni nella lotta al terrorismo e frontiere esterne più solide. Per le informazioni sullo svolgimento dell'*iter* di riforma, v. COM (2017) 466 final, 16 maggio 2017, Settima relazione sui progressi compiuti verso un'autentica ed efficace Unione della sicurezza; COM (2018) 470 final, 13 giugno 2018, Quindicesima relazione sui progressi compiuti verso un'autentica ed efficace Unione della sicurezza; COM (2019) 145 final, 20 marzo 2019, Diciottesima relazione sui progressi compiuti verso un'autentica ed efficace Unione della sicurezza.

profondamente modificato, in un limitato arco di tempo, il quadro giuridico dell'Unione in materia di raccolta e utilizzo di dati dei cittadini degli Stati terzi. Al riguardo, il Parlamento europeo ha svolto un ruolo pienamente propositivo nei confronti dei singoli regolamenti delle banche-dati e, soprattutto, dei regolamenti sull'interoperabilità, per consentirne l'adozione prima della fine della VIII legislatura¹⁰. Particolarmente rilevanti per l'adozione dei testi legislativi sono risultate le osservazioni e le specifiche competenze del Garante europeo¹¹.

Durante l'*iter* legislativo per l'adozione dei due regolamenti 2019/817 e 2019/818 si è sostenuto, in vari contesti istituzionali, che le nuove procedure non intaccano la tutela dei diritti fondamentali prevista nella disciplina delle singole banche-dati. Secondo la Commissione, il testo integra tutte le norme sulla protezione dei dati stabilite nel regolamento generale sulla protezione dei dati. I periodi di conservazione dei dati (se pertinenti) sono appropriati e limitati. L'accesso ai dati è riservato esclusivamente al personale autorizzato delle autorità degli Stati membri o degli organismi dell'UE competenti per gli scopi specifici di ciascun sistema di informazione e limitato nella misura in cui i dati sono necessari per l'esecuzione di compiti conformemente a tali scopi¹². I regolamenti 2019/817 e 2019/818 hanno un potenziale impatto su una serie di diritti fondamentali, quali il diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, il diritto alla propria identità (art. 7 della Carta). D'altra parte, lo svolgimento di verifiche basate su dati biometrici può essere percepito come un'interferenza con il diritto alla dignità della persona. Al riguardo, siamo invece convinti che l'introduzione dell'interoperabilità abbia, per definizione, la capacità di stabilire diversi equilibri tra gli interessi in gioco, incidendo diversamente sui medesimi diritti fondamentali. Senza contare le difficoltà di controllo e di sorveglianza della maxi-infrastruttura, assai più ampia di quelle parziali coesistenti.

Nella politica legislativa dell'Unione si registra una vera commistione di procedure. Strumenti di controllo dell'immigrazione/asilo sono intrecciati con strumenti tipici del contrasto di polizia o della cooperazione giudiziaria. Inoltre, le banche-dati esistenti sono state oggetto di modifiche legislative, soprattutto per il rafforzamento dei dati anagrafici e

10. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 aprile 2019 sulla proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE (frontiere e visti) (...).

11. European Data Protection Supervisor (EDPS), Reflection paper on the interoperability of information systems in the area of Freedom, Security and Justice, 11 november 2017; Id, Opinion 4/2018 on the Proposals for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems.

12. Cfr. le osservazioni critiche in Sintesi del parere del Garante europeo della protezione dei dati sulle proposte di due regolamenti che istituiscono un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione su larga scala dell'UE (doc. 2018/C 233/07), paragrafi 146-149.

biologici delle persone interessate, proprio per consentire la funzione di interoperabilità. In tal senso, sono state concepite le nuove banche-dati costituite o in via di costituzione.

4. Le modifiche delle banche-dati per l'allineamento all'interoperabilità

In questa intensa opera di riforma legislativa, sono state recentemente modificate le seguenti banche-dati, per allineare il loro funzionamento con l'interoperabilità.

Il Sistema di Informazione Schengen (SIS), primo sistema automatizzato per la gestione e lo scambio di informazioni fra i Paesi aderenti alla Convenzione di Schengen (1995), è stato recentemente riformato da tre regolamenti¹³. Il sistema prevede un ampio spettro di segnalazioni relative alle persone (rifiuto di ingresso o di soggiorno, mandato d'arresto europeo, persone scomparse, assistenza nel quadro di un procedimento giudiziario, controllo discreto e controllo specifico) e agli oggetti (inclusi i documenti di identità o di viaggio smarriti, rubati o invalidati). In particolare, il nuovo regolamento (UE) n. 2018/1861 (regolamento «SIS frontiere») precisa le categorie di dati da immettere per segnalare un divieto di entrata. Il regolamento stabilisce le condizioni e le procedure per inserire e trattare le segnalazioni riguardanti cittadini di Paesi terzi nonché per scambiare informazioni supplementari e dati complementari ai fini del respingimento e del rifiuto del soggiorno nel territorio degli Stati membri («Segnalazioni ai fini del respingimento»). Il regolamento prevede consultazioni tramite fotografie, immagini del volto e dati dattiloscopici (impronte digitali e palmari). Per quanto riguarda l'accesso alle segnalazioni, le autorità nazionali hanno diritto di consultare nel SIS i dati relativi alle segnalazioni. Il regolamento (UE) n. 2018/1860 (regolamento «SIS rimpatri») introduce una nuova categoria di segnalazioni nei confronti di cittadini di un Paese terzo in soggiorno irregolare verso cui è stata presa una decisione di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE¹⁴ per consentire di verificare se costoro abbiano effettivamente lasciato il territorio degli Stati membri.

13. Regolamento (UE) n. 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera (...); regolamento (UE) n. 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (...); regolamento (UE) n. 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 relativo all'uso del sistema d'informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Per un commento, v. N. Atanassov, *Revision of the Schengen Information System for law enforcement*, EP, EPRS, October 2018. Id, *Revision of the Schengen Information System for border checks*, EP, EPRS, October 2018. Id, *Use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals*, EPRS, EP, October 2018.

14. 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.

Il sistema di informazione visti (VIS) contiene attualmente dati sui visti per soggiorni di breve durata¹⁵. La proposta di riforma della Commissione¹⁶ prevede la centralizzazione dei dati relativi a tutti i titolari di visti per soggiorno di lunga durata e di permessi di soggiorno e il controllo incrociato delle domande di visto con altri sistemi di informazione dell'UE. I dati relativi ai titolari di visti per soggiorno di lunga durata e permessi di soggiorno riguardano l'unica categoria di cittadini di Paesi terzi che attualmente non rientra in nessuno dei sistemi.

Il sistema Eurodac¹⁷ contiene dati relativi alle impronte digitali di richiedenti asilo e cittadini di Paesi terzi che hanno attraversato irregolarmente le frontiere esterne o il cui soggiorno in uno Stato membro è irregolare.

Oltre alla modifica dei suddetti sistemi, l'architettura delle banche-dati è completata da tre nuovi meccanismi: 1) il sistema di ingressi/uscite (EES)¹⁸, che sostituisce il sistema di timbratura manuale dei passaporti, registrando elettronicamente il nome, il tipo di documento di viaggio, i dati biometrici, nonché la data e il luogo di ingresso e di uscita dei cittadini di Paesi terzi che entrano nello spazio Schengen; 2) il sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS), in grado di raccogliere e verificare le informazioni fornite dai cittadini di Paesi terzi *esenti dal visto* prima di un loro viaggio nello spazio Schengen¹⁹; 3) il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali

15. Un quarto strumento informativo è costituito dalla rete DubliNet, canale di trasmissione elettronica tra le autorità degli Stati membri, istituito in applicazione del regolamento (CE) n. 1560/2003 (art. 18), ai fini del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio (Dublino III) agli articoli 31, 32 e 34.

16. COM (2018) 302 final, 16 maggio 2018, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 767/2008 («regolamento VIS») (...). La proposta va ad integrare e modificare il codice dei visti ancora in discussione, COM (2018) 252 final, recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

17. Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (...). Per la modifica, la cui approvazione è legata a quella degli altri atti del pacchetto-asilo, v. COM/2016/0272 final, 4 maggio 2016, Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale (...). L'attuale architettura non permette tecnicamente l'interoperabilità con gli altri sistemi di informazione, poiché ogni voce contiene soltanto i dati biometrici e un numero di riferimento, ma non altri dati personali (ad es., nome, età, data di nascita). La proposta legislativa del 2016 prevede invece la memorizzazione di dati personali quali nome, età, data di nascita, cittadinanza ed estremi dei documenti d'identità. Per un primo commento, v. A. Orav, *Recast Eurodac Regulation*, EU Legislation in Progress Briefing, EP, EPRS, March 2017.

18. Regolamento (UE) n. 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto (...). Per un'analisi approfondita, v. A. Orav, A. D'Alfonso, *Smart Borders: EU Entry/Exit System*, EP, EPRS, January 2018.

19. Regolamento (UE) n. 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018. Il sistema destinato ai cittadini dei circa sessanta Stati che sono attualmente esenti da visto sarà attivato nel 2021. Per un

riguardo ai cittadini di Paesi terzi (sistema ECRIS-TCN)²⁰ sullo scambio di informazioni delle condanne pronunciate da organi giurisdizionali penali all'interno dell'Unione a carico di tali cittadini.

Questi sei sistemi, tra loro complementari, riguardano esclusivamente i cittadini di Paesi terzi, ad eccezione del Sistema d'Informazione Schengen (SIS), che può riguardare anche i cittadini dell'Unione.

5. L'architettura dei sistemi dei dati personali tra migrazione e politiche di contrasto

Dal Trattato di Lisbona, le banche-dati trovano una cornice comune nelle disposizioni preliminari del Titolo V del TFUE nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Dalla base giuridica unica dell'art. 16 TFUE²¹ derivano diversi atti di diritto secondario: il regolamento generale, la direttiva sui dati di polizia e il regolamento sui dati delle Agenzie dell'Unione²².

Come abbiamo detto, la base giuridica della legislazione europea è costituita dall'art. 16, par. 1, TFUE sia per quanto riguarda la protezione dei dati a livello generale che nel settore di polizia, ma è previsto che possa esservi un raddoppio degli strumenti in relazione alla suddetta distinzione. Si realizza anzi persino la necessità di una specializzazione degli strumenti giuridici, com'è accaduto per il sistema SIS che, come già accennato e meglio vedremo, si è articolato recentemente in tre distinti regolamenti: frontiere, polizia e rimpatrio. Infatti, pur a seguito del superamento della divisione fra regime ordinario e regime speciale *ex* terzo pilastro, la Dichiarazione n. 21 della Conferenza di Lisbona relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia riconosce che specializzazioni potrebbero rivelarsi necessarie in considerazione della specificità dei settori in questione.

commento, v. A. Radjenovic, *European Travel Information and Authorisation System (ETIAS)*, EPRS, EP, October 2018.

20. Regolamento (UE) n. 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di Paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) (...). Per un'analisi, H. Dalli, *Exchange of Information on Third Country Nationals – European Criminal Records Information System (ECRIS)*, EP, EPRS, March 2016.

21. Una diversa base giuridica è prevista per la tutela dei dati nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (art. 39 TUE).

22. Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (...); direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati (...); regolamento (UE) n. 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati (...).

Al riguardo merita di essere evidenziata la progressiva assimilazione delle questioni delle banche-dati dell'immigrazione/asilo a quelle della cooperazione giudiziaria/di polizia. I due regolamenti 2019/817²³ e 2019/818²⁴ del 20 maggio 2019 sono del tutto speculari nella parte della creazione del meccanismo e del funzionamento dell'interoperabilità (capitoli da I a VIII) mentre si occupano distintamente di allineare al meccanismo dell'interoperabilità le banche-dati preesistenti, rispettivamente nei settori di frontiere/visti e di asilo/migrazione/cooperazione di polizia/giudiziaria.

In particolare, la suddivisione *ratione materiae* dei due regolamenti 2019/817 e 2019/818 non corrisponde all'articolazione del Titolo V TFUE. In pratica, il regime dell'interoperabilità separa frontiere e visti dall'immigrazione, che è invece collegata alla cooperazione giudiziaria e di polizia. Non è una divisione di particolare rilievo giuridico perché la parte principale dei due regolamenti è identica, ma la scelta ha un valore non solo semantico ma è anche espressione di una visione politica dell'Unione.

Se, in un contesto del genere, non è certo facile distinguere le misure di carattere propriamente penale da quelle a carattere amministrativo, è però rilevante l'esistenza di diverse basi giuridiche. Anche il regolamento relativo al trattamento dei dati personali da parte degli organi o degli organismi dell'Unione²⁵ fa salve le norme specifiche (*lex specialis*) del Titolo V applicabili al capo 4 (polizia) e capo 5 (cooperazione giudiziaria), TFUE²⁶.

Pertanto, immigrazione e applicazione coercitiva della legge costituiscono due settori diversi di ordine pubblico che perseguono specifici obiettivi e finalità di raccolta e, come tali, dovrebbero restare chiaramente distinti in forza dei principi e delle regole dell'Unione sulla tutela dei dati personali. Qualora vi fossero dubbi, si tratta della dimostrazione della tendenza ad associare la gestione della migrazione alla cooperazione giudiziaria e di polizia.

23. La base giuridica del regolamento (UE) n. 2019/817 è costituita dall'art. 77, par. 2 TFUE: a) politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; d) istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne; e) assenza di controlli sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 aprile 2019 sulla proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE (frontiere e visti) (...).

24. Le basi giuridiche del regolamento (UE) n. 2019/818 riguardano l'asilo (art. 78, par. 2, lett. e)), l'immigrazione clandestina (art. 79, par. 2, lett. c)), la cooperazione giudiziaria (art. 82, par. 1, lett. d)), Eurojust (art. 85, par.), la cooperazione di polizia (art. 87, par. 2, lett. a)) e Europol (art. 88, par 2).

25. Art. 3, regolamento (UE) n. 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati.

26. Considerando 11 e 15.

6. I principi del regolamento (UE) 2018/1725 sui dati personali delle Agenzie dell'Unione

Al trattamento dei dati personali da parte dell'Agenzia eu-Lisa si applicano le norme del nuovo regolamento (UE) 2018/1725²⁷ che stabilisce le norme relative alla protezione in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Tale regolamento riguarda un importante aspetto della riforma della protezione dei dati personali, poiché contiene le necessarie specificazioni e integrazioni per l'attività delle istituzioni e agenzie europee rispetto alle disposizioni del regolamento generale sulla protezione dei dati e alla direttiva sui dati di polizia²⁸.

Secondo il regolamento generale sulla protezione dei dati, la libera circolazione dei dati all'interno dell'UE non deve essere limitata per motivi legati alla protezione dei dati. Soprattutto, in relazione alla questione dell'interoperabilità dei sistemi su larga scala, è necessaria un'attenzione particolare agli obblighi di protezione, secondo il regolamento generale sulla protezione dei dati (art. 25) e la direttiva sulla protezione dei dati nei settori della polizia e della giustizia (art. 20). Il principio da rispettare riguarda la protezione dei dati «fin dalla progettazione» e protezione «per impostazione predefinita», vale a dire una concezione della raccolta dei dati che tenga conto *ex-ante* degli accorgimenti tecnici necessari a minimizzare i rischi di violazioni.

Il principio di compatibilità tra le basi giuridiche dei regolamenti delle singole banche-dati e di quelle dei regolamenti dell'interoperabilità appare particolarmente flessibile e lascia un vasto ambito di discrezionalità all'Unione e alle sue agenzie. Non è richiesta alcuna base giuridica separata se il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti è compatibile con le finalità di un nuovo e diverso trattamento. Se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, il diritto dell'Unione può stabilire e precisare le finalità e i compiti per i quali l'ulteriore trattamento è considerato lecito e compatibile. Altrettanto vago appare il criterio della compatibilità nel regolamento (UE) 2018/1725²⁹.

La limitazione delle finalità di raccolta è un principio fondamentale della tutela dei dati personali. A causa dei diversi contesti delle banche-dati dell'Unione, il principio della

27. Regolamento (UE) 2018/1725, cit.

28. Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (...); direttiva 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali (...).

29. «Per accertare se la finalità di un ulteriore trattamento sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento dovrebbe tener conto, tra l'altro, di ogni nesso delle finalità dell'ulteriore trattamento previsto con il contesto in cui i dati personali sono stati raccolti».

limitazione delle finalità è stato attuato attraverso la «compartimentazione gestionale». Sino ad oggi, questo era il principale motivo della frammentazione della gestione dei dati.

La nuova impostazione dell'interoperabilità è basata sull'integrazione dei sistemi, che conservano però un certo livello di compartimentazione all'interno di un sistema unico e specifiche regole di accesso e utilizzo per ciascuna categoria di dati e di utenti. La «protezione dei dati fin dalla progettazione» e la «protezione dei dati per impostazione predefinita (di *default*)» informano le norme dell'Unione sulla protezione dei dati³⁰. Ciò significa integrare la protezione dei dati personali nella base tecnologica dello strumento proposto, limitando il trattamento dei dati a quanto necessario per un determinato scopo e concedendo l'accesso ai dati soltanto ai soggetti che hanno la «necessità di conoscere».

In realtà, l'interoperabilità nega la rilevanza del principio di limitazione delle finalità di raccolta, consentendo di utilizzare variamente le banche-dati. Quanto al principio dell'incompatibilità con lo scopo originale per il quale i dati sono stati originariamente raccolti, le riconfigurazioni dei sistemi nel tempo indicano che la soglia per tale «incompatibilità» è irraggiungibile e che i limiti di questi sistemi sono lungi dall'essere raggiunti.

7. Il funzionamento e le componenti dell'interoperabilità

I regolamenti dell'interoperabilità istituiscono quattro meccanismi che determinano le funzioni dell'interoperabilità: un portale di ricerca europeo (ESP), che consente alle autorità competenti di effettuare ricerche simultanee in vari sistemi d'informazione su dati anagrafici e biometrici; un servizio comune di confronto biometrico, che consente la ricerca e il confronto di dati biometrici (impronte digitali e immagini del volto) provenienti da vari sistemi (BMS comune); un archivio comune di dati di identità, che contiene i dati d'identità anagrafici e biometrici di cittadini di Paesi terzi disponibili in vari sistemi d'informazione dell'Unione (CIR); un rilevatore di identità multiple, che controlla se i dati d'identità risultanti dalla ricerca sono presenti in altri sistemi (MID).

Il portale di ricerca europeo segnalerà tramite interrogazione individuale se esistono dati o collegamenti ma il sistema mostrerà a ogni autorità soltanto i dati a cui può già accedere ai sensi della legislazione che istituisce le varie banche-dati. Almeno due dei meccanismi (BMS e CIR) creano invece sistemi che, sommando dati presenti in varie banche-dati, possono essere considerati in realtà una nuova banca-dati. Pertanto, si pone la difficile questione del bilanciamento fra i rischi per la sicurezza e i diritti delle persone in relazione alle caratteristiche originarie di una banca-dati e all'utilizzo e accesso per altre

30. Articolo 25; Considerando 78 del Regolamento generale sulla protezione dei dati, cit.

finalità dei dati medesimi. In questo caso è difficile sostenere che le condizioni dell'accesso ai dati e le finalità di raccolta restino invariati rispetto agli strumenti originari delle singole banche-dati, perché ciò che non era possibile ottenere prima dalle singole banche-dati può mettere in luce la storia e le caratteristiche di una persona.

In definitiva, i regolamenti sull'interoperabilità aumentano potenzialmente il rischio di discriminazione dei cittadini di Paesi terzi sulla base della razza o dell'origine etnica, violando il diritto alla non discriminazione. I controlli di identità sul territorio degli Stati membri ai fini di indagini di polizia hanno un potenziale di incidere negativamente sui diritti fondamentali della Carta. Su suggerimento del Garante europeo, sono state precisate le condizioni di interrogazione tramite il confronto del materiale biologico che deve essere svolto in presenza dell'interessato³¹.

Bisogna tenere presente che tali sistemi sono stati istituiti e sviluppati in vista dell'applicazione di politiche specifiche e non come strumento di contrasto. L'accesso di *routine* rappresenterebbe una violazione del principio di limitazione delle finalità. Ciò comporterebbe un'intrusione sproporzionata nella *privacy*, ad esempio, dei viaggiatori che hanno accettato il trattamento dei loro dati al fine di ottenere un visto e si aspettano che i loro dati vengano raccolti, consultati e trasmessi a tale scopo. Inoltre, l'eliminazione delle garanzie introdotte per preservare i diritti fondamentali, principalmente per accelerare una procedura, non sarebbe accettabile. Se è necessario migliorare la procedura, ciò non dovrebbe essere fatto a scapito delle garanzie.

In realtà, l'interoperabilità nega la rilevanza del principio di limitazione degli scopi, consentendo essenzialmente di utilizzare le basi di dati per quasi tutti gli scopi, purché ciò non sia incompatibile con lo scopo originale per il quale i dati sono stati originariamente raccolti.

8. Le criticità dell'archivio comune di dati di identità (CIR)

L'archivio comune di dati di identità (CIR) sarà la componente comune in cui verranno “duplicati” i dati anagrafici e biometrici dei cittadini di Paesi terzi registrati (Eurodac, VIS, EES, ETIAS, ECRIS-TCN). I dati di identità saranno conservati nel CIR, ma continueranno ad “appartenere” alle banche-dati in cui sono stati registrati. Il CIR non duplicherà invece i dati SIS II la cui complessa struttura contiene copie nazionali, copie

31. Le interrogazioni del CIR sono effettuate da un'autorità di polizia nei seguenti casi: a) in assenza di un documento di viaggio o di un altro documento credibile; b) se sussistono dubbi quanto ai dati di identità forniti da una persona; c) se sussistono dubbi quanto all'autenticità del documento di viaggio o di un altro documento credibile fornito da una persona; d) se sussistono dubbi quanto all'identità del titolare del documento di viaggio o di un altro documento credibile; ovvero e) se l'interessato non è in grado o rifiuta di cooperare.

nazionali parziali ed eventuali sistemi nazionali di confronto biometrico. Una duplicazione dei dati SIS renderebbe il CIR talmente complesso da renderlo né tecnicamente, né finanziariamente, realizzabile.

La consultazione del neocostituito Centro CIR è divisa in due fasi: la prima consiste in una interrogazione sull'esistenza di dati relativi alla persona coinvolta nelle varie banche-dati (c.d. ricerca *hit/non hit*). La seconda riguarda l'accesso diretto alle informazioni alle quali l'autorità sia abilitata ad accedere secondo le regole di una specifica banca-dati.

Un aspetto particolarmente delicato della riforma è costituito dalla norma in base alla quale un'autorità di polizia è autorizzata a interrogare il CIR con i dati biometrici di una persona prelevati durante un controllo di identità al solo scopo di identificare quella persona. La proposta originaria della Commissione prevedeva che l'identificazione della persona fosse determinata per prevenire e combattere la migrazione irregolare o contribuire a un livello elevato di sicurezza. Come il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) ha giustamente sottolineato, questi obiettivi erano vaghi e non spiegavano se i controlli di polizia dovessero avvenire nell'ambito del controllo sull'immigrazione o delle procedure di contrasto. Ai fini dell'identificazione di una persona fermata, le autorità di polizia possono interrogare il CIR con i dati biometrici dell'interessato acquisiti sul posto durante una verifica d'identità, a condizione di avviare la procedura in presenza dell'interessato. Per consentire tale facoltà alle autorità nazionali, gli Stati membri adotteranno misure legislative in cui specificano le finalità dell'identificazione, designano le autorità di polizia competenti e stabiliscono le procedure, le condizioni e i criteri di tali verifiche, «evitando qualsiasi discriminazione nei confronti di cittadini di Paesi terzi».

L'accesso è finalizzato all'identificazione di una persona fermata di cui si vuole sapere “rapidamente tutto” senza sottostare alle difficoltà di collaborazione con i Paesi di origine/cittadinanza e, in alternativa, a tempi e costi delle operazioni di *intelligence*. I controlli di identità da parte delle autorità di polizia possono alimentare pratiche discriminatorie per i controlli di identificazione sui cittadini di Paesi terzi *in loco*, ove siano svolti sulla base di una profilazione che renderebbe precario il loro *status*.

Il rinvio all'adozione di norme nazionali di specificazione delle condizioni di accesso non esclude il controllo della Corte di giustizia, ma lo rende complesso, dovendosi esercitare sulle leggi nazionali di attuazione. È facile prevedere che, come accade nei confronti delle leggi nazionali sulla *data retention*, prevalga la tendenza dei giudici nazionali a rivolgersi prioritariamente alle Corti costituzionali anziché alla Corte di giustizia in materie che siano al contempo di diritto dell'Unione e diritto costituzionale (doppia pregiudizialità).

9. Conclusioni

L'ambito di applicazione soggettiva delle banche-dati riguarda i cittadini di Paesi terzi ma si espande progressivamente anche alla mobilità transnazionale dei cittadini dell'Unione. Per quanto riguarda i cittadini dell'Unione il profilo relativo ai controlli sulle banche-dati è stato introdotto nella modifica del Codice frontiere che impone l'obbligo per gli Stati membri di effettuare verifiche sistematiche sui beneficiari del diritto alla libera circolazione quando attraversano la frontiera esterna, consultando le banche-dati sui documenti smarriti o rubati (il Sistema d'Informazione Schengen, la banca dati Interpol sui documenti smarriti o rubati, le banche-dati nazionali contenenti informazioni sui documenti di viaggio rubati, smarriti o invalidati)³². Esiste però la possibilità per gli Stati membri di eseguire verifiche mirate nelle banche-dati, in base ad una valutazione dei rischi connessi con la sicurezza interna, l'ordine pubblico o le relazioni internazionali degli Stati membri o con una minaccia per la salute pubblica. A verifiche approfondite sono invece sottoposti i cittadini di Paesi terzi all'ingresso e all'uscita, anche tramite la consultazione delle banche-dati.

Nello stesso senso la direttiva sui dati del codice di prenotazione (PNR), in base alla quale le compagnie aeree dovranno fornire i dati personali per i voli in arrivo o in partenza dall'UE. La direttiva stabilisce anche la facoltà per gli Stati membri di raccogliere i dati PNR anche in relazione a specifici voli *intra*-UE.

La trasformazione del sistema informativo dell'Unione costituisce certamente il primo passo per la creazione di un sistema centralizzato per tutti i dati personali dei cittadini degli Stati terzi. Inoltre, il sistema di informazioni potrà sempre più riguardare anche i cittadini dell'Unione per i quali con la riforma del Codice frontiere e la direttiva sul PNR³³ (entrambe motivate dal fenomeno dei combattenti stranieri e dai sospetti terroristi), sono previsti controlli sistematici tramite le banche-dati pertinenti.

In conclusione, vale la pena di citare la criticità del quadro giuridico che emerge dall'interoperabilità, che è stata oggetto di vari pareri del Garante europeo sulla protezione dei dati personali. L'interoperabilità non rappresenta esclusivamente o prevalentemente il risultato di una scelta tecnica, ma piuttosto quello di una scelta politica,

32. Regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), v. art. 8 «Consultazione nelle pertinenti banche dati delle informazioni relative esclusivamente ai documenti rubati, altrimenti sottratti, smarriti o invalidati».

33. Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi.

che può comportare profonde conseguenze giuridiche e sociali, non sottovalutabili come se si trattasse di semplici modifiche tecniche.

Secondo il Garante, la decisione del legislatore dell'UE di realizzare sistemi di informazione su larga scala interoperabili non ha soltanto conseguenze permanenti e profonde sulla loro struttura e sul loro modo di funzionamento, bensì cambia il modo in cui i principi giuridici in questo ambito sono stati tradizionalmente interpretati e segna pertanto un “punto di non ritorno”.

In relazione a tale contributo di competenza e consapevolezza dei rischi per la tutela dei dati personali, ci sentiamo in debito con Giovanni Buttarelli, Garante europeo per molti anni, recentemente scomparso.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

DALLA CRIMINALIZZAZIONE ALLA GIUSTIFICAZIONE DELLE
ATTIVITÀ DI RICERCA E SOCCORSO IN MARE. LE TENDENZE
INTERPRETATIVE PIÙ RECENTI ALLA LUCE DEI CASI *VOS
THALASSA* E *RACKETE*

di Carol Ruggiero

Abstract: *Il contributo, premessa una sintetica ricostruzione della normativa in tema di ricerca e soccorso in mare, esamina una sentenza del Tribunale di Trapani e un'ordinanza del Tribunale di Agrigento che segnano un significativo mutamento nella giurisprudenza di merito rispetto alla giustificazione delle attività di search and rescue at sea. Se, infatti, fino ad oggi gli interpreti avevano fatto leva prevalentemente sull'art. 54 c.p., le decisioni citate cambiano prospettiva ed applicano le cause di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), con importanti ricadute sulla qualificazione delle condotte dei soggetti coinvolti e sul regime giuridico ad esse applicabile.*

Abstract: *The paper, after a concise reconstruction of regulations in theme of search and rescue at sea, analyses a judgment of the Trapani's Court and an ordinance of the Agrigento's Court which mark a significant change in the jurisprudence in relation to the justification of the activities of search and rescue at sea. In fact until now the exegetes used mainly the art. 54 c.p., whereas the mentioned judgments change point of view and apply the causes of justification of the self-defense (art. 52 c.p.) and of the fulfilment of a duty (art. 51 c.p.), with considerable consequences for the qualification of involved subjects's behaviours and for the juridical regime applied to them.*

DALLA CRIMINALIZZAZIONE ALLA GIUSTIFICAZIONE DELLE ATTIVITÀ DI RICERCA E SOCCORSO IN MARE. LE TENDENZE INTERPRETATIVE PIÙ RECENTI ALLA LUCE DEI CASI *VOS THALASSA* E *RACKETE*

di Carol Ruggiero*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di ricerca e soccorso in mare. – 2.1. L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante. – 2.2. L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso. – 3. Il caso *Vos Thalassa*. – 3.1. Il riconoscimento della legittima difesa dei migranti. – 4. Il caso *Rackete*. – 4.1. Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori. 5. I due casi a confronto. 5.1. Una breve digressione: le condotte delle O.n.g. tra soccorso di necessità (art. 54 c.p.) e stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, co. 3, c.p.). – 5.2. La legittima difesa dei migranti soccorsi e gli eventuali profili di responsabilità degli aggressori. – 5.3. «Conflitto di doveri» e adempimento di un dovere.

1. Premessa

Sono trascorsi ormai diversi anni dalla fine della missione *Mare nostrum*, nell'ambito della quale lo Stato italiano si era direttamente impegnato nelle attività di ricerca e soccorso in mare dei migranti che tentavano di attraversare il Mediterraneo. A questa missione sono poi seguite nuove operazioni a guida europea – tra le quali *Triton*, avviata il 1° novembre 2014, e *Themis*, partita il 1° febbraio 2018 – il cui obiettivo fondamentale è, tuttavia, passato dalla salvaguardia delle vite in mare al controllo delle frontiere¹.

Questo mutamento spiega il crescente protagonismo assunto dai privati e, in particolare, delle O.n.g. nello svolgimento delle attività di *search and rescue at sea*, cui ha fatto seguito un graduale processo di criminalizzazione del loro operato, sfociato in procedimenti penali a loro carico in relazione – per lo più, ma non esclusivamente – al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 d.lgs. n. 286/1998 o TU²).

* Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

1. Cfr. V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 6.

2. Per una disamina dei delitti di favoreggiamento in materia di immigrazione cfr. M. De Giorgio, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano, Giuffrè, 2011, p. 35 ss.; AA.VV., *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Torino, Giappichelli, 2012, p. 37 ss.; M. Pelissero, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in

Da tale constatazione discende l'opportunità di esaminare le principali soluzioni ermeneutiche offerte sulla qualificazione dei fatti contestati da parte della giurisprudenza, la quale, invero, sembra non voler assecondare la logica criminalizzante che pervade il discorso politico e la rappresentazione *mass*-mediatica dei soccorritori³.

Sono sempre più numerose, infatti, le pronunce che escludono la responsabilità penale dei soggetti che intercettano e trasferiscono sulle coste italiane i migranti in pericolo di vita provenienti dalla Libia, facendo prevalentemente leva sulla sussistenza di cause di giustificazione della loro condotta.

In tale contesto suscitano particolare interesse due recenti provvedimenti delle Corti territoriali di Trapani e di Agrigento⁴ che, discostandosi da alcune precedenti pronunce, hanno fondato l'esclusione della punibilità degli agenti sulla ricorrenza, rispettivamente, dello stato di legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.).

Prima di esaminarle, appare opportuna una sintetica analisi del quadro normativo, internazionale e interno, vigente in materia di obblighi di ricerca e soccorso in mare⁵.

2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di ricerca e soccorso in mare

L'obbligo di salvare vite umane in mare rappresenta un principio cardine del diritto internazionale.

Le sue prime manifestazioni giuridiche risalgono ad alcuni Trattati multilaterali di diritto marittimo dell'inizio del Novecento, momento storico a partire dal quale tale dovere è stato ribadito in ogni successiva Convenzione internazionale relativa al diritto del mare e progressivamente specificato nel suo contenuto, il quale oggi consta di «due componenti: l'obbligo di prestare soccorso, che incombe sugli Stati di bandiera e sui comandanti, e l'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso, [...] che incombe sugli Stati costieri»⁶.

A questi due doveri corrispondono le due diverse statuizioni oggi contenute rispettivamente nel primo e nel secondo paragrafo dell'art. 98 della Convenzione delle

Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, Jovene, 2013, p. 169 ss.

3. Cfr. P. Musarò e P. Parmiggiani, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1.2018, p. 87 ss.

4. Cfr. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019 (dep. 3.6.2019); Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019 (dep. 2.7.2019).

5. Cfr. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2.2019, p. 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 1 ss.

6. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 508.

Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982⁷, che occorre esaminare partitamente.

2.1. *L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante*

L'art. 98, par. 1, UNCLOS impone ad ogni Stato di esigere che i comandanti delle navi che battono la loro bandiera osservino una pluralità di prescrizioni, tra le quali quelle di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare, di recarsi il più velocemente possibile in soccorso delle persone che gli siano state segnalate in stato di difficoltà, di intervenire in soccorso delle persone a bordo nella nave con la quale siano eventualmente entrati in collisione⁸.

E tuttavia vale osservare come il dovere di salvare vite umane in mare, oltre che espressione del diritto internazionale pattizio, sia oggi norma del diritto internazionale consuetudinario e, in quanto tale, applicabile a tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che abbiano sottoscritto un Trattato.

Come è agevole notare, l'obbligo appena menzionato si rivolge agli Stati di bandiera e, quindi, riguarda solo indirettamente i comandanti delle imbarcazioni.

Vi sono, però, delle norme di diritto interno e internazionale che pongono obblighi analoghi direttamente in capo al comandante della nave⁹.

Tra le fonti interne viene in rilievo l'art. 1158 cod. nav.¹⁰, secondo cui è punibile il comandante di una nave, nazionale o straniera, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne sussiste l'obbligo secondo quanto disposto dal codice della navigazione¹¹.

7. *United State Convention of the law of the Sea* (UNCLOS) firmata a Montego Bay il 10.12.1982, resa esecutiva in Italia con la l. 2.12.1994, n. 689.

8. *Article* 98, par. 1, UNCLOS, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:*

(a) *to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;*

(b) *to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;*

(c) *after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.*».

9. In tal senso cfr. I. Papanicopolulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 11.

10. L'art. 1158 cod. nav., rubricato «Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo», dispone che «Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni. La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte. Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà».

11. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una nave in difficoltà sia del tutto incapace di effettuare manovre, ai sensi dell'art. 490 cod. nav.

Tra le fonti internazionali, invece, vale menzionare l'art. 10, par. 1, della Convenzione internazionale sul salvataggio del 1989, secondo cui ogni capitano è tenuto a prestare assistenza alle persone che rischiano di perire in mare¹², nonché la Regola 33.1 del Capitolo V della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS) del 1974, in base alla quale il comandante di una nave che sia venuto a conoscenza del fatto che in mare vi sono delle persone in pericolo è tenuto a procedere immediatamente in loro soccorso¹³.

Come si evidenzierà meglio nel prossimo paragrafo, l'obbligo di soccorso che grava sul capitano di un'imbarcazione non può considerarsi adempiuto con il semplice recupero in mare delle persone in difficoltà, richiedendosi, a tal fine, lo sbarco in un *place of safety*, ed è proprio in funzione dell'adempimento di un simile dovere che viene in rilievo un fondamentale, e spesso disatteso, dovere di collaborazione da parte degli Stati costieri.

2.2. *L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso*

A differenza dell'obbligo di salvataggio considerato nel paragrafo precedente, l'art. 98, par. 2, UNCLOS si rivolge agli Stati costieri, imponendo loro di promuovere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso in mare, anche attraverso la conclusione di accordi regionali multilaterali con gli Stati limitrofi¹⁴.

Giova evidenziare che mentre la statuizione sancita nell'art. 98, par. 1, UNCLOS riflette un principio di diritto consuetudinario ben consolidato, il dovere di soccorso dello

12. *International Convention on Salvage*, firmata il 28.4.1989, resa esecutiva in Italia con la l. 12.4.1995, n. 129. Si veda, in particolare, l'art. 10, par. 1, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea*».

13. *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)* firmata a Londra il 10.11.1974, resa esecutiva in Italia con la legge 23.5.1980, n. 313. In particolare cfr. *Regulation 33*, par. 1, intitolato *Distress messages: obligations and procedures*, secondo cui «*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization to inform the appropriate search and rescue service accordingly*».

14. *Article 98*, par. 1, UNCLOS, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose*».

Stato costiero ha origini più recenti, essendo stato previsto per la prima volta solo nell'art. 12 della Convenzione sull'alto mare firmata a Ginevra il 29 aprile 1958¹⁵.

Quanto al suo contenuto, deve osservarsi come esso risulti meglio specificato all'interno di altri due Trattati di diritto marittimo, in particolare nella Convenzione SOLAS sopra richiamata¹⁶ e, soprattutto, nella Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (SAR) del 1979¹⁷.

La prima introduce l'obbligo per gli Stati firmatari di adottare tutte le misure necessarie per la comunicazione di situazioni di pericolo e per il coordinamento delle attività di ricerca e salvataggio. Tali misure devono comprendere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento delle strutture che si reputano necessarie a tal fine, e, per quanto possibile, di mezzi adeguati alla localizzazione e al salvataggio delle persone in pericolo¹⁸.

E tuttavia è la Convenzione SAR a contenere le indicazioni più stringenti in capo agli Stati costieri che, in una logica di cooperazione internazionale, sono invitati a costituire delle «regioni di ricerca e soccorso» (*search and rescue regions*) – meglio conosciute come zone *s.a.r.* –, la cui creazione comporta il sorgere di una responsabilità primaria dello Stato promotore in merito al coordinamento delle operazioni di soccorso ivi realizzate¹⁹. Peraltro, nell'apprestare i servizi di ricerca e salvataggio, i firmatari sono tenuti a garantire la soddisfazione di alcuni requisiti essenziali tra i quali, a titolo esemplificativo: la predisposizione di un adeguato quadro giuridico, la designazione di un'autorità competente al coordinamento delle attività di salvataggio²⁰; la razionale organizzazione

15. In tal senso cfr. I. Papanicopolulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 14.

16. Cfr. *supra*, par. 2.1, nota 12.

17. *International Convention on Maritime Search and Rescue* (SAR), firmata ad Amburgo il 27.4.1979 nell'ambito dell'International Maritime Organization (IMO), resa esecutiva in Italia con la l. 3.4.1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28.4.1994, n. 662.

18. *Regulation 7*, par. 1, SOLAS, intitolata *Duty to render assistance*, secondo cui «*Each Contracting Government undertakes to ensure that necessary arrangements are made for distress communication and co-ordination in their area of responsibility and for the rescue of persons in distress at sea around its coasts. These arrangements shall include the establishment, operation and maintenance of such search and rescue facilities as are deemed practicable and necessary, having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and shall, so far as possible, provide adequate means of locating and rescuing such persons*».

19. In merito alla costituzione delle zone *s.a.r.* cfr. I. Papanicopolulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, p. 513, ove l'Autrice chiarisce che la loro creazione «comporta solo obblighi e responsabilità per lo Stato [...]. Lo Stato costiero non gode di alcun diritto o potere all'interno della sua zona *s.a.r.*: non può impedire a una nave di entrarvi, non può precludere ad una nave di prestare soccorso nel suo interno e non può imporre al comandante della nave che ha soccorso persone in pericolo un determinato comportamento, per esempio di trasferirle su altre navi».

20. Vale rilevare come la funzione di Centro nazionale di coordinamento di soccorso marittimo (*Italian Maritime Rescue Coordination* o IMRCC) sia stata attribuita al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto dal d.p.r.

delle risorse disponibili; la messa a punto di appositi piani operativi e di collaborazione nazionale ed internazionale²¹.

Nell'ambito delle attività appena considerate risulta particolarmente rilevante la definizione del concetto di «salvataggio in mare» – contenuta nel Capitolo 1.3.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR – quale operazione volta a recuperare le persone in difficoltà, a provvedere alle loro esigenze iniziali, mediche o di altro tipo, e a trasportarli in un luogo sicuro. Questa attività non può dunque esaurirsi nel semplice recupero delle persone in pericolo, richiedendosi, altresì, che ai soggetti tratti in salvo sia garantita la conduzione in un «luogo sicuro»²².

La definizione di *place of safety* – assente sia nella Convenzione SOLAS, sia nella Convenzione SAR – viene, a sua volta, specificata all'interno delle «Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare» adottate dall'*International Maritime Organization* nel 2004, le quali chiariscono che con tale espressione deve intendersi un luogo in cui la vita dei sopravvissuti non sia più in pericolo e dove siano soddisfatte le esigenze umane primarie, come il bisogno di cibo, di un alloggio e di cure mediche²³. L'individuazione del luogo di sbarco dei soggetti soccorsi risulta, pertanto, strettamente legata ad un principio cogente del diritto internazionale, ovvero quello di *non refoulement*, che impedisce di respingere una persona verso uno Stato in cui la sua vita sarebbe in pericolo o rischierebbe di essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante²⁴.

28.9.1994, n. 662, intitolato «Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente adesione alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo».

21. In tal senso cfr. I. Papanicopolulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 15, nota 67, nella quale l'Autrice richiama il contenuto del Capitolo 2.1.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR.

22. Vale rilevare come, nell'ottica di rendere effettiva e quanto più immediata possibile l'individuazione di questo *place of safety*, nel 2004 gli Stati membri dell'IMO (*International Maritime Organization*) hanno adottato degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR volti ad implementare gli obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati e a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presta assistenza.

Tali indicazioni sono state inserite nella *Regulation* 33, par. 1-1, SOLAS, e nel Capitolo 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR che, con disposizioni di analogo tenore letterale, richiedono agli Stati aderenti di cooperare al fine di liberare quanto prima i comandanti delle navi coinvolte nelle attività di salvataggio e di assicurare ai naufraghi il riparo in un luogo sicuro in tempi, per quanto possibile, ragionevoli.

23. Par. 6.12 della *Resolution* MSC.167 (78) del 20.05.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

24. Tale principio è sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati (*Convention relating to the Status of Refugees*), adottata il 28.7.1951. E tuttavia il suo inserimento all'interno dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), adottata il 10.12.1984, ha fatto in modo che il divieto di respingimento, originariamente destinato ai soli rifugiati, si estendesse ad ogni individuo.

Vale, peraltro, notare come la latitudine applicativa di questo diritto fondamentale della persona si sia progressivamente ampliata nel corso del tempo anche grazie ad una significativa attività interpretativa della Corte europea dei diritti umani, che ha riconosciuto la vigenza di tale principio in quasi tutte le ipotesi di allontanamento degli

Peraltro, qualora i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo, l'espressione *safety place* si colora di un ulteriore significato che, lungi dal limitarsi al riconoscimento della sola protezione fisica delle persone soccorse, configura il diritto allo sbarco in un luogo in cui sia altresì garantita la loro protezione internazionale, ovvero il diritto a richiedere e a vedersi riconosciuto un certo *status* legale (come quello di rifugiato), alle condizioni e secondo le procedure indicate dal diritto interno e sovranazionale²⁵.

Pertanto, solo la conduzione delle persone salvate in un luogo da considerarsi sicuro secondo i parametri di sicurezza fisica e internazionale appena esaminati determina la cessazione degli obblighi nazionali e internazionali relativi alle operazioni di salvataggio.

La disciplina internazionale pattizia succintamente ricostruita contribuisce, dunque, in maniera significativa alla regolazione delle attività di ricerca e soccorso in mare e all'adempimento dell'obbligo giuridicamente vincolante di salvataggio di vite umane.

Nondimeno, essa presenta ancora alcune rilevanti lacune, in parte emerse alla luce di recenti vicende. In particolare, deve segnalarsi l'assenza, «sia nei Trattati relativi al soccorso in mare che nel diritto consuetudinario [di] una norma, sostanziale o procedurale, che permetta di identificare con certezza il luogo in cui le persone soccorse dovranno essere fatte sbarcare»²⁶ soprattutto in quelle ipotesi, particolarmente frequenti, in cui manchi un accordo tra gli Stati. E proprio tali lacune normative rendono particolarmente problematici alcuni casi di salvataggio in mare dei migranti in transito nel Mediterraneo.

3. Il caso Vos Thalassa

La vicenda riguarda il soccorso di circa sessanta migranti prestato dal rimorchiatore *Vos Thalassa* l'8 luglio 2018 al largo delle coste libiche.

Il comandante del natante, battente bandiera italiana e impegnato nell'attività di supporto ad una piattaforma petrolifera libica, dopo aver segnalato l'evento *s.a.r.* all'*Italian Maritime Rescue Centre Coordination* (IMRCC) e provveduto al salvataggio delle persone in difficoltà, veniva dapprima invitato a fare rotta verso Lampedusa, per poi essere contattato dalla Guardia Costiera Libica (GCL) che gli chiese, invece, di dirigersi a

stranieri dal territorio nazionale, ricomprendendovi i casi di estradizione (sent. 7.7.1989, ricorso n. 14038/88, *Soering* c. Regno Unito), di espulsione (sent. 28.2.2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi* c. Italia) e, da ultimo, di respingimento in alto mare (sent. 28.2.2008, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa* ed altri c. Italia).

25. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. ammin.*, n. 2.2017, p. 393 ss., rispetto ai quali deve, tuttavia, evidenziarsi la recente abrogazione della disciplina in materia di protezione umanitaria operata dal decreto legge 4.10.2018, n. 113 (convertito nella legge 1. 1.12. 2018, n. 132), meglio noto come «decreto Salvini».

26. I. Papanicopolulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 518.

circa 15 miglia dalla costa africana, in acque internazionali, per effettuare il trasbordo dei migranti su una propria motovedetta.

Senonché, dopo l'inversione della rotta, uno dei migranti tratti in salvo, grazie all'utilizzo di uno *smartphone* fornito di *gps*, si rese conto del mutamento della direzione nella navigazione e allertò i compagni di viaggio.

Da quel momento, a bordo della *Vos Thalassa* si diffuse un generalizzato stato di agitazione che sfociò in una serie di minacce e di aggressioni poste in essere da un gruppo di migranti nei confronti di alcuni membri dell'equipaggio, al fine di impedire il rientro in Libia.

Per fronteggiare la situazione di tensione venutasi a creare e per salvaguardare l'incolumità di tutte le persone presenti sulla nave, il comandante mutò nuovamente la rotta informando tempestivamente l'IMRCC, al quale rappresentò tutta la sua preoccupazione per il possibile intervento delle motovedette libiche e per la potenziale reazione dei migranti tratti in salvo.

Solo dopo questa ennesima segnalazione l'IMRCC provvide all'invio dell'unità navale Diciotti della Guardia Costiera Italiana che, una volta raggiunta la *Vos Thalassa*, effettuò il trasbordo dei migranti soccorsi, per poi dirigersi verso il porto di Trapani, dove sbarcò il successivo 12 luglio.

A seguito della vicenda brevemente ricostruita, due dei sessantasette migranti trasportati a bordo della *Vos Thalassa* sono stati tratti a giudizio quali presunti autori delle condotte minatorie e violente poste in essere in danno dei membri dell'equipaggio, in particolare del marinaio di guardia e del Primo ufficiale.

Più nello specifico, ai soggetti in questione vengono ascritti, in concorso *ex art.* 110 c.p., i reati di violenza o minaccia (art. 336 c.p.) e resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), aggravati dalla circostanza di cui all'art. 339, co. 2, c.p., in continuazione ai sensi dell'art. 81, co. 2, c.p.

La pubblica accusa contesta, inoltre, sempre in concorso *ex art.* 110 c.p., il reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina, previsto dall'art. 12, co. 3, lett. a) e d), e co. 3-*bis*, TU.

Il G.I.P. del Tribunale di Trapani, reputando «indiscutibile che le azioni delittuose indicate nei capi di imputazione siano state poste in essere dagli imputati»²⁷, ritiene che «il nucleo fondamentale del processo sia costituito dalla verifica della sussistenza di una causa di giustificazione», in particolare della legittima difesa, art. 52 c.p.

27. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 17.

3.1. *Il riconoscimento della legittima difesa dei migranti*

Proprio la prospettata applicazione agli imputati della legittima difesa, spiega l'interesse suscitato dalla pronuncia in esame²⁸. Non si tratta, infatti, del primo caso in cui la giurisprudenza applica, nell'ambito delle attività esaminate, una scriminante, ma mai quest'ultima era stata individuata nella legittima difesa.

Ai fini del presente lavoro non occorre soffermarsi sugli elementi costitutivi della legittima difesa che, com'è noto, si polarizzano attorno a due azioni: da un lato, una condotta aggressiva che cagiona il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui; dall'altro, una condotta difensiva, necessitata, che deve esplicarsi in modo proporzionato all'aggressione²⁹.

Ciò che, invece, sembra utile mettere in evidenza in questa sede è il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice, che richiama la necessità di salvaguardare alcuni diritti fondamentali della persona (come quello alla vita, all'integrità fisica e sessuale), riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale e da numerose Carte internazionali dei diritti³⁰.

E tuttavia, nel caso di specie gli agenti potevano vantare la titolarità anche di un ulteriore diritto, scaturente dal complesso delle disposizioni, internazionali ed interne, che regolano l'attività di ricerca e soccorso in mare.

In particolare, la pronuncia, ripercorrendo il complesso reticolo normativo illustrato poc'anzi, riconosce la sussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo dei migranti ad essere tratti in salvo e trasportati presso un *place of safety*, per tale intendendo un luogo in cui sia garantita non solo la loro protezione fisica, ma anche quella internazionale, alla luce di un'interpretazione ampia del divieto internazionale di respingimento³¹.

Ed è proprio con riferimento alla possibile violazione del principio di *non refoulement* che l'organo giudicante ritiene di non dover accogliere la richiesta avanzata dal P.M. di effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE avente ad oggetto la compatibilità con il

28. Per un primo commento alla sentenza cfr. L. Maserà, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24.6.2019; ASGI, *Vos Thalassa, il Tribunale assolve i migranti: difesero il loro diritto alla vita*, in www.asgi.it, 13.6.2019.

29. Si veda, per tutti, C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 5 ss.

30. Secondo il G.I.P. vengono in rilievo, oltre che l'art. 2 Cost., anche numerose Convenzioni internazionali, tra le quali: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948; la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1977; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

Nondimeno, il rischio di respingimento verso la Libia e il pericolo concreto di sottoposizione a trattamenti disumani consentono di ricomprendere tra i diritti vantati dai migranti anche quello alla tutela della dignità della persona, interesse a tutela del quale è stato di recente introdotto nel sistema italiano il discusso reato di tortura di cui all'art. 613-bis c.p.

31. Cfr. *supra*, paragrafo 2.2, nota 23.

quadro normativo europeo – in particolare con l’art. 21 della direttiva 2011/95/UE – della Convenzione di Amburgo (SAR) nella parte in cui questa consentirebbe alle autorità libiche responsabili della zona *s.a.r.* di poter impartire direttive che comportino il rimpatrio in Libia dei naufraghi³². Il quesito, infatti, risulta privo di rilevanza, in quanto nel caso di specie, oltre al diritto al non respingimento dei migranti, vengono in rilievo anche i diritti individuali all’integrità fisica e sessuale delle persone soccorse.

Ciò nonostante, la pronuncia decide di affrontare ugualmente la questione che si reputa «incidente sul presupposto della sussistenza del diritto violato, rispetto al quale gli imputati avrebbero opposto una legittima resistenza»³³. Viene, quindi, richiamato il contenuto della Convenzione SAR nella parte in cui riconosce agli Stati contraenti la possibilità di stipulare accordi regionali per la delimitazione delle rispettive zone *s.a.r.*; si evidenzia come «il potere delle autorità libiche di impartire a quelle italiane direttive in vista del rimpatrio in Libia di migranti provenienti da tale Paese non discende direttamente dalla Convenzione di Amburgo, ma dall’accordo stipulato tra Italia e Libia nel 2017»³⁴.

Di conseguenza, a violare il principio cogente di *non refoulement* non è la Convenzione SAR, ma il *memorandum*³⁵ sopra richiamato che, pertanto, oltre che incompatibile con il disposto di cui all’art. 10, co. 1, Cost., deve considerarsi privo di validità, atteso che secondo l’art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati del 1969 «è nullo qualsiasi Trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale».

La Convenzione di Amburgo impone agli Stati che l’hanno ratificata di garantire che, una volta concluse le operazioni di ricerca e salvataggio dei naufraghi, questi vengano condotti in un luogo sicuro, qualificazione che, in realtà, difficilmente si adattava al territorio libico, già all’epoca cui risalgono i fatti.

32. Secondo la Procura, la risoluzione di tale questione sarebbe risultata decisiva al fine di qualificare come arbitrarie le condotte del comandante della *Vos Thalassa* e dei responsabili dell’IMRCC e, conseguentemente, di poter ritenere applicabile agli imputati la causa di giustificazione della reazione legittima di cui all’art. 393-*bis* c.p.

33. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 30.

34. *Ivi*, pp. 31-32.

35. Sulla discutibile prassi di gestire i flussi migratori attraverso la conclusione di accordi informali che tendono ad esternalizzare il controllo frontaliero verso Paesi terzi cfr. F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di ‘accordi’ per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 1.2018, p. 5 ss.; V. Zambrano, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell’Unione europea e dell’Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1.2019, p. 119 ss.

Alla luce di tali considerazioni il giudicante ritiene, dunque, che i migranti soccorsi in mare avessero un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un *place of safety* e che essi, inoltre, abbiano agito in difesa di diritti individuali ancora più pregnanti³⁶.

Una volta individuati i diritti violati, la pronuncia passa in rassegna piuttosto rapidamente gli ulteriori presupposti dell'«ingiustizia dell'offesa» e dell'«attualità del pericolo» richiesti dall'art. 52 c.p.

Sotto il primo profilo, il giudice ritiene di condividere quell'impostazione ermeneutica, ormai prevalente in dottrina, che qualifica come ingiusta l'offesa non giustificata o non *iure*³⁷. Pertanto, reputa ingiusta la condotta del comandante della nave, che aveva tentato di riportare in Libia i migranti soccorsi nella convinzione erronea di adempiere un ordine legittimo dell'autorità. Si tratta, infatti, di un comportamento contrario agli obblighi internazionali di salvataggio e protezione che concreta un'offesa ingiusta ai soggetti soccorsi, in quanto risulta assistito non da una causa di giustificazione, ma da una semplice scusante (art. 51, co. 3, c.p.). In altre parole, «nel caso di esecuzione di un ordine illegittimo non vincolante l'azione dell'inferiore [resta] un'azione illecita perché essa non è imposta dall'ordinamento»³⁸.

Quanto al requisito dell'attualità del pericolo, la decisione rimarca la necessità di verificare che l'azione aggressiva non si realizzi né quando la lesione al diritto sia solo remota, né quando il pregiudizio si sia ormai consumato o il pericolo sia passato senza che l'offesa si sia verificata³⁹. Il pericolo in esame, peraltro, non era stato volontariamente determinato dagli imputati, dato che la scelta di attraversare il Mediterraneo era stata dettata dalla «necessità impellente» di salvare la propria vita⁴⁰.

Collegato al presupposto dell'attualità del pericolo è quello della necessità di difendersi, certamente ricorrente nel caso di specie, in cui «senza la reazione posta in essere dagli imputati e dagli altri [...] tutti i migranti raccolti dalla nave sarebbero stati ricondotti in Libia»⁴¹. Né, d'altra parte era immaginabile una diversa difesa del proprio diritto ad essere condotti in un luogo sicuro.

Da ultimo, la pronuncia ritiene sussistente anche il requisito della proporzione tra offesa e difesa, sottolineando come nel caso di specie fossero «in gioco, da una parte, il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o di tortura, dall'altra, il

36. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 46.

37. In tal senso cfr. per tutti C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 111 ss.; G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8^a ed., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 302; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, Cedam, 2017, p. 251.

38. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, Vita e pensiero, 1934, p. 130.

39. Cfr., ad es., F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 385.

40. Trib., Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 67.

41. *Ivi*, p. 68.

diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio, sicuramente sacrificabile *ex art.* 52 c.p. di fronte alla prospettiva delle lesioni che sarebbero conseguite allo sbarco in territorio libico»⁴².

4. Il caso *Rackete*

La nave umanitaria *Sea Watch 3*, battente bandiera olandese, la mattina del 12 giugno 2019 soccorse 53 persone in acque internazionali, nella zona *s.a.r.* libica.

Una volta terminate le operazioni di salvataggio, il comandante della nave chiese l'assegnazione di un *place of safety* ad una pluralità di autorità: quelle italiane e maltesi, dal momento che i loro porti erano ritenuti i luoghi di sbarco più sicuri e vicini; quella olandese, in quanto autorità di bandiera; infine, quella libica, dato che il soccorso era avvenuto in una zona *s.a.r.* di sua competenza.

Proprio la guardia costiera libica, intorno alla mezzanotte di quel medesimo giorno, indicò alla *Sea Watch 3* il porto di Tripoli come luogo di sbarco. E tuttavia, all'esito di una delicata valutazione, il comandante della nave decise di non assecondare la direttiva ricevuta, ritenendo che la Libia non costituisse un luogo sicuro dove condurre le persone trattate in salvo, in ragione dell'instabilità socio-politica che interessa questo Paese e della sistematicità delle violazioni dei diritti umani che si realizzano sul suo territorio⁴³.

Considerazioni di analogo tenore, peraltro, portarono ad escludere l'approdo in uno dei porti della Tunisia, Paese che non garantisce il rispetto dei diritti fondamentali della persona e che, peraltro, non prevede nemmeno una normativa a tutela dei rifugiati.

Da ultimo, il capitano scartò la possibilità di dirigersi verso i porti di Malta, non solo perché più distanti rispetto a quelli italiani, ma anche in ragione del fatto che lo Stato maltese non ha tuttora sottoscritto gli emendamenti apportati alle Convenzioni SOLAS e SAR nel 2004, che hanno implementato gli obblighi di cooperazione e di coordinamento in tema di soccorsi in mare in capo agli Stati costieri⁴⁴.

42. *Ibidem*.

43. Le disumane condizioni di vita cui i migranti sono costretti sul territorio libico risultano ormai documentate da numerose ed autorevoli fonti, tra le quali cfr. Council of Europe. Commissioner for Human Rights, *Recommendation: Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, June 2019, p. 43 ss.; UNHCR, *Position on Returns to Libya – Update II*, September 2018, p. 14 ss.; Amnesty International, *Between the Devil and the Deep blue sea. Europa fails refugees and migrants in the central Mediterranean*, August 2018, p. 17 ss. Numerose conferme si traggono, poi, anche da alcune recenti pronunce giurisdizionali, tra le quali cfr. Corte d'assise di Milano, sent. 10.10.2017 (dep. 1.12.2017), con nota di S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4.2018, p. 207 ss.; Corte d'Assise di Agrigento, sent. 12.6.2018 (dep. 22.6.2019), n. 1.

44. Cfr. *supra*, par. 2.2, nota 21.

Alla luce di tali valutazioni, il comandante della *Sea watch 3* decise, dunque, di dirigersi verso l'Italia, ritenendolo il luogo di sbarco più sicuro e vicino alla propria rotta. Senonché, a fronte delle reiterate richieste di assegnazione di un *p.o.s.* all'IMRCC, quest'ultimo, da un lato, declinò la propria competenza, adducendo che il salvataggio era avvenuto in una zona *s.a.r.* libica, e, dall'altro, diffidò il capitano dal fare ingresso nelle acque territoriali. Tale posizione venne ribadita dal Ministero dell'interno sia attraverso l'invio di una e-mail con valore di notifica (la sera del 13 giugno), che con l'adozione e la comunicazione (la sera del 15 giugno) di un formale provvedimento interministeriale emanato ai sensi del novellato art. 11-ter TU, così come risultante all'indomani dell'entrata in vigore del c.d. decreto sicurezza-*bis*⁴⁵.

Nei giorni seguenti, a fronte della perdurante inerzia delle autorità italiane, il capitano della nave e i legali della O.n.g. di appartenenza decisero di rivolgersi alle autorità giurisdizionali nazionali e sovranazionali.

In prima battuta, il divieto di ingresso formalizzato nel provvedimento ministeriale appena citato venne impugnato dinanzi al Tar del Lazio, cui si richiese l'emissione di una misura sospensiva cautelare *ante causam*. L'istanza, tuttavia, venne rigettata in data 19 giugno per l'assenza delle ragioni di eccezionali gravità che possono giustificare l'adozione di un tale provvedimento, dal momento che i soggetti vulnerabili a bordo della *Sea Watch 3* erano già stati sbarcati⁴⁶.

Esito negativo ebbe anche il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, esperito ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della CEDU, con il quale si chiedeva a tale autorità l'adozione di *interim measures* a fronte della presunta violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) in danno dei migranti a bordo della *Sea Watch 3*, ancora in attesa dello sbarco in un *place of safety*. La Corte rigettò il ricorso evidenziando, nel comunicato pubblicato il 25 giugno 2019, come le «*interim measures are urgent measures which, according to the Court's*

45. D.l. 14.6.2019, n. 53, conv. con modif. dalla l. 8.8.2019, n. 77, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica». Tale provvedimento, attraverso l'aggiunta del comma 1-ter all'art. 11 TU, ha riconosciuto al Ministro dell'interno il potere di vietare «l'ingresso, il transito o la sosta» di imbarcazioni in acque territoriali in presenza di due presupposti alternativamente considerati. Il primo è rappresentato dalla sussistenza di «motivi di ordine e sicurezza pubblica». Il secondo, invece, si configura in presenza delle condizioni previste dall'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, il quale contempla l'ipotesi in cui la nave effettui «il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero». A presidio dell'osservanza dei divieti ministeriali appena enunciati, il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 12 TU prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 150.000 a 1 milione di euro e la confisca obbligatoria della nave utilizzata per commettere la violazione, con immediato sequestro cautelare della stessa. Per un primo commento critico alla novella cfr. S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 18.6.2019.

46. Data l'indisponibilità della pronuncia si rimanda a P. Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso "Sea Watch 3" (Carola Rackete)*, in *Dir. pen. e uomo*, n. 7-8.2019, p. 31 ss.

*well-established practice, apply only where there is an imminent risk of irreparable harm*⁴⁷. Nel caso di specie un simile «pericolo imminente di un danno irreparabile» non poteva, invero, considerarsi sussistente, atteso il costante monitoraggio della situazione sanitaria a bordo della nave e l'obbligo per lo Stato italiano di garantire la necessaria assistenza a tutti quei soggetti da considerare vulnerabili in ragione della loro età o del loro stato di salute⁴⁸.

Solo all'esito di questo ennesimo e vano tentativo di risoluzione della difficile situazione venutasi a creare, dopo circa due settimane di attesa trascorse in alto mare in un clima di crescente tensione emotiva, il comandante della nave decise di fare ingresso nelle acque territoriali italiane, contravvenendo al divieto notificato dal Ministero dell'interno.

Tale iniziativa determinò l'apertura di un procedimento penale a suo carico in relazione ai reati di favoreggiamento aggravato (art. 12, co. 1 e 3, lett. a, TU) e rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.⁴⁹), atto cui seguì l'esecuzione di un decreto di perquisizione personale e locale a bordo della motonave che, tuttavia, continuava ad essere bloccata all'ingresso del porto di Lampedusa sotto l'attenta sorveglianza delle autorità italiane.

La situazione di *impasse* si sbloccò definitivamente solo nelle prime ore del 29 giugno 2019, quando il comandante decise di forzare il blocco delle autorità italiane e di dirigersi verso la banchina del molo commerciale di Lampedusa dove, nelle operazioni di ormeggio, urtò una vedetta della Guardia di Finanza.

Al termine della vicenda sinteticamente riportata, il capitano Carola Rackete venne, dunque, tratto in arresto in relazione ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.), reati per i quali

47. *Press Release ECHR 240(2019), The Court decides not to indicate an interim measure requiring that the applicants be authorised to disembark in Italy from the ship Sea-Watch 3*, in www.hudoc.echr.coe.int, 25.6.2019. Per un primo commento della decisione cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 26.6.2019.

48. In realtà non sembra inutile sottolineare, come correttamente messo in rilievo dai primi commentatori delle decisioni appena richiamate, che l'esito fallimentare di questi ricorsi cautelari non si giustifica tanto per l'insussistenza del requisito del *fumus boni iuris* dei diritti azionati, quanto, piuttosto, per l'interpretazione particolarmente restrittiva dei presupposti di adozione delle misure cautelari di loro competenza da parte degli organi giudiziari interpellati. In tal senso cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo*, cit.; P. Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso "Sea Watch 3" (Carola Rackete)*, cit., p. 36.

49. L'art. 1099 cod. nav., rubricato «Rifiuto di obbedienza a nave da guerra», dispone: «Il comandante della nave, che nei casi previsti nell'articolo 200 non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione fino a due anni».

la Procura chiese la convalida e l'applicazione della misura cautelare del divieto di dimora in provincia di Agrigento⁵⁰.

Tale domanda venne, tuttavia, rigettata dal G.I.P. che, all'esito di un'approfondita analisi del quadro normativo applicabile alle attività di *search and rescue at sea*, ritenne sussistente la scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*

4.1. *Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori*

In via preliminare occorre evidenziare come il giudice abbia agevolmente escluso la realizzazione del delitto di cui all'art. 1100 cod. nav. aderendo a quell'orientamento ermeneutico, condiviso anche dalla Corte cost. nella sent. 3 febbraio 2000, n. 35, secondo cui le unità navali della Guardia di Finanza possono considerarsi navi da guerra «solo quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare»⁵¹, ipotesi non ricorrente nel caso di specie, nel quale, invece, l'urto con la motonave *Sea Watch 3* era avvenuto in acque territoriali.

Quanto, invece, al reato di resistenza a pubblico ufficiale di cui all'art. 337 c.p., il giudice non esclude la sussistenza del fatto tipico, in quanto «l'aver posto in essere una manovra pericolosa nei confronti dei pubblici ufficiali a bordo della motovedetta della Guardia di Finanza, senz'altro costituente il portato di una scelta volontaria seppur non calcolata, permette di ritenere sussistente il coefficiente soggettivo necessario ai fini della configurabilità concettuale del reato in discorso»⁵².

E tuttavia detto reato deve considerarsi scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere.

In particolare, il G.I.P., dopo aver ricostruito il quadro normativo, internazionale e interno, vigente in materia di obblighi di ricerca e salvataggio in mare⁵³, ne ricava la sussistenza di un dovere di soccorso incombente sui comandanti delle navi, che si esaurisce solo con il ricovero dei soggetti tratti in salvo in un luogo sicuro, ed è proprio in adempimento di un simile obbligo che deve ritenersi scriminata la condotta posta in essere da Carola Rackete.

Nei passaggi argomentativi della decisione risultano particolarmente interessanti le ragioni addotte per escludere l'ipotesi secondo cui il suddetto obbligo di soccorso potrebbe venir meno per effetto di direttive ministeriali o di provvedimenti interministeriali che

50. Mette conto rilevare che la Procura decise, invece, di agire separatamente con riferimento alla contestazione del reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare.

51. Corte cost., sent. 3.2.2000 (dep. 7.2.2000), n. 35.

52. Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019, cit., p. 11.

53. Cfr. *supra*, par. 2.

vietano l'ingresso, il transito e la sosta nelle acque territoriali ai sensi del nuovo art. 11, co. 1-ter, TU.

A tal riguardo giova rammentare come l'adozione di simili provvedimenti di divieto possa essere giustificata da due presupposti alternativamente considerati: il primo è rappresentato dalla sussistenza di «motivi di ordine e sicurezza pubblica», mentre il secondo rimanda alla presenza delle condizioni previste dall'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione UNCLOS, ovvero all'ipotesi in cui una nave effettui «il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero».

Secondo la pronuncia in esame, il richiamo parziale ed isolato operato dalla novella alla citata disposizione della Convenzione UNCLOS non permette di individuare con esattezza il quadro normativo vigente.

Difatti, il disposto dell'art. 19, co. 2, lett. g), UNCLOS va coordinato con quanto stabilito dall'art. 18, co. 2, UNCLOS, secondo cui il legittimo passaggio inoffensivo di una nave nelle acque territoriali di uno Stato consente anche la fermata e l'ancoraggio dell'imbarcazione, «ma soltanto se questi costituiscono eventi ordinari di navigazione o sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà, oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo».

In sostanza, la lettura congiunta degli artt. 18 e 19 della Convenzione UNCLOS permette di ricavare «il principio della libertà degli Stati di regolare i flussi di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità) con i limiti – tuttavia – derivanti dal diritto consuetudinario e dai limiti che lo Stato stesso si impone mediante l'adesione ai Trattati internazionali, idonei a conformare la sovranità nazionale, e tra detti limiti figurano il dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi»⁵⁴.

5. I due casi a confronto

Prima di sviluppare alcune considerazioni sul merito delle due pronunce ricostruite nei paragrafi precedenti, occorre preliminarmente metterne in evidenza alcuni profili differenziali.

Sul piano processuale, deve osservarsi che mentre la pronuncia del Tribunale di Trapani è una sentenza di merito resa all'esito di un giudizio abbreviato, la decisione del Tribunale di Agrigento è un'ordinanza cautelare.

54. Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019, cit., p. 4, in cui, peraltro, si evidenzia che limiti analoghi a quelli appena menzionati possono derivare anche dal diritto interno, come in effetti accade a proposito dell'art. 10-ter TU, a mente del quale «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi».

Sul piano sostanziale vale, invece, rilevare il diverso profilo degli autori delle condotte oggetto di accertamento giudiziale: nel primo caso, essi si identificano con gli stessi migranti soccorsi in mare, mentre nella seconda vicenda l'agente coincide con il comandante della nave che ha realizzato l'attività di salvataggio. Una tendenziale omogeneità di fondo si ritrova, di contro, nelle condotte realizzate e nelle contestazioni formulate da parte della pubblica accusa.

Difatti, così come i migranti della *Vos Thalassa* che stavano per essere riportati in Libia hanno fatto ricorso alla violenza e alla minaccia nei confronti dei pubblici ufficiali presenti a bordo al fine di impedire il respingimento, allo stesso modo il capitano della *Sea Watch 3*, con una condotta violenta, ha forzato il blocco delle autorità italiane, urtando una motovedetta della Guardia di Finanza, in modo da consentire lo sbarco delle persone tratte in salvo.

Su queste vicende fattuali si fondano, dunque, le iscrizioni per i reati di cui agli artt. 336 e 337 c.p. a carico dei migranti della *Vos Thalassa*, e per il reato previsto dall'art. 337 c.p. (oltre che per quello di cui all'art. 1100 cod. nav.) a carico del comandante Rackete.

Peraltro, l'esito di tali condotte è stato quello di procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio italiano, circostanza idonea a far ipotizzare agli inquirenti la realizzazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *ex art. 12 TU*⁵⁵.

Dinanzi a tali contestazioni, i percorsi argomentativi seguiti dai giudici risultano analoghi, sebbene sia diversa la scriminante applicata.

5.1. Una breve digressione: le condotte delle O.n.g. tra soccorso di necessità (art. 54 c.p.) e stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, co. 3, c.p.)

Almeno fino alla pronuncia delle decisioni in commento, i più rilevanti provvedimenti giurisdizionali resi nell'ambito delle attività di soccorso in mare avevano escluso la punibilità delle condotte contestate facendo leva sulla sussistenza dei presupposti dello stato di necessità.

Di tale figura fece applicazione, ad esempio, il G.I.P. di Ragusa nell'ordinanza del 16 aprile 2018, che rigettò la richiesta di sequestro preventivo della motonave *Open arms*, ritenendo che «le condotte contestate [...] si risolvono in una disobbedienza alle direttive

55. Cfr. *supra*, par. 4, nota 50, in cui è stato già evidenziato come tra gli illeciti penali contestati a Carola Rackete nell'ordinanza del GIP di Agrigento in commento non compaia il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in quanto per tale ipotesi di reato la Procura ha deciso di procedere separatamente.

impartite dalle autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire [...] la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità»⁵⁶.

Considerazioni analoghe erano poste alla base della richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Palermo il 15 giugno 2018 per il salvataggio di 220 migranti realizzato dalla nave *Golfo Azzurro*; nella richiesta, dopo una breve ricostruzione del quadro normativo internazionale vigente *in subiecta materia*, la pubblica accusa reputa «evidente che [...] le operazioni di salvataggio eseguite costituiscono attività di soccorso e assistenza umanitaria nei confronti dei migranti in difficoltà»⁵⁷, in quanto tali non punibili ai sensi dell'art. 12, co. 2, TU.

Secondo tale ricostruzione interpretativa, viene in rilievo il difetto di anti giuridicità delle condotte poste in essere in quanto, anche a voler considerare l'annoso dibattito circa la natura da attribuire all'esimente descritta dall'art. 54, co. 1, c.p.⁵⁸, il «soccorso di necessità» rappresenterebbe da sempre, per i sostenitori della teoria oggettiva, la miglior riprova di come in simili ipotesi non venga in gioco un problema di turbamento del processo motivazionale dell'agente, e dunque l'esclusione della colpevolezza, ma, piuttosto, di bilanciamento degli interessi e dunque una causa di giustificazione.

La soluzione, del resto, non muta anche aderendo all'orientamento, ormai prevalente nella dottrina italiana⁵⁹, che propende per una ricostruzione differenziata delle ipotesi di non punibilità che si ricollegano allo stato di necessità. In tal senso, il fatto si considera «scusato» qualora comporti il sacrificio di un bene di maggiore o pari rilievo rispetto a quello da salvaguardare. Diversamente, la condotta risulterà «giustificata» se determina l'offesa ad un bene di minor rilievo, come accade nelle ipotesi di soccorso considerate nelle quali non è in dubbio la minor rilevanza dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori rispetto ai diritti vantati dai migranti tratti in salvo.

Ad una diversa conclusione deve, invece, giungersi nel caso in cui si faccia applicazione dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia di cui all'art. 54, co.

56. Cfr. Trib. Ragusa, Ufficio Gip, Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, 16.4.2018 (dep. 16.4.2019), p. 16, con nota di M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Dir. pen. cont.*, www.diritto penale contemporaneo.it, 19.4.2019. Nel caso di specie il comandante, chiamato prima ad intervenire e poi ad arrestare il proprio intervento a fronte del coinvolgimento della Guardia costiera libica, decise di portare ugualmente a termine le operazioni di salvataggio intraprese rispetto a due dei tre eventi *s.a.r.* segnalati, rifiutandosi di consegnare alle autorità libiche i migranti soccorsi.

Per tali ragioni, la Procura distrettuale della Repubblica presso il Tribunale di Catania avviò un'indagine in rapporto al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, richiedendo il sequestro preventivo dell'imbarcazione.

57. Procura di Palermo, Richiesta di archiviazione 28.5.2018, pp. 5-6.

58. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito cfr. spec. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 32 ss.

59. Cfr., per tutti, C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, Utet, 2016, p. 369 ss.

3, c.p., classica fattispecie scusante alla quale la giurisprudenza di legittimità è talvolta ricorsa per escludere la punibilità delle condotte in esame.

In particolare, in una recente decisione, la Suprema Corte ha sostenuto che «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere scusata ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»⁶⁰.

Attraverso l'adesione a tale soluzione ermeneutica e, in particolare, alla teoria dell'autoria mediata⁶¹, la Cassazione arriva a conseguire simultaneamente un duplice risultato: da un lato, quello di garantire l'impunità dei soccorritori; dall'altro, quello di assicurare l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti⁶².

Tale scelta, comprensibilmente motivata dall'esigenza di estendere la giurisdizione italiana alle condotte di traffico di migranti che, invero, si sono interamente realizzate al di fuori dei confini nazionali, presta il fianco a diverse riserve.

In particolare, è stato rilevato come «dalla ricostruzione della Suprema Corte parrebbe che la conduzione dei migranti nel nostro territorio costituisca l'«evento» del reato descritto dalla fattispecie di cui all'art. 12 TU»⁶³, mentre, come noto, la fattispecie tipica del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina risponde allo schema del reato di mera condotta a forma libera⁶⁴.

60. Cass. pen., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, p. 6, nella quale, peraltro, è evidente l'errore terminologico in cui è incorsa la Corte, nella parte in cui definisce come autori «mediati» gli esecutori materiali del reato. Cfr. A. Giliberto, *Sussiste la giurisdizione italiana per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, www.diritto penale contemporaneo.it, 4.6.2014; M.T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all'«autoria mediata» in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. Pen.*, n. 2.2017, p. 583 ss.

61. Cfr. in argomento, per tutti, C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 572 ss.

62. In tal senso cfr. S. Bernardi, *I possibili profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1.2018, p. 139.

63. M.T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all'«autoria mediata» in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, cit., p. 585.

64. S. Zirulia, *Commento all'art. 12 T.U. immigrazione (Favoreggiamento delle migrazioni illegali)*, IV ed., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, Vicenza, Wolters Kluwer, 2015, p. 2674. Tale prospettiva, peraltro, è stata recentemente confermata da una pronuncia delle Sezioni Unite nella quale, dopo aver chiarito che la fattispecie descritta all'art. 12, co. 3, TU integra una circostanza aggravante e non un'autonoma fattispecie di reato, si ribadisce la natura di reato di mera condotta a consumazione anticipata del reato *de quo*. Sul punto cfr. Corte Cass., SU, sent. 21.6.2018 (dep. 24.9.2018), n. 40982, con nota di G. Savio, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12, co. 3, T.U. Immigrazione*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 14.12.2018.

È stata inoltre contestata l'applicabilità della teoria dell'autore mediato, di per sé controversa nella dottrina italiana⁶⁵, alla fattispecie di reato in esame⁶⁶.

Ma è soprattutto la scelta di ricorrere ad una scusante a suscitare dubbi, dal momento che la non punibilità degli agenti nelle vicende considerate meglio si attaglia alla logica e alla funzione politico-criminale assegnata alle scriminanti, piuttosto che a quella generalmente ascritta alle scusanti o cause di esclusione della colpevolezza (*rectius*, della responsabilità penale⁶⁷).

A tal riguardo basti considerare la diversa valutazione normativa sottesa a queste due categorie di cause di non punibilità: «Una causa di giustificazione presuppone che due interessi collidano reciprocamente, così che solo l'uno o l'altro può prevalere. [...] Una scusante [...] presuppone invece che l'autore abbia agito in modo antiggiuridico, cioè che non si possa richiamare ad un controinteresse riconosciuto dall'ordinamento»⁶⁸.

Orbene, non sembra possibile dubitare del fatto che nei casi considerati vengano in rilievo almeno due interessi in conflitto: da un lato quello dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori; dall'altro, il diritto delle persone tratte in salvo al ricovero in un luogo sicuro, cui fa da contraltare un vero e proprio dovere di soccorso che incombe sugli Stati (di bandiera e costieri) e sui comandanti delle imbarcazioni coinvolte nelle operazioni di salvataggio.

A fronte del riconoscimento di un simile conflitto, l'interprete non può che ritrovare nella categoria dell'antigiuridicità la sua naturale sede compositiva⁶⁹.

65. Tale figura è stata elaborata da quella parte della dottrina tedesca che, nell'ambito del concorso di persone nel reato, sosteneva la c.d. teoria dell'accessorietà estrema, secondo la quale la condotta dell'esecutore materiale deve risultare tipica, antiggiuridica e colpevole. Per colmare le conseguenti lacune che si profilavano rispetto alla punibilità di condotte atipiche che accedono ad un fatto realizzato da un soggetto esecutore incolpevole, si considerava come autore, seppure mediato, punibile ai sensi della stessa fattispecie monosoggettiva, chi usava altro come puro strumento esecutivo.

La dottrina italiana prevalente ritiene priva di utilità l'applicazione della figura dell'autore mediato nel nostro ordinamento, cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 523, nota 19; T. Padovani, *Diritto Penale*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 2017, pp. 349-350; Id., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 187 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 507-509. In senso contrario cfr. C. Fiore e S. Fiore, *op. cit.*, p. 572 ss.

66. In effetti, anche quella parte della dottrina italiana che accoglie la teoria della reità mediata non la ritiene applicabile nelle ipotesi di cui all'art. 54, co. 3, c.p., perché in esse l'esecutore agisce con dolo, cfr. C. Fiore e S. Fiore, *op. cit.*, p. 572 ss.

67. Cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, ESI, 1992, p. 88 ss.

68. C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, ESI, 1996, p. 90.

69. Cfr. C. Roxin, *op. loc. ult. cit.*; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 26 ss.

5.2. *La legittima difesa dei migranti soccorsi e gli eventuali profili di responsabilità degli aggressori*

Le pronunce relative ai casi *Vos Thalassa* e *Rackete* si inseriscono in un mutamento degli orientamenti giurisprudenziali, che tende verso l'applicazione delle cause di giustificazione di cui agli artt. 51 e 52 c.p.

Quanto alla prima decisione, deve osservarsi che gli elementi di affinità che avvicinano i presupposti dello stato di necessità a quelli della legittima difesa non valgono a porre in secondo piano gli elementi distintivi e le differenti conseguenze che derivano dall'applicazione dell'una o dell'altra causa di non punibilità.

In particolare, è noto che mentre nella scriminante di cui all'art. 54 c.p. la condotta necessitata si dirige contro un individuo estraneo o innocente, perché non responsabile della situazione di pericolo venutasi a creare, nella legittima difesa l'azione difensiva si rivolge contro l'autore di un'aggressione ingiusta, la quale spesso realizza un illecito penale.

Di conseguenza, a differenza delle pronunce che hanno fatto applicazione dello stato di necessità, nel caso *Vos Thalassa* i decidenti hanno rimarcato il dato per cui l'azione difensiva degli agenti si è indirizzata nei confronti dei loro aggressori⁷⁰, autori di quel «pericolo attuale di un'offesa ingiusta» descritto dall'art. 52 c.p.

Uno dei maggiori meriti della decisione in esame risiede, dunque, nell'aver spostato l'angolo visuale del dibattito sui soccorsi in mare, portandolo dagli eventuali profili di responsabilità penale dei soccorritori alla natura illecita degli atti di respingimento realizzati sotto il coordinamento delle autorità italiane⁷¹.

In questa mutata prospettiva assume particolare peso l'individuazione e l'esame delle fattispecie penali che potrebbero venire in rilievo, profilo sul quale la pronuncia di Trapani, invero, non si sofferma, ritenendo che la condotta dei pubblici ufficiali coinvolti fosse scusata dall'erronea supposizione di adempiere un ordine legittimo dell'autorità competente.

Rispetto a tale indagine, deve osservarsi che se è vero che l'esatta qualificazione del fatto concreto non può prescindere da un'attenta valutazione delle singole circostanze fattuali, è altrettanto vero che la prassi dei respingimenti in mare che si realizzano sotto il coordinamento dell'IMRCC⁷² si è andata consolidando con modalità uniformi e ripetute nel tempo che consentono di effettuare una classificazione generale.

70. Cfr. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 18.

71. In tal senso cfr. L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, cit.

72. Sembra utile rammentare che l'IMRCC è competente a coordinare le attività di *search and rescue* o quando le operazioni di salvataggio sono effettuate nell'ambito della zona *s.a.r.* di propria competenza o quando, in caso di operazioni realizzate al di fuori di tale zona, abbia ricevuto per primo la notizia di persone in pericolo in mare, rimanendo

Infatti, sembrano essenzialmente due i modelli di azione nei quali è possibile inscrivere le condotte contestate.

Per un primo verso, occorre far riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il soccorso, realizzato in acque internazionali (verosimilmente nella zona *s.a.r.* libica), è posto in essere da un'imbarcazione cui l'IMRCC dà l'ordine di riportare i migranti verso le coste africane – o, comunque, di collaborare con le autorità libiche – e l'ordine viene eseguito⁷³. È quanto è accaduto, ad esempio, nella vicenda *Vos Thalassa*, dove si è avuto quantomeno un tentativo di esecuzione dell'ordine impartito dalle autorità italiane.

Per altro verso, vengono in rilievo tutti quei casi nei quali, in presenza delle medesime circostanze fattuali appena descritte, il comandante nella nave che ha effettuato il soccorso decida di non eseguire l'ordine dell'IMRCC e di dirigersi altrove (verosimilmente verso le coste europee) per effettuare lo sbarco, come verificatosi nel caso *Rackete*.

A ben vedere, in entrambe le ipotesi considerate l'ordine impartito deve ritenersi illegittimo, in quanto adottato in violazione degli obblighi internazionali di ricerca e salvataggio in mare che impongono ai soccorritori e agli Stati costieri non il semplice recupero dei naufraghi, ma la loro conduzione in un «luogo sicuro»⁷⁴. E tuttavia le conseguenze che si configurano a carico degli autori di un simile ordine sono diverse a seconda che esso venga o meno attuato⁷⁵.

Nel primo caso, la condotta di esecuzione della direttiva illegittima sembra integrare tutti gli elementi costitutivi del delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p.; norma che si pone a presidio della libertà morale dell'individuo, intesa sia come libertà di autodeterminazione secondo motivi propri, sia come libertà di azione sulla base delle scelte effettuate autonomamente⁷⁶.

Non c'è dubbio che il processo di formazione e di attuazione della libertà morale dei soggetti prima soccorsi e poi ricondotti forzatamente in Libia sia vulnerato dalla condotta di coloro che eseguono l'ordine di respingimento, la quale, del resto, ben può qualificarsi come violenta alla luce della nozione particolarmente estensiva e dematerializzata di «violenza» accolta dalla giurisprudenza, la quale vi ricomprende «ogni mezzo idoneo a

responsabile almeno fino a quando il *Rescue Center Coordination* competente o altra autorità non assumano il coordinamento per l'evento segnalato. Sul punto cfr. Par. 6.7 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20.5.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

73. In questa categoria di ipotesi deve considerarsi ricompreso anche il caso in cui il salvataggio sia effettuato direttamente dalla Guardia costiera libica, su segnalazione dell'evento *s.a.r.* da parte delle autorità italiane.

74. In tal senso cfr. i Capitoli 1.3.2 e 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR, oltre alla Regola 33, par. 1-1, SOLAS e, soprattutto, la definizione di *place of safety* riportata dal Par. 6.12 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20.05.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

75. Cfr. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 101 ss.

76. Cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, 4^a ed., Bologna, Zanichelli, 2013, p. 219 ss.; F. Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, p. 264 ss.

privare il soggetto passivo, in rapporto alle condizioni fisiche e psichiche di questo, della capacità di determinarsi e di agire secondo la propria volontà»⁷⁷.

E tuttavia, in simili casi non è infrequente il riconoscimento in favore degli esecutori del comando della scusante di cui all'art. 51, co. 3, c.p., a mente del quale non risponde del reato chi abbia creduto, per errore di fatto, di obbedire ad un ordine legittimo. Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione particolare della disciplina più generale dettata dall'art. 59, co. 4, c.p. a proposito dell'erronea supposizione di una scriminante⁷⁸.

Quanto invece alla posizione dei superiori che hanno adottato la direttiva, non è difficile ipotizzare una loro responsabilità concorsuale per il delitto eseguito o quantomeno tentato, posto che l'ordine criminoso costituisce per chi lo ha dato una condotta di partecipazione morale al fatto tipico, sotto forma di determinazione o di istigazione rilevante *ex art.* 110 c.p.⁷⁹.

Appare, invece, discutibile la configurabilità, in concorso con il delitto di violenza privata aggravata (artt. 610 e 61, n. 9, c.p.), del reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.), che, com'è noto, si applica al pubblico agente il quale, nello svolgimento delle proprie funzioni, in violazione di norme di legge o di regolamento, intenzionalmente arreca ad altri un danno ingiusto⁸⁰.

Rispetto alle vicende considerate, tale norma incriminatrice potrebbe venire in rilievo nell'ambito della procedura amministrativa volta all'individuazione e all'assegnazione di un *p.o.s.*⁸¹, ovvero di un luogo sicuro in cui far sbarcare le persone tratte in salvo nell'ambito delle operazioni di salvataggio coordinate dall'IMRCC.

77. In senso critico cfr. F. Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, cit., p. 273 ss., che muove, invece, dall'esigenza di interpretare il concetto di violenza in senso teleologicamente orientato allo scopo di tutela sotteso alle incriminazioni previste dagli artt. 610 c.p. ss.

Sulla possibilità di applicare una scriminante alle condotte appena considerate cfr. F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei "respingimenti" in alto mare)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2.2011, p. 458 ss.

78. Cfr. D. Pulitanò, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 329 ss. Sul punto cfr. anche F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 378, il quale evidenzia che, se si vuol evitare di assegnare alla disposizione di cui all'art. 51, co. 3, c.p. un significato autonomo rispetto a quello espresso dall'art. 59, co. 4, c.p., essa va intesa nel senso che l'esclusione della responsabilità per errore di fatto sulla legittimità dell'ordine opera anche con riguardo alla responsabilità a titolo colposo. Per un'approfondita ricostruzione delle teorie elaborate rispetto al problema della collocazione dogmatica dell'errore sulle scriminanti cfr. da ultimo A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000, *passim*.

79. Cfr. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 102.

80. Cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, 5^a ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 244 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, 4^a ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 349 ss.

81. Per un approfondimento sui profili amministrativi di tale procedura e, in particolare, sulla natura da riconoscere all'atto finale di assegnazione di un *p.o.s.* cfr. M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 5.6.2019, in cui si precisa che l'adozione di tale atto, conformemente a quanto previsto dalle Procedure operative standard 009/15

Più nello specifico, l'abuso d'ufficio troverebbe applicazione ogniqualvolta si indichi come *p.o.s.* un luogo che, non rispondendo agli *standard* di sicurezza individuati dalla disciplina internazionale, determini una sostanziale elusione del divieto di *refoulement*.

Senonché, deve osservarsi come, ai fini della realizzazione di cui all'art. 323 c.p., non basti la mera inosservanza di principi o di norme genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa, richiedendosi, invece, la trasgressione di disposizioni a contenuto precettivo che prescrivono specifici modelli di comportamento⁸².

Difatti, soprattutto a seguito degli interventi legislativi volti a colmare il *deficit* di determinatezza della fattispecie in esame⁸³, si ritiene essenziale che la norma la cui violazione può configurare un abuso penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. abbia non solo un certo rango formale, ma anche un contenuto in grado di vincolare il pubblico agente nell'osservanza di un certo contegno⁸⁴.

In quest'ottica sembra, invero, problematico sostenere che le norme di diritto internazionale sopra menzionate, alle quali pure si riconosce il rango di fonti normative interposte⁸⁵, possano vietare o richiedere, con un contenuto precettivo sufficientemente specifico, un certo comportamento al pubblico agente durante lo svolgimento di una sua funzione o servizio.

Quanto al secondo modello di azione prospettato, deve osservarsi come, in questa diversa classe di casi, la mancata esecuzione dell'ordine illegittimo impedisca la realizzazione del delitto di violenza privata in danno dei migranti.

In tali circostanze sorge, tuttavia, il problema di capire se residuino profili di responsabilità per la condotta dei superiori che hanno dato l'ordine.

Dal momento che l'impartizione di un comando, ancorché di carattere delittuoso, sembra condotta lontana dal soddisfare i canoni minimi di offensività generalmente richiesti per la configurazione di un fatto autonomamente rilevante sul piano penale, deve ritenersi che «solo quando l'inferiore inizia l'esecuzione dell'ordine, il superiore può essere imputato e punito di tentativo del particolare reato; altrimenti egli deve andare impunito a

(*Standard Operating Procedure*) predisposte dal Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto, spetta al Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'interno, su richiesta avanzata dalla Centrale operativa del Comando generale della Capitaneria (*Italian Maritime Rescue Center Coordination*) e inoltrata dal Centro nazionale di coordinamento (*National Coordination Center*).

82. Cfr. M. Gambardella, sub Art. 323 c.p., in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2015, p. 597 ss.

83. Si fa riferimento alla l. 26.4.1990, n. 86, recante «Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», e soprattutto alla l. 16.7.1997, n. 234, rubricata «Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale».

84. In tal senso cfr. M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 356.

85. Cfr. Corte cost., sent. 22.10.2007 (dep. 24.10.2007), nn. 347 e 348.

meno che la sua attività non ricada sotto l'ambito di un'altra norma e muti con ciò il titolo della sua responsabilità penale»⁸⁶.

Riguardo alla possibile applicazione della fattispecie di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., essa sembra resa ancora più difficile dalla circostanza per la quale, a seguito del rifiuto di esecuzione dell'ordine opposto dal comandante della nave, l'amministrazione, di regola, assume una condotta omissiva, che si sostanzia nella mancata segnalazione di un *p.o.s.* alternativo.

A tal riguardo deve osservarsi che se, da un lato, si ammette pacificamente la realizzazione in forma omissiva di una condotta abusiva *ex art.* 323 c.p., dall'altro, si richiede che tale *non facere* corrisponda al mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito al pubblico funzionario da una norma di legge o di regolamento, requisito, invero, difficilmente ravvisabile nei casi considerati, nei quali la competenza del Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'interno per l'individuazione del *p.o.s.* si fonda su un mero accordo tra amministrazioni appena richiamato all'interno delle Procedure operative standard 009/15 (*Standard Operating Procedure*)⁸⁷.

In definitiva, il carattere illegittimo dell'ordine impartito, agevolmente desumibile dal combinato disposto delle fonti internazionali sopra richiamate, difficilmente può tradursi in un fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., dal momento che in questi casi la condotta contestata si pone in violazione di disposizioni prive di un contenuto precettivo immediato che, in quanto tali, privano «il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale»⁸⁸.

Nondimeno, deve osservarsi che l'omessa segnalazione di un luogo di sbarco da parte delle autorità competenti, per finalità che esulano dalle funzioni attribuite nell'ambito dell'*iter* procedurale per la determinazione del *place of safety*, determina un'illegittima privazione della libertà personale dei migranti al di fuori dei casi consentiti dalla legge e, molto spesso, per un arco temporale giuridicamente apprezzabile. Tale considerazione induce, quindi, a non poter escludere tra le norme incriminatrici applicabili ai casi considerati il sequestro di persona pluriaggravato di cui all'art. 605, comma 1, 2 n. 2 e 3 c.p.⁸⁹; contestazione che, tuttavia, presuppone come risolta a monte l'individuazione

86. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 124.

87. Cfr. *supra*, par. 5.2, nota 81.

88. A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino e G. Fornasari, Torino, Giappichelli, 2008, p. 255 ss.

89. Il sequestro di persona pluriaggravato è l'ipotesi di reato contestata dalla Sezione Reati ministeriali presso il Tribunale dei Ministri di Catania all'*ex* Ministro dell'interno Matteo Salvini nella nota vicenda Diciotti. Per un'analisi più approfondita cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro*

dell'autorità competente all'adozione dell'atto e la qualificazione della sua natura giuridica⁹⁰.

5.3. «Conflitto di doveri» e adempimento di un dovere

Occorre, da ultimo, soffermare l'attenzione sulla scelta, operata dalla giurisprudenza più recente, di ricondurre le condotte dei soggetti impegnati nelle attività di soccorso in mare sotto l'ambito di applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*, come accaduto nell'ordinanza *Rackete*.

Riguardo al caso da ultimo citato, occorre in primo luogo interrogarsi sulle ragioni che, a differenza della pronuncia *Vos Thalassa*, hanno portato ad escludere l'applicazione della legittima difesa.

In effetti la condotta difensiva che l'art. 52 c.p. rende non punibile può essere compiuta dallo stesso soggetto aggredito, ovvero da un terzo; la liceità del comportamento nel c.d. soccorso difensivo è subordinata agli stessi elementi che condizionano l'impunità dell'aggredito reagente⁹¹. In quest'ottica, a fronte dell'omessa assegnazione di un *p.o.s.* che lede il diritto dei migranti ad essere ricoverati in un luogo sicuro, la condotta del capitano che forza il blocco delle autorità italiane per realizzare lo sbarco potrebbe essere qualificata proprio in termini di soccorso difensivo atto a giustificare i fatti contestati.

Deve tuttavia rilevarsi la difficile dimostrazione del requisito dell'attualità del pericolo nel caso concreto, dal momento che la situazione denunciata perdurava da oltre venti giorni e che il costante monitoraggio delle condizioni sanitarie, insieme all'immediato sbarco disposto in favore dei soggetti vulnerabili, escludeva la configurazione di pregiudizi imminenti rispetto ai diversi diritti coinvolti nel caso di specie.

Assumendo come corretta l'impostazione suggerita, non risulta comunque di immediata comprensione il motivo per il quale il giudice ha escluso l'antigiuridicità della condotta dell'agente invocando non l'art. 54 c.p., che fino ad allora aveva avuto larga applicazione⁹², ma la scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*

Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 28.1.2019.

Più di recente, un'analogha contestazione ha riguardato la vicenda Gregoretti, per la quale la stessa Sezione del medesimo Tribunale è tornata a chiedere l'autorizzazione a procedere al Senato. Sul punto cfr. A. Ziniti, *Catania, blocco nave Gregoretti: il Tribunale dei ministri chiede autorizzazione a procedere per Salvini*, in www.repubblica.it, 17.12.2019.

90. Sul punto cfr. M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, cit., p. 4, secondo la quale «la responsabilità al rilascio del *p.o.s.* deve ritenersi espressione di una competenza del Dirigente di vertice del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, al quale pertanto si sarebbe dovuta direttamente ascrivere la condotta criminosa imputata al Ministro».

91. Cfr. C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 226.

92. Cfr. *supra*, par. 5.1.

In effetti, la condotta di chi agisce in base ad un obbligo di soccorso in favore di un terzo che versa in una situazione di pericolo attuale per la sua incolumità risulta *prima facie* sussumibile sotto l'ambito di applicazione sia del soccorso di necessità disciplinato dall'art. 54 c.p., che dell'adempimento di un dovere previsto dall'art. 51 c.p.

La difficile qualificazione delle situazioni considerate, a ben vedere, rientra nel più ampio problema della soluzione di quella particolare situazione antinomica che prende il nome di «conflitto di doveri», la quale si configura ogniqualvolta due norme giuridiche di carattere prescrittivo, una di comando e l'altra di divieto⁹³, qualificano una medesima condotta in termini contrari. Il terreno elettivo del tema del «conflitto di doveri» attiene alla responsabilità per trattamenti medico-sanitari, ma una significativa casistica concerne anche l'ambito degli obblighi di soccorso che, in assenza di specifiche norme, traggono fondamento dall'art. 593, co. 2, c.p.⁹⁴.

In particolare, qualora un dovere di soccorso previsto in favore di un soggetto in pericolo imponga la realizzazione di fatti di reato, sorge un conflitto tra la norma di comando che prescrive l'obbligo di agire e la norma incriminatrice che vieta la realizzazione di certe condotte. Si tratta della situazione che emerge nei casi in esame, nei quali, agli obblighi internazionali di soccorso incombenti sui comandanti delle navi, fanno da contraltare norme incriminatrici di divieto, prima fra tutte quella che prevede il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TU.

A fronte di simili conflitti normativi, l'individuazione della disposizione applicabile consegue, di regola, all'impiego degli ordinari criteri risolutivi delle antinomie giuridiche (gerarchico, di specialità e cronologico).

Essi, tuttavia, non risultano decisivi in un numero considerevole di casi. Ciò, ad esempio, si verifica quando la norma generale è anche successiva o nell'ipotesi in cui, tra le norme in conflitto, non sussista un rapporto di specialità ma di mera interferenza⁹⁵. La circostanza da ultimo richiamata, peraltro, è proprio quella che sembra venire in rilievo nelle vicende considerate, nelle quali tra le norme applicabili vi è un rapporto non di *genus*

93. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 511-512, in cui l'Autore rileva che, in aggiunta alla tipologia di conflitto appena menzionata, la dottrina penalistica tedesca non solo considera anche l'ipotesi del conflitto tra due norme di obbligo, che sorge allorché l'adempimento dell'una comporti necessariamente l'inadempimento dell'altra, ma anzi riserva solo a quest'ultima la dizione di «conflitto di doveri in senso proprio» (*echte Pflichtenkollision*).

Rispetto alla delimitazione del concetto di conflitto di norme, cfr. anche F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1966, p. 53 ss., dove l'Autore evidenzia come nel conflitto di norme, a differenza del concorso di norme, venga in rilievo la simultanea applicazione di disposizioni non solo concorrenti, ma anche tra loro antitetiche.

94. Cfr. U. Giuliani, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, Giuliani, 1970, p. 4 ss.

95. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 495-496.

a *species*, ma di mera interferenza, dal momento che la norma incriminatrice in tema di favoreggiamento risulta applicabile a gran parte delle azioni che rientrano nelle più ampie classi di condotte riconducibili al dovere di soccorso in mare.

In simili situazioni la soluzione applicativa più adeguata al caso concreto deve, quindi, essere ricavata in via ermeneutica dall'interprete attraverso una valutazione bifasica. Quest'ultima, in particolare, si articola nella preliminare verifica dell'esistenza di un vero conflitto normativo, supportata da un'analisi isolata di ciascuna delle disposizioni e dei suoi limiti intrinseci, e nella successiva selezione del dovere prevalente, da individuare in forza di una valutazione comparata delle norme considerate e di un'esegesi sistematica e teleologicamente orientata⁹⁶.

Il risultato di un simile bilanciamento conduce, così, all'esclusione dell'illiceità di una delle condotte poste in essere secondo la logica propria delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, anche se non si registra unanimità di vedute su quale sia la scriminante più adeguata alla risoluzione dei conflitti prospettati.

A tal riguardo deve osservarsi come una prima ricostruzione ermeneutica propenda per l'applicazione dell'art. 54 c.p. muovendo da un'impostazione tradizionalmente sostenuta nella dommatica tedesca, secondo la quale il conflitto di doveri non rappresenta altro che una speciale ipotesi di stato di necessità giustificante *ex* § 34 StGB⁹⁷ la cui unica particolarità risiede nella circostanza per cui l'agente non ha la semplice facoltà, ma il vero e proprio dovere di attivarsi per la difesa di un certo bene giuridico⁹⁸.

E tuttavia è stato rilevato come tale ricostruzione rechi con sé problemi difficilmente superabili.

In primo luogo, l'adozione della prospettiva dello stato di necessità condurrebbe a conseguenze aberranti se si considera che tale esimente, anche se interpretata come causa di giustificazione, si limita a conferire una mera facoltà di compiere il fatto e non un

96. F. Viganò, *op. cit.*, p. 492 ss., ove si evidenzia che l'interpretazione correttiva di una delle norme in conflitto, la quale porta ad escludere dal suo campo di applicazione la classe di casi cui è riconducibile la fattispecie concreta, deve derivare da un bilanciamento degli interessi tutelati dall'una e dall'altra norma, al fine di individuare quello più rilevante secondo l'ordinamento giuridico.

97. Cfr. *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 2003, p. 67: «Chi commette un fatto per allontanare da sé o da altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce antigiuridicamente se nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ovvero tra i beni giuridici offesi ed il grado del pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello lesa. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo».

98. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 511-512, in cui l'Autore nota come una soluzione parzialmente diversa sia stata elaborata dalla dottrina tedesca in caso di «conflitto di doveri in senso proprio», ovvero di conflitti tra due doveri di azione, situazione per la quale viene in rilievo una causa di giustificazione «sovraleale» solo assimilabile allo stato di necessità giustificante.

dovere di intervento⁹⁹. Sarebbe infatti illogico il risultato per cui «i diritti – che l'art. 2 della Carta costituzionale vigente definisce inviolabili – attribuiti alla persona umana verrebbero a dipendere da una decisione completamente facoltativa e addirittura arbitraria di chi si trovasse in grado di prestare soccorso»¹⁰⁰. Ritenendo, di contro, che in simili situazioni vengano in rilievo veri e propri obblighi di intervento per la tutela di beni fondamentali, la scriminante più adatta a giustificare le condotte in esame deve rinvenirsi nell'art. 51 c.p.

L'assunto troverebbe conferma in alcune significative differenze che sul piano normativo distinguono il soccorso di necessità da quello doveroso, prima fra tutte l'obbligo di corrispondere al danneggiato un'indennità equitativamente determinata in via giudiziale, previsto all'art. 2045 c.c.

Facendo leva su questa disposizione, e muovendo da una concezione particolarmente ampia di sanzione, riferita ad ogni conseguenza giuridica che l'ordinamento ricollega alla commissione di un illecito, parte della dottrina sostiene che l'art. 2045 c.c. strutturi una vera e propria sanzione civile, con la conseguenza di ritenere che il fatto commesso in stato di necessità, a differenza delle altre cause di giustificazione disciplinate all'interno del codice, escluda l'antigiuridicità solamente penale del fatto, lasciando, invece, inalterata quella extrapenale¹⁰¹.

Ne deriva che la condotta di chi realizza un fatto di reato in adempimento di un dovere non può essere assimilata a quella di chi agisce in stato di necessità non solo in considerazione del carattere doveroso e non meramente facoltativo dell'intervento, ma soprattutto perché il fatto necessitato, a differenza del primo, sarebbe solo penalmente scriminato.

A ben vedere, anche l'impostazione da ultimo considerata non va esente da critiche, nella misura in cui presuppone l'adesione ad una concezione non unitaria di antigiuridicità che, per un verso, potrebbe risultare in contrasto con esigenze di certezza del diritto e, per altro verso, si presta a possibili strumentalizzazioni in favore delle condotte dei pubblici agenti che, con il pretesto di agire in situazioni necessitate, non osservino le norme di diritto pubblico che limitano il loro intervento¹⁰².

99. A tal riguardo cfr. U. Giuliani, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., pp. 23-24.

100. U. Giuliani, *op. cit.*, p. 23.

101. Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 388-389. In tal senso cfr. K. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, Carl Heymanns, 1983, *passim*, che propende per una ricostruzione frammentata dell'antigiuridicità del fatto.

102. G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 134, in cui l'Autore evidenzia che «Per legittimare comportamenti arbitrari di titolari di pubbliche funzioni, e per svincolarne facoltà e doveri di intervento dai limiti segnati dalle speciali norme di diritto pubblico [...] si è infatti cercato altrove le norme su

Del resto, la stessa indennità prevista dall'art. 2045 c.c. non implica l'illiceità del fatto, ma può ben essere intesa quale conseguente alla realizzazione di un fatto sì dannoso, ma pur sempre lecito, a fronte del quale il legislatore si limita ad apprestare un meccanismo di riequilibrio economico.

Di conseguenza, accedendo ad un concetto unitario di antigiuridicità e ritenendo che l'applicazione tanto dell'adempimento di un dovere quanto dello stato di necessità determini il difetto di antigiuridicità del fatto alla luce dell'intero ordinamento giuridico, deve darsi atto della sussistenza di un concorso di cause di giustificazione¹⁰³, nell'ambito del quale la prioritaria applicazione dell'art. 51 c.p. poggia, da un lato, sul carattere doveroso della condotta, che in questi casi sembra indiscutibilmente venire in rilievo, e, dall'altro, sulla considerazione degli effetti maggiormente favorevoli che dall'applicazione di tale scriminante derivano per l'agente.

In definitiva, si ritiene che la riconduzione delle ipotesi di soccorso doveroso al perimetro applicativo della scriminante dell'adempimento di un dovere riesca, da un lato, a garantire l'applicazione di un regime normativo più coerente con il contesto fattuale in cui le condotte considerate si inscrivono e, dall'altro, a soddisfare meglio quegli inderogabili doveri di solidarietà sociale, scolpiti nella Carta costituzionale e ribaditi nelle Convenzioni internazionali, che riconoscono la sussistenza di un vero e proprio dovere di intervento ogniqualvolta venga in gioco la tutela di beni fondamentali della persona.

cui fondare la totale impunità dei pubblici funzionari, o almeno l'assoggettamento solo alle blande sanzioni disciplinari». Sul punto cfr. Id., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 181 ss.

103. C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 48 ss.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

CAMPI DI DETENZIONE PER MIGRANTI IN LIBIA: IL CASO MATAMMUD

NOTA A SENTENZA CORTE ASS. APP. MILANO, SEZ. I, N. 9/2019, UD. 20.3.2019

di Giulia Mentasti

Abstract: Nel marzo 2019 la Corte d'assise d'appello di Milano ha confermato la condanna all'ergastolo per Osman Matammud, riconoscendo le sue responsabilità per i gravi reati (sequestro di persona, omicidi, violenze sessuali) commessi in Libia in veste di responsabile della gestione del campo di detenzione per migranti di Bani Walid. Grazie alle testimonianze delle vittime, i giudici hanno ricostruito i soprusi subiti dai migranti portando alla luce estreme condizioni di trattenimento in hangar e quotidiane violenze (scariche elettriche, violenze sessuali, lesioni con bastoni) perpetrate dagli aguzzini per ottenere il prezzo del viaggio verso l'Italia. La sentenza in commento, al di là della triste vicenda su cui fa luce, offre l'occasione per riflettere sulla condizione dei migranti in Libia, nonché sulle responsabilità – libiche, europee ed italiane – di quanto avviene in quei campi, non di rado paragonati ai lager nazisti.

Abstract: Osman Matammud is a twenty-four-year-old Somali citizen that was arrested after being recognised by fellow Somalis in a migrant reception centre in Milan. He was accused of abuse, rape, torture and murder committed against migrants at the detention camp of Bani Walid, in the Libyan desert. In 2017 he was sentenced to life imprisonment by the Court of Assizes of Milan; in 2019 the Court of Appeal confirmed the verdict. Matammud case revealed the shocking conditions of detention of migrants trying to reach Europe from North Africa and the abuses perpetrated on them by the smugglers they pay to reach by boat the Italian coast. Indeed, this sentence sheds light on what is happening in the migration centres in Libya and, more importantly, on the involvement in it of Italian and European border control policies.

CAMPI DI DETENZIONE PER MIGRANTI IN LIBIA: IL CASO MATAMMUD

NOTA A SENTENZA CORTE ASS. APP. MILANO, SEZ. I, N. 9/2019, UD. 20.3.2019

di Giulia Mentasti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti e il primo grado di giudizio. – 3. I motivi di appello. – 4. La decisione della Corte d'assise d'appello di Milano. – 5. Qualche riflessione.

1. Premessa

Nell'ottobre del 2017 la Corte d'assise di Milano aveva condannato all'ergastolo con isolamento diurno per tre anni un cittadino somalo di ventiquattro anni, Osman Matammud, riconosciuto responsabile della gestione di un Centro di detenzione per migranti in Libia. Le accuse mosse nei suoi confronti – come si vedrà, confermate in secondo grado – comprendevano il sequestro di centinaia di cittadini somali e l'omicidio di alcuni di essi, violenze sessuali nei confronti delle donne (anche minorenni) tenute sotto sequestro e, da ultimo, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Nel marzo del 2019, sull'impugnazione di tale sentenza si è pronunciata la Corte d'assise d'appello di Milano, rigettando ogni richiesta dell'appellante e confermando, quindi, integralmente la pronuncia di primo grado.

Si tratta di una sentenza importante soprattutto per aver riportato l'attenzione sulla brutale realtà dei campi libici, dove centinaia di migranti, già in fuga da guerre e violenze, affrontano l'orrore e la disumana violenza di un Paese in cui i rapporti tra trafficanti e guardia costiera sono quantomeno ambigui e i migranti smettono di essere persone per diventare una preziosa fonte di guadagni.

2. I fatti e il primo grado di giudizio

Il procedimento di primo grado ha preso avvio da un intervento, nel settembre del 2017, della polizia locale di Milano per un assembramento di persone nel Centro di accoglienza di via Sammartini. Gli agenti erano stati spontaneamente raggiunti da alcuni ragazzi del Centro che, agitati, avevano denunciato alle forze dell'ordine la presenza tra

* Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

loro di un certo “Ismail” (poi identificato come Osman Matammud), loro aguzzino nel campo di Bani Walid in Libia.

Raccolta la denuncia dei ragazzi del Centro, Matammud è stato sottoposto a un fermo di polizia ai sensi dell’art. 384 c.p.p., poi confermato a seguito dell’interrogatorio di garanzia; insieme è stata disposta la misura della custodia cautelare in carcere in riferimento alla violazione delle norme in tema di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Esperita la richiesta *ex art. 10 c.p.* del Ministero della giustizia, è stato avviato un ulteriore procedimento (poi riunito al primo) per i reati pluriaggravati di sequestro di persona a scopo di estorsione, omicidio e violenza sessuale commessi in Libia.

Ne seguivano indagini nel corso delle quali agli iniziali testimoni di via Sammartino si aggiungevano altre persone che – pur non presenti nel Centro – erano venute a conoscenza dell’accaduto e a loro volta avevano riconosciuto in Matammud l’autore di efferate violenze nei campi di detenzione in Libia. Dall’incrocio delle dichiarazioni è emerso che tutti i testimoni erano entrati in contatto con Matammud nei Centri di Bani Walid e Sabrata tra gennaio 2015 e agosto 2016, mese nel quale l’imputato, partito dalla Libia, era sbarcato in Italia insieme ad altri cittadini somali.

Come premesso, le accuse mosse nei suoi confronti all’esito delle indagini sono numerose e gravi. La pubblica accusa ravvisa, infatti, il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato, *ex art. 630 co. 3*, dalla morte di alcune delle persone sequestrate (capo A); l’omicidio di numerosi cittadini somali tenuti in sequestro, commesso per motivi abietti e con sevizie (capo B); gravi violenze sessuali ai danni di alcune decine di cittadine somale – anche minorenni – detenute nei Centri (capo C); infine, il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, avendo l’imputato concorso a organizzare il trasporto illegale in Italia di centinaia di cittadini somali (capo D).

Queste accuse sono formulate alla luce delle dichiarazioni rese dalle diciassette persone offese che hanno permesso la ricostruzione dei fatti nei termini che seguono¹.

A causa delle gravi conseguenze causate in Somalia da anni di guerra civile, dalla diffusione di malattie mortali e dalle azioni del gruppo militare di Al Shabaab², tutte le persone offese avevano lasciato il Paese alla volta dell’Europa, intraprendendo un vero e proprio “viaggio della speranza” che le avrebbe condotte nelle mani dell’imputato. Giunte autonomamente in Sudan o in Etiopia, erano entrate in contatto con un’organizzazione che aveva provveduto a raggrupparle e trasferirle in campi di raccolta in Libia, dove

1. La ricostruzione dei fatti oggetti del giudizio è contenuta nella sentenza di primo grado (Corte ass., sez. I, n. 10/2017); per un commento alla stessa S. Bernardi, *Una condanna della Corte d’assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 aprile 2018.

2. Al Shabaab è un gruppo militare presente in Somalia dal 2006, anno della caduta del regime di Siad Barre. Tale organizzazione propugna il fondamentalismo islamico sunnita.

avrebbero incontrato Ismail (ossia Matammud). Gli spostamenti avvenivano a bordo di autobus o pick-up guidati e scortati da uomini con fucili AK e sin da queste prime fasi le brutali modalità di operazione dell'organizzazione apparivano chiare ai migranti: chi durante i trasferimenti si sentiva male o semplicemente cadeva dai pick-up veniva lasciato a morire nel deserto.

Nessuno dei migranti era informato in anticipo sul prezzo del viaggio, che veniva comunicato solo una volta giunti al campo di Bani Walid (città dell'entroterra distante più di 100 km da Tripoli e da Misurata) dove l'imputato chiedeva la somma di 7000 dollari da versare tramite il sistema dell'*hawala*³. A tal fine, alla presenza di Matammud, venivano contattate le famiglie che nel corso delle telefonate sentivano picchiare i propri cari dietro minaccia di morte, di altre violenze e di mancata partenza per l'Europa qualora le somme non fossero state versate per tempo. Tali comunicazioni telefoniche, quindi, lungi dall'essere una cortesia, erano solo un mezzo per intimidire le famiglie e far pressione per i pagamenti.

Pagata la cifra richiesta, aveva luogo il trasferimento dal campo di Bani Walid alla costa, dove alcuni migranti venivano imbarcati immediatamente mentre altri – verosimilmente in attesa di migliori condizioni climatiche – venivano trattenuti nel campo di Sabrata. Qui le persone offese avevano maggiore libertà di movimento e, soprattutto, subivano meno violenze: in questa fase, infatti, gli “ospiti” avevano già pagato il prezzo richiesto dai trafficanti. Il viaggio via mare verso l'Italia, infine, avveniva su barconi sovraccarichi di gente in condizioni che esponevano i passeggeri a gravi pericoli per l'incolumità e per la vita stessa; l'effettivo raggiungimento della metà, peraltro, avveniva solo grazie all'avvistamento e al recupero delle imbarcazioni da parte della Marina italiana o di altre navi straniere.

Le atroci violenze di cui Matammud è accusato (e riconosciuto colpevole, in entrambi i gradi di giudizio) sono avvenute nel campo di Bani Walid in un periodo di tempo compreso tra gennaio 2015 e la fine di maggio 2016: tra le testimonianze vi è assoluta concordanza nella descrizione del campo e della vita al suo interno.

Dalle dichiarazioni riportate integralmente nella sentenza di primo grado emerge che il campo era un grandissimo *hangar*, in grado di contenere fino a 500 persone, circondato da un cortile sorvegliato da libici armati di fucile e rinchiuso a sua volta da mura di cinta. Nel campo i migranti stavano ammassati notte e giorno, senza potersi muovere e senza poter parlare tra di loro se non con il permesso delle guardie; il cibo era scarso e le condizioni

3. È un sistema di riscossione per il quale le somme vengono rimesse a persone di fiducia individuate dall'organizzazione, evitando così il passaggio per circuiti bancari (v. sent. Corte ass., sez. I, n. 10/2017, ud. 10.11.2017, p. 28).

igienico-sanitarie pessime; la notte il capannone veniva chiuso dall'esterno con un lucchetto e da quel momento era negato l'accesso ai due bagni che si trovavano nel cortile.

Gli unici altri edifici presenti erano quattro piccole costruzioni: la “stanza delle torture”, una stanza dove abitava l'imputato e altre due in cui vivevano le guardie libiche e Kalifa, il responsabile dei campi. Tutti i testi indicavano Matammud come responsabile del campo (su delega di Kalifa che raramente era presente), ai cui ordini rispondevano i guardiani armati⁴. Le voci dei testimoni sono tutte concordi nel ritenere che le violenze – perpetrate personalmente da Matammud – avvenivano nei confronti di chiunque, a qualunque ora del giorno e spesso senza apparente motivo: bastava che qualcuno avesse violato la regola del silenzio nel capannone perché Matammud lo percuotesse con bastoni, tubi di plastica e spranghe spezzando arti e procurando in alcuni casi la morte per le ferite riportate. Alcuni dei detenuti erano stati portati nella “stanza delle torture” (così chiamata dai testimoni) al cui interno, lontano dagli occhi degli altri, Matammud picchiava per ore e ustonava con l'elettricità o plastiche sciolte i corpi bagnati dei prigionieri, che poi tornavano stremati e gravemente feriti nel capannone con l'obbligo di tacere.

Quanto alle donne, il loro destino era segnato dalle violenze sessuali che l'imputato infliggeva loro con cadenza quasi giornaliera portandole nella propria stanza, legando loro le mani dietro la schiena e abusando dei loro corpi. Molte delle persone sottoposte alle violenze morivano nei giorni successivi nella totale assenza di cure mediche e agli altri detenuti era affidato il compito di seppellirne i corpi, non prima però di averli lasciati esposti – a monito – per qualche giorno.

L'unico modo per porre fine a queste sevizie (e avere salva la vita) era il pagamento del denaro dovuto come corrispettivo del viaggio: vero e proprio prezzo per la libertà.

Alla luce di questi fatti, i giudici di primo grado, pur non escludendo in via assoluta che Matammud – come da lui sempre sostenuto – fosse anch'egli un migrante che, pur di raggiungere gratuitamente l'Europa, aveva deciso di collaborare con l'organizzazione gestendone i campi, hanno ritenuto che non gli fosse in alcun modo applicabile la causa di giustificazione prevista all'art. 54 c.p. (*Stato di necessità*)⁵ posto che le sue azioni violente

4. Cfr. sent. Corte ass., sez. I, n. 10/2017, ud. 10.11.2017, p. 48.

5. In merito alla natura dell'art. 54 c.p., benché la dottrina maggioritaria (in questo senso, tra i molti, T. Padovani, *Diritto penale*, XII ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 220 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 396 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Wolters Kluwer, 2017, p. 258 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 315 ss.) e la giurisprudenza inquadrino lo stato di necessità tra le cause di giustificazione (quindi una facoltà il cui esercizio rende lecito un fatto penalmente rilevante) un'altra parte della dottrina vi ravvisa invece una scusante, ossia un'ipotesi in presenza della quale l'ordinamento non può muovere un rimprovero a chi ha commesso un fatto antigiuridico, avendo egli agito sotto la pressione psicologica di una circostanza che rendeva inesigibile l'astensione da quel fatto (in questo secondo senso, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 329 ss.).

erano andate ben oltre quel che sarebbe stato necessario per indurre i prigionieri a un rapido pagamento, impedire la fuga e mantenere l'ordine nel campo. Stando alle parole dei testimoni, Matammud «*torturava la gente per il piacere di farlo*»⁶.

3. I motivi di appello

Per questi fatti ora esposti, i giudici di primo grado hanno ritenuto provate le accuse contestate dal Pubblico Ministero (solo l'omicidio di cui al capo C è stato ritenuto assorbito nel capo B sul delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte *ex art. 630 co. 3 c.p.*) e hanno pertanto condannato Matammud alla durissima pena dell'ergastolo con isolamento diurno per tre anni.

La decisione, in assenza di altre prove prodotte in giudizio, si è fondata sulla valutazione delle dichiarazioni delle diciassette persone offese, rese per la maggior parte in incidente probatorio, e ritenute spontanee, credibili e tra loro coerenti⁷.

L'imputato – che per tutto il giudizio di primo grado ha ribadito la propria innocenza e, anzi, la propria condizione di vittima al pari delle persone offese – ha impugnato la sentenza indicando quattro motivi di appello.

Nel primo motivo, la difesa ha chiesto l'assoluzione per i primi tre capi d'imputazione per insussistenza del fatto (o, in subordine, per carenza dell'elemento soggettivo), sostenendo, poi, con riferimento al capo D, che la mera condotta di concorso nella gestione di un campo di raccolta profughi in Libia non fosse sufficiente a integrare la fattispecie di cui agli articoli 12 co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* lett. b) d.lgs. 286/1998, non essendo stato dimostrato che l'imputato avesse concorso a procurare l'ingresso clandestino di migranti in Italia.

Il difensore, in particolare, ha fatto leva sulla circostanza che lo stesso Matammud – all'epoca di soli 22 anni – fosse a bordo del barcone giunto in Italia con circa altre 300 persone e che se veramente fosse stato l'autore dei terribili fatti attribuitigli, le vittime non avrebbero esitato a reagire anche durante il viaggio o, quantomeno, una volta sbarcati.

Sempre a sostegno del primo motivo, la difesa afferma che, pur essendo agli atti, la Corte d'assise non ha considerato una fotografia che ritraeva l'imputato sul barcone in condizioni fisiche precarie, immagine asseritamente idonea a dimostrare l'assenza di ogni profitto economico tratto dal trasporto dei migranti.

6. Dichiarazioni delle pp.oo. Abdulqai, Ido, Shafici, Omar, Abdiraman, Idris (cfr. sent. Corte ass., sez. I, n. 10/2017, ud. 10.11.2017, p. 55).

7. Su questo punto si veda il paragrafo *Dichiarazioni delle persone offese* della sentenza di primo grado (cfr. sent. Corte ass., sez. I, n. 10/2017, ud. 10.11.2017, pp. 14-15).

Il cuore, tuttavia, dell'atto di appello ha per oggetto la credibilità delle dichiarazioni rese dalle vittime degli abusi dell'imputato dal momento che sulle loro sole parole, lamenta il difensore, si fondava l'intero "castello accusatorio".

Con il secondo motivo la difesa contesta l'applicazione dell'aggravante dell'aver cagionato la morte delle persone sequestrate con riferimento al reato di cui all'art. 630 co. 3 c.p. ritenendo la prova della stessa evanescente: a parere della difesa, infatti, le dichiarazioni delle persone offese sono insufficienti a confermare l'avvenuto decesso dei migranti nel campo di Bani Walid, dal momento che non erano emersi né i nomi dei deceduti, né prove dell'esistenza dei cadaveri né i familiari ne avevano denunciato la scomparsa.

Nel terzo motivo, la difesa deduce l'erronea qualificazione giuridica dei fatti, chiedendo la derubricazione delle condotte attribuite a Matammud dalla fattispecie di cui all'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione) a quella di concorso in sequestro di persona semplice *ex* art. 605 c.p., non risultando dimostrato il conseguimento da parte dell'imputato di un qualsivoglia profitto economico. Il reato di cui all'art. 630 c.p., a detta della difesa, non poteva ritenersi configurabile per assenza di un elemento essenziale, nello specifico la richiesta del prezzo della liberazione, non potendo essere qualificata come tale la somma di 7000 dollari richiesta, che era invece un debito preesistente dei migranti per le spese di viaggio.

Infine, il quarto e ultimo motivo ha riguardato la mancata applicazione delle circostanze attenuanti generiche con giudizio di prevalenza sulle aggravanti contestate, vista la condizione personale dell'imputato: anch'egli un migrante, impossibilitato a raggiungere la famiglia per mancanza di denaro e costretto a collaborare con i propri aguzzini per salvare la propria vita.

4. La decisione della Corte d'assise d'appello di Milano

I giudici di secondo grado hanno confermato integralmente la sentenza della Corte d'assise.

In via generale, hanno ricordato che, quanto alla valutazione delle deposizioni testimoniali, nulla osta a che la sola testimonianza della persona offesa – previa verifica della credibilità soggettiva del testimone e dell'attendibilità estrinseca del suo racconto – sia posta a fondamento del giudizio di colpevolezza dell'imputato.

Nel caso concreto, a favore dell'attendibilità delle testimonianze rese dalle persone offese, gioca da un lato la genesi fortuita del procedimento (nato da un assembramento di persone al Centro di accoglienza di via Sammartini e dalla casuale presenza nei paraggi di una pattuglia della polizia), dimostrazione dell'assenza di "congiure" nei confronti di Matammud; dall'altro, la reciproca conferma dei racconti fatti dalle persone offese nonché

dei riscontri tra gli stessi e gli accertamenti medico-legali, che hanno dato esiti compatibili con il tipo di violenze riferite (erano stati legati con le mani dietro la schiena e le gambe alle mani, colpiti con bastoni di ferro, di gomma o con tubi elettrici; alcuni avevano poi subito elettrocuzioni a livello del torace dopo essere stati bagnati) e con il momento del loro verificarsi⁸.

Ancora, a poco rileva secondo la Corte d'assise d'appello che sia mancata una tempestiva denuncia delle persone offese. Dai fatti narrati nel corso del giudizio emerge che gli stessi vivessero in uno stato di terrore (Matammud era solito ripetere loro: «*Anche se mi vedete in Europa io sono sempre quello che è al su sopra di voi, sono il vostro Dio e non potete dire niente*»⁹) e in un contesto di guerra civile per cui è plausibile che volessero mantenere un profilo basso o quantomeno prudente nei confronti delle forze dell'ordine.

La Corte d'assise d'appello ha così argomentato circa la fondatezza dei singoli capi d'accusa.

Con riguardo al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *ex art. 12 co. 3, 3-bis e 3-ter d.lgs. 286/1998* (capo D) la difesa aveva paventato l'insussistenza della fattispecie muovendo dal presupposto che non fosse stato adeguatamente dimostrato il concorso dell'imputato nell'attività di trasporto dei migranti attraverso il Sudan, l'Eritrea e la Libia né, tantomeno, che i migranti fossero stati esposti a pericolo nel corso di suddetti trasferimenti. In risposta a tale motivo, la Corte d'assise d'appello mette in evidenza che la fattispecie richiamata, per espresso dettato normativo, comprende anche la condotta di chi «*promuove, dirige, organizza, finanzia il trasporto di stranieri*», ossia di chi compie qualsiasi atto che sia volto a procurare l'illecito ingresso di cittadini stranieri nel territorio italiano.

Dunque, tutte le attività poste in essere nei campi libici da Matammud – ricostruite alla luce delle prove testimoniali raccolte – ben integrano la fattispecie di favoreggiamento essendo tutte rivolte, in definitiva, al trasferimento dei migranti in Italia: «*coloro che pagavano quanto richiesto venivano trasferiti in un campo sulla costa e poi trasportati via mare, con barconi, sulle coste italiane*»¹⁰. Peraltro, Matammud era ben a conoscenza di tale procedura, dal momento che lui stesso costringeva i detenuti dei Centri a chiamare i familiari per indurli a versare il prezzo del trasporto.

Anche con riferimento al pericolo corso dai migranti durante il trasporto, ricordano i giudici come dalle testimonianze sia emerso – in maniera concorde e credibile – che sia i

8. Gli accertamenti sono stati svolti dalla Dott.ssa Cattaneo, consulente medico legale nominato dal Pubblico Ministero (v. sent. Corte ass., sez. I, n. 10/2017, ud. 10.11.2017, p. 59 e anche sent. Corte ass., app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p.19).

9. Cfr. sent. Corte ass. app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p. 29.

10. Cfr. sent. Corte ass. app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p. 23.

trasporti via terra che quelli via mare avvenivano in condizioni di estremo pericolo: chi accusava malori nei trasferimenti in pick-up veniva lasciato morire nel deserto¹¹ mentre la traversata via mare era un «*viaggio tra la vita e la morte*»¹², per le condizioni del mare e per quelle della barca stipata di passeggeri costretti, dietro minaccia di violenza, al silenzio¹³.

Anche con riguardo alle violenze sessuali (capo C) i giudici di seconde cure confermano le accuse, facendo leva sull'univocità dei racconti dei testimoni sul punto, concordi nell'affermare che Matammud avesse ripetutamente compiuto atti di violenza sessuale nei confronti di diverse ragazze somale detenute nei Centri. In particolare, sono considerate fondamentali le testimonianze dirette di due persone offese, minorenni all'epoca dei fatti, che hanno rilasciato dichiarazioni coerenti non solo tra loro ma anche con gli esiti delle visite ginecologiche cui sono state sottoposte.

Per quanto concerne gli omicidi (Capi A e B), la Corte d'assise d'appello rigetta la richiesta di esclusione dell'aggravante dell'aver cagionato la morte delle persone sequestrate (*ex art. 630, co. 3, c.p.*) poiché, seppur non siano stati effettivamente ritrovati i cadaveri, le immagini delle uccisioni sono apparse chiare e vivide nelle menti dei testimoni che ancora una volta in maniera coerente e concorde hanno raccontato dei maltrattamenti, cui avevano direttamente assistito, e ai quali erano conseguiti i decessi. Parimenti i giudici respingono la richiesta di concessione delle attenuanti generiche dal momento che né la giovane età né la condizione di migrante dello stesso Matammud sono idonee ad attenuare la responsabilità per le gravi condotte poste in essere; egli infatti aveva liberamente scelto di porre in essere punizioni e torture disumane, dimostrando, nonostante la giovane età, una particolare crudeltà d'animo.

Infine, la Corte rigetta anche la richiesta di derubricazione del sequestro di persona a scopo di estorsione in sequestro di persona semplice, sulla base di due argomentazioni. Da un lato la Corte ricorda che è irrilevante, ai fini dell'accertamento della responsabilità per sequestro di persona a scopo di estorsione, che Matammud abbia o no direttamente incamerato le somme corrisposte dai migranti, considerato che il conseguimento del profitto, *ex lege*, può essere perseguito sia per sé che per altri. Dall'altro lato, osserva la Corte, non risulta che l'appellante abbia agito per incamerare un credito preesistente (così integrando le fattispecie di sequestro semplice, in concorso materiale con il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone *ex art. 393 c.p.*). Nel caso di specie, infatti, come risulta dalle testimonianze, i migranti erano stati privati della

11. Testimone Osman Abdulqani (sent. Corte ass. app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p. 23).

12. Testimone Hassan Ido Mohammed (sent. Corte ass. app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p. 23).

13. Testimone Idris (sent. Corte ass. app. n. 9/2019, ud. 20.3.2019, p. 24).

libertà personale e di movimento, sottoposti ad efferate violenze e abusi proprio al fine di ottenere la somma di 7000 dollari, unilateralmente stabilita dai sequestratori come prezzo del viaggio. Nessuno dei prigionieri del campo, infatti aveva mai saputo in anticipo il prezzo del viaggio (comunicato loro solo una volta giunti al campo di Bani Walid) né, tantomeno, aveva concordato lo stesso con l'organizzazione prima della partenza; al contrario, i trafficanti contavano proprio sul fatto di avere in balia i migranti per richiedere ed ottenere il prezzo voluto.

Non vi è alcun dubbio per la Corte, dunque, che Matammud abbia commesso il reato di cui all'art. 630 c.p. perché privando della libertà i migranti e chiedendo loro una somma arbitrariamente decisa per il pagamento del viaggio, di fatto, chiedeva loro il prezzo della liberazione. Come già rilevato in primo grado, il pagamento della somma richiesta altro non era che l'unico modo per far cessare le violenze subite al campo e aver salva la vita. Inoltre, anche a voler ipotizzare che in alcuni casi il credito dell'organizzazione potesse essere stato preventivamente pattuito, la prevalente giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che quando l'intimidazione finalizzata ad ottenere il pagamento travalichi in violenze e nella privazione per un tempo apprezzabile della libertà del debitore, risulta in ogni caso integrata la fattispecie di sequestro ai fini di estorsione¹⁴.

5. Qualche riflessione

Quella dell'ottobre del 2017 della Corte d'assise di Milano è stata una sentenza storica. Per la prima volta una Corte di un Paese europeo ha raccontato le violenze e le sopraffazioni poste in essere nei confronti delle persone detenute – o meglio, sequestrate – a Bani Walid, uno tra i tanti campi di detenzione di migranti in Libia.

Benché già in quel momento fossero molti e autorevoli i *reportage* giornalistici in merito, la sentenza milanese ha segnato un momento decisivo accertando, *in nome del popolo italiano*, responsabilità penali per i gestori e riportando con forza l'attenzione su quanto accadeva – e accade – sulla sponda africana del Mediterraneo.

La totale conferma dei fatti e delle responsabilità avvenuta in secondo grado rievoca, a due anni di distanza, quella *routine* di brutalità alla quale i migranti si consegnano rassegnati nella speranza che, per quanto terrificante, sia l'anticamera del futuro.

Sentenze come queste impongono una riflessione. Aprono gli occhi su una realtà che l'Italia e l'Europa fingono di ignorare e, anzi, alimentano con politiche migratorie miopi e criticate collaborazioni con le stesse autorità libiche.

14. Cass. sez. II pen. n. 20032 del 5.5.2015 (richiamata anche dalla pronuncia di primo grado).

Se, infatti, alla magistratura italiana va il merito di queste prime importantissime sentenze, è sempre al nostro Paese che è riconducibile una lunga collaborazione con la Libia nelle politiche migratorie. La cooperazione italo-libica in tema di lotta all'immigrazione clandestina, in termini soprattutto di presidio dei confini e fornimento di strumenti, risale al 2000¹⁵ ma si è consolidata con il *Memorandum* siglato a Roma dal Presidente del Consiglio italiano Gentiloni e il Presidente libico Serraj il 2 febbraio 2017 e di recente (tacitamente) rinnovato per altri tre anni.

Facciamo un passo indietro. Nel febbraio del 2012 l'Italia viene condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia* – per aver respinto e ricondotto in Libia 11 cittadini somali e 13 cittadini eritrei in esecuzione degli accordi firmati a Bengasi nel 2008 e ratificati dall'Italia nel 2009. La Corte, brevissimamente, ha ritenuto che fosse stato violato l'art. 3 CEDU dal momento che i ricorrenti erano stati riaccompagnati in Libia, nonostante fosse noto che in tale Paese sarebbero stati esposti al concreto rischio di subire trattamenti contrari alla Convenzione¹⁶.

Così, impossibilitata ad effettuare respingimenti diretti e allarmata dai continui sbarchi, l'Italia, appoggiata dall'Unione europea, inizia a «*creare le condizioni affinché sia la Marina libica a sporcarsi le mani*»¹⁷. Dal 2016 inizia una vera e propria attività europea – a guida italiana – di addestramento e formazione della Guardia costiera libica che doterà quest'ultima di mezzi, preparazione tecnica e spazio di manovra. Da ottobre 2016 prende avvio la formazione di quasi cento ufficiali e sottufficiali libici a bordo di navi italiane od olandesi (le fregate San Giorgio e Rotterdam) nonché a terra, nei pressi di Gaeta, Creta e Malta. L'addestramento spazia dall'abbordaggio delle navi e la loro perquisizione alla riparazione di guasti tecnici, passando per nozioni di carteggio nautico nonché lezioni di diritto internazionale, diritti umani e attività di ricerca e soccorso¹⁸.

15. Il riferimento è all'Accordo per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di sostanze stupefacenti o psicotrope ed all'immigrazione clandestina (Roma, 13 dicembre 2000, reso operativo nel 2007), al Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione (Bengasi, 30 agosto 2008, ratificato dall'Italia con la l. n. 7/2009) e alla Dichiarazione di Tripoli (3 aprile 2012). Per un approfondimento su questo punto si rimanda a F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fasc. n. 4/2018.

16. Per un primo approfondimento della sentenza della Grande Camera (che ha condannato l'Italia, oltre che ai sensi dell'art. 3 CEDU, anche per la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 e art. 13 CEDU) si rimanda a L. Masera, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 Cedu*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 febbraio 2012.

17. M. Veglio (a cura di), *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, Torino, Edizioni Seb27, 2018, p. 21.

18. Più approfonditamente, F. Floris, *Fermare i migranti? Addestrare i libici non funziona*, in *Open Migration*, 24 maggio 2017.

Tra l'aprile del 2017 e l'agosto del 2018, l'Italia ha “donato” alla Marina libica 22 motovedette, dotate di equipaggi addestrati¹⁹. Parallelamente, alla Libia è stata assegnata una propria zona SAR (*search and rescue*) e il Mediterraneo, con l'adozione del cd. Codice di condotta²⁰, è stato sgombrato dalle ONG, contestualmente oggetto di una campagna denigratoria poi trasformatasi in una vera e propria criminalizzazione²¹ da ultimo confermata anche dall'entrata in vigore del cd. decreto sicurezza-*bis*.

Nel frattempo, a terra, in Libia continuavano però le violenze e gli abusi a danni dei migranti a vario titolo trattenuti nei Centri: chi perché lì riaccompagnato dalla Guardia costiera dopo un fallito tentativo di attraversamento del Mediterraneo, chi, invece – come i prigionieri di Bani Walid – dopo aver affidato le proprie speranze ai trafficanti, nei campi sopportava ogni sorta di violenza in attesa che i familiari pagassero il prezzo della liberazione, beffardamente chiamato dai trafficanti “corrispettivo del viaggio”. La linea di demarcazione, però, tra i due tipi di Centri è estremamente labile e spesso viene meno anche la distinzione tra trafficanti e Guardia costiera, come denunciato in numerosi rapporti²². Accade, infatti, che gli abusi vengano perpetrati dalla stessa Guardia costiera che non solo chiede somme ai trafficanti per “chiudere un occhio” sulle partenze dei gommoni ma, altresì, talvolta trasforma le intercettazioni richieste da Italia ed Europa in occasioni di arricchimento, oltre che proprio, dei trafficanti, premiati con la consegna di centinaia di persone da detenere (e torturare) in attesa di un nuovo, ulteriore, riscatto²³.

Questi fatti sono sotto la lente della Corte penale internazionale che nel 2017, per voce del Procuratore Fatou Bensouda, ha espresso la propria preoccupazione circa l'entità e la natura dei crimini commessi a danno dei migranti in Libia, prospettando la possibilità di avviare un'indagine per crimini contro l'umanità proprio con riferimento alla tratta dei migranti²⁴ e, in particolare, all'ingente numero di persone arbitrariamente private della libertà e detenute in condizioni contrarie al senso di umanità, continuamente sottoposte a violenze, stupri e torture. In questa ipotesi, il diretto coinvolgimento del Governo italiano,

19. Molti gli articoli a riguardo, se ne citano alcuni: L. Bagnoli, *Qual è il ruolo dell'Italia nelle operazioni della guardia costiera libica?* Su *Internazionale*, 13 novembre 2019; *Il governo dà 12 motovedette alla Libia per il controllo dei migranti. Ma è costituzionale?* AGI, 7 agosto 2018; *Libia, un oscuro intreccio di collusione: abusi su rifugiati e migranti diretti in Europa*, Amnesty International, Report 2017, p. 53 ss.

20. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 22 ss.

21. Sul punto si segnala L. Masera, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?* in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2018.

22. Rapporto delle Nazioni Unite *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya* del 20 dicembre 2018.

23. F. O. Dubosc, *L'attualità del bene*, in *L'attualità del male*, a cura di M. Veglio, *op. cit.* p. 77 ss.; inoltre, tra i molti, Tribunale permanente dei popoli, *Sessione sulla violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate (2017-2018)*, Palermo, 18-20 dicembre 2017.

24. A. Pasquero, *Da verità processuale a verità storica*, in *L'attualità del male*, a cura di M. Veglio, *op. cit.* p. 58.

estrinsecatosi nella regolamentazione delle attività delle ONG nonché nella concreta cooperazione con la autorità libiche (da ultimo con il sopracitato *Memorandum* del 2017 ad oggi in vigore) «*al fine di arginare i flussi di migranti illegali*»²⁵, potrebbe determinare profili di responsabilità internazionale delle autorità italiane sulla scorta dell'art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma che ravvisa la responsabilità penale di chi, in riferimento a un reato di competenza della Corte, *agevola la perpetrazione di tale reato, fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale reato, ivi compresi i mezzi per farlo*²⁶.

Nel mese di giugno 2019 la prospettazione di suddette responsabilità in capo all'Italia e agli altri Paesi europei si è fatta ancora più concreta con l'invio di una comunicazione ai sensi dell'art. 15 dello Statuto di Roma al Procuratore della Corte penale internazionale con ad oggetto proprio le *EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*²⁷. Tale documento, a firma degli avvocati Omer Shatz e Juan Branco (nonché frutto della collaborazione con gli studenti della Clinica legale della Public School of International Affairs di Parigi), si apre proprio con un richiamo alle preoccupazioni espresse dal Procuratore Fatou Bensouda nel 2017 e prosegue, per oltre duecento pagine, con un'attenta ricostruzione delle politiche migratorie adottate dall'Europa e dall'Italia con riferimento alla Libia, giungendo a ravvisare – sulla scorta dei dati raccolti – una responsabilità dell'Unione e dei suoi Stati Membri per crimini contro l'umanità. Europea (e italiana) sarebbe, infatti, la responsabilità per la morte delle persone lasciate annegare in mare a bordo di barconi avvistati e non soccorsi²⁸, per il respingimento (in violazione del principio di *non refoulement*) di decine di migliaia di persone in fuga dalla Libia e, infine,

25. *Memorandum*, art. 1, punto A.

26. Per un'approfondita disamina delle prospettate responsabilità italiane si rimanda a F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, cit.

27. O. Shatz. J. Branco, *EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*. Il documento è frutto della collaborazione con gli studenti della Clinica legale *International law and migration policies* - Capstone on Counter-Terrorism and International Crimes della facoltà di Scienze Politiche della Public School of International Affairs (PSIA) di Parigi negli anni accademici 2017/2018 e 2018/2019. Il testo completo della comunicazione è consultabile online dalla pagina [https://www.academia.edu/39368138/EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya 2014-2019 - ICC Communication](https://www.academia.edu/39368138/EU_Migration_Policies_in_the_Central_Mediterranean_and_Libya_2014-2019_-_ICC_Communication).

28. Si veda a tal proposito il caso dei 72 migranti che, partiti il 26 marzo 2011 da Tripoli, dopo aver esaurito il carburante della barca che avrebbe dovuto portarli in Italia sono rimasti alla deriva per 14 giorni: solo 10 di loro sono sopravvissuti, riportati dal mare sulle coste libiche, dove sono poi stati rinchiusi in un campo di detenzione (uno dei dieci sopravvissuti ha perso la vita in Libia, per assenza di cure mediche). Benché fossero stati informati del pericolo corso dall'imbarcazione, né i Paesi Membri dell'Unione, né le forze della NATO sono intervenuti. I Maritime Rescue Coordination Centers di Italia e Malta avevano riscontrato problemi nell'attivazione delle procedure di SAR (*"failed" to launch the necessary SAR operations*). Su questo punto si rimanda alla Comunicazione sopracitata (in particolare ai parr. 35 ss.) nonché all'indagine dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e alla successiva Risoluzione 1872 (2012).

per la complicità nelle uccisioni, nelle violenze, negli stupri, nelle torture, nei rapimenti e in ogni forma di abuso che seguiva al trattenimento dei migranti nei campi libici. La comunicazione, in particolare, ha rivolto al Procuratore la richiesta di investigare e chiarire ruoli e responsabilità dei singoli attori e i loro rapporti con i crimini posti in essere; si accenna ai vertici di Frontex, a Commissari europei e al Ministro dell'interno italiano²⁹. Ad oggi, tuttavia, nessuna iniziativa di indagine è stata presa dal Procuratore.

A livello nazionale, invece, sempre nel mese di giugno 2019, un'importante sentenza del GIP di Trapani aveva mosso un'aspra critica alle politiche italiane di respingimento e collaborazione con la Guardia costiera libica riconoscendo la causa di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) nei confronti di due migranti che si erano opposti al loro rimpatrio in Libia minacciando l'uso della forza³⁰. La ragione di tale decisione risiedeva, ovviamente, nel riconoscimento della pericolosità dei campi libici e della consapevolezza che «*un ritorno in quei territori costituisse (per i migranti) una lesione gravissima di tutte le prospettive dei fondamentali diritti dell'Uomo*»³¹ nonché del diritto ad essere condotti in un reale *place of safety*, che non poteva dunque essere ravvisato nella Libia.

Alle Corti d'assise meneghine è stato chiesto di esaminare la responsabilità di un singolo, un cittadino somalo di ventiquattro anni, esecutore materiale di un disegno, però, ampio e sotto gli occhi di tutti. Le sentenze che ne sono seguite hanno però contribuito a riaccendere i riflettori sulla Libia e su una diversa idea di migrante, non minaccia o autore di reato (come nel caso di Matammud) ma vittima.

Si torna così a parlare di filo spinato, di stanze delle torture, di persone lasciate a morire, rievocando immagini di un passato che l'Europa crede forse relegato ai libri di storia e che invece oggi ritorna con altri nomi, altri luoghi, altre motivazioni. Le carte dei diritti e le costituzioni – redatte all'indomani degli orrori del secondo conflitto mondiale – dovrebbero guidare l'Europa e i suoi Stati – culla dei diritti – non solo nelle corti, ma anche, ben prima, nella realizzazione di politiche migratorie attente ai diritti fondamentali e non accecate dalla difesa, ad ogni costo, dei confini. Soprattutto quando questo costo corrisponde alla libertà e alla dignità delle persone.

29. I fatti oggetto della comunicazione, in particolare, riguarderebbero i periodi in cui il Ministero dell'interno italiano è stato guidato da Angelino Alfano (febbraio 2014 - dicembre 2016), Marco Minniti (dicembre 2016 - giugno 2018) e Matteo Salvini (giugno 2018 - settembre 2019).

30. È il caso del rimorchiatore Vos Thalassa per il cui commento si rimanda a L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2019.

31. V. sent. GIP Trapani, 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), p. 65.

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI E FEDERICO FERRI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani¹

Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Nel periodo in esame, la Corte Edu si è pronunciata su due diversi profili riguardanti l'art. 3 Cedu, relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, talora anche congiuntamente all'art. 2 Cedu, relativo al diritto alla vita:

a) *Non-refoulement*

In *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 21 novembre 2019), la Grande Camera della Corte Edu ha riesaminato il ricorso di due cittadini del Bangladesh che, dopo essere giunti in Ungheria attraverso la Serbia, venivano trattenuti al confine e, infine, allontanati in Serbia quale paese terzo sicuro in seguito al rigetto della loro domanda di protezione internazionale. In merito alla violazione dell'art. 3 Cedu lamentata dai ricorrenti per essere stati esposti con l'allontanamento a trattamenti inumani e degradanti, la Grande Camera ha innanzitutto chiarito come il suo esame dovesse unicamente verificare se le autorità ungheresi avessero o meno allontanato i ricorrenti in Serbia alla luce di sufficienti garanzie che quel Paese valutasse effettivamente il merito della loro domanda di protezione internazionale, così da evitare qualsiasi rischio di *refoulement* indiretto. A tal fine, la Grande Camera ha osservato in primo luogo come, nel giro di poco tempo, l'Ungheria avesse qualificato la Serbia come paese terzo sicuro senza un esame complessivo delle informazioni disponibili sulla reale capacità di quello Stato di assicurare alle persone bisognose di protezione internazionale l'accesso a un sistema di asilo efficace. In secondo luogo, rispetto al caso specifico dei sigg. Ilias e Ahmed, è stato notato come nel decidere in merito al loro allontanamento le autorità ungheresi non avessero tenuto conto delle numerose fonti internazionali, tra cui i rapporti specifici dell'UNHCR, che documentavano in quel periodo vari rinvii diretti e sommari dei richiedenti asilo verso la Macedonia del Nord e la Grecia. In terzo luogo, non vi era prova che le autorità ungheresi avessero pianificato l'allontanamento dei ricorrenti con le controparti serbe, in modo da ottenere sufficienti garanzie sul loro accesso a un'adequata procedura di asilo. Pertanto, in ragione di tali lacune procedurali, per la Grande Camera vi è stata una violazione dell'art. 3 Cedu. Invece, in merito alle condizioni di vita riservate ai ricorrenti nella zona di confine, la Grande Camera ha ritenuto che, dati la disponibilità di beni e cure essenziali, l'accesso a spazi aperti, la relativa breve durata di soggiorno e l'assenza di particolari vulnerabilità, il trattamento riservato ai sigg. Ilias e Ahmed non ha raggiunto un livello di severità tale da essere ritenuto inumano. Sotto il profilo delle condizioni materiali, non vi è

stata quindi una violazione dell'art. 3 Cedu. Infine, diversamente dalla decisione raggiunta dalla Camera nello stesso caso (Corte Edu, 14.03.2017, in questa *Rivista*, XIX, n. 2, 2017), la Grande Camera ha ritenuto che il soggiorno dei ricorrenti al confine non possa essere qualificato come una forma di trattenimento ai sensi dell'art. 5 Cedu. Infatti, se è vero che la permanenza alla frontiera non sia prevista dalla legge ungherese come forma di detenzione, essa non costituisce nemmeno un trattenimento *de facto*. A tal fine, la Grande Camera ha precisato che i ricorrenti erano entrati volontariamente in Ungheria e, seppur tenuti a lasciare il suo territorio, erano rimasti nella zona di confine poichè essi stessi avevano presentato ricorso contro l'ordine di allontanamento. Inoltre, se l'Ungheria ha il diritto di effettuare le dovute verifiche prima di ammettere persone straniere nel suo territorio, la sua legislazione interna fissa un periodo massimo di permanenza al confine durante il quale tali formalità vengono espletate. Nel caso dei sigg. Ilias e Ahmed, tale periodo era andato poco oltre le tre settimane, ritenuto non eccessivo per la Grande Camera alla luce del numero elevato di migranti presenti al tempo nello Stato convenuto e delle condizioni di vita non contrarie all'art. 3 Cedu. Infine, per quanto la libertà delle persone presenti fosse sensibilmente limitata, diversamente da quanto avviene nelle zone di transito degli aeroporti (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 21.11.2019, *Z.A. e altri c. Russia*, v. oltre) i ricorrenti erano liberi di lasciare l'area e di rientrare in qualunque momento in Serbia, a prescindere dal fatto che tale allontanamento potesse comportare l'archiviazione della loro domanda di protezione internazionale o dell'effettiva possibilità di accesso in Serbia in mancanza di un titolo di ingresso valido. A tal proposito, per la Grande Camera è risultato rilevante sia il fatto che la Serbia abbia ratificato la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, sia che i ricorrenti non corressero rischi diretti per la loro vita in quel Paese. Pertanto, poichè i ricorrenti non avevano subito alcun trattenimento, l'art. 5 Cedu non trova applicazione nei loro confronti. Su tale base, la Grande Camera ha ritenuto le relative violazioni lamentate dai ricorrenti incompatibili *ratione materiae*, rigettando questa parte del ricorso come inammissibile.

Il caso *A.A. c. Svizzera* (Corte Edu, sentenza del 5 novembre 2019) riguarda un cittadino afghano di etnia hazara che, in caso di allontanamento nel suo Paese di origine, temeva di subire trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu in ragione della sua conversione al cristianesimo. Il ricorrente era fuggito dall'Afghanistan dopo che la polizia locale lo aveva identificato come il responsabile della distribuzione di copie della Bibbia nel suo villaggio e, proprio per il timore di persecuzioni per motivi religiosi, aveva chiesto asilo appena giunto in Svizzera. Alle autorità svizzere il resoconto del sig. A.A. appariva superficiale, mentre la sua conoscenza del cristianesimo veniva ritenuta poco approfondita e, probabilmente, acquisita in Svizzera al solo fine di ottenere lo *status* di rifugiato. Nonostante le prove prodotte in appello, che includevano attestazioni circa la sua partecipazione alle attività di una comunità religiosa cattolica locale e l'ottenimento di alcuni sacramenti, le Corti interne confermavano il rigetto della richiesta di asilo. Tuttavia, il Tribunale amministrativo federale non metteva più in dubbio la conversione

del ricorrente e notava come la libertà di culto, per quanto protetta dalla Costituzione afghana, fosse in realtà illusoria esistendo un concreto rischio di pena di morte per coloro che abbandonano l'Islam. Ciononostante, per lo stesso Tribunale, il ricorrente si era convertito al cristianesimo in Svizzera e solo poche persone in Afghanistan ne erano a conoscenza. Pertanto, tenendo anche conto della condizione personale del sig. A.A., ritenuto giovane, di buona salute e con esperienze lavorative, ne ammetteva la ricollocazione interna in Afghanistan. Richiamando la sua giurisprudenza relativa a casi di conversione religiosa *sur place* (Corte Edu, Grande Camera, *F.G. c. Svezia*, 23.03.2016, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017), la Corte Edu ha ricordato come le autorità interne debbano verificare in queste circostanze sia la genuinità della conversione sia il modo in cui la persona interessata manifesta la sua nuova religione e se, una volta allontanato, intenda continuare o meno a professarla. Per la Corte Edu, il Tribunale amministrativo federale non si era, invece, soffermato su tale aspetto assumendo, in via generale, che il ricorrente non rischiasse alcun trattamento vietato dall'art. 3 Cedu poichè, in Afghanistan, avrebbe modificato "il suo comportamento sociale relegando la sua nuova fede in ambito strettamente privato" (para. 55). Invece, considerate le informazioni relative al trattamento riservato a coloro che abbandonano l'Islam (specie, UNHCR, *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan*, 30 agosto 2018), per la Corte Edu il ricorrente non potrebbe mai manifestare pubblicamente la sua nuova religione salvo essere esposto a trattamenti inumani o degradanti e, nei casi più gravi, condannato alla pena di morte. Pertanto, alla luce dell'esame poco approfondito delle conseguenze della conversione del ricorrente a livello interno e tenuto conto anche della sua appartenenza alla minoranza etnica hazara tuttora discriminata in Afghanistan, la Corte ha concluso che l'eventuale allontanamento del sig. A.A. darebbe luogo a una violazione dell'art. 3 Cedu.

In *O.D. c. Bulgaria* (Corte Edu, sentenza del 10 ottobre 2019) un cittadino siriano, dopo aver disertato l'esercito, presentava domanda di protezione internazionale in Bulgaria. Poco dopo, per ragioni di sicurezza nazionale, ne veniva ordinato l'allontanamento, con contestuale divieto di re-ingresso per cinque anni, nonchè il trattenimento in un centro per stranieri. Nel quadro dei vari procedimenti avviati dal ricorrente contro tali decisioni, le autorità bulgare ritenevano insussistente il rischio di tortura o altri trattamenti inumani o degradanti in Siria, in particolare data l'assenza di condanne o processi penali a suo carico in quel Paese, e comunque prevalenti le esigenze di sicurezza nazionale. Liberato dopo oltre un anno e privato del passaporto ottenuto nel frattempo dalla rappresentanza diplomatica siriana in Bulgaria, il ricorrente continua a soggiornare nello Stato convenuto in modo irregolare. Dopo aver ricordato il carattere assoluto degli artt. 2 e 3 Cedu anche di fronte a minacce di natura terroristica, la Corte Edu ha concentrato l'attenzione tanto sulla situazione generale della Siria quanto sulla condizione personale del ricorrente per verificare se, come lamentava quest'ultimo, il suo allontanamento lo esporrebbe a trattamenti inumani o degradanti o alla morte. Tenendo conto

della giurisprudenza precedente relativa a ricorrenti siriani (Corte Edu, 14.02.2017, *S.K. c. Russia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 2, 2017), la Corte Edu ha notato come la situazione umanitaria in Siria sia significativamente deteriorata a partire dall'arrivo del ricorrente in Bulgaria. A tal proposito, ha richiamato la raccomandazione dell'UNHCR di non allontanare cittadini siriani nel loro Paese alla luce della violenza indiscriminata nei confronti dei civili (UNHCR, 3 novembre 2017, doc. HCR/PC/SYR/17/01), come dimostrano anche gli arresti di massa nella città natale del ricorrente, Homs, documentati nel 2019 (cfr. *Rapporto della Commissione di inchiesta internazionale indipendente sulla Siria*, 31 gennaio 2019, presentata al Consiglio dei diritti umani delle NU a marzo 2019). Inoltre, poiché le autorità interne non hanno mai ritenuto il ricorrente non credibile, per la Corte occorre tenere anche conto delle esecuzioni sommarie e delle detenzioni arbitrarie di cui sono tuttora vittime in Siria coloro che disertano l'esercito. Pertanto, l'eventuale allontanamento del sig. O.D. darebbe luogo non solo a una violazione dell'art. 3 Cedu, ma anche dell'art. 2 Cedu, relativo al diritto alla vita. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 13, letto in combinato agli artt. 2 e 3 Cedu, poiché le autorità interne non hanno condotto un esame approfondito dei rischi cui potrebbe essere esposto il ricorrente in Siria.

In *Savran c. Danimarca* (Corte Edu, sentenza dell'1 ottobre 2019) un cittadino turco, residente in Danimarca dall'età di sei anni, lamentava l'eventuale violazione dell'art. 3 Cedu in caso di allontanamento nel suo Paese di origine. Per le Corti danesi tale allontanamento era necessario in seguito a una condanna per fatti di violenza particolarmente gravi, nonostante la lunga durata del suo soggiorno e i significativi rapporti familiari stabiliti in Danimarca. A causa delle precarie condizioni di salute mentale del ricorrente, non veniva tuttavia data esecuzione al suo allontanamento. A tal proposito, un successivo ricorso con cui il sig. Savran chiedeva la revoca di tale misura per motivi di salute veniva rigettato in base alla disponibilità di cure psichiatriche nella regione in cui il ricorrente sarebbe stato trasferito, essendo queste accessibili indipendentemente dal reddito della persona interessata. Sulla base della giurisprudenza rilevante in materia (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 13.12.2016, *Paposhvili c. Belgio*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017), la Corte Edu ha ricordato come il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti nel Paese di allontanamento possa derivare eccezionalmente anche da circostanze di natura umanitaria, specie se la privazione delle cure disponibili nel Paese ospitante sia tale da condurre alla morte o da accelerare, in modo irreversibile, il declino dello stato di salute della persona allontanata. In simili circostanze, spetta alle autorità interne condurre un esame approfondito in merito alla disponibilità di cure nel Paese di destinazione che comprenda anche, nel caso persistano dubbi, l'ottenimento di assicurazioni specifiche da parte delle autorità di quello Stato. Nel caso del sig. Savran, se è vero che le Corti interne avevano condotto tale esame in modo approfondito, per la Corte Edu i giudici di appello non avevano prestato particolare importanza alla necessità che il ricorrente, data la sua particolare patologia, debba essere costantemente monitorato da personale esperto.

Nonostante la disponibilità in astratto di cure in Turchia, ciò appare comunque difficile che venga garantito anche alla luce dell'assenza di un qualsiasi network familiare in quel Paese. Tenuto conto che le autorità danesi non hanno ottenuto alcuna assicurazione dalle controparti turche circa l'appropriatezza delle cure disponibili in relazione alla particolare situazione del ricorrente, per la Corte Edu l'allontanamento del sig. Savran darebbe quindi origine a una violazione dell'art. 3 Cedu.

Il caso *N.A. c. Finlandia* (Corte Edu, sentenza del 14 novembre 2019) riguarda una ricorrente di origine irachena che lamentava una violazione degli artt. 2 e 3 Cedu in ragione della morte del padre avvenuta subito dopo il suo allontanamento in Iraq e dell'art. 3 per le sofferenze vissute dalla stessa in seguito a tale avvenimento. Il padre della ricorrente, appartenente alla comunità sunnita in Iraq, era un maggiore dell'esercito durante il regime di Saddam Hussein e, successivamente, veniva impiegato al Ministero dell'Interno. Nel quadro di un'indagine per corruzione, lo stesso veniva minacciato di morte da un collega, appartenente alla comunità sciita, sfuggendo poco dopo a due diversi tentativi di omicidio. La ricorrente, il padre e il fratello decidevano quindi di fuggire in Finlandia, mentre il resto della famiglia si nascondeva in altre parti dell'Iraq. Ritenendo non sussistente il nesso causale tra le minacce subite e i tentati omicidi, la domanda di asilo del padre della ricorrente veniva rigettata e ne veniva ordinato l'allontanamento. A tal fine, quest'ultimo decideva di aderire a un programma di rientro volontario gestito dalla Organizzazione internazionale per la migrazione (OIM) e sollevava la stessa da ogni responsabilità per gli eventi successivi al rientro in Iraq. Poche settimane dopo il suo arrivo, veniva ucciso da una persona non identificata. La Corte Edu ha innanzitutto rigettato le diverse eccezioni sollevate dallo Stato convenuto, riguardanti essenzialmente il *locus standi* della ricorrente e la compatibilità *ratione loci*. Per la Corte, non solo la ricorrente poteva presentare il ricorso per il legame diretto con la vittima, ma soprattutto il caso rientrava nella giurisdizione della Finlandia nonostante il programma di rientro "volontario" assistito al quale aveva aderito autonomamente suo padre poichè questa scelta va considerata come una conseguenza diretta dell'ordine di allontanamento deciso dalle autorità dello Stato convenuto nei suoi confronti. Inoltre, il fatto che il padre della ricorrente avesse firmato una dichiarazione in cui sollevava la OIM da ogni responsabilità non aveva avuto l'effetto, come sosteneva il Governo finlandese, di rinunciare alla protezione offerta dagli artt. 2 e 3 Cedu. Ritenuto quindi ammissibile il ricorso, la Corte Edu ha concentrato la sua attenzione sull'esame condotto dalle autorità interne circa i rischi sollevati dal padre della ricorrente in merito al suo allontanamento in Iraq. A tal proposito, la Corte ha osservato come quest'ultimo avesse prodotto dinanzi le autorità competenti elementi dettagliati per supportare il suo racconto e le autorità finlandesi lo avessero ritenuto credibile, prendendo in esame anche molte informazioni sulla situazione generale dell'Iraq e sulle difficoltà sperimentate dalla minoranza sunnita nell'ottenere protezione dallo Stato. Tuttavia, se è vero che questi elementi, presi separatamente, non supportavano l'esistenza di un concreto rischio di esporre il padre della ricorrente a una violazione dei diritti protetti dalla Cedu, le autorità interne non avevano

operato una valutazione globale di tutti gli aspetti del caso, compresi i tentati omicidi. Per la Corte Edu, lo Stato convenuto non aveva infatti sufficientemente spiegato poiché aveva ritenuto puramente casuale la connessione tra le minacce subite dalla vittima e i tentati omicidi. Pertanto, considerate queste carenze procedurali, vi è stata violazione degli artt. 2 e 3 Cedu. Invece, tenuto conto dell'età adulta della ricorrente, del breve periodo durante il quale non aveva avuto notizie del padre dopo il suo rientro in Iraq e del fatto che non era stata nemmeno una diretta testimone dell'omicidio, la sofferenza generata nella ricorrente dalla morte del padre non ha assunto un carattere tale da ammontare a una violazione dei diritti protetti dalla Convenzione. Pertanto, sotto questo profilo, non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu.

Con il caso *T.K. e S.R. c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 19 novembre 2019), la Corte Edu torna a pronunciarsi in relazione a rinvii di cittadini del Kirghizistan di origine etnica uzbeka nel Paese di origine. I ricorrenti erano stati condannati *in absentia* nel loro Paese e, successivamente, arrestati e detenuti in Russia in attesa di allontanamento. Nei procedimenti interni volti a contestare tale misura, le autorità russe ritenevano che, tenendo conto tanto delle informazioni sulla situazione generale del Paese di destinazione e della loro situazione specifica, non potevano desumersi rischi di violazione della Cedu, nonostante i ricorrenti fossero appartenenti a un gruppo ritenuto vulnerabile in Kirghizistan. Innovando rispetto al suo approccio precedente in materia (ad es. Corte Edu, 22.10.2015, *Turgunov c. Russia*, in questa *Rivista*, XVII, n. 3-4, 2015), la Corte Edu ha concentrato la sua attenzione sulle più recenti informazioni relative alla situazione dei diritti umani in Kirghizistan (ad es., Consiglio dei diritti umani delle NU, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review for Kyrgyzstan*, 9 aprile 2015, doc. A/HRC/29/4; Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, *Concluding Observations on the Combined Eighth to Tenth Periodic Reports of Kyrgyzstan*, 30 maggio 2018, doc. CERD/C/KGZ/CO/8-10). Da queste fonti emerge come, nonostante alcune preoccupazioni persistano in merito alle torture e ai trattamenti inumani e degradanti perpetrate nei confronti di persone detenute, specie se appartenenti a minoranze, vi sia stato un miglioramento generale grazie all'introduzione di una legislazione volta a garantire alle stesse l'accesso all'assistenza legale e a controlli medici regolari e all'introduzione di un organo indipendente di monitoraggio per la prevenzione di torture e altri maltrattamenti. Inoltre, le stesse fonti non identificano più la minoranza uzbeka come un gruppo vulnerabile particolarmente esposto a maltrattamenti. Pertanto, se è vero che i ricorrenti non sarebbero esposti a un rischio di subire trattamenti vietati dalla Cedu solo in ragione della loro origine etnica, è anche vero che le autorità russe avevano adeguatamente valutato l'esistenza di tale rischio tenendo conto delle loro specifiche circostanze personali. Peraltro, non solo i ricorrenti non sono ricercati per reati non legati a motivi politici o religiosi, ma non hanno comunque prodotto particolari elementi di prova. Pertanto, alla luce dei consolidati meccanismi di monitoraggio tanto da parte delle rappresentanze diplomatiche russe in Kirghizistan quanto da un apposito organo e delle garanzie individuali ottenute da parte

delle autorità kirghise contro i rischi lamentati dai ricorrenti, per la Corte Edu l'allontanamento dei sigg. T.K. e S.R. non darebbe origine a una violazione dell'art. 3 Cedu.

In *R.K. c. Russia* (Corte Edu, sentenza dell'8 ottobre 2019), un cittadino della Repubblica democratica del Congo (RDC), che era rimasto in Russia dopo la scadenza del suo permesso di soggiorno per motivi di studio, lamentava una serie di violazioni della Cedu, ritenute insussistenti dalle Corti interne, nel caso in cui venisse allontanato nel suo Paese. Valutando il caso sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, la Corte Edu si è soffermata innanzitutto sulla situazione generale della RDC, dalla quale non emergono particolari livelli di violenza nella regione di provenienza del ricorrente, Kinshasa (cfr. Rapporti del Segretario Generale delle NU sulla situazione nella RDC, 4 gennaio 2019, doc. S/2019/6, e 7 marzo 2019, doc. S/2019/218). Venendo poi alle circostanze del richiedente, la Corte Edu ha ritenuto di non poter mettere in discussione la valutazione operata dalle autorità russe. Non solo il ricorrente non avrebbe potuto lasciare liberamente il proprio Paese se fosse stato, come affermava lo stesso, realmente ricercato dalla polizia locale, ma non esistevano elementi utili da cui si potevano desumere le sue attività di opposizione politica o, comunque, un interesse da parte delle autorità congolese nei suoi confronti. Pertanto, secondo la Corte Edu, l'allontanamento del sig. R.K. non darebbe origine a una violazione dell'art. 3 Cedu. Invece, relativamente alla detenzione subita dallo stesso, tenuto conto delle carenze legislative in materia di trattenimento di persone soggette ad allontanamento e della mancanza di un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui lamentare la legittimità di tale detenzione (ad es. Corte Edu, 9.07.2019, *Kislov c. Russia*, in questa *Rivista*, XXI, n. 3, 2019), vi è stata una violazione dell'art. 5 Cedu, para. 1 e 4, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza personale.

b) Condizioni materiali

In *G.B. e altri c. Turchia* (Corte Edu, sentenza del 17 ottobre 2019) una cittadina russa e i suoi tre figli, entrati regolarmente in Turchia, lamentavano varie violazioni della Cedu in seguito al trattenimento subito nei centri per stranieri di Kumkapı e di Gaziantep dopo il tentativo di attraversamento illegale del confine con la Siria. Tutti i ricorsi volti a lamentare, anche dinanzi la Corte costituzionale, la legittimità del trattenimento e le precarie condizioni di vita nel centro di Kumpaki venivano rigettati. Dopo il trasferimento nel centro di Gaziantep, venivano infine rilasciati su ordine del giudice territoriale competente. Per quest'ultimo, le condizioni di vita del centro non risultavano appropriate alla specifica situazione dei ricorrenti, nè esistevano prove sufficienti che la sig.ra G.B. e i suoi figli rappresentassero una minaccia per l'ordine, la sicurezza o la salute pubblici. In merito alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu in ragione delle condizioni di trattenimento, la Corte Edu ha ricordato come avesse già ritenuto la situazione del centro di Kumkapı particolarmente precaria, soprattutto per il sovraffollamento e la mancanza di accesso a uno spazio esterno (ad es., Corte Edu, 6.09.2016, *Alimov c. Turchia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017). Tali condizioni erano state confermate, proprio rispetto al periodo di trattenimento dei ricorrenti, anche dal Comitato

europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT) (cfr. Rapporto sulla visita effettuata in Turchia del 17 novembre 2017) che lamentava, in particolare, da difficoltà delle autorità turche di far fronte ai bisogni specifici dei minori ospitati nel centro. Tenuto conto del lungo periodo di trattenimento e il coinvolgimento di minori (ad es., Corte Edu, 24.05.2018, *N.T.P. e altri c. Francia*, in questa *Rivista*, XX, n. 3, 2018) e notando come i riscontri del CPT, così come le accuse dei ricorrenti rispetto a entrambi i centri di Kumkapı e di Gaziantep, non fossero stati confutati dallo Stato convenuto, per la Corte Edu vi è stata una violazione dell'art. 3 Cedu. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 13 Cedu, relativo al diritto a un ricorso effettivo, letto in combinato con l'art. 3 Cedu, poiché la sig.ra G.B. e i suoi figli non avevano avuto a disposizione alcun rimedio efficace attraverso cui lamentare le condizioni di detenzione. Infatti, per quanto il ricorso dinanzi la Corte costituzionale potesse teoricamente garantire loro un tale rimedio, nel caso dei ricorrenti la Corte costituzionale turca non aveva agito con la diligenza dovuta in una situazione riguardante minori e, *a posteriori*, aveva unicamente riconosciuto loro una compensazione per il trattenimento subito in modo illegittimo. In merito alle lamentate violazioni dell'art. 5 Cedu, la Corte Edu ha osservato come esista oramai un ampio *consensus* internazionale sul divieto di trattenimento di minori, il quale può essere previsto unicamente come misura eccezionale in assenza di qualsiasi altra soluzione alternativa. Alla luce di tale evoluzione, il fatto che i ricorrenti di minore età siano stati privati della loro libertà nel centro di Kumkapı in assenza di un ordine di trattenimento specificamente rivolto nei loro confronti ha dato luogo a una violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu. A ciò si aggiunge una violazione della stessa disposizione nei confronti di tutti i ricorrenti per il periodo trascorso tra la decisione sulla illegittimità della loro detenzione e il loro effettivo rilascio, pari a cinque giorni. Infine, se è vero che i ricorrenti erano riusciti a ottenere il loro rilascio dinanzi a un giudice, vi è stata comunque una violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu, non solo perchè i minori non avevano potuto ricorrere tempestivamente contro il loro trattenimento in assenza di un ordine di detenzione a loro specificamente destinato ma anche perchè, nell'ambito di quasi tutti i ricorsi interni, i giudici non avevano condotto un esame particolareggiato della situazione di tutti i ricorrenti nè avevano agito con la diligenza e rapidità richiesta in un caso siffatto.

Il caso *Kaak e altri c. Grecia* (Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2019) riguarda 49 persone di origine siriana, afghana e palestinese di varie età che, giunti in Grecia via mare, venivano fermati e trattenuti nel campo per migranti di Vial o in quello di Souda, in vista del loro allontanamento in Turchia. Tutti i ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 3 Cedu per le precarie condizioni di vita riservate loro in queste strutture, oltre a una violazione del loro diritto alla libertà e sicurezza personale, protetto dall'art. 5 Cedu. Dopo aver ricordato come l'arrivo di un numero elevato di migranti non esenta gli Stati parte dalle responsabilità derivanti dalla loro appartenenza alla Cedu (Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017), la Corte Edu ritiene che il trattamento riservato ai ricorrenti nei campi menzionati non ammonta a un trattamento inumano o degradante in linea con i riscontri ricavabili dalla sua giurisprudenza precedente (Corte Edu,

25.01.2018, *J.R. e altri c. Grecia*, in questa *Rivista*, XX, n. 2, 2018). A tal fine, la Corte ha osservato innanzitutto come i ricorrenti che, al tempo, erano minori non accompagnati erano stati ospitati in una zona separata del campo di Vial e prontamente erano state attivate le procedure previste dalla legge a loro beneficio, così come era stato assicurato il ricongiungimento familiare di coloro che avevano familiari in altri Stati europei. Rispetto agli altri ricorrenti adulti, la Corte si è invece soffermata tanto sulla relativa brevità del loro trattenimento nel campo di Vial prima che questo diventasse in un centro di accoglienza aperto, quanto sulla mancanza di elementi specifici da cui si poteva desumere gli effetti che le condizioni di vita nel campo aperto di Souda avessero avuto nei ricorrenti interessati. Pertanto, per la Corte Edu, nel caso dei ricorrenti, non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu. In merito poi alla situazione di coloro che erano stati trattenuti nel campo di Vial prima della sua trasformazione in un centro di accoglienza aperto, la Corte Edu non riscontra neppure la lamentata violazione dell'art. 5, para. 1, alla luce della breve durata dei rispettivi trattenimenti, da un mese a solo qualche giorno, rispetto al tempo che era necessario alle autorità interne per compiere tutte le formalità in vista del loro allontanamento. Tuttavia, la mancata comunicazione di informazioni utili, in una lingua a loro comprensibile, sulle modalità di ricorso contro tali trattenimenti ha reso di fatto ineffettivo ogni meccanismo di ricorso previsto dalla legge, dando così origine a una violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu nei confronti dei ricorrenti interessati.

In *M.D. c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 10 ottobre 2019), un minore non accompagnato originario della Guinea lamentava una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione del presunto abbandono in precarie condizioni di vita ad opera delle autorità francesi. Una volta giunto in Francia, il ricorrente si dichiarava minore e, per il periodo in cui era stato ritenuto tale, era stato preso in carico dalle autorità competenti. In seguito alla valutazione della maturazione ossea, che aveva invece accertato la sua maggiore età, veniva posta fine a ogni tutela nei suoi confronti come minore non accompagnato. Tali tutele venivano successivamente ripristinate in seguito alla presentazione di un atto di nascita autenticato dalla rappresentanza diplomatica della Guinea in Francia, ponendo così fine ai dubbi sulla sua età effettiva. Nel frattempo, il ricorrente era stato costretto a trovare vari alloggi di fortuna anche se aveva potuto accedere all'aiuto previsto per le persone senza fissa dimora o ad altre soluzioni *ad hoc* per gran parte del periodo. Richiamando la sua giurisprudenza sulla particolare vulnerabilità dei minori migranti (Corte Edu, 28.02.2019, *Khan c. Francia*, in questa *Rivista*, XXI, n. 2, 2019; Ead., 24.05.2018, *N.T.P. e altri c. Francia* e 21.06.2018, *S.Z. c. Grecia*, entrambi in questa *Rivista*, XX, n. 3, 2018), la Corte Edu nota come le autorità francesi si siano attivate prontamente nei confronti del ricorrente nonostante i dubbi relativi alla sua età, garantendogli un tutore, un alloggio e un'istruzione volta ad acquisire specifiche competenze professionali. Anche nel periodo successivo, pari a circa un anno e due mesi, quando il ricorrente era stato considerato maggiorenne, alcune sistemazioni di emergenza gli erano state offerte fino

all'identificazione di una soluzione permanente, così come gli erano stati assicurati il rientro a scuola e l'accesso a cure mediche. Per questi motivi, non avendo il ricorrente prodotto elementi specifici che potessero indicare alla Corte Edu in che condizioni ha vissuto durante le quaranta notti in cui non aveva goduto di aiuto alcuno, la Corte ha ritenuto che le autorità francesi avevano tutto quanto in loro potere per rispondere alle specifiche esigenze del sig. M.D. Pertanto, nel suo caso, non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

In *Z.A. e altri c. Russia* (Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 21 novembre 2019), la Corte Edu ha riesaminato il caso di quattro stranieri provenienti da Iraq, Palestina, Siria e Somalia trattenuti per un lungo periodo nella zona di transito dell'aeroporto di Sheremetyevo in Russia (Corte Edu, 28.03.2017, in questa *Rivista*, XIX, n. 2, 2017). La Terza sezione della Corte aveva ritenuto tale trattenimento contrario all'art. 5 Cedu e, date le precarie condizioni durante l'intero periodo, constatava anche una violazione dell'art. 3 Cedu. Dopo aver accertato come il caso ricadesse nella giurisdizione dello Stato convenuto, poichè i ricorrenti si trovavano sotto il controllo delle autorità di quel Paese e, in ogni caso, erano stati trattenuti in territorio russo seppur in una zona di transito di un aeroporto, la Grande Camera ha confermato sostanzialmente le conclusioni già raggiunte in precedenza. Pur ricordando il diritto degli Stati parte di controllare le proprie frontiere e di procedere con le dovute verifiche prima di permettere a persone nella situazione dei ricorrenti di lasciare un aeroporto, la Grande Camera ha osservato come la legislazione russa non prevedesse, all'epoca dei fatti, una durata massima di soggiorno nella zona di transito degli aeroporti nell'attesa che le procedure rilevanti, compreso l'esame di eventuali richieste di asilo, venissero completate. Inoltre, nello specifico caso dei ricorrenti, le autorità interne non avevano certamente agito in modo rapido per espletare tali procedure, lasciandoli così in un limbo giuridico per un periodo che andava da cinque mesi a molto oltre un anno. Tenuto anche conto delle condizioni di vita particolarmente precarie riservate loro e della possibilità solo teorica di lasciare l'aeroporto imbarcandosi verso altre destinazioni, per la Corte Edu i ricorrenti avevano certamente subito una privazione della loro libertà personale ai sensi dell'art. 5 Cedu. Tuttavia, tale trattenimento non risulta giustificato poichè non previsto dalla legge e aggravato dalla impossibilità dei ricorrenti di accedere a qualsiasi assistenza legale, dalle difficoltà di veder registrata la loro domanda di asilo e dalla durata eccessiva della privazione della libertà. Vi è quindi stata violazione nei loro confronti una violazione dell'art. 5 Cedu. A ciò si aggiunge la violazione dell'art. 3 Cedu, poichè il totale abbandono da parte delle autorità interne ha costretto i ricorrenti a vivere in condizioni estremamente precarie non adatte per periodi così lunghi, le quali ammontano per la Corte Edu a un trattamento degradante.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

In *Abdi Ibrahim c. Norvegia* (Corte Edu, sentenza del 17 dicembre 2019) una cittadina somala, giunta in Norvegia da minore non accompagnata e poco dopo riconosciuta come rifugiata, veniva presa in carico dai servizi sociali per le presunte difficoltà nella gestione delle sue responsabilità genitoriali. Valutati i bisogni specifici del figlio, veniva deciso prima il suo affidamento e, in seguito, la sua adozione per esigenze di stabilità e sicurezza. Si opponeva tuttavia la ricorrente, la quale sosteneva la necessità che il minore venisse preso in carico da una famiglia con il suo stesso background etnico-religioso e che potesse, anche a tal fine, continuare ad avere contatti con essa. Diversamente dai risultati emersi da talune valutazioni psicologiche, per le Corti interne gli incontri tra la ricorrente e il figlio avevano contribuito a destabilizzare il minore giustificando la rottura dei rapporti con la madre. Tale rottura era stata anche richiesta dai futuri genitori adottivi, di fede cattolica, intenzionati a far crescere il minore secondo i dettami della loro religione a partire dal battesimo e dal cambio del nome una volta adottato. In ogni caso, i più alti giudici interni notavano che non era stato possibile affidare il minore a una famiglia “omoculturale” a causa della scarsa disponibilità di famiglie non di origine norvegese. Chiamata a valutare la lamentata violazione del diritto al rispetto per la vita familiare della ricorrente, la Corte Edu ha ritenuto che la rottura dei rapporti con il figlio ha certamente causato un’interferenza nel godimento del suo diritto protetto dall’art. 8 Cedu. Seppur prevista dalla legge e volta a tutelare la salute e i diritti del minore, tale interferenza non risulta giustificata. Infatti, secondo la Corte Edu, ogni affidamento deve mirare, in linea di principio, al ricongiungimento con la famiglia di origine, mentre solo in circostanze particolarmente serie le autorità competenti possono ordinare una totale rottura dei rapporti tra una madre e il proprio figlio (ad es., Corte Edu, Grande Camera, 10.09.2009, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*). La valutazione di questi casi richiede, quindi, un delicato bilanciamento che includa tutti gli interessi in gioco. Nel caso della ricorrente, tuttavia, non solo il ricongiungimento familiare non era stato facilitato. Soprattutto, non erano stati considerati adeguatamente i suoi interessi volti, tra l’altro, a evitare che il minore fosse privato del suo background etnico-religioso. A tal proposito, la valutazione delle Corti interne in merito alla scelta dell’adozione, alla quale la ricorrente si era comunque opposta, anziché del prolungamento dell’affidamento, non appariva sufficientemente motivata. Pertanto, nel caso della sig.ra Abdi Ibrahim, vi è stata una violazione dell’art. 8 Cedu.

Il caso *Zakharchuk c. Russia* (Corte Edu, sentenza del 17 dicembre 2019) riguarda un cittadino polacco nato nell’ex Unione Sovietica e residente, per quasi tutta la vita, in Russia grazie a permessi di soggiorno pluriennali regolarmente rinnovati. In seguito a una condanna per violenza aggravata, le autorità russe decidevano che la sua presenza costituiva una minaccia per l’ordine pubblico nazionale. Così, dopo che ogni ricorso contro tale decisione, basato essenzialmente sulla violazione del suo diritto al rispetto per la vita familiare, veniva rigettato, il sig. Zakharchuk veniva allontanato in Polonia con contestuale divieto di reingresso per otto anni. La Corte Edu ha chiarito come il ricorrente non avesse legami familiari in Russia

rilevanti ai fini dell'art. 8 Cedu, non potendo rientrare tra questi il rapporto tra lo stesso, uomo adulto, e la madre in assenza di una particolare dipendenza (ad es., Corte Edu, 18.11.2014, *Senchishak c. Finlandia*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014). Limitando quindi la valutazione del caso rispetto all'interferenza subita con l'allontanamento unicamente sotto il profilo della vita privata dell'art. 8 Cedu, la Corte Edu non ha rimesso in discussione la valutazione compiuta dalle autorità russe. Infatti, tenendo conto dei principi consolidati in materia di allontanamento di soggiornanti di lungo periodo (Corte Edu, 6.06.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, n. 2, 2013, p. 89), la Corte Edu ha osservato come tale interferenza risultasse prevista dalla legge, perseguisse fini legittimi e fosse necessaria in una società democratica, secondo i parametri previsti dall'art. 8, para. 2. A quest'ultimo proposito, la Corte Edu ha sottolineato la gravità dei reati commessi e l'esistenza di legami con la Polonia di cui conosceva anche la lingua. Pertanto, nel suo caso, non vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu.

Art. 10: Libertà di espressione

Con il caso *Szurovecz c. Ungheria* (Corte Edu, sentenza dell'8 ottobre 2019) la Corte Edu si pronuncia per la prima volta in merito alla violazione dell'art. 10 Cedu lamentata da un giornalista al quale era stato negato l'accesso a un centro di trattenimento per migranti. La richiesta presentata a tal fine alle autorità competenti era stata rigettata per motivi di tutela della privacy degli ospiti del centro. Non essendo qualificabile come una decisione di natura amministrativa, tale rigetto risultava inappellabile dinanzi qualsiasi organo interno. La Corte Edu ha ritenuto, innanzitutto, che il ricorrente aveva effettivamente subito con il diniego di accesso al centro un'interferenza nel godimento della sua libertà di espressione, essendo la raccolta di informazioni e la consultazione di fonti primarie per la preparazione di un lavoro giornalistico una parte essenziale di tale libertà. Se tale interferenza risultava prevista dalla legge ed era volta a tutelare i diritti altrui, non si poteva tuttavia ritenere necessaria in una società democratica. Infatti, il ricorrente voleva scrivere un articolo su una materia di interesse generale e, proprio per il ruolo di monitoraggio svolto dai giornalisti, in materia gli Stati parte non godono di un ampio margine di azione potendo difficilmente restringere tale libertà (ad es., Corte Edu, Grande Camera, 29.03.2016, *Bédát c. Svizzera*). A tal proposito, la Corte Edu ha notato come le autorità interne avessero rigettato la richiesta del sig. Szurovecz senza effettuare il dovuto bilanciamento con il suo interesse di poter accedere a dati primari per fini giornalistici e senza considerare le garanzie offerte dallo stesso per limitare ogni interferenza nella vita privata degli ospiti del centro. Se per la Corte Edu il tutto risultava aggravato dall'assenza di ogni possibilità di valutazione del caso da parte di un giudice interno, non risultava nemmeno chiaro come l'accesso del ricorrente potesse ledere i diritti dei migranti. Pur sottolineando come gli Stati parte non abbiano un approccio comune in materia, mancando spesso anche una normativa precisa sull'accesso ai centri di trattenimento dei migranti, così da giustificare un certo margine di apprezzamento in materia a favore degli Stati parte, la

Corte Edu ha comunque ritenuto che il divieto assoluto di accesso opposto al ricorrente non era proporzionale al fine perseguito e, come tale, non può essere considerato necessario in una società democratica. Pertanto, nel caso del sig. Szurovecz, vi è stata una violazione dell'art. 10 Cedu.

In *Zarubin e altri c. Lituania* (Corte Edu, decisione del 19 dicembre 2019), quattro cittadini russi lamentavano varie violazioni della Cedu in seguito al loro allontanamento dalla Lituania dove si erano recati per documentare, in nome di una compagnia televisiva russa, un forum sulla Russia al quale partecipavano alcuni oppositori politici di quel Paese. Non essendo accreditati al forum e ritenuti responsabili di atti di intimidazione e violenza nei confronti di tali oppositori, pur non incriminandoli per alcun reato le autorità lituane consideravano i ricorrenti un pericolo per la sicurezza nazionale e ne ordinavano l'allontanamento con un contestuale divieto di reingresso per un anno. Ogni successivo ricorso, in cui tra l'altro veniva sostenuta la contrarietà dell'allontanamento alla libertà di espressione protetta dall'art. 10 Cedu, veniva rigettato. Concentrando la valutazione del caso proprio sotto il profilo dell'art. 10 Cedu, la Corte Edu ha ritenuto che l'allontanamento dei richiedenti costituiva un'interferenza nel godimento della libertà di espressione dei ricorrenti. Essendo prevista dalla legge e volta a tutelare la sicurezza nazionale, la Corte ha verificato essenzialmente se essa possa anche ritenersi necessaria in una società democratica come richiede l'art. 10, par. 2. A tal fine, la Corte ha notato come la decisione delle autorità lituane si basasse sui comportamenti oggettivi adottati dagli stessi e su informazioni riservate dell'intelligence, le quali risultavano comunque accessibili alle Corti interne nel quadro dei ricorsi promossi dal sig. Zarubin e colleghi per poterle contestare. Come tale l'interferenza subita non risultava certamente arbitraria e, dato che ai ricorrenti non era mai stato impedito di disseminare informazioni sull'evento, anche proporzionale. A tal fine, lo stesso divieto di reingresso era stato adeguatamente bilanciato anche rispetto all'esistenza o meno di loro particolari legami familiari, sociali o economici con la Lituania. In ogni caso, la Corte ha anche ricordato come la protezione garantita dall'art. 10 Cedu ai giornalisti sia comunque condizionata alla tenuta di una condotta responsabile di cui i ricorrenti non hanno dato prova. Pertanto, considerando complessivamente giustificata l'interferenza subita dai ricorrenti, la Corte Edu ha ritenuto il ricorso manifestamente non fondato e, come tale, lo ha dichiarato inammissibile. Inammissibile è stata anche dichiarata la lamentata violazione dell'art. 4, del Protocollo 4 alla Cedu, relativo al divieto di espulsioni collettive, dato che per la Corte Edu l'allontanamento dei ricorrenti non è comparabile a situazioni in cui un gran numero di stranieri è stato rinvio in uno Stato terzo senza alcuna valutazione della loro situazione personale (Corte Edu, Grande Camera, 23.02.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIV, n. 1, 2012, p. 104).

¹ La rassegna relativa agli artt. 2-3 (*non-refoulement*) è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 3 (*condizioni materiali*)-10 è di C. Danisi.

Corte di giustizia dell'Unione europea²

Concetto di «risorse» ai fini del soggiorno di cittadini di Paesi terzi all'interno dell'UE

Nel caso *X* (CGUE, C-302/18, 3 ottobre 2018) è stato interpretato il concetto di «risorse» in rapporto allo *status* di soggiornante di lungo periodo, prescritto dalla direttiva 2003/109. Il sig. X, cittadino camerunense, aveva chiesto il riconoscimento di tale *status* alle autorità belghe competenti, ma la domanda era stata rigettata. Risultava che le sue risorse in realtà provenivano esclusivamente dal fratello, anch'egli residente in Belgio, il quale si era formalmente impegnato a mantenere il sig. X in conformità a quanto previsto dalla normativa statale, sulla scorta dell'art. 5, par. 1, lett. a), della direttiva 2003/109. Nel giudizio sul ricorso proposto dal sig. X, il giudice adito si rivolgeva alla CGUE per conoscere se il concetto di «risorse stabili, regolari e sufficienti» ai fini della direttiva 2003/109 assorbisse anche il caso del sig. X, che non possedeva risorse proprie e beneficiava della presa in carico di un terzo. La Corte conferma questa interpretazione, anche se sottolinea che la disposizione di cui trattasi è piuttosto ambigua: in alcune lingue ufficiali si usa l'espressione «risorse» e in altre l'espressione «redditi». Comunque, il criterio della provenienza del reddito non risulta essere decisivo in considerazione dello scopo della direttiva 2003/109, ovvero il ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini di Stati terzi stabilmente residenti in uno Stato membro, a quello dei cittadini europei. La Corte compie poi un parallelismo con altre due disposizioni analoghe. La prima è l'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva 2004/38, che autorizza il soggiorno dei cittadini europei in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza per un periodo superiore a tre mesi se si dispone di «risorse economiche sufficienti» (per sé stessi e per i propri familiari): come si vede, non vi sono accenni alla provenienza delle risorse. È però vero che le due direttive perseguono scopi diversi, tant'è che solo l'art. 5, par. 1, lett. b) della direttiva 2003/109 richiede che le risorse siano anche stabili e regolari. La Corte richiama anche una seconda disposizione, ossia l'art. 7, par. 1, lett. c), della direttiva 2003/86 sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi legalmente soggiornanti in uno Stato membro. Questa disposizione, così come l'art. 5, par. 1, lett. b) della direttiva 2003/109, fissa il requisito della disposizione di risorse «stabili, regolari e sufficienti». Ma, ancora una volta, la provenienza delle risorse non rileva come fattore discriminante, rilevando, casomai, l'entità delle risorse in un dato arco temporale. Ad avviso della Corte, pertanto, esigere che il criterio delle risorse stabili, regolari e sufficienti sia soddisfatto se chi richiede un permesso di soggiorno di lungo periodo dimostra che tali risorse sono unicamente proprie, darebbe luogo ad un onere sproporzionato, di fatto non contemplato dal diritto UE applicabile alla fattispecie.

Invece, nel caso *Bajartari* (CGUE, C-93/18, 2.10.2019), è stato esaminato il requisito delle «risorse economiche sufficienti» nel contesto della direttiva 2004/38. La sig.ra Bajratari, cittadina albanese residente in Irlanda del Nord dal 2012, chiedeva senza successo il riconoscimento di un diritto di soggiorno derivato ai sensi della direttiva 2004/38. La ricorrente aveva invocato il suo *status* di genitore che provvedeva effettivamente alla custodia

del figlio minore, cittadino dell'Unione, e faceva valere che un diniego della carta di soggiorno avrebbe privato suo figlio del godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Va detto che nessuno dei protagonisti della vicenda si era spostato da uno Stato membro all'altro, beneficiando della libera circolazione. Le autorità competenti contestavano, in particolare, che il figlio minore non era in grado di dimostrare il requisito di autosufficienza economica previsto all'art. 7, par. 1, lett. b), di detta direttiva 2004/38. Il problema ruotava intorno alla provenienza delle risorse a disposizione del figlio, in quanto frutto di un'attività lavorativa esercitata illegalmente dal padre: costui, infatti, all'epoca era cittadino albanese in possesso di una carta di soggiorno scaduta (ma non ancora revocata). La Corte d'appello dell'Irlanda del Nord, adita dalla sig.ra Bajratarì in sede di ricorso contro il provvedimento di diniego, si rivolgeva allora alla CGUE per capire se la predetta disposizione si riferisse anche a risorse economiche provenienti da attività lavorativa illegale e, in tal caso, se la precarietà dell'attività lavorativa potesse dipendere esclusivamente dal suo carattere di illegalità. La CGUE precisa che l'art. 7, par. 1, lett. b), di detta direttiva 2004/38 non presuppone alcuna valutazione basata sulla provenienza delle risorse. Non essendo questo un criterio dirimente per concludere sulla sufficienza o meno delle risorse, e poiché tale disposizione costituisce una deroga alla libertà di circolazione sancita dall'art. 21 TFUE, è necessario procedere ad una interpretazione restrittiva, dosando accuratamente il principio di proporzionalità rispetto agli interessi in gioco nel caso concreto, che sono la libertà di circolazione del cittadino europeo, da una parte, e la protezione delle finanze pubbliche degli Stati membri, dall'altra. La Corte rileva che la direttiva contiene altri meccanismi per tutelare il secondo interesse richiamato e che le risorse economiche percepite dall'interessato gli hanno permesso di far fronte, da dieci anni, alle proprie esigenze e a quelle dei suoi familiari senza dover ricorrere al sistema di assistenza sociale nordirlandese. Pertanto, una norma interna che, nella fattispecie, escludesse l'applicabilità dell'art. 7, par. 1, lett. b) della direttiva 2004/38, risulterebbe manifestamente sproporzionata, in quanto per nulla necessaria alla protezione delle finanze pubbliche di detto Stato membro. Ciò anche perché, come risulta da una giurisprudenza costante, lo scopo della direttiva 2004/38 è agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, e rafforzare tale diritto. La tesi della Corte resisterebbe anche all'argomento dell'ordine pubblico, dato che questa espressione, come noto, va concepita secondo il significato che possiede in diritto UE, nel senso che implica l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave rispetto ad un interesse fondamentale della società.

Concetto di «minaccia all'ordine pubblico» nel contesto del codice frontiere Schengen

Nel caso *E.P.* (CGUE, C-380/18, 12 dicembre 2019) è stato vagliato il concetto di «minaccia all'ordine pubblico» nel sistema istituito dal codice frontiere Schengen. Durante un soggiorno di breve durata nei Paesi Bassi per il quale beneficiava di un'esenzione dall'obbligo di visto,

E.P., cittadino di un Paese terzo, è stato sospettato di aver commesso una violazione della legislazione penale sugli stupefacenti. Gli veniva ingiunto di lasciare il territorio dell'Unione, con la motivazione che egli non soddisfaceva più la condizione di cui all'art. 6, par. 1, lett. e), del regolamento 2016/399 (codice frontiere Schengen, CFS), perché rappresentava una minaccia per l'ordine pubblico. E.P. impugnava il provvedimento contestato, finché il Consiglio di Stato dei Paesi Bassi decideva di interrogare la CGUE per sapere se la decisione di rimpatrio fosse effettivamente conforme all'art. 6, par. 1, lett. e), del codice frontiere Schengen, che tra le condizioni per il valido ingresso dei cittadini terzi per soggiorni di breve durata stabilisce anche la seguente: «non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica (...)». La CGUE anticipa che tale condizione deve essere applicata anche al soggiorno, non solo all'ingresso: è dunque possibile disporre il rimpatrio di chi non soddisfi detta condizione. Ora, di base l'interessato può essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico solo se il comportamento individuale rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato. Tuttavia, la Corte annota che a volte le accezioni «ordine pubblico» e «pubblica sicurezza» possono essere più ampie (es. nozione di «pubblica sicurezza» nel contesto della direttiva 2004/114, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato). La valutazione della CGUE deve tener conto dei termini all'art. 6, par. 1, lett. e), del codice frontiere Schengen, del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui esso fa parte. A tal fine, la Corte spiega che la disposizione in esame è diversa da altre che potrebbero essere astrattamente paragonabili, come l'art. 27, par. 2, direttiva 2004/38; e diversi sono anche gli interessi sottesi al quadro giuridico di riferimento. Pertanto, nel pensiero dei giudici di Lussemburgo «l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dalla Corte alle autorità competenti degli Stati membri nella verifica del rispetto delle condizioni cui è subordinato il rilascio di un visto uniforme deve logicamente, tenuto conto della complessità di un tale esame essere riconosciuto alle suddette autorità anche quando esse stabiliscono se un cittadino di un Paese terzo costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del codice frontiere Schengen». Ebbene, l'art. 6, par. 1, lett. e) del codice frontiere Schengen non reca quei riferimenti testuali che impongono un'interpretazione restrittiva dei concetti di ordine pubblico e pubblica sicurezza; se i criteri di cui sopra valessero anche per questa disposizione il legislatore dell'Unione li avrebbe enunciati. Infine, il codice frontiere Schengen richiede che il controllo di frontiera contribuisca alla prevenzione di «qualunque minaccia» per l'ordine pubblico. Per questi motivi, la prassi prevista dal diritto dei Paesi Bassi e applicata nel caso di E.P. non è, in generale, contraria all'art. 6, par. 1, lett. e) CFS. Occorre, però, che il reato in questione presenti una gravità sufficiente, alla luce della sua natura e della pena prevista, da giustificare la cessazione immediata del soggiorno del cittadino di Stato terzo nel territorio degli Stati membri e che i sospetti a carico dell'interessato siano fondati su elementi concordanti, obiettivi e precisi.

Limiti all'interruzione delle condizioni materiali di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale

Nel caso *Haqbin* (CGUE, C-233/18, 12 novembre 2019), la Corte ha fornito ulteriori ragguagli sulla possibilità di limitare le condizioni di assistenza materiale da garantire ai richiedenti protezione internazionale nei Centri di accoglienza. Il minore non accompagnato Haqbin, cittadino afgano che aveva presentato domanda di protezione internazionale in Belgio, era stato temporaneamente escluso dall'assistenza materiale in un Centro di accoglienza, a seguito di una rissa con altri soggetti ospitati in quel luogo: in pratica, era stato lasciato fuori dal Centro per 15 giorni. Nella causa instaurata a tale riguardo, però, sorgeva l'esigenza di interpretare l'art. 20, par. 4 e par. 5, della direttiva 2013/33 (direttiva accoglienza). Il par. 4, infatti, non menziona la riduzione o la revoca delle condizioni materiali di accoglienza, di cui si occupano i primi tre paragrafi, ma afferma che gli Stati membri «possono prevedere sanzioni applicabili alle gravi violazioni delle regole dei Centri di accoglienza nonché ai comportamenti gravemente violenti». Il par. 5 prescrive che la riduzione o revoca delle condizioni materiali di accoglienza, così come le sanzioni devono essere accompagnate da una serie di garanzie sostanziali e procedurali. La CGUE chiarisce che il diritto di accedere alle condizioni materiali di accoglienza nello Stato ospitante non è assoluto e che le sanzioni di cui parla l'art. 20, par. 4, della direttiva 2013/33 possono essere stabilite dagli Stati membri sulla base di un certo margine di discrezionalità. Per capire fino a che punto le autorità nazionali si possono spingere per comprimere le condizioni materiali di accoglienza ai sensi della direttiva, la Corte precisa che occorre condurre un'interpretazione che vada oltre il mero dato testuale dell'art. 20, par. 4. Intanto, la Corte supera l'equivoco di fondo, ammettendo che il termine «sanzione» può, in linea di principio, avere ad oggetto anche le condizioni materiali di accoglienza, benché il par. 4 non le citi espressamente (a differenza dei parr. 1, 2 e 3). Passando al par. 5, la CGUE lo ricollega alla necessità di garantire il pieno rispetto della dignità umana nonché a promuovere l'applicazione, in particolare, dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali. Ne consegue che una misura *ex art. 20, par. 4*, non può avere l'effetto di porre l'interessato in una situazione di estrema deprivazione materiale che non gli consenta di far fronte ai suoi bisogni più elementari (ad esempio, nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio), sì da pregiudicare la sua salute fisica o psichica o da farlo versare in uno stato di degrado incompatibile con tale dignità. Simili eventualità contrasterebbero anche con l'obbligo di proporzionalità della misura sfavorevole, invocato sempre dal par. 5 della direttiva. Per la Corte interrompere l'accesso a tutte le condizioni materiali di accoglienza equivale a negare all'individuo in questione un livello di vita dignitoso e comporta una violazione del diritto UE. Questi rilievi valgono specialmente laddove vi siano state altre sanzioni efficaci a disposizione delle autorità competenti (ad esempio, restringere la libertà dell'interessato ad una zona circoscritta del Centro di accoglienza) e a maggior ragione se chi subisce la sanzione è un minore non accompagnato, in quanto soggetto vulnerabile.

Concetto di «avente diritto» nel contesto della direttiva 2004/38

Nel caso *Chenchooliah* (CGUE, C 94/18, 10 settembre 2019) è stato approfondito il concetto di «avente diritto» nell'ambito della direttiva 2004/38. La sig.ra Chenchooliah, cittadina mauriziana, per qualche tempo ha beneficiato di un diritto di soggiorno (perlomeno temporaneo di tre mesi ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2004/38) in Irlanda, visto che lì aveva contratto matrimonio con un cittadino portoghese. Tuttavia, il marito era rientrato in Portogallo per scontare una pena detentiva e, di conseguenza, aveva smesso di esercitare il proprio diritto di libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione nello Stato ospitante. Le autorità irlandesi concludevano allora che anche la sig.ra Chenchooliah non avesse titolo per rimanere in quello Stato, ritenendo che avesse perso la qualità di avente diritto ai sensi della direttiva 2004/38. La questione doveva essere esaminata dall'Alta Corte irlandese, che si rivolgeva alla CGUE per capire se, in specie, l'allontanamento della sig.ra Chenchooliah dovesse avvenire in conformità delle disposizioni della direttiva (e, se del caso, quali) o se invece fosse regolato dalla normativa nazionale o meno. La Corte conferma che l'interessata non è più avente diritto *ex art.* 3, par. 1, della direttiva 2004/38, ma chiarisce che l'atto in questione detta anche un insieme di regole dirette a disciplinare la situazione risultante dalla perdita del beneficio di uno dei diritti in esso previsto, in particolare in caso di partenza del cittadino dell'Unione dallo Stato membro ospitante. Dunque, le autorità irlandesi possono adottare un provvedimento di allontanamento in forza dell'art. 15 della direttiva, ma attenendosi alle condizioni enunciate nello stesso. Ne deriva che le garanzie prescritte agli articoli 30 (notificazione dei provvedimenti) e 31 (garanzie procedurali) della medesima direttiva si applicano *mutatis mutandis*, anche se la Corte puntualizza che rimangono escluse le disposizioni che si riferiscono a ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica, non essendo queste le ipotesi che connotano la situazione in cui versa la sig.ra Chenchooliah. Viceversa, il caso concreto non potrà essere sottoposto a regole nazionali che non tengano conto degli artt. 30 e 31 della direttiva 2004/38.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

ESPULSIONI

Misure alternative al trattenimento

Nel fascicolo n. 3/2018 avevamo dato atto che la Corte di cassazione – con due ordinanze interlocutorie del 7.9.2018 – aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98, che disciplina le misure alternative al trattenimento, disposte dal questore nei confronti di straniero espellendo titolare di passaporto in corso di validità, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida della misura dell’obbligo di presentazione agli uffici di pubblica sicurezza in determinati giorni si svolga in udienza, con la partecipazione necessaria del difensore dell’interessato, per preteso contrasto con gli artt. 13 e 24, co. 2, Cost. La questione è ora stata decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 280/19 pubblicata lo scorso 20 dicembre, che ha dichiarato l’infondatezza delle questioni. Riservando al prossimo numero un commento articolato della decisione, ci limitiamo ora ad una rapida disamina.

Punto di partenza dei dubbi di costituzionalità è la considerazione che l’obbligo di presentazione periodica agli uffici di polizia, in quanto misura restrittiva della libertà personale, soggiace alle garanzie di cui all’art. 13 Cost., e, quindi, il remittente dubitava che la riserva di giurisdizione potesse ritenersi soddisfatta dalla convalida meramente cartolare che l’art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98 prevede, senza necessaria celebrazione di udienza alla presenza del difensore. La Consulta richiama la propria sentenza n. 144/1997 (avente ad oggetto la legittimità dell’obbligo di presentazione agli uffici di polizia disposto dal questore nei confronti di persone resesi responsabili di comportamenti violenti in occasione di manifestazioni sportive) che, pur riconoscendo l’incidenza sulla libertà personale di tale misura, tuttavia osservava come il diritto di difesa potesse essere garantito da una pluralità di discipline, in considerazione della varietà dei contesti, derivante dalla diversa incidenza della misura sul bene protetto. Così come con la pronuncia citata la Corte rilevò come le garanzie di cui agli artt. 13 e 24 Cost. fossero sufficientemente tutelate, stante la possibilità da parte dell’interessato di presentare memorie od osservazioni al giudice della convalida, personalmente o tramite difensore, analogamente deve essere ritenuta sufficiente la convalida meramente cartolare prevista dalla norma ora sospettata d’incostituzionalità. Inoltre, la Corte rileva la limitata incidenza sulla libertà personale dell’obbligo di presentazione alla pubblica sicurezza (a differenza del fermo o dell’arresto) e, parallelamente, osserva come la convalida abbia ad oggetto solo l’esistenza e validità del decreto espulsivo e la sua eventuale manifesta illegittimità, sicché non sono violati i parametri indicati dal remittente. Quanto alla specificità del destinatario della misura – lo straniero – e le prevedibili difficoltà linguistiche, culturali e sociali che possono ostacolare le sue capacità di difesa, si ritengono sufficienti gli obblighi informativi previsti all’art. 3, co. 3 e

4, d.p.r. 394/99 inerenti l'assistenza linguistica attuata dall'obbligo di traduzione dell'atto in lingua conosciuta dal destinatario, e la garanzia dell'assistenza legale, fiduciaria o officiosa. Tuttavia la Corte conclude per l'infondatezza delle questioni «sulla base dei soli parametri evocati nell'ordinanza di rimessione (artt. 3 e 24 Cost.), che definiscono il perimetro dell'odierna questione di legittimità costituzionale», il che lascia intuire che possono astrattamente essere esaminate questioni basate su altri parametri; e nell'ultimo paragrafo, precisa che le garanzie di informazione previste dalla disciplina sussistono «naturalmente a condizione che all'avviso si accompagni la comunicazione da parte delle questure, con modalità effettivamente comprensibili per l'interessato (eventualmente anche grazie all'intervento dei mediatori culturali, sulla cui normale presenza presso le questure insiste la stessa Avvocatura generale dello Stato), dei recapiti dei difensori d'ufficio ai quali in concreto rivolgersi nell'ipotesi in cui egli intenda esercitare il proprio diritto a presentare memorie o deduzioni al Giudice di pace, anche in relazione alla possibile manifesta illegittimità del provvedimento di espulsione o alla sussistenza di ragioni ostative, ancorché sopravvenute, all'esecuzione del provvedimento medesimo; sì da assicurare piena effettività al diritto alla difesa tecnica, che l'art. 3, co. 4, del d.p.r. n. 394 del 1999 riconosce allo straniero sottoposto alle misure di cui alla disposizione censurata». Ed è proprio su tali conclusioni che ci ripromettiamo di intervenire prossimamente.

Espulsioni ministeriali

Il Tar Lazio, sez. I-ter, con sentenza pubblicata il 13.12.2019, ha ribadito la legittimità di un provvedimento di espulsione, con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica, disposto dal Ministro dell'interno per motivi attinenti all'ordine pubblico ed alla sicurezza dello Stato, nei confronti di un giovane pakistano. Costui aveva postato sui social network un video con cui sparava con un kalashnikov (fatto risalente ad anni addietro) in Pakistan in occasione di un festeggiamento matrimoniale, a suo dire secondo il costume locale, ed era stato indagato per addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-*quinquies* c.p.) per avere pubblicato su Facebook diverse fotografie che lo ritraevano mentre impugnava armi, procedimento concluso con sentenza di non luogo a procedere. A fronte delle censure di genericità della motivazione del provvedimento espulsivo sollevata dal ricorrente, i giudici hanno ribadito che le espulsioni ministeriali e per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale, costituiscono espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa, come si evince dal carattere estremamente generico dei requisiti legittimanti previsti dalla legge (art. 13, co. 1, d.lgs. 286/98 e art. 3, d.l. 144/2005), essendo sufficiente la sussistenza di fondati motivi per ritenere che la permanenza in Italia dello straniero possa costituire un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, senza che sia necessario appurarlo con assoluta certezza. Nella materia in esame, concludono i giudici amministrativi, la tutela della via privata e familiare (art. 8 CEDU) non è incondizionata, essendone consentita

l'ingerenza – se prevista dalla legge – quale misura necessaria ai fini della sicurezza nazionale (art. 2 CEDU).

Ricorso avverso decreto di allontanamento cittadini dell'Unione europea: legittimazione passiva del Ministero dell'interno

Ricorre per cassazione l'Amministrazione dell'interno contro una sentenza di una Corte territoriale che aveva respinto il gravame ritenendo che la legittimazione passiva in materia di allontanamento di cittadini comunitari spettasse al prefetto. La Corte di cassazione, sez. I civ., con ordinanza n. 269 pubblicata il 9.1.2020, afferma il principio di diritto secondo cui «gli artt. 22 d.lgs. n. 30/2007 e 17 d.lgs. n. 150/2011, con riguardo al ricorso avverso il provvedimento di allontanamento per motivi di pubblica sicurezza, per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per i motivi di cui all'art. 21 del cit. d.lgs. n. 30/2007, adottato contro cittadini dell'Unione europea o i loro familiari, non prevedono una speciale legittimazione passiva del prefetto, la quale non può essere ricavata per analogia dalla previsione, di natura eccezionale, contenuta nell'art. 18 d.lgs. n. 150/2011 in relazione al procedimento di opposizione all'espulsione; conseguentemente, tale ricorso va proposto contro il Ministero dell'interno in persona del Ministro, unico legittimato passivo, cui l'atto introduttivo deve essere notificato *ex art. 11, co. 1, r.d. n. 1611/1933* presso l'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede il Tribunale avanti al quale è portata la causa».

Espulsione amministrativa per soggiorno illegale: volontarietà del soggiorno

Non può essere disposta l'espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 all'atto della scarcerazione di uno straniero che abbia fatto ingresso in Italia in forza di mandato d'arresto europeo. È quanto ha deciso Cass. civ. sez. I, ord. n. 270/2020, pubblicata il 9.1.2020. Invero, la fattispecie espulsiva consistente nell'essersi lo straniero trattenuto in Italia senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto (otto giorni lavorativi dall'ingresso), presuppone un atto volontario della persona che, pur conscia dei suoi doveri, tenga la condotta omissiva prevista dalla legge. Tale situazione non si registra, invece, se lo straniero si sia forzosamente trattenuto a seguito di provvedimenti restrittivi emessi nei suoi confronti. Occorre allora domandarsi come si possa conciliare detto principio con la previsione dell'obbligo di chiedere il permesso di soggiorno nei termini indicati, salvo i casi di forza maggiore, che, per costante giurisprudenza della Corte, non è integrata dalla condizione di detenuto. L'elemento differenziale parrebbe consistere nel fatto che, nel caso in esame, lo straniero non ha fatto ingresso in Italia volontariamente, bensì in forza di mandato d'arresto europeo, e tanto meno si è trattenuto volontariamente; mentre può essere legittimamente espulso all'atto della scarcerazione colui che, essendo già in Italia prima della detenzione, abbia omissso di chiedere il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno in pendenza di carcerazione. È l'ingresso coattivo in Italia che determina l'involontarietà del soggiorno coatto.

Espulsione e condizioni di salute

Un Giudice di pace aveva respinto il ricorso (corredato da qualificate fonti internazionali) proposto avverso l'espulsione motivato sulla base delle precarie condizioni salute dello straniero, sul presupposto che la patologia psichiatrica allegata fosse temporanea e che il suo Paese di provenienza (nella specie il Marocco) dovesse considerarsi evoluto ed idoneo, con le sue strutture, a curare la patologia da cui era affetto lo straniero. Il decreto è stato annullato con rinvio dalla Cassazione (Cass. civ. sez. I, ord. n.272/2020, pubblicata il 9.1.2020) per non avere il giudice del merito motivato la ritenuta infondatezza di quanto allegato, limitandosi ad affermazioni apodittiche.

Espulsione e protezione internazionale: espulsione e divieto di *refoulement*: obblighi del giudice

A seguito di un ricorso avverso un'espulsione amministrativa in cui si deduceva la sussistenza di condizioni ostative derivanti dal timore di persecuzione, in ragione del proprio orientamento sessuale, nel Paese di origine dello straniero, il Giudice di pace lo respingeva in applicazione del principio di diritto per cui l'espulsione è provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, sicché al giudice ordinario è consentito solo valutare l'esistenza e la validità del decreto di espulsione.

Di diverso avviso è stata la Corte di cassazione che, con ordinanza Cass. civ., sez. I, n. 33166, pubblicata il 16.12.2019, ha richiamato il proprio orientamento precisando che in caso di diniego della protezione internazionale, l'opposizione all'espulsione fondata sul divieto di *refoulement* deve fondarsi su nuove o diverse ragioni rispetto a quelle oggetto del procedimento di protezione che il giudice deve valutare sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo. Accertamento doveroso – anche in sede di opposizione all'espulsione – perché l'obbligo di cooperazione istruttoria grava anche sul Giudice di pace, al pari di quello della protezione internazionale. Conseguenza che il Giudice di pace, in sede di opposizione all'espulsione, deve pronunciarsi sul concreto pericolo, prospettato dall'opponente, di essere sottoposto a persecuzione o trattamenti disumani e degradanti.

Nello stesso senso si veda altresì Cass. civ. sez. I, ord. n. 32344, pubblicata l'11.12.2019, in cui si precisa che l'accertamento che compete al Giudice di pace, in attuazione del principio di *non refoulement*, non è subordinato alla avvenuta formalizzazione della domanda di protezione internazionale, né alla volontà di avvalersi di tale misura.

***Segue:* Domanda di protezione internazionale presentata dopo l'adozione di decreto espulsivo**

Con articolata ed esaustiva motivazione, la Cassazione si interroga sulle conseguenze di una domanda di protezione internazionale presentata successivamente all'adozione di un decreto

espulsivo motivato sulla base della pericolosità sociale dello straniero (Cass. civ., sez. I, sent. 27077, pubblicata il 23.10.2019). In primo luogo, la Corte nega l'esistenza di connessione tra la causa conseguente all'impugnazione dell'espulsione e quella instaurata a seguito del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, richiamando il suo consolidato orientamento secondo cui se lo straniero, dopo essere stato raggiunto da un decreto di espulsione, presenti domanda di riconoscimento della protezione internazionale, sul giudice chiamato a decidere della legittimità dell'espulsione non incombe alcun obbligo di sospendere il relativo giudizio *ex art. 295 c.p.c.* (sospensione necessaria) stante l'assenza di un rapporto di pregiudizialità tra le due situazioni. Il che, ovviamente, non significa che lo stesso giudice possa (ma non debba obbligatoriamente) disporre la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto espulsivo e rinviare la causa all'esito del giudizio sulla domanda di protezione. In secondo luogo, la Corte affronta la questione relativa all'ambito di operatività dell'art. 7, d.lgs. 25/2008, a mente del quale il richiedente è autorizzato a restare nel territorio dello Stato sino alla decisione della Commissione territoriale, in caso di espulsione disposta prima della domanda di protezione, che rappresenta il "cuore" della questione. Indubbiamente, il diritto del richiedente asilo a restare nel territorio dello Stato sino all'esito – amministrativo o giudiziale, a seconda che la domanda sia stata proposta prima o dopo la c.d. riforma Minniti – della richiesta, configge con l'obbligo dello Stato di allontanare gli stranieri irregolare, a maggior ragione se ritenuti pericolosi. Trattasi di obblighi vincolanti, di derivazione eurounitaria: art. 9, co. 1, dir. 2013/32/UE, quanto al primo e art. 6, co. 1, dir. 2008/115/UE, quanto al secondo. Tale apparente antinomia è stata risolta dalla giurisprudenza della CGUE nei seguenti termini, riassunti nella motivazione della sentenza in esame:

- il richiedente protezione non può essere considerato irregolarmente soggiornante fino all'esito della relativa procedura (CGUE, 30.5.2013, Arslan nella causa C-534/11);
- lo stesso richiedente, se non può essere espulso, può nondimeno essere trattenuto in appositi Centri, in presenza di esigenze cautelari previste dalla legge, previa valutazione caso per caso (CGUE, 30.5.2013, Arslan nella causa C-534/11);
- la proposizione di una domanda di protezione dopo che il richiedente si è stato raggiunto da un provvedimento espulsivo, non determina la sua caducazione, ma solo la sua ineseguitabilità, sino alla conclusione della procedura (CGUE, 15.2.2016, J.N. nella causa C-601/15);
- a seguito del rigetto della domanda di protezione, il decreto espulsivo riacquista l'efficacia temporaneamente sospesa e la procedura di espulsione riprende il suo corso (CGUE, 15.2.2016, J.N. nella causa C-601/15).

In definitiva, la presentazione di una domanda di protezione internazionale proposta dopo l'adozione e la notificazione di un decreto espulsivo non determina la nullità di quest'ultimo, ma solo ne impedisce temporaneamente l'eseguitabilità, mentre, invece, l'accoglimento della domanda comporta l'annullamento – giudiziale o in autotutela – del decreto di espulsione.

Segue: Espulsione disposta in pendenza del termine per impugnare il diniego della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza

Negli ultimi tempi si registrano numerosi provvedimenti di espulsione adottati e notificati contestualmente alla notifica di provvedimenti di rigetto della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 28-ter, d.lgs. 25/2008 (disposizione introdotta con il d.l. 113/2018, convertito, con modificazioni, nella l. 132/2018) o, comunque, in pendenza del termine per impugnare. Di seguito diamo atto dei primi orientamenti giurisprudenziali di legittimità e di merito.

A soli tredici giorni dalla notificazione del rigetto della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza, il richiedente veniva fatto oggetto di decreto espulsivo che tempestivamente impugnava al competente Giudice di pace il quale rigettava il ricorso, nonostante non fosse ancora spirato il termine di 15 giorni per proporre ricorso giurisdizionale avverso la decisione negativa della commissione territoriale. La Corte di cassazione (Cass. civ. sez. I, ord. n. 32958, pubblicata il 13.12.2019), decidendo nel merito, ha annullato senza rinvio l'ordinanza del Giudice di pace, specificando come l'art. 32, co. 4, d.lgs. 25/2008 preveda che il rigetto della domanda di protezione per manifesta infondatezza, comporti – alla scadenza del termine – l'obbligo, per il richiedente, di lasciare il territorio nazionale, richiamando precedente ordinanza della stessa sezione.

Stupisce che, a fronte di una disposizione così semplice, l'Amministrazione emetta provvedimenti così macroscopicamente illegittimi. Tuttavia, lo stupore viene meno se si considera che provvedimenti espulsivi sono stati notificati – addirittura contestualmente alla notifica del rigetto per manifesta infondatezza – nei confronti di migranti sbarcati a Lampedusa (come nei casi di seguito indicati), ragion per cui sorge spontaneo il dubbio che si tratti di prassi consapevolmente poste in essere al fine di allontanare prima possibile costoro, confidando che la gran parte non ricorre ad un giudice. Una sorte di “snellimento delle procedure” nei confronti di cittadini tunisini, appartenenti a Paesi di origine sicura.

E così, con due ordinanze “gemelle” emesse da due diversi Giudici di pace di Agrigento, sono stati annullati due decreti espulsivi adottati e notificati dalla locale prefettura nei confronti di due cittadini tunisini nella stessa data: il 2.11.2019, contestualmente alla notifica del rigetto della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza. In questi casi i giudici hanno applicato correttamente il disposto di cui all'art. 32, co. 4, d.lgs. 25/2008, conformemente al citato insegnamento della Cassazione.

Profili procedurali

È cassato con rinvio il provvedimento del Giudice di pace che, dopo avere disposto il rinvio dell'udienza di trattazione di un ricorso avverso un decreto espulsivo, in accoglimento dell'istanza di rinvio per legittimo impedimento del difensore del ricorrente, ha preso a decisione la causa senza accertarsi che la Cancelleria avesse avvisato le parti della data dell'udienza di rinvio (Cass. civ. sez. I, ord. n. 33508, pubblicata il 17.12.2019).

È cassato senza rinvio il provvedimento del Giudice di pace (con annullamento nel merito del decreto espulsivo) che non ha rilevato la nullità del provvedimento amministrativo di espulsione per omessa traduzione nella lingua conosciuta dal destinatario, e nemmeno ha sindacato la sostenibilità dell'affermazione della P.A. di essere impossibilitata a tradurre l'atto ricorrendo così alla traduzione in lingua veicolare (Cass. civ. sez. VI, ord. n. 65, pubblicata il 7.1.2020).

TRATTENIMENTO

Diritto al contraddittorio nell'udienza di convalida e di proroga del trattenimento

La Corte di cassazione, con due ordinanze della I sezione civile, n. 26837/2019 e n. 26838/2019, entrambe depositate il 21.10.2019, e con la successiva ordinanza n. 32342/2019 depositata l'11.12.2019, ha ribadito che al procedimento giurisdizionale di decisione sulla proroga del trattenimento dello straniero nel Centro di identificazione ed espulsione ai sensi degli artt. 21, co. 2, e 28, co. 2, del d.lgs. n. 25 del 2008 si applicano le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 cui rinvia l'art. 21 cit. per il procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento, senza che sia necessaria una richiesta dell'interessato di essere sentito.

Avviso al difensore

La Corte, con ordinanza della I sezione civile n. 27939/2019 depositata il 30.10.2019, ha ribadito che la mancata notificazione al difensore dell'avviso di fissazione dell'udienza di convalida del trattenimento comporta il difetto di una condizione di procedibilità della richiesta e la nullità dell'udienza celebrata senza la partecipazione del difensore tempestivamente avvisato.

Riesame del trattenimento

La Corte di cassazione, con ordinanza della I sezione civile n. 27076/2019 depositata il 23.10.2019, ha ribadito che per effetto dell'art. 15 della direttiva 2008/115/UE, direttamente applicabile benché non attuata nell'ordinamento interno, lo straniero, nei cui confronti è stata applicata o prorogata la misura del trattenimento in un CIE-CPR, ha diritto al riesame della misura medesima con le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio, previste – nel diritto interno – dagli artt. 24 e 111 Cost., e – a livello comunitario – dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali della UE.

Con ordinanza interlocutoria n. 32365/2019 depositata l'11.12.2019, la medesima I sezione civile della Corte ha rimesso alla pubblica udienza la questione della decisione sull'istanza di riesame del trattenimento adottata in violazione del principio del contraddittorio senza procedere alla fissazione dell'udienza di comparizione personale delle parti.

Termini della proroga del trattenimento

La Corte di cassazione, con ordinanza della I sezione civile, n. 33178/2019, depositata il 16.12.2019, ha dichiarato l'illegittimità della proroga del trattenimento dello straniero presso un Centro di Permanenza per i Rimpatri (C.P.R.) che sia stata disposta (nel caso di specie, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 142/2015 perché lo straniero aveva presentato domanda di protezione internazionale) sulla base di un'istanza formulata successivamente alla scadenza del termine iniziale, o prorogato, della misura restrittiva. In tal caso, osserva la Corte, anche qualora il provvedimento con cui fu inizialmente convalidata la misura restrittiva non sia stato tempestivamente impugnato dal destinatario, il provvedimento di proroga va cassato senza rinvio, con conseguente cessazione del trattenimento. La Corte chiarisce che il *dies a quo* per la richiesta della proroga del trattenimento decorre non dalla data iniziale dello stesso, ma dalla scadenza dell'ultima proroga disposta dall'autorità giudiziaria.

Sempre in relazione ai termini della proroga del trattenimento del richiedente asilo, si segnala un provvedimento emesso dal Tribunale di Trieste il 13.1.2020, in cui si osserva che la proroga del trattenimento del richiedente asilo può essere *disposta* dal questore, e convalidata dal Tribunale, ai sensi dell'art. 6, co. 5, primo periodo del d.lgs. 142/2015, in pendenza della procedura amministrativa, mentre in pendenza del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'art. 6, co. 8, la proroga è *richiesta* dal questore e convalidata dal Tribunale. Il Tribunale di Trieste rileva poi che il trattenimento non può protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda di protezione internazionale, e che gli eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento; poiché la procedura d'esame della domanda di protezione internazionale presentata dallo straniero trattenuto avviene con la procedura accelerata prevista dall'art. 28-*bis* del d.lgs. 25/2008, che impone un termine massimo di 14 giorni per l'audizione del richiedente, e un termine massimo di quattro giorni per la decisione (termini che possono essere superati solo quando ciò sia necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda, fermi restando comunque i termini massimi previsti dall'art. 27, co. 3 e 3-*bis*), e nel caso di specie risultava dalla richiesta di proroga che dopo due mesi dalla presentazione della domanda di protezione internazionale non era ancora stata fissata l'audizione del richiedente, senza che vi fosse stata alcuna motivazione relativa alle esigenze di completo e adeguato esame della domanda, il Tribunale ha rigettato la richiesta di proroga del trattenimento.

Con la sopra citata ordinanza della I sezione civile n. 27939/2019 depositata il 30.10.2019, la Corte ha altresì ribadito che alla proroga del trattenimento si applicano le stesse garanzie previste per la convalida e imposte dalla Costituzione, ed è pertanto illegittima la proroga autorizzata oltre il termine di 48 ore dalla richiesta.

Legittimazione passiva

Nella sopra citata ordinanza interlocutoria n. 32365/2019 depositata l'11.12.2019, la Corte ha ribadito che il ricorso per Cassazione deve essere notificato all'Avvocatura generale dello Stato solo se questa aveva assunto il patrocinio dell'Amministrazione convenuta nelle fasi di merito a mezzo della competente Avvocatura distrettuale, diversamente il ricorso deve essere notificato all'Amministrazione presso la propria sede.

Cognizione del giudice della convalida sul provvedimento presupposto, manifesta illegittimità

La Corte, nell'ordinanza n. 26839/2019 della I sezione civile depositata il 21.10.2019, ribadisce il principio della c.d. doppia tutela secondo il quale il giudice della convalida del trattenimento non può sindacare il decreto di espulsione, che è atto presupposto dell'ordine di trattenimento, dovendo limitarsi a verificarne l'esistenza e l'efficacia, e, come chiarito nell'ordinanza n. 17407/2014 del 30.7.2014, la non manifesta illegittimità. La Corte precisa che l'illegittimità dell'atto presupposto, che può essere sindacata dal giudice della convalida, deve essere manifesta e cioè non richiedere uno specifico accertamento giudiziale.

Motivazione

La Corte di cassazione, con ordinanza della I sezione civile n. 23450/2019 depositata il 20.9.2019, ha dapprima ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 del d.lgs. 286/1998, sollevata dal ricorrente, per asserito contrasto con i principi posti dagli artt. 3 co. 2, 10 co. 1 e 2 e 13 co. 1, 2 e 3 Cost., nella parte in cui detta norma non prevede che l'ordine di trattenimento del questore possa essere emesso soltanto nella sussistenza di tassativi casi eccezionali di necessità e urgenza. La Corte ha rilevato che il legislatore ha previsto un controllo giurisdizionale (la convalida) sul provvedimento amministrativo di trattenimento, sostanzialmente analogo a quelli previsti per le misure cautelari e di prevenzione, proprio al fine di consentire la verifica immediata della sussistenza dei presupposti minimi occorrenti per giustificare la limitazione della libertà personale dello straniero trattenuto, mentre la successiva proroga della misura è stata affidata direttamente alla cognizione dell'autorità giudiziaria, che può disporla su richiesta del questore. La Corte osserva che la norma da un lato assicura l'immediato controllo giurisdizionale sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione della misura (attraverso il giudizio di convalida), e dall'altro lato attribuisce il potere di prorogare gli effetti della misura medesima direttamente all'autorità giudiziaria, e all'Amministrazione un mero potere di impulso. Dopo aver escluso i profili di legittimità costituzionale della norma, la Corte ribadisce che il provvedimento di proroga del trattenimento dello straniero presso un C.P.R., analogamente a quello che dispone inizialmente la misura, incide sulla libertà personale del suo destinatario, limitandola, sia pure per un tempo determinato. Ai sensi dell'art. 13 Cost. la libertà personale ha natura inviolabile

e le relative misure limitative possono essere disposte solo dalla legge con provvedimento motivato dell'autorità giurisdizionale. Il doppio principio della riserva di legge e del motivato controllo giurisdizionale vale quindi per qualsiasi misura che abbia effetto limitativo della libertà personale, ivi incluso il trattenimento dello straniero nel C.P.R. e la sua eventuale proroga. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la proroga era stata disposta dal giudice senza una idonea motivazione: il Giudice di pace, infatti, aveva fatto ricorso alla formula di stile "sussistendo i presupposti di legge", inidonea a integrare il così detto minimo costituzionale della motivazione.

Nell'ordinanza n. 32338/2019, depositata l'11.12.2019, la I sezione civile della Corte di cassazione ha ritenuto legittima la proroga del trattenimento fondata sull'avvenuto deposito da parte dell'Amministrazione della richiesta di rilascio del lasciapassare inoltrata al Consolato del Paese di origine, a riprova dell'avvio della procedura finalizzata all'acquisizione del documento necessario per il rimpatrio; la Corte ha affermato che il mancato riscontro da parte del Consolato non consente di per sé di escludere una futura ottemperanza.

Analogamente, con ordinanza n. 33172/2019 depositata il 16.12.2019, la Corte ha ritenuto sussistenti i presupposti per disporre la proroga del trattenimento dello straniero in attesa delle informazioni richieste all'Ambasciata del Paese di origine ai fini della sua identificazione.

Precedente detenzione

Nella sopra citata ordinanza n. 32338/2019, depositata l'11.12.2019, la I sezione civile della Corte di cassazione si è pronunciata sull'ambito di applicabilità del termine massimo di trattenimento previsto dall'art. 14, co. 5, del d.lgs. 286/1998, per gli stranieri che siano stati detenuti in una struttura carceraria per un periodo superiore a 90 giorni. La Corte ha affermato che non rileva, ai fini dell'applicazione di tale norma, il periodo di detenzione sofferto in epoca risalente rispetto alla data del trattenimento, poiché deve sussistere un rapporto di continuità temporale tra il trattenimento presso la struttura carceraria e quello presso il Centro.

Trattenimento del richiedente asilo, inammissibilità della domanda reiterata *ex art. 29-bis* d.lgs. 25/2008

Meritano di essere commentati in questa sede alcuni provvedimenti che hanno affrontato le questioni poste dall'introduzione dell'art. 29-*bis* nel d.lgs. 25/2008 per opera del d.l. 113/2018 convertito in l. 132/2018.

Si tratta della norma che prevede che la domanda di protezione internazionale reiterata, presentata dallo straniero nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale, sia considerata inammissibile in quanto presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento di allontanamento; la norma prevede poi che in tal caso non si proceda all'esame della domanda ai sensi dell'art. 29 del medesimo d.lgs. 25/2008.

In virtù di questa norma, alcune questure hanno ritenuto di poter dichiarare esse stesse l'inammissibilità della domanda di protezione internazionale reiterata presentata dallo straniero trattenuto; le stesse questure hanno ritenuto di poter mantenere il trattenimento, già disposto e convalidato dal Giudice di pace ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 286/1998, senza provvedere a un nuovo trattenimento, con la relativa richiesta di convalida al Tribunale, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 142/2015.

Tale prassi ha incontrato tuttavia la ferma censura dei Tribunali investiti della questione attraverso lo strumento dei ricorsi d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.; in particolare il Tribunale di Roma si è più volte pronunciato (*ex multis*, nel decreto del 25.11.2019 e nell' ordinanza del 9.12.2019), affermando che l'art. 29-*bis* del d.lgs. 25/2008 non autorizza a ritenere che la proposizione di una domanda reiterata resti del tutto priva di effetto, nel senso cioè che non debba essere sottoposta ad un vaglio di ammissibilità ad opera dell'autorità competente, che ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 25/2008 resta sempre la Commissione territoriale e non la questura. Il Tribunale di Roma ha poi rilevato che l'art. 29-*bis* del d.lgs. 25/2008 non ha modificato l'art. 6 del d.lgs. 142/2015, che impone invece la convalida del trattenimento del richiedente asilo da parte del Tribunale, senza alcuna eccezione. Nello stesso senso si è espresso anche il Tribunale di Bari con decreto del 20.12.2019.

La tutela accordata in via di urgenza tuttavia non sempre giunge in tempo. In un caso portato all'attenzione del Tribunale di Roma è infatti accaduto che la questura, dopo aver dichiarato inammissibile la domanda reiterata di protezione internazionale e senza aver chiesto la convalida del trattenimento al Tribunale, procedesse al rimpatrio di una cittadina straniera prima che il Tribunale potesse pronunciarsi sul ricorso d'urgenza. Dopo l'esecuzione dell'espulsione, il Tribunale emetteva decreto cautelare in cui dichiarava il diritto della cittadina straniera al riesame della sua domanda di protezione internazionale e a rimanere nel territorio nazionale fino alla definizione del procedimento. Il difensore della cittadina straniera estendeva allora la domanda al rilascio di un'autorizzazione al rientro in Italia. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 22/11/2019, ha confermato il diritto della ricorrente di veder raccolta la sua domanda di protezione internazionale con l'allegazione dei fatti nuovi, e in relazione alla richiesta di autorizzazione al rientro ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero degli Esteri, competente all'eventuale rilascio dell'autorizzazione; con la successiva ordinanza dell' 11.2.2020 il Tribunale ha ordinato al Ministero degli esteri di consentire alla ricorrente il rientro in Italia al fine di presentare la domanda reiterata di protezione internazionale, mediante la concessione del visto di cui all'art. 25 del reg. 2009/810/CE, o mediante altra misura equipollente.

Risarcimento dei danni da illegittimo trattenimento

Si segnala infine una decisione della Corte d'appello di Roma, la sentenza n. 7206/2019 pubblicata il 21.11.2019 (all. 6), con cui è stata accolta la richiesta di risarcimento dei danni avanzata da un cittadino tunisino, già titolare di permesso di soggiorno per motivi umanitari,

che era stato espulso e trattenuto dopo aver sottoscritto dinanzi alla polizia di frontiera una dichiarazione di rinuncia alla protezione internazionale. La Corte d'appello, in riforma della decisione del Tribunale, ha ritenuto che in mancanza dei necessari approfondimenti da parte della Commissione territoriale sulla genuinità e la spontaneità di tale dichiarazione di rinuncia, questa non poteva comportare l'automatico venir meno della misure di protezione riconosciuta allo straniero e pertanto non poteva giustificare la sua espulsione (che peraltro era stata poi annullata dal Giudice di pace). Stabilita così l'illegittimità del trattenimento, la Corte ha ritenuto che la privazione della libertà personale abbia cagionato un danno non patrimoniale in termini di patema d'animo, perturbamento delle abitudini di vita, ansia e stress, e ha liquidato tale danno in via equitativa con riferimento ai parametri utilizzati dalla giurisprudenza in materia di riparazione per ingiusta detenzione, ridotto *ex art. 1227 c.c.* per il comportamento dello straniero che non aveva saputo chiarire la propria posizione al momento del controllo.

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Permesso di soggiorno per lavoro autonomo e diritto al rinnovo per attesa occupazione

Con sentenza n. 6249/2019 il Consiglio di Stato ha esaminato l'appello proposto da un cittadino straniero, da anni regolarmente soggiornante, a cui il questore aveva rifiutato il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo per asserita insufficienza reddituale per gli anni di validità del titolo. Provvedimento confermato dal Tar Liguria, avverso il quale è stata, dunque, proposta impugnazione di 2^a grado.

Dopo una ampia ricostruzione dei fatti (che evidenziano che il cittadino straniero ha svolto sia attività lavorativa subordinata che di tipo autonomo, dopo avere perso il lavoro, con redditi variabili ma non inesistenti), il Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento di revoca e la sentenza regionale, ritenendo che anche il titolare di permesso per lavoro autonomo abbia diritto al rinnovo «per attesa occupazione», in analogia a quanto previsto per il lavoratore subordinato. L'Alto Consesso, infatti, afferma che «l'interessato, pur titolare di un permesso per lavoro autonomo, ha effettivamente perso il proprio posto di lavoro quale lavoratore dipendente nell'anno preso a riferimento per il rinnovo e che, comunque, questa Sezione, con sentenza n. 6070/2014, ha ritenuto di dover estendere anche alla disciplina del lavoro autonomo la previsione contenuta nell'art. 22, co. 11, TUI per il lavoro subordinato, secondo cui, nel caso di perdita del lavoro, il cittadino extracomunitario ha diritto ad ottenere un permesso di soggiorno per attesa occupazione della durata di un anno».

Nella pronuncia in esame si precisa, inoltre, che non è necessario dimostrare «in modo assoluto ed ininterrotto» un determinato livello di reddito, ma, in ossequio a quanto previsto dall'art. 5, co. 5 TU 286/98 «al contrario, l'Amministrazione deve comunque tener conto di comprovati fatti sopravvenuti prima del provvedimento (in primis: un rapporto di lavoro che faccia presumere una prospettiva di continuità per il futuro), che superino situazioni di carenza di reddito riscontrate durante il pregresso periodo di validità del precedente permesso» (in senso conforme è richiamata la sentenza n. 5176/2018 dello stesso C.S.).

Il rilascio di un permesso «per attesa occupazione» consente, secondo il giudice amministrativo d'appello, di rivolgere lo sguardo non sui redditi passati ma sulla capacità futura di svolgimento di attività lavorativa.

Conversione del permesso per lavoro stagionale: requisiti

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 8580/2019, ha accolto l'appello proposto dal Ministero dell'interno, di impugnazione della sentenza con cui il Tar Lazio aveva annullato il diniego di conversione del permesso di soggiorno da lavoro stagionale a lavoro, ritenendo che fosse stato svolto lavoro stagionale per un periodo superiore a 3 mesi.

L'accoglimento dell'appello è motivato in ragione dell'accertamento che, in effetti, il cittadino straniero non aveva lavorato come stagionale per un periodo almeno trimestrale, come previsto dall'art. 24, co. 10 TU 286/98; norma la cui finalità è rinvenuta «nell'esigenza di evitare che la stipulazione di un contratto di lavoro stagionale diventi un espediente per soggiornare sul territorio dello Stato e successivamente conseguire, più facilmente rispetto agli extracomunitari non soggiornanti, un permesso di soggiorno per lavoro subordinato».

Dunque, il Consiglio di Stato conferma l'imprescindibilità, per potere trasformare il permesso stagionale in permesso di lavoro, di superare detto termine trimestrale.

Rilascio di PSUE e mancanza di passaporto

Con sentenza n. 8423/2019 il Consiglio di Stato ha annullato il diniego di rilascio del permesso UE di lungo soggiorno, disposto dal questore di Reggio Calabria per mancato tempestivo riscontro alla richiesta di integrazione documentale inviata *ex art. 10-bis* legge 241/90 con indicazione del termine di 10 gg., pena l'archiviazione. Il Tar Reggio Calabria aveva rigettato il ricorso, per non avere il ricorrente dimostrato che la documentazione inviata dopo la scadenza di detto termine avrebbe condotto ad un esito diverso, ciò di cui il Tar ha dubitato perché all'epoca il ricorrente non disponeva del passaporto ma della sola ricevuta di avvenuta sua richiesta.

Il Consiglio di Stato censura sia il provvedimento amministrativo che quello giudiziale. Quanto alla intempestività del riscontro documentale, afferma che «La fissazione di un termine da parte dell'Amministrazione a fini di integrazione documentale, pena "l'archiviazione", costituisce soluzione procedimentale finalizzata ad evitare situazioni di stallo imputabili all'istante, che nelle more del procedimento continua a godere dell'efficacia prorogata del precedente titolo. *Tuttavia, essa dev'essere applicata con ragionevolezza e proporzionalità*, atteso che gli effetti della, invero, atipica "archiviazione" sono del tutto equiparati, nella sostanza, a quelli di un diniego per motivi formali, incidenti in modo esiziale sul titolo dal quale dipende la permanenza sul territorio nazionale.

Nel caso di specie il termine concesso per la produzione documentale integrativa era di soli 10 giorni, oggettivamente breve rispetto al tempo utilizzato dall'Amministrazione per la complessiva istruttoria.».

Evidenzia il Giudice d'appello che la produzione del passaporto avrebbe dato esito diverso al procedimento se non fosse stato imposto il troppo breve termine di cui all'art. 10-*bis* legge 241/90.

Non solo. Pur ritenendo astrattamente necessaria la produzione del passaporto anche in fase di rinnovo del titolo di soggiorno, ai sensi degli artt. 4, co. 1 e 5, co. 4 TU 286/98, «È tuttavia evidente che mentre in sede di primo ingresso nel territorio lo straniero non possiede, di norma, altri documenti validi sul territorio nazionale al di fuori del passaporto, nel caso di rinnovo del permesso di soggiorno il concetto di equipollenza acquisisce maggiore rilevanza e pregnanza,

essendo possibile per lo straniero regolarmente soggiornante ottenere la carta d'identità, ossia un valido documento di identificazione».

Poiché nel caso esaminato il cittadino straniero, in Italia da anni, era titolare di carta di identità, essa doveva essere ritenuta equipollente ai fini dell'esatta identificazione del medesimo, con la conseguenza che non doveva essere ritenuto dirimente il possesso di un passaporto in corso di validità.

NOTA di Nazzarena Zorzella

La pronuncia del Consiglio di Stato, qui rassegnata, è di sicuro interesse per i cittadini stranieri, ai quali le questure non rinnovano il permesso di soggiorno nelle more del rinnovo del passaporto, lasciandoli nel limbo per lungo tempo (tanto è necessario per il rilascio del passaporto), ma è altresì di interesse per i titolari di protezione sussidiaria o umanitaria, ai quali non viene rilasciato il titolo di viaggio, previsto invece per i titolari di *status* di rifugiato.

Revoca del permesso di soggiorno per maltrattamenti in famiglia: presupposti

Il Tar Lombardia, Milano, con la sentenza n. 2770/2019 ha annullato il provvedimento del questore di Milano che aveva disposto la revoca ad un cittadino straniero a seguito di assoggettamento a misura cautelare penale «dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai figli e alla moglie, in quanto indagato per il reato di maltrattamenti in famiglia, ai danni di due dei suoi tre figli e della moglie» per il reato di maltrattamenti in famiglia. Misura da cui il questore aveva tratto il convincimento della sua pericolosità sociale. Il Tar annulla detto provvedimento in quanto il questore ha assunto in maniera automatica la qualificazione di pericolosità sociale, omettendo di considerare la complessità della situazione familiare risultante dagli atti procedimentali (due dei tre figli della moglie sono affetti da disturbi comportamentali e cognitivi gravi), l'intervenuta modifica della misura cautelare con cui il GIP aveva autorizzato il cittadino straniero a visitare la moglie in ospedale, a incontrare il figlio minore e ad avvicinarsi al figlio maggiore (incapace di provvedere a se stesso) per provvedere al suo accudimento, ignorando anche la relazione del Comune di Milano che dava conto del comportamento positivo del cittadino straniero, che seguiva tutte le indicazioni dategli dai Servizi, provvedendo effettivamente all'accudimento della prole e senza tenere conto, infine, del percorso psicologico e terapeutico intrapreso.

In sede processuale il Tar ha richiesto al Comune di Milano una relazione sociale, da cui emerge il lento ma progressivo miglioramento della situazione familiare, oggettivamente problematica, tanto che «ne deriva che i comportamenti di rilevanza penale valorizzati dall'Amministrazione sono maturati e devono essere collocati in un particolare contesto temporale, sicché non sono espressivi di un'attuale e concreta pericolosità sociale del ricorrente, in quanto egli ha dato prova di attivarsi proficuamente per la gestione e la cura dei figli problematici, tanto che, ben prima dell'adozione del decreto impugnato, il giudice penale ha modificato la misura cautelare, così da consentirgli di occuparsi dei figli e di incontrare la moglie».

Proprio in conseguenza della parziale istruttoria sottesa al provvedimento di revoca del permesso di soggiorno, il Tar Milano l'ha, dunque, annullato.

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO STATUS DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

La discriminazione per l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale (nel caso in esame l'*orientamento sessuale del ricorrente*, cittadino del Senegal) comporta, nella decisione del 27.11.2019 del Tribunale di Brescia, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Con particolare riferimento alla valutazione di credibilità, effettuata in seguito alla rinnovazione dell'audizione orale da parte del Tribunale,

il Collegio ha evidenziato come, in maniera lineare e senza contraddizioni, il ricorrente abbia fornito elementi per ritenere attendibile «nonostante qualche incertezza, spiegabile con la particolare delicatezza della materia» le dichiarazioni relative al proprio orientamento sessuale, al momento in cui si era accorto della propria inclinazione sessuale, al modo di vivere la propria sessualità, e alle conseguenze in termini di stigma sociale, soprattutto con riferimento al comportamento della propria famiglia (descritto con precisione in termini di netto rifiuto di fronte alla possibilità di accettare un figlio con orientamento omosessuale).

In merito alle informazioni sul Paese d'origine, il Tribunale ha precisato che: «l'attuale leggero miglioramento della condizione dei LGBT in Senegal rispetto agli anni precedenti, in un contesto nel quale esplicitare l'omosessualità comporta ancora il rischio della misura carceraria e dell'aggressione fisica da parte dei concittadini (come concretamente avvenuto nel caso di specie tanto da essersi reso necessario l'intervento della polizia per fermare gli aggressori), non faccia venir meno la sussistenza del presupposto in fatto per riconoscere al ricorrente lo *status* di rifugiato, essendovi tuttora il ragionevole timore che egli, in caso di rimpatrio, possa essere vittima di persecuzione a causa del proprio orientamento sessuale».

Ancora in merito ai presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato in ragione dell'orientamento omosessuale del ricorrente, la Suprema Corte – nell'ordinanza n. 28197 del 31.10.2019, attraverso ampi richiami al consolidato orientamento di legittimità – ha ribadito che ove il richiedente adduca il rischio di persecuzione, al fine di ottenere la protezione internazionale, il giudice non deve valutare nel merito la sussistenza o meno del fatto, ossia la fondatezza dell'accusa, ma deve limitarsi ad accertare, ai sensi degli artt. 8, co. 2, e art. 14 lett. c) del d.lgs. 25.11.2017 n. 251, se tale accusa sia reale, cioè effettivamente rivolta al richiedente nel suo Paese, e dunque suscettibile di rendere attuale il rischio di persecuzione o di danno grave in relazione alle conseguenze possibili secondo l'ordinamento straniero. Nel caso in esame, invece, la Corte territoriale si era limitata a dare conto delle indagini fatte sulla situazione generale del Paese, omettendo di dare conto degli approfondimenti effettuati per

appurare se il ricorrente fosse considerato dalle autorità omosessuale e per accertare come fosse trattata l'omosessualità in Gambia.

Opinioni politiche

Il Tribunale di Brescia, con decreto del 4.6.2019, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino della Guinea, cresciuto a Conakry, in quanto era stato condannato per il solo fatto di aver manifestato il proprio pensiero politico contro il Presidente della Repubblica. Nella domanda di protezione il ricorrente aveva precisato che non era mai stato un membro del partito, ma un manifestante che, in occasione di due manifestazioni in vista delle elezioni comunali, era stato arrestato dalla gendarmeria. Ha prodotto, solo nella fase giurisdizionale (grazie alla trasmissione da parte del fratello), documentazione attestante la sua condanna in contumacia a 5 anni di reclusione (per aver manifestato contro l'elezione del Presidente della Repubblica ed aver fatto resistenza ai pubblici ufficiali che cercavano di fermare la manifestazione), il suo mandato di arresto ed una copia dell'estratto del Casellario penale da cui risulta la condanna «per ribellione ed incitamento alla rivolta». Particolarmente significativo quanto ribadito dal Tribunale bresciano in merito al fatto che lo *status* di rifugiato non postula che il soggetto sia «un capo o un leader politico e comunque va riconosciuto anche a coloro che siano impediti ad esercitare liberamente il diritto di manifestare il proprio pensiero politico». Il riconoscimento della forma di protezione maggiore è stato effettuato all'esito di una completa ed accurata analisi delle informazioni sul Paese d'origine relative al rischio per il ricorrente, in caso di rimpatrio, di essere arrestato e costretto a scontare la pena comminata, nonché alla possibilità per i cittadini guineani di manifestare liberamente il proprio pensiero politico.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

Art. 14 lettera c), d.lgs. 19.11.2007 n. 251

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 14283/2019 del 24.5.2019, pur dando atto dell'esistenza di un opposto orientamento di legittimità (Cass. 33096/2018 e Cass. 4892/2019) – chiamata a pronunciarsi in merito al dovere del giudice di verificare la sussistenza di una situazione di violenza indiscriminata da conflitto armato interno invocata da un ricorrente, ritenuto inattendibile nella parte relativa alle ragioni che lo avevano spinto a lasciare il Paese d'origine – ha affermato che la protezione di cui all'art. 14, lett. c), d.lgs. 19.11.2007 n. 251, prescinde da fatti che attengono ad una vicenda individuale che il richiedente ha l'onere di allegare e provare. Ad avviso della Suprema Corte «il fatto costitutivo della forma di protezione in esame è infatti la situazione di pericolo generalizzato dato dalla violenza indiscriminata in presenza di conflitto armato nel Paese o nella regione in cui l'istante deve essere rimpatriato. La prova di tale situazione, in difetto di attivazione della parte, va acquisita d'ufficio dal giudice».

Con decreto del 7.10.2019 il Tribunale di Milano ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del *Mali*, nato e cresciuto a Kolokani, nella regione di Koulikoro, inserita, nel documento UNHCR *Position on returns to Mali, Update II* del luglio 2019 tra le regioni di non rimpatrio. Nella decisione del Tribunale meneghino sono stati esaminati, in ossequio al criterio olistico raccomandato dall'UNHCR, tutti i profili relativi agli sviluppi politici, alle condizioni di sicurezza, alla situazione dei diritti umani, all'assenza di un'adeguata risposta statale nonché al numero degli sfollati interni e alla situazione umanitaria.

D.lgs. 19.11.2007, art. 14 lett. a) e b)

Il Tribunale di Firenze, con decreto n. 6427/2019 del 25.9.2019, ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del Pakistan, originario della zona di Lahore, in ragione del rischio di rimanere vittima di un c.d. *delitto d'onore* e, dunque, di subire una minaccia grave ed individuale alla propria incolumità. Nella domanda, il ricorrente, anche grazie ai chiarimenti resi nel corso dell'audizione dinanzi al Tribunale, ha precisato che, dopo aver intrattenuto una relazione sentimentale con una ragazza per oltre due anni aveva dovuto subire le violente reazioni della famiglia di lei che lo avevano costretto a lasciare il Paese d'origine. Nella motivazione del Collegio fiorentino, particolarmente accurata nella parte relativa alle informazioni sul Paese d'origine, si legge che le dichiarazioni del ricorrente, specifiche e circostanziate, riferiscono di una vicenda intrafamiliare di matrice etnico religiosa che ha dato origine ad un violento conflitto regolato «secondo rapporti di forza extra giuridici».

Il rischio di subire un trattamento inumano e degradante conseguente alle *condizioni delle carceri in Ghana* giustifica, nella decisione assunta dal Tribunale di Brescia (decreto del 14.5.2019) il riconoscimento della protezione sussidiaria *ex art. 14, lett. b) d.lgs. 25.11.2007 n. 251*. Nel caso preso in esame dal Tribunale bresciano, il ricorrente, originario di Kumasi – accusato di aver partecipato ad alcuni scontri che si erano verificati quando alcuni giovani, per ordine del capo Tafo, avevano abbattuto una recinzione eretta dai musulmani per proteggere un cimitero – è stato ritenuto esposto al rischio che, in caso di rimpatrio, avrebbe subito un danno ai sensi e per gli effetti del richiamato art. 14, in ragione del fatto che lo stesso avrebbe rischiato di essere condannato, quantomeno in concorso, per plurimi reati quali quelli contemplati dalle sezioni 196 e ss. codice penale del Ghana (rivolta) e 206 (detenzione di armi offensive), e quindi si sarebbe trovato ad essere ristretto in condizioni carcerarie estremamente dure e tali da integrare il trattamento inumano e degradante. Appare significativo sottolineare che, nella decisione in esame, il Tribunale ha ravvisato la sussistenza del rischio futuro in caso di rimpatrio anche in assenza di prova di ricerche da parte delle autorità e dell'inizio di un processo a carico del ricorrente.

Ancora le condizioni carcerarie in Ghana – ritenute dal Tribunale di Brescia, nel decreto del 12.12.2019 «non solo preoccupanti, ma tali da integrare un concreto pericolo di tortura o comunque un trattamento inumano o degradante» – costituiscono la ragione del riconoscimento della protezione sussidiaria ad un cittadino del Ghana, nato e vissuto a Takoradi. Solo all’esito dell’audizione svolta dinanzi al Tribunale il ricorrente è riuscito a chiarire alcune delle contraddizioni emerse nella fase amministrativa. In particolare ha riferito di aver emesso alcuni assegni senza provvista, per provare a far fronte ad un debito molto oneroso, che non riusciva a saldare, e di temere, per tale motivo, l’arresto (e, dunque, la detenzione nelle carceri ghanesi che prevedono che, alla pena detentiva, siano accompagnati i lavori forzati). Nella motivazione, il Collegio, all’esito delle ricerche effettuate nell’adempimento del dovere di cooperazione sullo stesso gravante, ha dato conto dell’esistenza della sezione 313A del Criminal Code del 1960, che punisce anche con una pena detentiva l’*emissione di assegni a vuoto*.

QUESTIONI PROCESSUALI

Valutazione di credibilità e dovere di cooperazione del giudice

La Suprema Corte, pronunciata sul contenuto della «cooperazione istruttoria», nell’ordinanza n. 16028 del 14.6.2019, ha precisato che: l’attenuazione del principio dispositivo in cui la c.d. «cooperazione istruttoria» consiste si colloca non dal versante dell’allegazione, ma esclusivamente da quello della prova; che il dovere di cooperazione istruttoria, collocato esclusivamente dal versante probatorio, trova per espressa previsione normativa un preciso limite tanto nella “reticenza del richiedente” e nella non credibilità delle circostanze che egli pone a sostegno della domanda. Nella decisione in esame si afferma che il dovere di cooperazione istruttoria può essere “innescato” (per usare le parole della Corte di cassazione) solo ove si sia in presenza di allegazioni «precise, complete, circostanziate e credibili, e non invece generiche, non personalizzate, stereotipate, approssimative e, a maggior ragione, non credibili». Proseguendo nell’esame del *dovere di cooperazione*, la Suprema Corte, tornando ad utilizzare argomenti “funzionali” che sembrano particolarmente ricorrenti nelle decisioni della Corte di cassazione chiamata a decidere di ricorsi volti ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, afferma che tale dovere rappresenta *«l’unico strumento che l’ordinamento si riserva al fine di scongiurare un troppo comodo uso strumentale della normativa in discorso»*.

Ancora in merito al dovere di cooperazione, la Corte di cassazione – con ordinanza n. 25900 del 14.10.2019 – aderisce all’orientamento di legittimità in forza del quale, qualora le dichiarazioni del ricorrente vengano ritenute inattendibili alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui all’art. 3 del d.lgs. 25.11.2017 n. 251, non occorre procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la situazione persecutoria nel Paese di origine prospettata dal richiedente ai sensi dell’art.14 lett. a) e b) del citato decreto, salvo che la

manca di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori (a medesime conclusioni giunge anche la Corte di cassazione nell'ordinanza n. 24868 del 4.10.2019).

La Suprema Corte nella pronuncia n. 23459 del 20.9.2019 – chiamata a pronunciarsi sul tema del dovere di cooperazione istruttoria del giudice – ha ribadito come, a prescindere dal fatto che il richiedente, nella fase amministrativa, abbia fatto riferimento o meno alla condizioni di instabilità del Paese d'origine, il giudice sia tenuto ad una verifica aggiornata al momento della decisione, anche in ragione del fatto che la necessità di ricevere protezione dal Paese ospitante può sorgere anche in un momento successivo rispetto alla partenza del richiedente dal Paese di origine ovvero all'arrivo in quello ospitante. Nella fattispecie presa in esame dalla Corte di cassazione il ricorrente aveva allegato che, per le accuse contro di lui formulate, egli sarebbe stato passibile di morte. Proprio per questo, ad avviso della Suprema Corte, il Tribunale di primo grado avrebbe dovuto esaminare la posizione del ricorrente anche alla luce di informazioni aggiornate sul contesto del sistema criminale della Nigeria, onde così pervenire a un giudizio completo in ordine al possibile trattamento che il sistema criminale del Paese di provenienza avrebbe riservato al richiedente, accusato di aver commesso un grave reato.

Il dovere di cooperazione, le informazioni sul Paese d'origine (c.d. COI) e il contraddittorio costituiscono i temi oggetto della decisione della Corte di cassazione n. 29056 dell'11.11.2019. Nella decisione in esame la Suprema Corte, dopo aver ricostruito in punto analitico e accurato il quadro normativo e giurisprudenziale sul dovere di cooperazione e sulla acquisizione delle COI, distingue due ipotesi.

Nella prima – fattispecie nella quale la parte non abbia offerto alcuna informazione precisa, pertinente e aggiornata sulle condizioni del Paese di origine – la acquisizione d'ufficio delle COI costituisce attività integrativa che sana l'inerzia della parte, e quindi non diminuisce le garanzie processuali del soggetto, anzi le amplia, né lede in alcun modo i suoi diritti. «In virtù del dovere di cooperazione il giudice verifica, infatti, se sussista una chance, alla luce della COI come sopra assunte, di accoglimento dell'istanza di protezione, quale che sia poi in concreto l'esito della causa. Nessun *vulnus* concreto al diritto di difesa si può in questo caso prospettare se il giudice non sottopone preventivamente le COI assunte d'ufficio al contraddittorio, purché renda palese nella motivazione a quali COI ha fatto riferimento, onde consentire, eventualmente, la critica in fase di impugnazione, nel merito o sulla legittimità della procedura di acquisizione».

Nella seconda, invece – quella nella quale la parte abbia esplicitamente indicato COI, aggiornate e pertinenti, specificamente riferite al rischio che è stato dedotto, indicandone la fonte, la data e prendendo posizione sulle condizioni del Paese di origine, sulla loro incidenza nella posizione individuale del richiedente, e su come le COI indicate consentano di ritenere il

racconto attendibile, nonché concreto ed attuale il rischio dedotto – ove in ipotesi il giudice ritenga di utilizzare altre COI, di fonte diversa o più aggiornate, che depongono in senso opposto a quelle offerte dal richiedente, egli dovrà sottoporle preventivamente al contraddittorio, perché diversamente si arrecherebbe, in concreto, un irredimibile *vulnus* al diritto di difesa.

Domande reiterate

La Prima Sezione civile, con ordinanza n. 25876 del 12.9.2019, chiamata a pronunciarsi su una decisione di inammissibilità pronunciata dal Tribunale di Milano, ha precisato che se il ricorrente, dopo aver proposto una prima domanda di protezione internazionale, ne propone una successiva, sulla base di nuovi documenti, anche in presenza di una declaratoria di inammissibilità da parte della Commissione (che, dopo aver sentito il ricorrente e valutato i nuovi documenti, non ha deciso nel merito, ma ha dichiarato la domanda inammissibile), egli aveva diritto di impugnare nel termine ordinario di 30 giorni e non nel termine ridotto di 15 giorni. La Suprema Corte ha precisato che «diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale milanese, ai fini del termine per la proposizione dell'impugnazione doveva aversi riguardo all'effettivo contenuto del provvedimento impugnato, che si atteggiava quale rigetto nel merito di una domanda reiterata ammissibile, nonostante l'incongruo dispositivo».

Il Tribunale di Milano, con decreto del 13.11.2019 – adito da un ricorrente cui era stato notificato un provvedimento con il quale l'ufficio immigrazione della questura di Milano aveva dichiarato «*l'inammissibilità ex lege della domanda di protezione internazionale reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento ex art. 29-bis del d.lgs. 25/2008 introdotto dal d.l. 113/2018 convertito con l 132/2018*» – ha affermato che la previsione del richiamato art. 29-bis si pone in contrasto con l'art. 40 della direttiva 2013/32/UE in quanto: «radica la competenza a decidere sulla ammissibilità della domanda reiterata ad un ente accertatore *diverso* rispetto a quello previsto dagli art. 3 e 4 d.lgs. 25/08 – ordinariamente deputato a ricevere le domande – ed al di fuori delle ipotesi (tassative) previste dall'art. 4 co. 2, lettere a) e b) dir. 32/2013»; «conferisce un valore *ex lege* alla inammissibilità escludendo, cioè, ogni potere di valutazione, *anche in via preliminare*, sui fatti allegati a fondamento della domanda stessa e ciò sulla base di un fattore temporale/circostanziale costituito dall'essere stata la domanda reiterata presentata in costanza di un provvedimento di allontanamento dal territorio dello Stato ed attribuendo alla domanda, secondo una *presunzione di strumentalità iure et de iure* (come espressamente indicato dalla circolare della Commissione nazionale asilo n. 1 in data 2.1.2019), lo scopo di voler ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento stesso». Sulla base dei predetti elementi, il Tribunale meneghino, pertanto, applicando direttamente la normativa comunitaria (art. 40 sopra richiamato) in luogo dell'art.

29-*bis* ritenuto incompatibile con la detta normativa, ha demandato alla Commissione territoriale di compiere l'esame preliminare della domanda proposta dal ricorrente.

Regime intertemporale

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 25113 dell'8.10.2019 – con riferimento al disposto dell'art. 35-*bis*, co. 2, del d.lgs. 25.1.2008 n. 25, inserito dall'art. 6, co. 1, lett. g) del d.l. n. 13 del 2007 – ai sensi del quale è previsto che i termini per l'impugnazione del provvedimento reiettivo della Commissione territoriale sono dimezzati nei casi di cui al d.lgs. n. 25 del 2008, art. 28-*bis* ovvero quando nei confronti del richiedente la protezione sia stata adottata una misura di trattenimento ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 142 del 2015 – ha affermato che il termine dimezzato di impugnazione, nei giudizi introdotti prima dell'entrata in vigore del d.l. 4.10.2018 n. 113, può trovare applicazione solo nel caso in cui la domanda sia stata presentata in base a questioni prive di alcuna attinenza con i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale ai sensi del d.lgs. 19.11.2007, n. 251 e non anche nel diverso caso in cui la Commissione abbia ritenuto la domanda stessa manifestamente infondata.

Richiesta di sospensiva dell'efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale

Il Tribunale di Bologna, con decreto del 25.11.2019, nel valutare la sussistenza dei «fondati motivi», ai sensi dell'art. 35-*bis*, co. 13, del d.lgs. 25/2008, ha affermato che, trattandosi di istanza in materia cautelare, nella valutazione della domanda di sospensiva debba esservi necessariamente una valutazione del *periculum in mora*, in relazione al grave ed irreparabile danno che possa derivare al ricorrente dalla messa in esecuzione della decisione, anche in ragione di un'interpretazione costituzionalmente orientata. In merito a tale requisito, i giudici bolognesi ne hanno ravvisato l'esistenza in ragione del rischio della non ripristinabilità della situazione soggettiva sulla quale il provvedimento di diniego ha inciso, della fuoriuscita dal sistema di accoglienza e della perdita dell'attività lavorativa. Con specifico riferimento alla valutazione della fondatezza dei motivi, il Tribunale ha precisato che, per l'accoglimento dell'istanza, non può essere richiesta una puntuale prognosi di accoglibilità dell'impugnazione del provvedimento, da parte dello stesso giudice che lo ha emesso, atteso che la stessa si tradurrebbe in un riesame della propria decisione, che non compete a detto giudice.

Udienza di comparizione e rinnovazione dell'audizione

Nella sentenza 23.10.2019 n. 27073 la Suprema Corte ha affermato che solo con il ricorso introduttivo il richiedente ha l'onere di indicare gli elementi costitutivi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) e dunque di allegare i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della pretesa, oltre all'indicazione specifica di eventuali mezzi di prova e documenti dei quali intenda valersi.

Con specifico riferimento al rapporto tra fase amministrativa e fase giurisdizionale, nella pronuncia in esame gli ermellini hanno affermato che «qualora il richiedente proponga nel ricorso giurisdizionale motivi nuovi, o anche solo elementi di fatto nuovi, che si riferiscano, integrandoli in modo significativo, ai motivi già proposti, e che non siano stati sottoposti alla Commissione territoriale, sebbene antecedenti alla domanda di protezione internazionale, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, il giudice debba sottoporli all'autorità amministrativa e, quindi, valutarli ai fini della decisione». Tale argomentazione è stata sostenuta in forza di un espresso richiamo alla sentenza della Corte di giustizia 4.10.2018 – causa C-652/2016, Nigyar Rauf Kaza Ahmedbekova, Rauf Emin Ogla Ahmedbekov contro Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite – resa però con riferimento ad un ordinamento giuridico nel quale il giudice della protezione internazionale ha poteri solo di annullamento e non di riconoscimento della protezione, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano.

Viene ribadito, infine, che i *nova* devono essere valutati dal giudice, consentendo al richiedente di illustrarli di persona, ove manchi la videoregistrazione e si tratti di nuovi motivi o di elementi di fatto nuovi, che il richiedente non ha illustrato dinanzi alla Commissione territoriale, a meno che gli elementi non siano privi di rilevanza o non siano sufficientemente distinti da quelli già presi in considerazione dall'autorità accertante, secondo la espressa valutazione del giudice.

DIRITTO D'INGRESSO IN ITALIA per MOTIVI di ASILO *ex art. 10, co. 3 COST.*

La sentenza n. 22917/2019 del 28.11.2019 del Tribunale di Roma è la prima che affronta, in anni recenti, la questione del diritto d'ingresso in Italia di richiedenti asilo, ai quali sia stato impedito con respingimenti collettivi alla frontiera e che affronta quel diritto d'ingresso in applicazione diretta dell'art. 10, co. 3 della Costituzione al fine di potere presentare la domanda di riconoscimento della protezione internazionale.

Enorme è la portata di questa pronuncia, sia per l'accertata responsabilità dello Stato italiano per i respingimenti collettivi ed il rinvio in Libia, ove è acclarato da anni che i migranti vengono sottoposti a torture e trattamenti inumani e degradanti, sia per il potenziale espandersi del diritto d'ingresso per asilo per tutti coloro ai quali sia concretamente impedito.

Ricordando la sentenza del 1999 nel caso Ocalan, sempre del Tribunale di Roma, è confermata la diretta precettibilità dell'art. 10, co. 3 della Costituzione e l'inviolabilità del diritto in esso espresso, inteso, vale la pena ripeterlo, anche come diritto di accedere nel territorio italiano.

Importanti sono anche i profili risarcitori contenuti nella sentenza del Tribunale di Roma, così come l'accertamento dello Stato italiano che non poteva non conoscere, già nel 2009, quanto accadeva in Libia, integrandosi pertanto la sua colpevole condotta.

I fatti come esposti: «....gli attori hanno rappresentato di essere fuggiti dal proprio Paese di origine, l'Eritrea, e di essere partiti, in data 27 giugno 2009, dalle coste libiche a bordo di un'imbarcazione, con l'obiettivo di arrivare in Italia e di vedere riconosciuto il proprio diritto

alla protezione internazionale. Gli attori hanno esposto che il 30 giugno 2009, quando si trovavano a poche miglia da Lampedusa, si verificava l'avaria del motore, che lasciava il gruppo, composto da 89 persone, in balia delle onde fino all'arrivo di militari della Marina italiana che, giunti a bordo di un gommone, proveniente dalla Nave Orione, provvedevano ad attivare il salvataggio trasportando le persone a bordo dell'imbarcazione. Gli odierni attori hanno precisato di essere stati perquisiti dai militari a bordo della Nave Orione che procedevano a sequestrare gli effetti personali in loro possesso (tra cui foto, denaro e documenti), di essere stati fotografati, con attribuzione a ciascuno di un numero identificativo, e rassicurati sul fatto che sarebbero stati condotti sul territorio italiano dove avrebbero potuto chiedere la protezione internazionale. Secondo la ricostruzione dei fatti contenuta degli atti di parte attrice al sopraggiungere delle prime ore del mattino dell'1 luglio 2009, i naufraghi presenti sull'imbarcazione si sarebbero accorti che la nave non stava andando in direzione dell'Italia ma, al contrario, era diretta verso la Libia; conseguentemente, il panico si sarebbe diffuso nel gruppo che avrebbe iniziato a protestare, suscitando la reazione del personale della Marina militare italiana. In particolare, gli attori hanno esposto che quando la nave italiana veniva affiancata da un'imbarcazione libica l'agitazione sarebbe aumentata, molte persone avrebbero urlato ripetendo di aver bisogno di protezione internazionale e di voler chiedere asilo e domandando di non essere riconsegnati ai libici, deducendo che in Libia erano stati torturati, incarcerati e perseguitati al pari di quanto era accaduto nei loro Paesi di origine. Gli stessi hanno rappresentato che nonostante ciò erano stati consegnati alle autorità libiche e forzatamente trasportati a bordo della imbarcazione libica, dove venivano ammanettati con fascette di plastica».

Dopo essere stati imprigionati in Libia per vari mesi, torturati e maltrattati, i potenziali richiedenti asilo hanno raggiunto Israele, dove sono stati arrestati e poi rilasciati senza alcuna garanzia, nonostante la richiesta di riconoscimento del rifugio politico e dove si troverebbero attualmente sottoposti a trattamenti lesivi dei loro diritti fondamentali e a rischio di *refoulement*.

Nella causa proposta nel 2016 davanti al Tribunale di Roma, gli attori hanno chiesto l'adozione di misure cautelari finalizzate all'ingresso e nel merito l'accertamento della responsabilità risarcitoria dello Stato italiano, *ex art. 2043 c.c.*, nonché l'adozione di atti idonei all'ingresso in Italia al fine di formalizzare la domanda di protezione internazionale.

Nel giudizio così proposto, le Amministrazioni dello Stato si sono costituite, chiedendo il rigetto delle domande, in quanto nessuno degli 82 migranti salvati avrebbe manifestato la volontà di chiedere la protezione internazionale o l'asilo.

Dopo il rigetto dell'istanza cautelare – per difetto di prova della coincidenza degli attori con i migranti salvati nel 2009 – il giudizio si è svolto con lunga istruttoria, nell'ambito della quale quella prova si è formata attraverso varie testimonianze, sono state superate varie eccezioni processuali dedotte dalle Amministrazioni dello Stato ed accertata la loro condotta illegittima per violazione del principio fondamentale di *non refoulement*, di cui all'art. 33 Convenzione di

Ginevra, del divieto di espulsioni collettive, di cui al Protocollo n. 4 alla CEDU, del divieto di respingimento in caso di rischio di assoggettamento a trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 CEDU* e, non da ultimo, per violazione dell'art. 10, co. 3 della Costituzione.

Secondo il Tribunale, infatti, «si ritiene che laddove le autorità di uno Stato intercettino in mare dei migranti sorga in capo alle stesse l'obbligo di esaminare la situazione personale di ciascuno e di non attuare il respingimento dei rifugiati verso un territorio in cui la loro vita o la loro libertà sarebbero minacciate e in cui essi rischierebbe la persecuzione, con la precisazione che la mancata richiesta di asilo non consente di ignorare che in taluni Paesi sia riscontrabile una situazione di sistematico mancato rispetto dei diritti umani».

Sottolinea il Tribunale che «assume rilevanza la circostanza che al momento della commissione dei fatti contestati erano già stati diffusi dei rapporti realizzati da accreditate organizzazioni internazionali nei quali venivano denunciate e condannate le condizioni detentive e di vita dei migranti irregolari in Libia», richiamando vari di quei rapporti e pertanto le autorità italiane erano in grado di sapere che la Libia, Paese che non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, «non potesse considerarsi, all'epoca dei fatti di causa, approdo sicuro, con concreto rischio che i migranti venissero arrestati, sottoposti a violenze, nonché respinti verso l'Eritrea».

Il giudice romano ritiene irrilevante anche l'Accordo Italia-Libia, sia perché non riguarda espressamente il respingimento in Libia, sia soprattutto perché nessun accordo può mai derogare agli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica degli strumenti di tutela internazionali, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti umani nella causa *Hirsi c. Italia*, del 2012.

Il Tribunale ritiene, dunque, accertata la responsabilità dell'Italia per fatto illecito (art. 2043 c.c.), non potendo considerarsi incolpevole la condotta tenuta.

Quanto al *risarcimento del danno*, il Tribunale di Roma ha esaminato le allegazioni dei ricorrenti per le sofferenze patite e per le violazioni di diritti fondamentali di rango costituzionale, conseguenti al respingimento in Paese non sicuro, ha analizzato la giurisprudenza di legittimità in materia di risarcimento del danno non patrimoniale ed applicato il principio presuntivo del danno, liquidando equitativamente a favore di ogni attore la somma di € 15.000, in analogia alla sentenza della CEDU nel caso *Hirsi*.

Destinatari della condanna sono stati ritenuti la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero della difesa, la prima perché soggetto che ha stipulato l'Accordo Italia-Libia, il secondo perché la nave di soccorso e che ha effettuato il respingimento è della Marina militare. Il Tribunale affronta, infine, la richiesta di condanna al *risarcimento in forma specifica*, cioè di adozione di atti necessari per consentire l'ingresso in Italia per presentare la domanda di protezione internazionale ed in particolare di rilascio di visti umanitari ai sensi dell'art. 25 regolamento 810/2009 (cd. Codice di visti).

Precisa il giudice romano che tale richiesta non può avere natura di risarcimento in forma specifica, *ex art. 2058 c.c.* («in quanto rientra nella nozione di risarcimento in forma specifica

il rimedio consistente nella eliminazione materiale del danno mediante il ripristino della situazione anteriore all'illecito») e dunque qualifica la domanda come «di accertamento del diritto ad inoltrare domanda di protezione internazionale», respingendo l'eccezione delle Amministrazioni dello Stato secondo cui i fatti contestati sono avvenuti in acque internazionali, in quanto i profughi sono stati trasportati su una nave militare italiana e questa è qualificabile come facente parte del territorio italiano *ex art. 4 codice della navigazione*.

Qualificata, dunque, la domanda nei termini sopra detti, il Tribunale afferma di non potere ordinare un *facere* alla pubblica amministrazione, cioè il rilascio dei visti umanitari, in applicazione del principio di separazione dei poteri.

Tuttavia, il Tribunale giunge al medesimo risultato attraverso un diverso *iter* argomentativo e giuridico, ovverosia richiamando l'art. 10, co. 3 della Costituzione, diritto soggettivo perfetto, che fino all'abrogazione della protezione umanitaria di cui al d.l. n. 113/2018 era ritenuto essere completamente attuato all'interno del sistema della protezione internazionale, richiamando la giurisprudenza, anche recentissima, delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 29460/2019) ed arrivando a riconoscere il diritto di ingresso sul territorio nazionale, al fine di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale, *in applicazione diretta dell'art.10, co. 3 della Costituzione*.

Conclude così il Tribunale di Roma: «In altri termini, si ritiene che la qualificazione del diritto di asilo quale diritto soggettivo perfetto, rientrando nel catalogo dei diritti umani e di derivazione non solo costituzionale ma anche convenzionale imponga di individuare una forma di protezione in quei casi che, pur non rientrando nell'ambito applicativo della normativa nazionale di attuazione dell'art. 10 Cost., risultino meritevoli di tutela.

Si ritiene che in questo ambito possa espandersi il campo di applicazione della protezione internazionale mediante una diretta applicazione dell'art. 10, co. 3, Cost., volta a tutelare la posizione di chi, in conseguenza di un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, si trovi nell'impossibilità di presentare la domanda di protezione internazionale in quanto non presente nel territorio dello Stato, avendo le autorità dello stesso Stato inibito l'ingresso, all'esito di un respingimento collettivo, in violazione di principi costituzionali e della Carta dei diritti dell'Unione europea».

Per queste ragioni il Tribunale, oltre alla condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dai richiedenti, «accerta il diritto degli attori di accedere nel territorio italiano allo scopo di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale ovvero di protezione speciale, secondo le forme che verranno individuate dalla competente autorità amministrativa».

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL PROCEDIMENTO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

La non retroattività del d.l. n. 113/2018 in materia di protezione umanitaria

La Corte di cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 29460/2019, ha posto fine alla controversa questione dell'applicazione immediata del d.l. n. 113/2018, nella parte in cui,

abrogando l'art. 5, co. 6 TU 286/98 che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno umanitario in presenza di seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali, ha abrogato anche la possibilità di sua applicazione da parte delle Commissioni territoriali nell'ambito del sistema della protezione internazionale.

Nonostante l'orientamento maggioritario della Cassazione, cristallizzato nella sentenza n. 4860/2019, abbia ritenuto irretroattiva la nuova disciplina, la questione è arrivata alle Sezioni Unite su rinvio di una posizione minoritaria, secondo cui, invece, il d.l. n. 113 doveva essere applicato a tutti i procedimenti e a tutti i giudizi in corso, in quanto il diritto alla protezione umanitaria sorge con il suo riconoscimento, all'esito dello specifico procedimento a formazione progressiva (cfr. le Rassegne in questa *Rivista* nn. 1 e 2 del 2019).

La pronuncia qui in esame affronta tutte le questioni poste dall'ordinanza di rinvio, partendo dalla constatazione della mancanza, nel d.l. n. 113/2018, di una norma espressamente transitoria e pertanto dovendosi affrontare la questione secondo «le regole che scandiscono la successione delle leggi nel tempo». In generale, afferma la Corte, la legge che abroga si applica immediatamente per il futuro ma «non si può escludere l'applicabilità della legge abrogata per il passato, ossia per il periodo anteriore all'abrogazione» se la nuova legge modifichi una situazione giuridica già compiuta e proprio per evitare tale modificazione l'art. 11 delle preleggi vieta la retroattività della legge garantendo «il divieto di modificazione della rilevanza giuridica dei fatti che già si siano compiutamente verificati [...] o di una fattispecie non ancora esauritasi».

Nello specifico della protezione umanitaria la sentenza n. 29460 contesta la fondatezza della tesi della «fattispecie a formazione progressiva», afferma, in linea con molteplici pronunce, *che il diritto alla protezione umanitaria non sorge con il suo riconoscimento ma preesiste ad esso, dovendo solo essere accertato nell'ambito di uno specifico procedimento*. Le Sezioni Unite ribadiscono la natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti fondamentali della persona, *ex art. 2 Cost. e art. 3 CEDU*, prevista anche dal diritto europeo (direttiva 2008/115/CE, art. 6, par. 4), nel contempo espressione, insieme alla protezione internazionale, del diritto d'asilo costituzionale, *ex art. 10, co. 3 Cost.*, rispetto al quale il legislatore ha il solo potere di accertamento e di delineare le modalità di suo esercizio.

Ed è proprio la ricomprensione della tutela umanitaria nell'alveo costituzionale che, secondo le Sezioni Unite, esclude la retroattività della disciplina del d.l. n. 113/2018, perché, se così non fosse, opererebbe una «*diversa valutazione giuridica di fatti già accaduti*», escludendo il diritto al rilascio del permesso di soggiorno, con il rischio «*di entrare in frizione con la tenuta dei valori costituzionalmente tutelati*».

La sentenza precisa che il diritto di asilo nasce con l'ingresso sul territorio nazionale ma è la presentazione della domanda «*che identifica ed attrae il regime normativo della protezione per ragioni umanitarie da applicare*» e richiama, in proposito, l'art. 3, d.p.r. 21/2015, secondo cui la polizia di frontiera informa il richiedente asilo, che manifesta la volontà di chiedere il riconoscimento della protezione internazionale, a recarsi entro 8 gg. alla questura per la

formalizzazione della domanda, pena l'integrarsi della irregolarità di soggiorno. Regolarità che è soggetta alle norme in quel momento vigenti, così come lo è la valutazione sugli «*elementi utili*» all'esame, che il richiedente deve indicare nella domanda.

Nessuna discriminazione, dunque, tra coloro che presentano la domanda prima o dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 perché è «nella discrezionalità del legislatore delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme [...] ed è ragionevole che si applichino regole diverse a seconda del momento in cui il titolare della situazione soggettiva innesti il procedimento indirizzato alla tutela di essa, diversamente disciplinato nel tempo dal legislatore».

Ad ulteriore conferma, la sentenza evidenzia che il legislatore della riforma del 2018 ha previsto il protrarsi degli effetti della previgente disciplina, ritenendo che i permessi umanitari già rilasciati rimangono validi fino alla scadenza, così come siano validi gli accertamenti delle Commissioni territoriali con i quali sia già stata valutata la sussistenza dei presupposti della protezione umanitaria, anche se non ancora tradotti in permessi di soggiorno (oggi denominati «casi speciali»).

Conclude la Corte: «L'interpretazione costituzionalmente conforme della novella impone allora che, a fronte di tale sussistenza, recessiva sia la circostanza che vi sia stato un accertamento, meramente ricognitivo. Sicché non soltanto nel caso in cui, alla data di entrata in vigore del d.l. n. 113/18, la Commissione territoriale abbia già ritenuto la sussistenza dei gravi motivi di carattere umanitario (come stabilito dall'art. 1, co. 9, del d.lgs. n. 113/18), ma anche in quello in cui l'accertamento sia comunque in itinere il titolo di soggiorno dovrà rispondere alle modalità previste dall'art. 1, co. 9, del d.l. n. 113/18».

Chiara, dunque, è l'irretroattività, sul punto, della riforma 2018.

La sentenza a Sezioni Unite n. 29460/2019 affronta l'ulteriore questione posta dall'ordinanza interlocutoria, cioè quale sia *l'incidenza dell'integrazione sociale del richiedente asilo* in Italia per il riconoscimento della protezione umanitaria, nell'ambito della comparazione che, affermata nella sentenza n. 4455/2018, deve essere compiuta tra la condizione oggettiva e soggettiva del richiedente asilo nel Paese di origine.

L'ordinanza interlocutoria aveva contestato il quadro giuridico delineato dalla pronuncia n. 4455/2018, ritenendo che quella valutazione comparativa abbia «un contenuto vago ed indefinito e che prima ancora lo stesso parametro dell'integrazione sociale ha basi normative assai fragili, in mancanza di disposizioni che ne facciano menzione» ed inoltre perché la tutela umanitaria, legittimata dal diritto nazionale, si sovrapporrebbe alla protezione internazionale, di matrice unionale.

La Corte nega la fondatezza di siffatta tesi, a partire dall'evidenziare che già il diritto europeo apre a forme nazionali di protezione, diverse da quella internazionale (art. 2 lett. g) direttiva 2011/95/UE – CGUE, Grande Sezione, 9.11.2010 cause C-57/09 e C-101/09), ed afferma che nessuna sovrapposizione può paventarsi qualora la situazione nel Paese di origine del richiedente asilo, correlata alla sua specifica condizione, conduca al riconoscimento di una delle

due forme della protezione internazionale in applicazione dei chiari principi giurisprudenziali ben delineati sia nell'ordinamento italiano che in quello europeo (dei quali la pronuncia in commento offre ampia rassegna). Infatti «L'identificazione dei presupposti delle protezioni maggiori esclude il rischio di improprie sovrapposizioni paventato in ordinanza».

Nel merito, la sentenza premette che «Quanto ai presupposti utili a ottenere la protezione umanitaria, non si può trascurare la necessità di collegare la norma che la prevede ai diritti fondamentali che l'alimentano» e ribadisce che la protezione umanitaria non può essere tipizzata perché ne limiterebbe «le possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali», ciò che esclude la fragilità della base normativa della tutela umanitaria e pertanto «l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione».

Conseguentemente, la comparazione tra l'integrazione sociale in Italia del richiedente asilo e la situazione soggettiva ed oggettiva nel Paese di origine consente all'interprete di verificare se *«il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale»*, senza che questo comporti rilevanza del solo segmento dell'integrazione sociale italiana, dovendosi, invece, effettuare proprio quella necessaria comparazione.

I presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria

Con ordinanza n. 13096/2019 la Corte di cassazione ha esaminato il ricorso di una richiedente asilo della *Nigeria* (che aveva posto a base della richiesta d'asilo le minacce perpetrate ai suoi danni da una minoranza religiosa animista e le violenze sessuali subite in Libia durante i due anni di permanenza in quel Paese), di impugnazione della sentenza della Corte d'appello di Napoli, con cui le era stato negato il riconoscimento della protezione internazionale per difetto di credibilità delle dichiarazioni, nonché della protezione umanitaria per ritenuta insussistenza di una condizione di vulnerabilità.

Il Giudice di legittimità ha ritenuto inammissibile il ricorso nella parte relativa alla protezione internazionale, in quanto prospettava una critica alla valutazione dei fatti effettuata dal giudice di merito, inammissibile, per l'appunto, davanti alla Cassazione, nel contempo affermando che il dovere di cooperazione istruttoria si attiva necessariamente a fronte di una credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo. Ha ritenuto, altresì, irrilevanti le violenze subite in Libia, Paese di transito, perché l'indagine sui presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale va effettuato con riguardo al solo Paese di origine.

Ha, invece, accolto l'impugnazione nella parte relativa alla protezione umanitaria per avere omissso di valutare sia l'integrazione sociale della richiedente asilo, in Italia da 10 anni, sia le violenze sessuali subite in Libia che non erano state negate come fatto storico dal giudice di merito.

Secondo la Cassazione, infatti, l'integrazione sociale non rileva come fattore esclusivo ma «come circostanza che può concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità personale (Cass. n. 4455 del 2018), nel caso di specie, non risulta essere stata compiuta alcuna valutazione del fatto (dedotto in giudizio sin dal primo grado) rappresentato dalla violenza sessuale subita, non nel Paese d'origine, ma in Libia, Paese di transito ed anche di permanenza per un biennio, potenzialmente idoneo, ove vagliato, quale elemento in grado di ingenerare nella persona un forte grado di traumaticità, ad incidere sulla suddetta condizione di vulnerabilità ed ad essere quindi ostativa ad un rientro nel Paese d'origine (nella specie, la Nigeria)».

La violenza sessuale subita in un Paese di transito può, dunque, costituire elemento di comparazione per la valutazione della vulnerabilità soggettiva (la Corte richiama, in premessa, anche l'art. 19, co. 2-*bis* TU d.lgs. 286/98, introdotto dal d.l. 89/2011), tale da rendere il rimpatrio un rischio di violazione di diritti umani.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 10922/2019, affronta la questione dell'incidenza della credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria. Nel caso esaminato, la Corte rigetta per inammissibilità il ricorso di un richiedente asilo del *Gambia* perché davanti alla Corte d'appello non era stata adeguatamente censurata proprio la valutazione di non credibilità delle dichiarazioni espressa dal Tribunale, formandosi conseguentemente il giudicato interno.

Ha accolto, invece, l'impugnazione relativa al diniego di protezione umanitaria perché il giudice di 2° grado non ne aveva valutato autonomamente i presupposti, rigettando automaticamente in conseguenza della scarsa credibilità del richiedente. La Cassazione ribadisce i principi già espressi in precedenti pronunce (Cass. 28990/2018), ovverosia che *la protezione umanitaria deve essere frutto di una valutazione autonoma e non può dipendere dal rigetto della forme maggiori di protezione*, in quanto «Non può infatti ritenersi che la scarsa credibilità della narrazione del richiedente in relazione alla specifica situazione per la quale ha richiesto la protezione internazionale (status di rifugiato) possa assumere efficacia preclusiva sulla valutazione delle concrete circostanze che denotano una situazione di "vulnerabilità" quale presupposto della protezione c.d. umanitaria, da effettuarsi su base oggettiva e previa integrazione, anche officiosa, delle allegazioni del ricorrente ed in cui può farsi piena applicazione del principio del dovere di cooperazione istruttoria».

Secondo la Corte, «Il giudizio sulla credibilità non esclude dunque l'esame degli ulteriori profili "esterni" alla vicenda personale del richiedente asilo o che non siano inseparabilmente legati ad essa».

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza n. 2933/2019, ha accolto l'impugnazione proposta da un richiedente asilo del *Pakistan*, a cui la Commissione territoriale, pur ritenendo

credibili le sue dichiarazioni, aveva negato ogni forma di protezione perché non individuato l'agente persecutore o del danno grave, mentre il Tribunale aveva rigettato il ricorso rinvenendo nella vicenda personale del richiedente l'esistenza di una causa di esclusione *ex art. 16 d.lgs. 251/2007* «costituita dall'adesione del richiedente al gruppo Sipah-e-Sahaba Pakistan (SSP) ed alla partecipazione ad azioni violente contro gli sciiti».

Premesso che nel giudizio d'appello non si discuteva della credibilità del richiedente, la Corte felsinea, dopo avere ricostruito sinteticamente la storia del gruppo Sipah-e-Sahaba Pakistan, ha ritenuto innanzitutto *insussistente la causa di esclusione* perché «l'adesione del richiedente a tale gruppo militante estremista non [è] sia di per sé sufficiente ad integrare una delle ipotesi di esclusione normativamente previste dal citato art. 16 e/o dell'art. 1F della Convenzione di Ginevra, essendo necessaria la prova anche indiziaria – che nella specie non risulta dagli atti del giudizio o dalle dichiarazioni della parte – della Commissione da parte del soggetto di reati gravi».

La Corte ha rigettato l'appello nella parte relativa al riconoscimento della protezione sussidiaria, richiesta ai sensi dell'art. 14 lett. b), d.lgs. 251/2007, perché dalle fonti consultate non è emersa la prova che la polizia non avrebbe potuto proteggere il richiedente dopo che si era allontanato da detto gruppo politico.

Ha, invece, riconosciuto la protezione umanitaria, ravvisando una peculiare vulnerabilità del richiedente «in un quadro sintomatico di pericolosità per la sua incolumità, conseguente al suo effettivo coinvolgimento negli aspri e violenti conflitti di matrice religiosa esistenti in Pakistan tra le comunità mussulmane sciite e sunnite», come emerge dalle COI consultate.

Con decreto 20.11.2019 il Tribunale di Brescia ha riconosciuto ad un richiedente asilo del *Camerun* la protezione umanitaria, dopo avere escluso quella internazionale per la non credibilità delle sue dichiarazioni, ritenute totalmente contraddittorie ed inattendibili. La tutela umanitaria è stata, però, riconosciuta per la sua appartenenza alla *minoranza anglofona* in Camerun che, secondo le COI consultata dall'autorità giudiziaria, è in grave conflitto, dal 2016, con la maggioranza francofona e varie sono le testimonianze di violenze inferte ai loro danni anche dalla polizia. Pertanto, la protezione umanitaria è stata riconosciuta in applicazione dei principi espressi dalla giurisprudenza, cioè sul presupposto che «la situazione d'instabilità socio-politica e/o economica del Paese di provenienza del migrante sia tanto grave e generalizzata da recare un significativo vulnus agli interessi di rango primario di una qualsiasi persona collocata in quell'area geografica».

Con decreto 14.9.2019 il Tribunale di Bologna ha esaminato il ricorso proposto da un richiedente asilo della *Liberia*, che ha motivato la sua richiesta di protezione per essere stato un *bambino-soldato* nella guerra che ha insanguinato quel Paese per molti anni. Il giudice felsineo, pur ritenendo credibile la narrazione del richiedente sulla base di precisi elementi soggettivi indicati nel decreto, del tutto coerenti con le COI consultate, ha ritenuto insussistenti

i presupposti per la protezione sussidiaria perché le fonti di informazione allegate in giudizio danno conto di un vasto programma di reinserimento sociale dei tanti bambini-soldato reclutati nella guerra civile ed inoltre perché ritenuto non fondato il timore del richiedente di essere ucciso da un familiare di una persona uccisa durante il periodo bellico. Il Tribunale ha riconosciuto che questa peculiare categoria sociale sia vittima di stigmatizzazioni e discriminazione ma non tali da costituire trattamento inumano e degradante rilevante ai sensi dell'art. 14 lett. b), d.lgs. 251/2007.

Proprio in ragione di tali trattamenti sociali, il Tribunale ha, però, riconosciuto la protezione umanitaria poiché «Il fatto che esistano ancora forme di stigma sociale degli ex bambini soldato, che limitano il loro libero esprimersi ed il pieno esercizio dei diritti fondamentali nella società liberiana è dato che le fonti sopra richiamate confermano. Tali forme di discriminazione non si concretizzano nel rischio di persecuzione o di trattamenti disumani come si sostiene nel ricorso; ma costituiscono ragione di particolare vulnerabilità del richiedente nella sua zona di provenienza. Situazione questa nettamente in contrasto con quella che il ricorrente vive nel nostro Paese, ove ha intrapreso un fruttuoso percorso di studi ed ha anche una stabile sistemazione lavorativa».

Decisione assunta, pertanto, con un'effettiva comparazione della condizione attuale e di quella a cui sarebbe esposto in caso di rientro nel Paese di origine.

LE MISURE DI ACCOGLIENZA NEL SISTEMA DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

La non retroattività del d.l. n. 113/2018 in materia di accoglienza dei titolari di protezione umanitaria

Con sentenza n. 1395/2019 il Tar Veneto ha annullato un provvedimento del prefetto di Venezia di cessazione delle misure di accoglienza, nei confronti di un titolare di permesso umanitario, disposta a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 che ha abolito detto titolo di soggiorno ed ha previsto l'inserimento nello SPRAR (oggi SIPROIMI) per i soli beneficiari di altri tipi di protezione.

Il giudice amministrativo veneto, richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione sulla irretroattività della riforma di cui al d.l. n. 113/2018 in tema di protezione umanitaria (Cass. n. 4860/2019 e Sezioni Unite nn. 29459, 29460 e 29461 del 2019), ha ritenuto inapplicabile retroattivamente la preclusione alle misure di accoglienza per coloro che, prima della entrata in vigore della riforma 2018, abbiano avuto il riconoscimento della protezione umanitaria.

Secondo il Tar, infatti, «se la disciplina di cui al d.l. n. 113 del 2018 non trova applicazione ai procedimenti per il riconoscimento del titolo di soggiorno per motivi umanitari che sono già stati avviati (e non ancora conclusi), essa, *a fortiori*, non potrà avere rilievo con riferimento ad una ipotesi, come quella scrutinata, in cui la protezione umanitaria è già stata riconosciuta al richiedente, al fine di elidere un beneficio – la prestazione delle misure di accoglienza –

collegato a detto riconoscimento», richiamando sul punto la altra giurisprudenza amministrativa (Tar Basilicata n. 274/2019 e Tar Lombardia, Brescia, n. 406/2019).

La cessazione delle misure di accoglienza

Con sentenza n. 380/2019 il TAR Marche ha annullato il provvedimento di cessazione delle misure di accoglienza adottato a seguito di riconoscimento della protezione, da parte della Commissione territoriale.

Il ricorso è stato proposto *per lesione del diritto all'unità familiare* della titolare di protezione, in quanto il compagno continuava ad essere accolto nella struttura pubblica, in attesa che la sua domanda di protezione venisse esaminata e tenuto conto che alla coppia, pur non unita da vincolo coniugale, era nato un figlio.

Il giudice amministrativo marchigiano ha annullato il provvedimento di cessazione delle misure di accoglienza ritenendolo in contrasto con l'art. 14, d.lgs. 142/2015 che garantisce il diritto all'accoglienza anche al fine di salvaguardare il diritto all'unità familiare «*senza alcuna distinzione tra famiglie tradizionali e unioni di fatto, queste ultime meritevoli di pari tutela*». Il Tar evidenzia che già nel 2017 la prefettura aveva autorizzato il ricongiungimento del nucleo familiare nella medesima struttura di accoglienza «con ciò dimostrando di avere già preso in considerazione, a quella data, l'effettività di tale unione».

Il Tar Lombardia, Milano, con sentenza n. 1149/2019, ha annullato il provvedimento con cui la prefettura di Varese ha disposto la cessazione delle misure di accoglienza per un richiedente asilo a seguito di rigetto del ricorso da parte del Tribunale e pur *in pendenza del giudizio d'appello*, sul presupposto che l'effetto sospensivo della proposizione del ricorso venga meno con il rigetto di 1° grado.

Il Tar meneghino ha annullato quel provvedimento, trattandosi di un giudizio ricadente nella disciplina precedente la riforma di cui al d.l. n. 13/2017 e pertanto con sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo di diniego di riconoscimento della protezione valevole per tutti i gradi di giudizio, *ex art. 19 d.lgs. 150/2011*. La riforma del 2017 ha modificato la disciplina previgente, disponendo la cessazione dell'effetto sospensivo a seguito di rigetto da parte del Tribunale, ma essa è entrata in vigore 180 gg. dopo la sua entrata in vigore e pertanto non può applicarsi a giudizi proposti precedentemente.

Da evidenziare che a seguito di sospensiva nella fase cautelare del giudizio amministrativo, il prefetto di Varese aveva ripristinato le misure di accoglienza ma non per questo il Tar ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in quanto il ripristino era stato disposto esclusivamente in ottemperanza alla misura cautelare.

Il Tar afferma, inoltre, la propria giurisdizione, facendola rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 23, d.lgs. 142/2015.

La revoca delle misure di accoglienza

Il Tar Toscana ha accolto, con sentenza n. 1170/2019, il ricorso proposto da una richiedente asilo a cui il prefetto aveva revocato le misure di accoglienza ai sensi dell'art. 23 lett. e), d.lgs. 142/2015 («violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui è accolto da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti»).

In motivazione il giudice amministrativo censura l'omessa valutazione della condizione personale della richiedente asilo e della sua *specificata vulnerabilità*, in quanto «l'Amministrazione non ha tenuto in adeguata considerazione, come avrebbe dovuto, gli elementi emersi in sede procedimentale e tali da far evidenziare circostanze specifiche che dovevano essere esaminate e valutate ai fini della corretta assunzione della decisione finale. In particolare risulta che la ricorrente è entrata nella struttura con deficit culturali attinenti sia alle regole di igiene che alla capacità di accudimento della figlia, con scarse capacità di gestire la bimba minore di tre anni. Appare evidente come una persona in simili difficoltà abbia avuto difficoltà ad adeguarsi alle regole della struttura e ad avere una serena convivenza con le altre persone presenti nella struttura stessa, così che l'Amministrazione avrebbe dovuto farsi carico di valutare queste specifiche condizioni soggettive e la presenza di bimba di pochi anni, che verrebbe a trovarsi priva di sistemazione alloggiativa, cosa che non risulta avvenuta».

Il SIPROIMI e i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo

Con una interessante pronuncia, cron. 194/019, la Corte d'appello di Perugia, sezione minorenni, ha annullato un decreto del Tribunale per i minorenni di Perugia che aveva disposto il «non luogo a provvedere» in relazione alla possibilità di una minore della Nigeria di permanere in una struttura pubblica del SIPROIMI (già SPRAR), potendo essere ospitata in una comunità per minori stranieri non accompagnati. Il Tribunale per i minorenni aveva motivato la decisione ritenendo più tutelante l'accoglienza in una comunità educativa per minori, tenuto conto che nel SIPROIMI la minore aveva tenuto comportamenti aggressivi e non in sintonia con le regole della struttura pubblica.

La Corte d'appello ha riformato detta decisione, ritenendo che l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati nel sistema del SIPROIMI «rappresenti lo strumento più tutelante ed idoneo per la minore, che è anche madre di un bambino di un anno», in quanto le misure di accoglienza in esso previste non si limitano al vitto ed alloggio ma prevedono «in modo complementare anche misure di informazione, accompagnamento, assistenza e orientamento, attraverso la costruzione di percorsi individuali di inserimento socio-economico; garantisce l'accoglimento presso una struttura ove sono presenti operatori e figure professionali (psicologi, mediatori culturali e operatori) che possono gestire la minore nel modo più adeguato tenuto conto della sua particolare situazione, e si avvale di reti locali, con il coinvolgimento di tutti gli attori e gli interlocutori privilegiati per la riuscita delle misure di accoglienza, protezione, integrazione;

provvede alla realizzazione di attività di accompagnamento sociale, finalizzate alla conoscenza del territorio e all'effettivo accesso ai servizi locali, fra i quali l'assistenza socio-sanitaria.».

Evidenzia la Corte d'appello che nel sistema SIPROIMI è prevista la prosecuzione dell'accoglienza anche al raggiungimento della maggiore età in caso di riconoscimento di una forma di protezione internazionale o di altro tipo di permesso previsto dall'art. 1-*sexies* d.l. 416/89, essendo la minore anche richiedente asilo.

Interessante è, infine, il richiamo nella pronuncia alla sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 12.11.2019, C-233/18 *Haqbin*, che ha escluso la legittimità della revoca delle misure di accoglienza nei riguardi dei minori.

I PROVVEDIMENTI ex REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

La competenza territoriale dei giudizi relativi alle decisioni ex Regolamento Dublino n. 604/2013

Nella precedente *Rassegna*, n. 3/2019, si è dato conto del contrasto di giurisprudenza relativamente alla competenza territoriale – se del Tribunale di Roma o di altri Fori – nei giudizi di impugnazione delle decisioni di rinvio del richiedente asilo in altri Stati dell'Unione europea, ai sensi del regolamento n. 604/2013. Vi erano, infatti, pronunce del Tribunale di Roma che declinava la propria competenza a favore del Tribunale del distretto territoriale ove ha sede la struttura di accoglienza del richiedente asilo, ritenendo applicabile a questa specifica categoria la clausola di prossimità delineata dall'art. 4, d.l. n. 13/2017.

Di segno opposto, invece, la Corte di cassazione che con ordinanze nn. 18755, 18756, 18757 del 2019, assunte in sede di regolamento di competenza, aveva affermato che l'unica competenza territoriale è del Tribunale di Roma, in applicazione della regola generale del Foro erariale in difetto di specifica deroga del legislatore.

Con successiva ordinanza, n. 31127 del 28.11.2019, la Corte di cassazione (medesima relatrice delle precedenti), ha rivisto il proprio orientamento («alla luce delle condivisibili osservazioni contenute nella requisitoria del Procuratore Generale, ritiene di disattendere la soluzione indicata nelle ordinanze n. 18755, 18756, 18757 del 2019»), affermando che «L'interpretazione del comma 3, dell'art. 4 del d.l. n. 13 del 2007, convertito nella l. n. 46 del 2017, coordinato con il comma 1, deve essere costituzionalmente orientata in funzione dell'attuazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. All'interno di questa cornice costituzionale la posizione strutturalmente svantaggiata del cittadino straniero in relazione all'esercizio del diritto di difesa induce a ritenere preferibile ai fini del radicamento della competenza territoriale, il collegamento territoriale con la struttura di accoglienza del ricorrente, fissandolo nella sede della sezione specializzata in materia d'immigrazione del Tribunale più prossima ad essa, da individuarsi in quella nella cui circoscrizione ha sede la struttura od il Centro ove il cittadino straniero sia ospitato».

Per effetto di questo *revirement* la competenza territoriale è ora ripartita nei vari Tribunali, sezioni specializzate immigrazione ed asilo, nel caso di richiedente asilo ospitato in struttura di

accoglienza pubblica che sia destinatario di una decisione di rinvio cd. Dublino, mentre rimane quella generale di Roma nel caso di richiedente fuori dal sistema di accoglienza pubblico.

Il termine per il trasferimento di rinvio Dublino (art. 29 Regolamento n. 604/2013)

Con tre pronunce, dell' 8.10.2019, 22.10.2019 e 22.10.2019, il Tribunale di Genova ha affrontato la questione delle conseguenze del decorso del termine semestrale entro cui deve avvenire il trasferimento del richiedente asilo, nell'ambito della procedura cd. Dublino, ai sensi dell'art. 29 regolamento n. 604/2013.

Detta norma, infatti, prevede che la decisione di rinvio Dublino, verso un Paese dell'Unione europeo che ha accettato la ripresa in carico del richiedente asilo in ossequio ai criteri di attribuzione della competenza, debba essere eseguita entro 6 mesi dall'accettazione, termine aumentato a 12 mesi in caso di detenzione e a 18 in caso di fuga del richiedente. Decorsi detti termini senza che il trasferimento sia eseguito «la competenza passa automaticamente allo Stato membro (sentenza Corte di giustizia UE C-201/16 – Grande Sezione), senza che sia necessario che lo Stato membro competente rifiuti di prendere o riprendere in carico l'interessato».

In virtù di tali disposizioni, il Tribunale genovese ha annullato, in tre distinti giudizi, il rinvio di richiedenti asilo verso la Slovenia e verso la Francia.

Interessante è anche il passaggio motivazionale in cui, richiamando la citata sentenza CGUE C-201/16, si analizza l'effetto, preclusivo al rinvio Dublino, nel caso che dall'attraversamento illegale della frontiera di uno Stato membro siano decorsi 12 mesi ed il richiedente abbia formalizzato successivamente la domanda di riconoscimento della protezione internazionale in altro Stato che, perciò stesso, diventa competente all'esame della domanda (art. 13, reg. 604/2013).

Rilevamento delle impronte digitali e competenza all'esame della domanda di protezione internazionale (art. 20 regolamento n. 604/2013)

Con decreto 1.1.2019 il Tribunale di Milano ha annullato la decisione di rinvio di un richiedente asilo armeno in Croazia, in applicazione dell'art. 20 regolamento Dublino.

Detta norma, infatti, prevede che «La domanda di protezione internazionale si considera presentata non appena le autorità competenti dello Stato membro interessato ricevono un formulario presentato dal richiedente o un verbale redatto dalle autorità», e, secondo il giudice meneghino, detta definizione non equivale alla rilevazione delle impronte digitali in uno Stato membro dell'UE e pertanto, nel caso esaminato, non avendo l'Unità Dublino dimostrato che effettivamente il richiedente asilo abbia presentato domanda di protezione in Croazia in conformità a detta disposizione, ha annullato la decisione di rinvio in quel Paese.

Violazione obblighi informativi (artt. 4 e 5 regolamento n. 604/2013)

Vari Tribunali hanno affrontato la questione della violazione dell'obbligo informativo nei procedimenti di rinvio cd. Dublino, censurando l'illegittimità delle decisioni di trasferimento in caso di omissione delle garanzie procedurali previste dagli artt. 4 e 5 regolamento n. 604/2013. Si vedano le pronunce indicate, da ultimo, nella *Rassegna* n. 3/2019.

Ad esse va aggiunta la decisione del Tribunale di Roma, decreto 23.12.2019, con cui è stato annullato un provvedimento di rinvio adottato dall'Unità Dublino del Ministero dell'interno, per violazione dei doveri informativi previsti da dette disposizioni, non ritenendo equivalente ad essi il verbale di «Colloquio personale» ex art. 5 reg. 604/2013 ed il Modello C3 afferente la formalizzazione della domanda di riconoscimento della protezione internazionale. Secondo il giudice romano le informazioni che devono essere contenute nell'opuscolo informativo previsto dall'art. 4 del regolamento Dublino (redatto secondo il modello predisposto dalla Commissione europea) sono diverse da quelle raccolte nella procedura amministrativa di formalizzazione della domanda di protezione internazionale ex art. 10, d.lgs. 25/2008 ed «è chiaro che, al momento della formalizzazione della domanda mediante compilazione del cosiddetto modello C3, sorgono in capo allo Stato membro due distinti ed autonomi obblighi informativi che attengono, l'uno alla procedura di determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda (la questione ovviamente si pone soltanto nei casi in cui, come quello in esame, il sistema EURODAC fornisca elementi che fanno pensare a una possibile differente competenza per l'esame della domanda rispetto a quella dello Stato davanti nel quale essa è stata proposta) e l'altro alla procedura di asilo, ove la stessa si svolga, all'esito della c.d. procedura Dublino, nel medesimo Stato in cui è stata presentata la domanda di protezione, in quanto competente all'esame della relativa domanda» e pertanto gli obblighi imposti dall'art. 4 regolamento n. 604/2013 non sono equivalenti a quelli che derivano dalla direttiva 2013/32/UE.

Il Tribunale richiama i poteri dell'autorità giudiziaria nei procedimenti cd. Dublino, come delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale prescrive che il sindacato giurisdizionale verta anche in relazione alle garanzie procedurali (CGUE C-63/15, paragrafi 51 e 53) e affermati anche dalla giurisprudenza nazionale (Cons. St. n. 4199/2015).

Ravvisata, dunque, la violazione di legge, il Tribunale di Roma ha annullato le decisioni di rinvio Dublino verso la Germania.

Rischio trattamenti inumani e degradanti (Lettonia) (artt. 3 e 17 Regolamento n. 604/2013)

Il Tribunale di Roma, con decreto 17.10.2019, ha annullato una decisione dell'Unità Dublino, di rinvio di un richiedente asilo del Pakistan in *Lettonia*, che in quel Paese era stato detenuto per circa 4 mesi e poi accolto in un "campo" ove non aveva ricevuto alcun sostegno né misure di integrazione.

Il giudice romano ha acquisito varie fonti di informazioni, dalle quali emerge che in Lettonia vi sono varie violazioni dei diritti umani, tra le quali l'impedimento alla libertà di espressione, i

maltrattamenti di detenuti e le violenze di polizia, la criticità nell'accesso all'assistenza sanitaria. Richiamati i principi espressi dalla giurisprudenza europea, secondo cui le norme del regolamento Dublino n. 604/2013, devono essere interpretate ed applicate tenendo in considerazione i diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza (CGUE 16.2.2017 caso *C.K. ed al. c. Slovenia*), ritenuto che essi non siano garantiti in Lettonia e valutata anche l'integrazione del richiedente asilo in Italia e l'accesso alle necessarie cure sanitarie, il Tribunale ha annullato la decisione di rinvio in detto Paese, per il rischio di violazione dell'art. 3 reg. n. 604/2013 ed in applicazione della clausola umanitaria di cui all'art. 17 del medesimo regolamento.

DIRITTI dei RICHIEDENTI ASILO e dei TITOLARI di PROTEZIONE

Il rinnovo del permesso nel giudizio di protezione internazionale *ante* riforma 2017

Il Tribunale di Bologna ed il Tribunale di Roma hanno affrontato la questione, posta da una diffusa prassi delle questure, del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per «richiesta asilo» nelle more del giudizio per il riconoscimento della protezione internazionale, secondo la disciplina previgente alla riforma del d.l. n. 13/2017, vale a dire ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 150/2011. Disposizione, quest'ultima, che, a parte alcune eccezioni, prevede l'effetto sospensivo *ex lege* a seguito di proposizione del ricorso avverso la decisione negativa della Commissione territoriale.

Sulla questione si è già da tempo pronunciata la Corte di cassazione, affermando l'efficacia della sospensione fino alla definizione dell'intero giudizio, nei tre gradi eventualmente proponibili, e dunque fino al passaggio in giudicato della decisione (Cass. 24415/2015; Cass. 18737/2017; Cass. n. 699/2018; Cass. 12476/2018; Cass. 28003/2018; Cass. 3353/2019; Cass. n. 6071/2019, Cass. 6072/2019, ecc.), ma ciò nonostante varie questure continuano a negare il rilascio del titolo di soggiorno nelle more dei giudizi *ante* riforma del 2017.

Sulla questione sia il Tribunale di Bologna (con decreti 23.8.2019 e 16.12.2019), entrambi all'esito di procedimenti cautelari d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*) che il Tribunale di Roma (con decreto 23.12.2019), sempre in sede cautelare d'urgenza) hanno confermato la giurisprudenza di Cassazione, affermando il diritto al rilascio del permesso di soggiorno fino alla definizione dell'intero giudizio, ravvisando il *periculum in mora* in relazione alla irregolarità di soggiorno conseguente al rifiuto di rinnovo e all'impossibilità di accedere ai diritti sociali, pur esercitabili dal richiedente asilo.

Il rilascio del titolo di viaggio per il titolare di rifugio politico in presenza di mancato pagamento pena pecuniaria

Con sentenza n. 34/2019 il Tar Toscana ha esaminato il provvedimento con cui il questore di Pistoia ha negato ad un titolare di rifugio politico il rilascio del titolo di viaggio perché risultava non aver pagato una pena pecuniaria comminata in una sentenza penale di condanna e dunque

applicando in via analogica la normativa per il rilascio del passaporto a cittadino italiano (art. 3, l. n. 1185/67).

Il Tar ha accolto il ricorso, rilevando che la lettera d) dell'art. 3 della legge n.1185 del 1967 (norme sui passaporti) non è una pena accessoria alla condanna «ma è una forma di garanzia finalizzata all'esecuzione della condanna penale ed ha, precipuamente, lo scopo di garantire che il condannato non si sottragga all'esecuzione della pena recandosi in luoghi sui quali non è esercitata la sovranità dello Stato italiano.

Ciò che legittima la restrizione è dunque la necessità, per lo Stato, di rendere effettiva e agevolmente eseguibile la pronuncia di condanna (cfr. Cons. St., sez. III, 14 luglio 2015 n. 3532; Tar Veneto, sez. III, 31 gennaio 2018 n. 102)».

La ratio, dunque, è quella di assicurarsi l'effettività dell'obbligo di pagamento della pena pecuniaria, che verrebbe vanificata se al cittadino italiano venisse consentito di lasciare il territorio nazionale e in tal senso è applicabile a chiunque, senza distinzione tra cittadini e stranieri, in quanto previsione di carattere generale.

Tuttavia, il Tar ha ritenuto inapplicabile tale disposizione al titolare di rifugio politico «dovendosi considerare che per il rifugiato politico vige uno *statuto particolare*, orientato alla massima tutela di tale categoria di persone anche attraverso la compiuta disciplina della fattispecie in esame del rilascio del titolo di viaggio». Richiamato l'art. 24 d.lgs. 251/2007 ed in particolare il suo comma 3 («3. Il rilascio dei documenti di cui ai commi 1 e 2 è rifiutato ovvero, nel caso di rilascio, il documento è ritirato se sussistono gravissimi motivi attinenti la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico che ne impediscono il rilascio.») il giudice amministrativo toscano dichiara illegittimo il provvedimento del questore perché «pare evidente che il normale esercizio della potestà punitiva dello Stato e la connessa esigenza di assicurare l'effettività della pena (nel caso di specie, peraltro, pecuniaria) per un comune reato, non possano rientrare fra i «gravissimi motivi attinenti la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico», che potrebbero invece verificarsi nel caso di soggetti condannati o indiziati per gravissimi delitti contro la personalità dello Stato ovvero collegati al terrorismo, o più in generale quando il comportamento tenuto dal rifugiato costituisca una minaccia reale, attuale e particolarmente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o della sicurezza interna o esterna dello Stato».

Dunque, lo statuto speciale del rifugiato politico, dettato dalla normativa nazionale e dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, impone di interpretare le norme nel rispetto degli obblighi internazionali, rispetto alle quali è recessiva l'esigenza dello Stato di assicurare l'effettiva esecuzione della condanna penale.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Il panorama della giurisprudenza italiana in tema di cittadinanza nel periodo qui considerato (settembre-dicembre 2019) mostra alcuni aspetti rilevanti. Oltre a due nuove sentenze sul riparto della giurisdizione, è stata emessa una interessante pronuncia sull'equiparazione del rifugiato allo straniero titolare di protezione sussidiaria ai fini dell'esonero di quest'ultimo dalla produzione dei documenti necessari per l'istanza, da richiedere alle proprie autorità nazionali. Permane la forte prevalenza numerica delle decisioni originate dai ricorsi collegati alla richiesta della cittadinanza italiana per naturalizzazione. Al di là delle motivazioni, quasi sempre ampiamente ripetitive, come del resto appare naturale, tali decisioni rivelano talvolta qualche tratto innovativo, per lo più collegato alle nuove e diverse fattispecie sottostanti. Non manca una pronuncia sull'accertamento dell'apolidia.

Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. a) Acquisto della cittadinanza per nascita e residenza in Italia sino alla maggiore età. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadino italiano. Successiva revoca di tale riconoscimento. Assenza di valutazione discrezionale nella relativa controversia.

Ancora una volta sono stati delineati i parametri per la delimitazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Il relativo riparto muove, com'è noto, dalla distinzione tra i casi in cui la concessione della cittadinanza italiana è configurabile quale potere ampiamente discrezionale dell'Amministrazione, che impone l'accertamento di un interesse pubblico (v. ad esempio, l'art. 9, al co. 1 lett. f della l. 91/92) e che implica, quindi, la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, da una parte; e i casi nei quali invece la valutazione cui è tenuta l'Amministrazione si riduce ad un accertamento della sussistenza di requisiti direttamente stabiliti dalla legge, dall'altra. In queste ipotesi, poiché il riconoscimento non è mediato dall'esercizio del pubblico potere, la situazione giuridica soggettiva del richiedente deve essere qualificata come diritto soggettivo tutelabile dinanzi al giudice ordinario.

L'esempio paradigmatico di quest'ultimo caso è rappresentato dall'acquisto della cittadinanza per matrimonio, disciplinato dagli artt. 5 ss. della legge, laddove non emergano comprovati motivi ostativi attinenti alla sicurezza della Repubblica (su di essi si è di recente espresso Cons. St., sez. III, sent. 29.4.2019 n. 2768, in questa *Rassegna*, fasc. 2/2019).).

Uguale natura contraddistingue anche l'art. 4 co. 2, sull'acquisto della cittadinanza per nascita e residenza ininterrotta in Italia sino al raggiungimento della maggiore età. Dall'applicazione di questa norma scaturiva il ricorso contro un Comune italiano, nei confronti del quale si

lamentava il diniego del riconoscimento della cittadinanza malgrado la pretesa sussistenza di entrambi i requisiti suddetti. Alla qualifica di diritto soggettivo inerente all'oggetto di tale fattispecie consegue la dichiarazione di inammissibilità del ricorso stesso per difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria competente per territorio, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 c.p.a. (Tar Abruzzo, sez. I, sent. 24.10.2019 n. 511).

Il giudice amministrativo ha avuto anche modo di affrontare un altro caso, invero singolare, relativo al riparto in esame (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 26.9.2019 n. 11356). Si trattava infatti di un duplice ricorso contro il Ministero degli affari esteri ed il Ministero dell'interno che traeva origine da un decreto di un Console italiano nel quale veniva revocato l'accertamento dello *status civitatis* per discendenza da capostipite italiano, compiuto in precedenza dal Console stesso.

Non sembra opportuno addentrarsi qui nella complessa questione sottostante, che coinvolgeva anche la moglie dell'avo suddetto, all'interno della quale veniva invocata sia la precedente legge organica sulla cittadinanza (l. 12.6.1912 n. 555) sia il diritto al riacquisto della cittadinanza italiana da parte delle persone originarie dei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico prima del 16 luglio 1920, e ai loro discendenti (l. 14.12.2000 n. 379).

Ci si limita a riportare gli ineccepibili motivi alla base della dichiarazione di incompetenza del Tribunale amministrativo, secondo il quale le suddette norme non attribuiscono all'Amministrazione alcuna potestà discrezionale: lo *status civitatis* del ricorrente (e dei suoi familiari) era stato infatti dapprima dichiarato e poi negato dall'autorità consolare italiana all'esito di un mero accertamento sulla cittadinanza del capostipite, non risultando esercitata (né invero essendo esercitabile) alcuna ulteriore valutazione al riguardo.

Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. Vicinanza dell'istante ad ambienti e movimenti ostili alla sicurezza nazionale. b) Necessario invio della documentazione proveniente dal Paese di origine a corredo della domanda. Titolare di protezione sussidiaria. Pericolosità di tale esibizione per la propria incolumità. Parificazione alla situazione di rifugiato. Esonero da tale incombenza.

Come sopra indicato, spetta al giudice amministrativo decidere sull'impugnazione del rigetto della richiesta di cittadinanza per matrimonio, allorché sia fondato sull'art. 6 co. 1 lett. c della l. 91/92, ovvero sull'esistenza di comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica.

Ancora una volta è intervenuto sul tema il Consiglio di Stato con una dettagliata pronuncia (Cons. St., sez. III, sent. 19.11.2019 n. 7904). Anzitutto, esso ha chiarito che, in presenza della classifica di riservatezza sugli atti istruttori preordinati all'adozione del decreto recante il diniego di concessione della cittadinanza, correttamente l'Amministrazione omette di indicarne il contenuto, al fine di non estendere la loro conoscenza a soggetti privi della prescritta abilitazione rilasciata dall'autorità preposta alla tutela del segreto di Stato.

Tuttavia, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice (c.d. parità delle armi), la conoscenza del documento deve essere comunque consentita in corso di giudizio al difensore dello straniero; in presenza di informative con classifica di “riservato”, il richiamo *ob relationem* al contenuto delle stesse può soddisfare le condizioni di adeguatezza della motivazione.

Dunque l'esercizio dei diritti di difesa e la garanzia di un processo equo possono essere soddisfatti dall'ostensione in giudizio della documentazione secretata, ferme le cautele e le garanzie previste per la tutela dei contenuti classificati da riservatezza. Dopo aver constatato che nel caso di specie erano stati realizzati tali «presidi di garanzia» dei diritti della parte, è stata ribadita – ancora una volta – l'ampia sfera di discrezionalità di cui gode l'Amministrazione circa la possibilità di concedere o meno la cittadinanza e l'ampio margine di valutazione dei competenti uffici nel corso della relativa istruttoria. Tale valutazione si estende non solo alla capacità dello straniero di inserirsi in modo ottimale nella comunità nazionale sotto il profilo lavorativo, economico e sociale; ma anche all'assenza di possibili *vulnera* che dalla sua presenza potrebbero derivare per le condizioni di sicurezza dello Stato. In realtà, si potrebbe obiettare che lo straniero è già presente, ma soggetto – a differenza del cittadino – ad una eventuale espulsione.

I giudici di Palazzo Spada confermano poi che la rilevata vicinanza dell'istante ad ambienti e movimenti ostili alla sicurezza nazionale evidenziano un pericolo per l'ordine pubblico non necessariamente correlato ad elementi ostativi quali condanne o precedenti penali o anche solo giudiziari a carico del richiedente. Tali motivi possono derivare anche da specifiche frequentazioni dello straniero e dalla sua appartenenza a movimenti che, per orientamenti ideologici o posizioni estremistiche, possono incidere sulle condizioni di sicurezza pubblica o sulla condivisione dei valori fondanti la coesione della comunità nazionale.

Sempre in tema di acquisto della cittadinanza per matrimonio, di tutt'altro contenuto risulta la fattispecie sottesa ad un'azione in giudizio intentata da una cittadina straniera, titolare di protezione sussidiaria, contro il Ministero dell'interno, allo scopo di fare accertare sia il proprio diritto a non rivolgersi all'Ambasciata (o al Consolato) del proprio Stato in Italia e nemmeno a far ritorno al proprio Paese di origine al fine di adempiere agli oneri di deposito delle necessarie certificazioni (nascita e casellario giudiziario) nella procedura di acquisto della cittadinanza italiana sia il proprio conseguente diritto all'autocertificazione. Merita di essere segnalata al riguardo la contumacia del Ministero suddetto, probabile indice di una consapevolezza della fondatezza di tali pretese.

In un'ampia e – a quanto consta – innovativa pronuncia il Tribunale di Roma ha accolto la domanda dell'attrice (Trib. Roma, sent. 13.11.2019, in *Banca dati Leggi d'Italia*). Il giudice, al fine di affermare preliminarmente la propria giurisdizione di fronte alle due domande suddette, relative appunto alle modalità di documentazione di alcuni requisiti indispensabili per l'attribuzione della cittadinanza, ai sensi dell'art. 5 della l. 91/1992, rammenta anzitutto (ancora una volta) che il diritto soggettivo del coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano

affievolisce ad interesse legittimo solo in presenza dell'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere discrezionale di valutare l'esistenza di motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica che ostino a detto acquisto *ex art. 6 co. 1 lett. c della l. 91/92* (ma richiama altresì la norma garantista sull'inutile decorso del termine di cui all'*art. 8 co. 2*, ormai purtroppo abrogata ad opera del d.l. 4.10.2018 n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12. 2018 n. 132, c.d. decreto sicurezza).

Viceversa, nel caso di specie sussiste un diritto soggettivo della richiedente la cittadinanza ad adire il giudice ordinario in riferimento all'esonero dall'acquisizione del certificato di nascita e di quello penale, mentre il Ministero ben potrà successivamente esercitare il proprio potere di verifica circa l'inesistenza di motivi di sicurezza ostativi alla concessione della cittadinanza.

Una volta esaurita questa pur necessaria premessa, il Tribunale constata, in primo luogo che il d.lgs. n. 18/2014, in attuazione della direttiva 2011/95/UE, ha equiparato, sotto molti aspetti, lo *status* di titolare della protezione sussidiaria a quello di rifugiato, ma non riguardo all'esonero in causa.

Secondo il giudice, l'esenzione di soggetti ammessi alla protezione internazionale dall'obbligo di chiedere alle autorità dello Stato di origine una documentazione amministrativa trova il suo unico fondamento positivo, in Italia, nella circolare del Ministero dell'interno K.60.1. del 23.12.1994, che prevede una simile dispensa solo per gli stranieri che siano stati riconosciuti rifugiati politici del Governo italiano. A nostro avviso, questa affermazione in realtà non tiene conto che nel nostro ordinamento sono presenti anche le norme di adattamento alla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, il cui art. 25 prevede in dettaglio le modalità per l'esonero stesso.

Tuttavia, prosegue il Tribunale, il fatto che tale circolare sia rivolta ai rifugiati politici, pur non avallando, in base un'interpretazione letterale, l'equiparazione tra le due categorie di persone qui in esame, non consente neppure di escluderne la fondatezza. Il diritto all'esenzione, infatti, non può trovare in tale fonte secondaria il fondamento di una sua esclusione in via assoluta per i titolari della protezione sussidiaria; esso deve piuttosto essere accertato facendo ricorso ad argomenti desunti dalla legislazione vigente, anche ovviamente da quella primaria, e soprattutto con riguardo alla *ratio* e alle differenze dei due diversi istituti di protezione internazionale.

In particolare, nella protezione sussidiaria si coglie, rispetto al rifugiato politico, una attenuazione del nesso causale tra la vicenda individuale ed il rischio rappresentato; ciò giustifica la limitazione ai rifugiati politici operata dal Ministero dell'interno riguardo al diritto all'esenzione dalla richiesta di attestati e certificati alle autorità dello Stato estero, dato che per tale categoria di persone, riguardo alle quali il c.d. *fumus persecutionis* è più "individualizzato", è probabile che il solo contatto con tali autorità, anche consolari, e il conseguente propalarsi della notizia della loro esistenza in Italia, possa esporre le stesse ad un concreto rischio di persecuzione.

Tuttavia, se per il rifugiato tale pericolo è presunto, ciò non significa che per il soggetto ammesso alla protezione sussidiaria debba essere necessariamente escluso. Dunque, se il mancato riconoscimento della protezione massima può derivare dalla mancata dimostrazione di una persecuzione individualizzata, non si può escludere che, nella diversa sede della richiesta di esenzione quale il presente giudizio, la titolare della protezione possa offrire, come ha debitamente offerto con diverse prove, una dimostrazione concreta del pericolo che corre per il semplice contatto con le autorità consolari dello Stato di provenienza. Ciò è dimostrato anche dal rilascio, da parte delle autorità italiane del c.d. titolo di viaggio, il quale viene riconosciuto solo dopo che l'interessato abbia provato di esser nell'impossibilità di ottenere un passaporto dalle autorità del Paese di appartenenza, proprio in vista dei pericoli derivanti appunto dal contatto con tali autorità. Viene così statuito il diritto all'autocertificazione relativamente all'atto di nascita e ai precedenti penali riportati nel proprio Paese dalla cittadina straniera.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Tipologie di condanne per reati quali motivi ostativi all'acquisto. b) Differente ruolo dei motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. c) Necessità in ogni caso di una congrua motivazione. d) Effetti derivanti dalla scadenza dei termini statuiti per il procedimento. e) Conseguenze in esito alla necessaria integrazione della documentazione presentata. f) Ulteriori requisiti quali la sufficienza del reddito e la conoscenza della lingua italiana.

Come anticipato all'inizio, le decisioni aventi ad oggetto l'applicazione dell'art. 9 co. 1 lett. f della l. 91/92, relativo all'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione dopo dieci anni di residenza in Italia, costituiscono pur sempre il numero più rilevante di pronunce in tema di cittadinanza, tutte ovviamente emesse dai giudici amministrativi.

Può essere segnalato anzitutto un gruppo di sentenze che confermano il rifiuto del Ministero dell'interno di attribuire lo *status civitatis* italiano a causa di pregresse condanne dell'istante per diverse tipologie di reati. Sul punto ha avuto modo di intervenire anche il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III, sent. 23.12.2019 n. 8734), il quale ha dapprima ribadito (per l'ennesima volta) che l'ottenimento di tale *status* non costituisce un diritto soggettivo: l'Amministrazione ha perciò il potere-dovere di valutare qualsiasi elemento, anche meramente sintomatico o indiziario, ai fini di un pieno inserimento dell'istante nella collettività nazionale e di un «genuino senso di appartenenza alla nazione». In tale prospettiva, essa può legittimamente addurre qualsiasi dato storico o profilo comportamentale del richiedente, emerso nel corso dell'istruttoria, dal quale sia logicamente desumibile una sua mancata piena integrazione, «avuto riguardo ai valori fondanti dell'ordinamento, tra cui *in primis* quello della dignità umana, posto al vertice dell'ordinamento medesimo». Nel caso specifico, è stata così giustificato il diniego fondato su una condanna penale per reati legati al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (ai sensi dell'art. 12 l. 286/1998); a nulla rileva l'intervenuta prescrizione del reato dopo la prima condanna, anche perché l'interessato avrebbe potuto rinunciare alla

estinzione per prescrizione del reato allo scopo di ottenere una sentenza di assoluzione piena, ovvero la riabilitazione a fronte di una confermata condanna.

D'altro canto, la irrilevanza della prescrizione nei termini sopra descritti è oggetto di un orientamento consolidato, come ad esempio riguardo a una condanna per furto e rapina (da ultimo Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 8.10.2019 n. 11606), così come altrettanto consolidato risulta l'orientamento relativo all'incidenza negativa delle condanne penali anche di minor rilievo, quali la guida in stato di ebbrezza, in particolare se tali condanne non sono state dichiarate – come del resto era avvenuto anche nel caso precedente – nella istanza per la concessione della cittadinanza (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 22.10.2019 n. 12136).

In ogni caso, anche in riferimento alle motivazioni sin qui riportate, una sentenza di condanna deve pur sempre sussistere. Non si può quindi fare a meno di condividere pienamente l'atteggiamento del giudice amministrativo allorché censura l'operato del Ministero dell'interno, che aveva respinto una domanda di attribuzione della cittadinanza sulla base di due semplici denunce a carico dell'interessato per disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone di cui all'art. 659 c.p. (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 4.9.2019 n. 10732). E occorre comunque rammentare che in tali casi il giudice amministrativo non ha certamente il potere di riconoscere come ulteriore effetto l'attribuzione della cittadinanza italiana, ma si rimette alle successive valutazioni dell'Amministrazione, ovvero ad ulteriori accertamenti più aggiornati, pur sempre nell'esercizio della sua ampia discrezionalità.

Malgrado talune premesse comuni, ben diverse si rivelano invece le motivazioni adottate, in riferimento alle fattispecie sottese, nei casi in cui ostino all'ottenimento della cittadinanza i motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica. In effetti, normalmente difetta in tali casi qualsiasi tipo di precedente condanna penale, ma viene piuttosto in rilievo la pericolosità sociale che potrebbe derivare da un eventuale inserimento dell'istante nella comunità nazionale. Tale situazione di pericolo viene assai spesso configurata al termine di un'istruttoria, la quale rivela la "contiguità" dello straniero a movimenti aventi scopi non compatibili con la sicurezza della Repubblica, ovvero eversivi.

Così, in una dettagliata pronuncia (coincidente con i numerosi motivi di ricorso), il giudice amministrativo (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 27.11.2019 n. 13614; nel medesimo senso già Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 4.9.2019 n. 10728) dichiara preliminarmente che il conferimento della cittadinanza italiana per naturalizzazione presuppone l'accertamento di un interesse pubblico da valutarsi anche in relazione ai fini propri della società nazionale, e non già al semplice riferimento dell'interesse privato di chi domanda la cittadinanza per esigenze personali. L'attribuzione della cittadinanza, per sua natura irrevocabile, presuppone infatti che «nessun dubbio, nessuna ombra di inaffidabilità del richiedente sussista, anche con valutazione prognostica per il futuro, circa la piena adesione ai valori costituzionali su cui la Repubblica italiana si fonda».

Sulla base di tali premesse, una volta constatata l'adeguatezza sia dell'istruttoria condotta dai servizi di *intelligence* sia delle pur scarse ragioni addotte a giustificazione del diniego

dell'Amministrazione, il Tar respinge il ricorso, dopo avere sottolineato le differenze che caratterizzano il procedimento di naturalizzazione rispetto a quello dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio. Appare perciò piuttosto oscuro il richiamo operato dagli stessi giudici all'applicabilità dell'art. 8, co. 1 della l. 91/92, in tema di riproposizione dell'istanza dopo cinque anni dal rigetto, dato che la norma è rivolta esclusivamente al secondo tipo di procedimento, come del resto è confermato anche dalla pronuncia del Consiglio di Stato citata nella sentenza in esame (Cons. St., sez. III, sent. 29.3.2019 n. 2102).

D'altro canto, ad un rigore ancora più accentuato è ispirata un'ulteriore decisione nella quale assurge a motivo ostativo per la concessione della cittadinanza la contiguità a movimenti eversivi siffatti del fratello del richiedente (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 30.11.2019 n. 13747). Viene in considerazione il legame stabile con il territorio che l'istante potrebbe stabilire anche in favore del fratello implicato nelle indagini effettuate. Ancora una volta sembra emergere il paventato rischio di veder precluso, una volta attribuita la cittadinanza, il potere di espellere l'individuo.

Nelle sentenze da ultimo esaminate ricorre puntualmente l'accertamento di una motivazione del Ministero al diniego sintetica, ma congrua in relazione alla doverosa segretezza delle preventive indagini sui comportamenti del richiedente (o dei suoi familiari).

Una adeguata motivazione deve comunque pur sempre sussistere, non essendo sufficiente un diniego corredato da una mera motivazione di stile. Si è espresso giustamente in tal senso il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III, ord. 25.11.2019 n. 5420), riformando la precedente sentenza del Tar del Lazio che aveva approvato un siffatto atteggiamento elusivo del Ministero dell'interno il cui rifiuto era inoltre pervenuto a distanza di sette anni dalla relativa richiesta. Il Collegio ritiene insopprimibile la tempestività della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 della Costituzione, di fronte al perdurante e non motivato diniego di soddisfacimento di pretese correlate a diritti fondamentali quali i diritti e doveri civili e politici esercitabili a seguito dell'acquisizione dello *status civitatis* in presenza delle necessarie condizioni di legge. È stato così disposto un provvedimento cautelare ai sensi del quale l'Amministrazione è obbligata a fornire, nel termine di trenta giorni, al suddetto Tribunale una documentata relazione attestante le ragioni del diniego.

Di un ulteriore obbligo di provvedere, sia pure di diverso contenuto, è stato gravato il Ministero dell'interno, unitamente alla prefettura territorialmente competente, a seguito del silenzio-inadempimento tenuto nei confronti di un'istanza per la concessione della cittadinanza italiana per un periodo superiore (di un mese) ai quattro anni previsti dall'art. 9-ter della l. 91/92 (Tar Lazio, Latina, sez. I, sent. 19.9.2019 n. 539). Si tratta di una norma introdotta anch'essa dal c.d. decreto sicurezza (d.l. 4.10.2018 n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12. 2018 n. 132) già citato, la quale è stata assai criticata soprattutto per l'innalzamento dei tempi previsti per il procedimento di acquisto della cittadinanza per matrimonio. La relativa applicazione ai procedimenti di naturalizzazione evita se non altro quei ritardi "biblici", come quello di sette anni evidenziato nel ricorso deciso dal Cons. St., sez. III, ord. n. 5420/2019, sopra esaminata.

Il giudice amministrativo, applicando per la prima volta, a quanto consta, la suddetta norma, ha perciò ordinato al Ministero dell'interno e alla prefettura di Latina di esprimersi sull'istanza presentata entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione della sentenza.

Risulta poi censurato anche il comportamento di un'altra prefettura, la quale aveva emesso un provvedimento di inammissibilità dell'istanza adducendo una «accertata falsità documentale», in quanto le certificazioni prodotte non erano state debitamente legalizzate. Non si era tenuto conto che le medesime erano state successivamente legalizzate e di nuovo prodotte in tempo utile; per di più il loro contenuto era identico, a dimostrazione della buona fede del richiedente. Inevitabile l'annullamento del provvedimento impugnato e la condanna alle spese (Tar Toscana, sez. II, sent. 30.9.2019 n. 1302).

Tornando ora al controllo dei requisiti necessari per l'attribuzione della cittadinanza per naturalizzazione, in particolare alla sufficienza del reddito, dopo aver ulteriormente confermato l'amplessima discrezionalità dell'Amministrazione che si traduce in un giudizio di opportunità, è stato altresì ribadito che in tale giudizio rientra anche l'accertamento della sufficienza del reddito (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 19.9.2019 n. 11114). Infatti lo straniero, una volta inserito nella collettività nazionale, viene ad essere assoggettato, tra gli altri, al dovere di solidarietà sociale di concorrere con i propri mezzi, attraverso il prelievo fiscale, a finanziare la spesa pubblica, funzionale all'erogazione dei servizi pubblici essenziali. Inoltre, a tale riguardo, nel silenzio della legge, l'Amministrazione ha ritenuto di fissare *ex ante* alcuni parametri minimi indefettibili di reddito, utilizzando come criterio di riferimento l'ammontare prescritto per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria con alcune integrazioni. Alla luce di questo requisito, l'insufficienza del reddito dichiarato può costituire di per sé causa di diniego di cittadinanza, anche nei confronti di un soggetto che risulti sotto ogni altro profilo bene integrato nella collettività, con una regolare situazione di vita familiare e di lavoro, e titolare di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

E neppure può assumere rilievo il raggiungimento del criterio previsto successivamente alla presentazione della richiesta di cittadinanza (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 4.9.2019 n. 10733). Viceversa, viene annullato il decreto ministeriale di rigetto della cittadinanza qualora non sia stato preso in considerazione il reddito complessivamente prodotto dall'intero nucleo familiare (nella specie, quello del marito) sulla base del parametro sopra citato e in particolare di una circolare del Ministero dell'interno del 5 febbraio 2007 (Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 6.9.2019 n. 10791).

Da ultimo, è divenuto oggetto di ricorso anche il requisito relativo alla conoscenza della lingua italiana, secondo i criteri stabiliti dal nuovo art. 9.1 introdotto anch'esso dal c.d. decreto sicurezza, più volte qui ricordato. Pure in tale occasione è stato censurato l'atteggiamento sbrigativo del Ministero dell'interno, il quale aveva respinto la domanda del ricorrente adducendo la carenza di tale requisito; neppure era stata effettuata la preventiva comunicazione dei motivi ostativi ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. 241/90 (Tar Veneto, sez. III, sent. 9.12.2019 n. 1324). Viceversa, l'interessato era in possesso di un permesso di soggiorno

risalente, ma comunque più che adeguato alla prova della conoscenza della lingua italiana, superata appunto al fine di ottenere tale permesso.

Accertamento dell'apolidia.

Come è noto, le sentenze in materia di apolidia presuppongono complessi accertamenti sulla situazione giuridica non solo del richiedente, ma anche dei suoi familiari (quasi sempre, i genitori) nonché sulle leggi in materia di cittadinanza degli Stati (quasi sempre, dello Stato) con il quale l'interessato può aver avuto contatto. Per di più, tali accertamenti riguardano nella maggior parte dei casi individui appartenenti a famiglie originarie della *ex* Repubblica federale di Jugoslavia. Rientra in tale categoria una pronuncia attinente all'accertamento dello *status* di apolide nei confronti di un individuo affetto da grave disabilità, nato in Italia da genitori di origine bosniaca e qui ininterrottamente residente in uno stato di indigenza e all'interno di una famiglia numerosa (Trib. Roma, sent. 21.10.2019 n. 20182, in *Banca dati De Jure*). Forse a causa di tale disabilità egli non aveva mai chiesto la cittadinanza italiana *ex art. 4 co. 2* della l. 91/92, ottenuta invece dalle sorelle in base appunto a tale norma. Al termine di un minuzioso riscontro circa il riconosciuto *status* di apolide del padre e l'incerto *status* della madre e di un altrettanto minuzioso accertamento della legge sulla cittadinanza della Bosnia Erzegovina, che portano ad escludere la relativa cittadinanza in capo all'attore, viene dichiarata l'apolidia del medesimo. Si noti che la pronuncia interviene dopo tre anni dalla presentazione dell'azione. Il tempo occorrente per l'ottenimento della cittadinanza italiana *ex art. 9 co. 1 lett. a* sarebbe stato probabilmente superiore; in ogni caso si tratta di uno straniero al quale la nostra cittadinanza difficilmente potrebbe essere negata.

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Tribunale territorialmente competente in caso di impugnazione del diniego di visto per ricongiungimento familiare

Con ordinanza del 17.11.2017, il Tribunale di Ferrara si dichiarava incompetente a conoscere dell'impugnazione di un diniego di visto per ricongiungimento familiare, indicando la competenza del Tribunale di Roma. Il procedimento veniva riassunto avanti tale Tribunale, che sollevava conflitto negativo di competenza, richiamando l'art. 20, d.lgs. n. 150/2011 che, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.l. n. 13/2017, attribuiva la competenza al «*Tribunale in composizione monocratica del luogo in cui il ricorrente ha la residenza*». Con la decisione del 19.9.2019, n. 23412, la Corte di cassazione ha dichiarato competente a decidere il Tribunale di Ferrara, in ragione del fatto che il richiedente era residente in tale città, alla cui prefettura era stata anche presentata la richiesta di nulla osta. La regola della residenza del richiedente per la determinazione della competenza territoriale per le controversie previste dall'art. 30, co. 6, d.lgs. n. 286/1998 è applicabile ai procedimenti promossi con ricorso depositato prima del 17 agosto 2017 (e cioè ai procedimenti promossi prima della scadenza del termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017), ai sensi dell'art. 21, co. 1, d.l. 13/2017. A far data dal 17 agosto 2017, trova invece applicazione la diversa regola prevista dall'art. 7, d.l. 13/2017, che ha modificato l'art. 20, co. 2, d.lgs. n. 150/2011, prevedendo che la competenza a decidere sia della «*sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, del luogo in cui ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato*».

MINORI

Espulsione dello straniero e accertamento della minore età

Uno straniero aveva allegato di essere minore di età e di non potere pertanto essere destinatario di un provvedimento di espulsione, ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. a) d.lgs. n. 286/1998. La prefettura aveva comunque adottato il provvedimento di espulsione, ritenendo che lo straniero dovesse considerarsi maggiorenne sulla base di un accertamento dell'età effettuato mediante semplici esami radiologici. La legittimità di tale provvedimento era stata confermata dal Giudice di pace. Di diverso avviso la Corte di cassazione che con l'ordinanza dell'11.12.2019, n. 32340, ricorda che, ai sensi dell'art. 19-*bis*, d.lgs. n. 142/2015, trova applicazione la procedura per l'accertamento dell'età prevista dai commi quarto e seguenti, i quali attribuiscono alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni il potere di disporre esami socio-sanitari, i cui risultati, da notificarsi allo straniero, sono impugnabili con reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c. Secondo i Giudici di legittimità, l'astratta attendibilità

degli esami radiologici non può considerarsi sufficiente a sopperire alla mancanza delle garanzie assicurate dall'osservanza della prescritta procedura, prime tra tutte quelle informative e partecipative, nonché dalla prevista facoltà di contestare in sede giudiziaria i relativi risultati. Sulla base di tale considerazione, il provvedimento di espulsione viene annullato, potendo la causa essere decisa nel merito dalla Corte di cassazione, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998. Sulla nozione di «gravi motivi». L'onere allegatorio del ricorrente

Con l'ordinanza del 17.12.2019, n. 33362, la Corte di cassazione ha dato importanti indicazioni agli stranieri che chiedono di essere autorizzati a permanere in Italia, in forza dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998.

In molti casi, lo straniero si limita ad allegare che il figlio subirebbe un pregiudizio dall'allontanamento del genitore dall'Italia, senza meglio circostanziare i danni che lo stesso subirebbe. Secondo i Giudici di legittimità, non può essere condivisa la tesi secondo cui «*il distacco da un genitore*» costituirebbe «*di per sé un grave motivo che ai sensi dell'art. 31, co. 3, d.lgs. 286/1998, giustifica il rilascio del permesso temporaneo ivi previsto*». In tal caso, infatti, l'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 verrebbe riscritto in un precetto in base al quale ogni straniero avente un figlio minore in Italia avrebbe diritto ad un permesso di soggiorno. Il Collegio afferma che il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza dei «gravi motivi», non può limitarsi a far riferimento alla massima di esperienza secondo cui ogni minore subisce un pregiudizio dal fatto di non crescere con il genitore, ma è chiamato a circostanziare i fatti relativi alla specifica situazione, in primo luogo, dimostrando la sussistenza di *un rapporto significativo* tra genitore e figlio. La decisione invita, di fatto, a compiere un maggiore sforzo nella descrizione delle circostanze attinenti al singolo caso concreto, con un esame individualizzato dei pregiudizi che potrebbero derivare al minore interessato dall'allontanamento del genitore, con una valutazione individualizzata che del resto è sempre propria della giurisdizione minorile.

Sul rilievo del passaggio del tempo nel caso di presenza di precedenti penali

Con il decreto del 9.1.2020, n. 21, la Corte d'appello per i minorenni di Roma fa applicazione dei principi appena richiamati, prendendo in esame le allegazioni specifiche contenute nel reclamo del genitore. Quest'ultimo si era reso responsabile di alcuni reati risalenti agli anni 1999 e 2000 e aveva successivamente costituito un nucleo familiare, composto dalla moglie regolarmente soggiornante e da due figlie. Dal decreto, si ricava che il reclamante aveva ricostruito in modo specifico il suo apporto alla vita delle figlie, così come l'inserimento delle stesse in Italia e la loro vita scolastica. Attenzione era stata poi posta alla descrizione della posizione della madre, regolarmente soggiornante in Italia e titolare di un contratto di lavoro,

e all'ampio sostegno di cui il nucleo poteva contare in Italia. Punto qualificante del decreto appare la considerazione secondo cui, visto il lungo lasso di tempo trascorso tra i reati contestati, era sostenibile che il reclamante fosse «*divenuto persona diversa, per la maturità conseguita, per le persone incontrate ed esperienze di vita vissute*». Per questa ragione, poteva pertanto escludersi che vi fosse «*alcuna pericolosità sociale connessa alla persona del reclamante, ritenendo i fatti di devianza superati attraverso un reinserimento sociale, passato verosimilmente anche per le responsabilità familiari*».

Queste osservazioni appaiono degne di note, dal momento che, in materia di diritto dell'immigrazione, lo straniero che si è reso responsabile di reati rimane frequentemente inquadrato a vita come soggetto pericoloso, senza che trovino applicazione per lui principi quali l'efficacia rieducativa della pena o la possibilità per una persona di cambiare, principi che sono invece alla base del nostro sistema penale e penitenziario.

Nel decreto in esame, tali principi trovano invece diretta e concreta applicazione, con conseguente valorizzazione del percorso di integrazione effettuato dallo straniero e rispetto della regola secondo cui la valutazione sulla pericolosità deve essere attuale e fondata su un'analisi di tutte le circostanze del caso.

Sul rilascio del permesso UE lungo soggiornanti a favore di straniero titolare di permesso per assistenza minori

Con la sentenza del 18.12.2019, n. 14516, il Tar del Lazio ha dato seguito all'orientamento secondo cui anche il titolare di permesso per assistenza minori può richiedere il rilascio del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, nel caso in cui abbia soggiornato regolarmente in Italia per il prescritto quinquennio. Secondo il giudice amministrativo, «*se il permesso di soggiorno per assistenza minore ha carattere necessariamente temporaneo e non è convertibile in un titolo più stabile, il soggiorno a tale titolo per un periodo di tempo sufficientemente lungo è comunque idoneo a costituire presupposto per richiedere un permesso a titolo diverso, ad esempio, il permesso per soggiornanti di lungo periodo, salva la verifica della sussistenza di tutti i requisiti richiesti e dell'assenza di elementi ostativi*».

Si tratta di un orientamento che ha trovato autorevole sostegno da parte del Consiglio di Stato (cfr. in particolare, da un lato, la sentenza n. 1909 del 14 aprile 2015, e, dall'altro, il parere del 20 luglio 2016) e che può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Si segnala anzitutto la pronuncia della Corte costituzionale 5.12.2019, n. 254 che, accogliendo le eccezioni sollevate dal Tar Lombardia in materia di localizzazione dei luoghi di culto introdotte dalla legge regionale della Lombardia n. 2 del 2015, ha rilevato che le stesse, ponendo ostacoli alla programmazione delle attrezzature religiose da parte dei Comuni, determinavano una forte compressione della libertà religiosa, che poteva spingersi sino a negare la libertà di culto, senza che a ciò corrisponda un reale interesse di buon governo del territorio pubblico.

Nel corso del terzo quadrimestre del 2019 le più numerose pronunce in tema di discriminazione hanno riguardato ancora i rapporti dei cittadini stranieri con gli enti locali o con l'INPS.

Divieto di iscrizione anagrafica

L'introduzione, ad opera dell'art. 13 co. 1, lett. a), n. 2) del d.l. n.113/18 convertito nella legge n. 132/2018, del co. 1-*bis* all'art. 4, d.lgs. 18.8.2015, n. 142 per il quale: «Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 [ossia, il permesso di soggiorno per i richiedenti asilo] non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» ha avuto come immediata conseguenza il rifiuto da parte di alcuni Comuni di operare l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Anche in questo periodo si sono succedute pronunce dei Tribunali di Bologna (23.9.2019), di Catania (1.11.2019), di Roma (25.11.2019), di Lecce (6.12.2019) e Firenze (7.12.2019) che hanno affermato la sussistenza del diritto all'iscrizione anagrafica del titolare del permesso di soggiorno per richiesta asilo (che deve ritenersi legittimamente soggiornante in Italia dalla formalizzazione della sua domanda nel modello C/3). In particolare il Tribunale di Firenze ha affermato che, nelle more del pronunciamento della Corte costituzionale, va operata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13 d.l. n.113/2018 che non ha espressamente abrogato l'art. 6, co. 7 del TU; ed il Tribunale di Lecce ha sottolineato che la mancata iscrizione anagrafica impedirebbe allo straniero il godimento dei diritti di rango costituzionale che analiticamente elencava (vedi entrambe in *Banca dati Asgi*).

È opportuno segnalare che il Tribunale di Ferrara, in sede di reclamo avverso la ordinanza ex art.700 c.p.c. che aveva sollevato eccezione di illegittimità costituzionale della sopra citata norma ed aveva ordinato al Comune l'iscrizione anagrafica dello straniero nelle more della decisione della Corte costituzionale, ha dichiarato inammissibile l'impugnazione proposta dal Comune in quanto, essendo il giudizio sospeso in attesa del pronunciamento della Corte, nessuna ulteriore decisione poteva essere presa dal tribunale (provvedimento del 28.11.2019 in *Banca dati Asgi*).

Bonus famiglia

Il Tribunale di Pavia ed il Tribunale di Bergamo hanno nuovamente ribadito, con ordinanza rispettivamente del 27.11.2019 e del 30.12.2019 (in *Banca dati Asgi*), che costituisce discriminazione indiretta in danno degli stranieri la previsione, da parte della Regione Lombardia, del requisito di cinque anni di residenza nella Regione per entrambi i genitori al fine di attribuire il *bonus* famiglia riservato alle famiglie con ISEE inferiore a 20.000 euro e con attestazione di vulnerabilità da parte dei servizi sociali del Comune evidenziando che, pur essendo previsto sia per italiani che per stranieri, è destinato ad incidere quasi esclusivamente sugli stranieri, essendo del tutto eccezionale che l'intero nucleo familiare possa far ingresso contemporaneamente sul territorio nazionale, ed essendo invece normale il caso di un coniuge che faccia ingresso in Italia separatamente dall'altro, il quale si ricongiunge in un secondo momento, spesso a distanza di tempo.

Reddito di cittadinanza

Il Tribunale di Brescia con ordinanza 27.9.2019 (in *Banca dati Asgi*) si è pronunciato in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in relazione al ricorso presentato da un titolare di status di rifugiato la cui domanda di reddito di cittadinanza risultava bloccata in conseguenza delle disposizioni della circolare INPS n. 100/2019. Nelle more del giudizio l'INPS aveva evaso la domanda riconoscendo che i titolari di status di rifugiato non hanno l'onere di produrre alcuna documentazione stante la tipologia del loro titolo di soggiorno.

Discriminazione in base alla nazionalità e legittimazione degli enti di cui all'art. 5, d.lgs. 215/2003

La Corte di Cassazione, con sentenza 7.11.2019 (in *Banca dati Asgi*), ha sottolineato che gli enti e le associazioni iscritti nell'elenco di cui all'art. 5, d.lgs. 215/2003 hanno legittimazione attiva non solo nelle controversie in materia di discriminazioni basate sulla etnia e razza, ma anche in quelle basate sulla nazionalità, essendo ciò funzionale all'esigenza di apprestare la tutela, attraverso un rimedio di natura inibitoria, ad una serie indeterminata di soggetti per contrastare il rischio di una lesione avente natura diffusiva e che quindi deve essere, per quanto possibile, prevenuta o circoscritta nella sua portata offensiva. Non sarebbe, pertanto, ammissibile una interpretazione delle norme che, per il solo fattore nazionalità, escluda tale legittimazione che è invece prevista per tutti gli altri fattori.

Discriminazione per motivi religiosi

La Corte di Appello di Milano con sentenza del 28.10.2019 (in *Banca dati Asgi*), nel confermare la decisione del Tribunale di Milano, ha affermato che l'obbligo alla rimozione del

velo integrale per le donne musulmane che debbano fare ingresso nei presidi sanitari della Regione Lombardia non costituisce discriminazione per motivi religiosi, perché lo svantaggio imposto dai cartelli apposti all'ingresso dei presidi sanitari sulla base della DGR n. 4553 del 10.12.2015 è proporzionato e ragionevole poiché limitato nel tempo e circoscritto nel luogo SSR e giustificato da ragioni di pubblica sicurezza, in quanto per le caratteristiche dei luoghi e la grande frequentazione degli utenti, è difficile prevedere idonee forme di identificazione.

Condizione di reciprocità: riconoscimento del titolo di abilitazione alla professione e iscrizione all'albo degli odontoiatri

Merita infine di essere segnalata la decisione della Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS) del 27.6.2019 n. 13 che chiude una lunga (decennale!) diatriba relativa all'iscrizione all'albo degli odontoiatri di un medico siriano che aveva conseguito nel 1988 il diploma di *Chirurgien dentiste* presso l'Università libanese, ma che si era visto negare l'iscrizione dal Consiglio direttivo dell'Ordine di Milano.

Sintetizzando la vicenda nei suoi passaggi essenziali e di interesse ai nostri fini, occorre ricordare, in via preliminare, che ai sensi dell'art. 9, co. 2 del d.lg C.p.S. del 13.9.1946, n. 233 «possono essere anche iscritti all'albo gli stranieri che abbiano conseguito il titolo di abilitazione in Italia o all'estero, quando siano cittadini di uno Stato con il quale il Governo italiano abbia stipulato, sulla base della reciprocità, un accordo speciale che consenta ad essi l'esercizio della professione in Italia, purché dimostrino di essere di buona condotta e di avere il godimento dei diritti civili». In virtù, poi, di uno Scambio di note del 1958 tra l'Italia e la Repubblica Araba Unita si convenne «l'application du principe de la réciprocité entre la Syrie et l'Italie, pour l'exercice de la profession médicale. En conséquence, les médecins de nationalité syrienne seront autorisés à exercer leur profession en Italie aux mêmes conditions que les médecins italiens seront autorisés à exercer leur profession en Syrie». Infine la Corte di Cassazione con una sentenza del 2000 (22.11.2000, n. 150789) aveva avuto modo di censurare una decisione della CCEPS con la quale era stata negata l'iscrizione ad un cittadino siriano che aveva conseguito il titolo di dottore in odontoiatria ad Aleppo, in quanto l'accordo del 1958 non sarebbe stato estensibile agli odontoiatri. La Cassazione sottolineò invece che essendo la professione odontoiatrica una professione medica, anche l'odontoiatra (a parte il restringimento dell'ambito nel quale opera) esercita la professione di medico; e conseguentemente cassava la decisione della CCEPS.

Tornando al caso qui in esame, il Consiglio dell'ordine dei medici e degli odontoiatri di Milano, (nel 2009), e la CCEPS, poi (nel 2011), avevano negato l'iscrizione, in quanto, avendo il richiedente ottenuto il titolo di studio in Libano, il succitato accordo non poteva essere esteso ai titoli conseguiti in un paese terzo, ancorché successivamente dichiarati equipollenti in Siria. Tornata, però, alcuni anni più tardi la questione alla CCEPS a seguito di una sentenza della Corte costituzionale e di un'ordinanza della Cassazione relative alla composizione della Commissione centrale stessa, il Collegio è giunto a contestare il distinguo precedentemente

fatto fra titoli conseguiti in Siria, e titoli conseguiti in paesi terzi e successivamente riconosciuti in Siria, in quanto il tenore letterale dell'accordo «fa riferimento all'esercizio dell'attività medica e, quindi, presuppone una automatica corrispondenza e validità dei titoli presupposti». E poiché non appare in discussione che il ricorrente fosse pienamente abilitato all'esercizio dell'attività professionale in Siria, doveva ritenersi pienamente applicabile l'accordo e quindi da accogliere la richiesta di iscrizione.

Il caso in questione merita di essere segnalato anche perché vi ha trovato applicazione la condizione di reciprocità, che per molti profili e per molte situazioni è invece ormai superata (vedi art. 2, co. 2 TU).



OSSERVATORI



ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Nomina della nuova Commissione europea. Con voto del 27 novembre 2019 il Parlamento europeo ha dato la sua approvazione alla nomina del Presidente della Commissione, dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, e degli altri membri della Commissione.

Con la decisione (UE) 2019/1989 del 28 novembre 2019 recante nomina della Commissione europea, il Consiglio europeo ha nominato **la nuova Commissione** per il periodo dall'1 dicembre 2019 al 31 ottobre 2024. La Presidente della Commissione, Sig.ra Ursula Von der Leyen, nel discorso alla sessione plenaria del Parlamento europeo in occasione della presentazione del suo Collegio dei Commissari e del loro programma, ha riaffermato l'intenzione di procedere alla riforma del Sistema comune europeo di asilo, in modo da offrire adeguata protezione internazionale a chi ne abbia effettiva necessità, rafforzando d'altro canto il controllo delle frontiere, l'efficacia del rimpatrio per chi non abbia titoli di soggiorno e le misure repressive nei confronti dei trafficanti. È stata parimenti sottolineata la necessità di promuovere la cooperazione con i Paesi terzi, anche per migliorarne le condizioni e creare opportunità.

Futuro della politica dell'UE in materia di migrazione e asilo. In occasione della riunione del Consiglio "Giustizia e affari interni", tenutasi il 2-3 dicembre 2019, i Ministri hanno discusso il futuro della politica dell'UE in materia di migrazione e asilo, sulla base di una relazione preparata dalla Presidenza finlandese. Il dibattito ha concluso il processo di riflessione avviato nella riunione informale dei Ministri GAI di luglio e proseguito negli ultimi mesi in vari organi del Consiglio. Durante il dibattito, i Ministri hanno accolto con favore l'intenzione della Commissione di presentare un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. Hanno confermato la necessità di un approccio globale e completo alla migrazione e hanno evidenziato i principali settori di azione, tra cui il miglioramento della cooperazione con i Paesi terzi attraverso la creazione di partenariati equilibrati e sostenibili, sia per prevenire la migrazione irregolare che per migliorare la cooperazione in materia di rimpatrio; l'istituzione di procedure di asilo più efficienti e di rimpatrio in caso di diniego; il rafforzamento del sostegno agli Stati membri sottoposti a pressioni specifiche, in particolare gli Stati membri in prima linea, e delle Agenzie dell'UE che operano in tali ambiti (in particolare Frontex ed EASO).

Agenda europea sulla migrazione. In vista del Consiglio europeo tenutosi il 17 e 18 ottobre, il 16 ottobre 2019 la Commissione ha pubblicato la comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio "Relazione sullo stato di attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione", COM (2019) 481 finale. Il documento, accompagnato da alcune schede informative su aspetti specifici, evidenzia la sensibile riduzione degli arrivi nell'Unione europea

(circa - 90% rispetto al 2015) e una stabilizzazione delle domande di asilo (circa la metà rispetto ai dati mensili nel biennio 2015-2016). Tuttavia l'intensificazione dei flussi migratori lungo la rotta del mediterraneo orientale e una rinnovata instabilità in Siria rendono la situazione estremamente fragile. Viene, pertanto, sottolineata l'esigenza di proseguire l'azione lungo le rotte migratorie, direttamente a supporto degli Stati maggiormente esposti alla pressione (Turchia, Libia, Bosnia Erzegovina, Grecia), ma anche del dialogo politico tra Afghanistan, Pakistan, Iran, con l'obiettivo di sostenere i migranti, i rifugiati, gli sfollati interni e i rimpatriati, nonché le comunità di accoglienza, e aiutare le autorità pubbliche nella gestione della migrazione e nella reintegrazione sostenibile dei rimpatriati, o come nel caso della Libia, favorendone l'evacuazione. In attesa di una riforma complessiva del Sistema di asilo, di cui è stata ribadita la necessità, la relazione sottolinea l'esigenza di giungere ad accordi maggiormente strutturati per lo sbarco dopo le operazioni di ricerca e soccorso. Sul piano del contrasto alla migrazione irregolare, la Commissione ha segnalato il ruolo svolto dal Centro europeo contro il traffico di migranti di Europol e ha ribadito la centralità della cooperazione con i Paesi terzi, nell'ambito di partenariati operativi comuni, nonché delle missioni e operazioni attinenti alla politica di sicurezza e difesa comuni (EUNAVFOR Med e EUBAM Lybia).

Atti adottati

Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera. È stato adottato il regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, entrato in vigore il 4 dicembre 2019. Il nuovo regolamento apporta numerose modifiche e novità al quadro giuridico vigente, ampliando il mandato dell'Agenzia, con l'obiettivo di rafforzarne la capacità operativa. A tal fine, tra i diversi interventi, si segnala in particolare, la graduale dotazione dell'Agenzia, a partire dal gennaio 2021, di un proprio corpo permanente di guardie di frontiera. L'obiettivo strategico di una capacità di 10.000 membri del personale operativo, come previsto dall'allegato I, dovrebbe essere raggiunto nel 2027. Il corpo permanente si comporrà di quattro categorie di personale operativo: da un lato personale statutario dell'Agenzia, impiegato all'interno di squadre da dispiegare nelle aree operative (art. 55), oltre al personale responsabile del funzionamento dell'unità centrale ETIAS; dall'altro lato, una parte di personale messo a disposizione dagli Stati membri, in qualità di personale distaccato a lungo termine presso l'Agenzia dagli Stati membri (art. 56); personale pronto per essere messo a disposizione dell'Agenzia per impieghi di breve durata (art. 57) ed, infine, la riserva di reazione rapida composta da personale degli Stati membri pronto per essere impiegato negli interventi rapidi (art. 58). In linea con il più ampio mandato attribuito all'Agenzia, tale personale non solo coadiuverà gli Stati nel controllo delle frontiere esterne, ma potrà essere impiegato in relazione alle funzioni di contrasto della criminalità transfrontaliera, dei movimenti secondari, nonché in materia di rimpatrio.

Varie

Attuazione dell'*acquis* Schengen da parte della Croazia. Il 22 ottobre la Commissione ha pubblicato la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio riguardante la verifica della piena applicazione dell'*acquis* di Schengen da parte della Croazia, COM(2019) 497 def. Il documento esamina i progressi compiuti dalla Croazia verso il soddisfacimento delle condizioni necessarie per l'applicazione di tutte le parti dell'*acquis* di Schengen, tenendo conto dei risultati delle valutazioni Schengen e del follow-up intrapreso da tale Paese dall'inizio della valutazione nel 2016 fino all'ottobre 2019. La comunicazione riferisce, inoltre, in merito all'adempimento degli impegni assunti dalla Croazia nell'ambito dei negoziati di adesione che sono rilevanti per l'*acquis* di Schengen, dalla data di adesione (1° luglio 2013) fino a settembre 2019. Pur sottolineando la necessità di ulteriori sforzi, la Commissione ritiene che la Croazia abbia adottato le misure richieste per garantire che siano soddisfatte le condizioni necessarie per l'applicazione di tutte le parti pertinenti dell'*acquis* di Schengen e, pertanto, ha invitato il Consiglio a discutere la comunicazione ai fini dell'adozione della decisione, richiesta dall'atto di adesione, per l'integrazione della Croazia nello spazio Schengen.

Collaborazione della guardia europea di frontiera e di costiera europea con il Montenegro e la Serbia. L'8 ottobre e il 19 novembre 2019 sono stati firmati rispettivamente l'accordo sullo *status* tra l'Unione europea e il Montenegro riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Montenegro e l'accordo sullo *status* tra l'Unione europea e la Serbia riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera in Serbia. Tali accordi, attualmente all'esame del Parlamento europeo, che deve autorizzarne la conclusione, consentiranno all'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera di assistere i due Paesi nella gestione delle frontiere, svolgere operazioni congiunte e schierare squadre nelle rispettive regioni che confinano con l'UE. Il 1° maggio del 2019 era entrato in vigore l'Accordo sullo *status* tra l'Unione europea e la Repubblica d'Albania riguardante le azioni dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera nella Repubblica d'Albania, mentre altri sono stati siglati con Bosnia Erzegovina e Macedonia.

Facilitazione dei visti con Capo Verde. Ad ottobre, il Consiglio ha autorizzato la Commissione ad avviare i negoziati con Capo Verde per la modifica dell'accordo di facilitazione del rilascio dei visti per soggiorni di breve durata. L'accordo era stato adottato in parallelo con un accordo relativo alla riammissione delle persone il cui soggiorno è irregolare ed entrambi gli accordi erano entrati in vigore il 1° dicembre 2014. Le modifiche proposte includono: la riduzione dei diritti per il rilascio del visto, l'estensione della possibilità di ottenere un visto per ingressi multipli con un lungo periodo di validità e la semplificazione dell'elenco dei documenti da allegare alla domanda di visto.

Reinsediamento. Con la raccomandazione del 3.10.2017 sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale, C(2017) 6504 final, nel 2017 la Commissione aveva esortato gli Stati membri ad offrire posti per il reinsediamento di 50,000 persone entro il 31 ottobre 2019. La Commissione ha reso noto che al 7 ottobre 2019 risultavano effettivamente reinsediate oltre 39.000 persone, pari al 78% dell'obiettivo. La Commissione ha esortato gli Stati membri a proseguire il programma volontario fino al raggiungimento della cifra prevista.

Aggiornamento dell'Atlante della migrazione. A dicembre il Centro di conoscenza della Commissione europea su migrazione e demografia (KCMD) ha pubblicato una nuova versione dell'Atlante online e interattivo. L'Atlante viene aggiornato ogni anno con i fatti e i dati più recenti sulla demografia, la migrazione, l'asilo, l'integrazione e lo sviluppo relativi a quasi 200 Paesi e territori. L'Atlante copre i 28 Stati membri dell'UE (sezione UE) e 170 Paesi e territori non UE (sezione non UE).

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Il decreto sui Paesi di origine sicuri. I profili di illegittimità e le osservazioni critiche dell'ASGI

Con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 4.10.2019 pubblicato in G.U. del 7 ottobre 2019) si individuano i Paesi di origine sicuri, ai sensi dell'art. 2-*bis*, d.lgs. 28.12.2008, n. 25, introdotto col d.l. n. 113/2018.

Si tratta di Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina.

L'elenco potrà subire ulteriori modifiche.

L'inserimento dovrebbe avvenire allorché si può escludere che in quel determinato Stato sussistano atti di persecuzione, tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, o che sia presente pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

L'inserimento di un Paese nella lista dei Paesi di origine sicuro comporta importanti effetti:

- 1) la Commissione territoriale per la protezione internazionale (non certo il giudice) competente ad esaminare la domanda è esentata dal procedere d'ufficio a fare per ogni domanda una raccolta delle informazioni sul Paese di origine; più esattamente su ogni Commissione territoriale per la protezione internazionale si declina un differente onere di collaborare per fare emergere l'esigenza di protezione;
- 2) conseguentemente è onere del richiedente invocare di fronte alla Commissione territoriale (e non certo anche nel giudizio sul ricorso giurisdizionale contro la decisione della Commissione) "gravi motivi" per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova (art. 2-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 25/2008);
- 3) all'atto della presentazione della domanda di protezione internazionale l'ufficio di polizia deve informare il richiedente che, ove proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'art. 2-*bis*, la domanda può essere rigettata dalla Commissione territoriale ai sensi dell'art. 9, co. 2-*bis* (art. 10, co. 1, d.lgs. n. 25/2008), cioè che se non produrrà elementi gravi per fare capire che la sua situazione individuale non è sicura la domanda potrà essere ritenuta manifestamente infondata per questo solo motivo;
- 4) il venir meno, sostanzialmente, dell'obbligo di motivazione in fatto e in diritto della decisione delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale: ogni Commissione, anche a seguito del colloquio personale col richiedente, valuta se sussistono o meno i requisiti per il riconoscimento della protezione, ma allorché adotti la decisione di manifesta infondatezza tale decisione dovrebbe essere motivata – stando al tenore letterale

della normativa italiana – dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese, pur designato come tale in relazione alla sua situazione particolare (art. 9, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008). È peraltro possibile ritenere che la Commissione territoriale, a seguito della audizione del richiedente e valutati i motivi da questi addotti, possa altresì assumere una decisione di rigetto (ma non di manifesta infondatezza) nel caso in cui ritenga che il richiedente abbia dimostrato che vi siano validi motivi per non ritenere sicuro tale paese per la sua situazione particolare e, ciononostante, non ritenga di riconoscere una delle due forme di protezione internazionale o riconosca la protezione speciale;

5) la domanda di protezione internazionale è esaminata dalla Commissione territoriale in via prioritaria (art. 28, co. 1, lett. c-*ter*), d.lgs. n. 25/2008);

6) la domanda di protezione internazionale è esaminata con procedura accelerata (ai sensi dell'art. 28-*bis*, d.lgs. 25/2008): appena ricevuta la domanda, la questura deve provvedere senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale, la quale dovrebbe provvedere all'audizione nell'arco di 7 giorni e adottare la decisione entro i successivi due giorni (termine raddoppiabile se la domanda sia ritenuta manifestamente infondata e comunque superabile se sia necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda);

7) se la domanda è presentata in zona di frontiera o di transito l'esame può svolgersi direttamente alla frontiera o nelle zone di transito (art. 28-*bis*, co. 1-*ter*, d.lgs. n. 25/2008); l'eventuale decisione di rigetto per manifesta infondatezza (in quanto presentata da cittadino di Paese designato come sicuro la cui domanda sia stata sin dall'origine considerata ed esaminata come tale) comporta il dimezzamento dei termini ordinari di impugnazione dinanzi alla autorità giudiziaria che, dagli ordinari 30 giorni, diventano qui 15 giorni (art. 35, co. 2, d.lgs. n. 25/2008). Alla scadenza del termine per l'impugnazione vi è l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale, salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo e l'adozione nei suoi confronti di un provvedimento amministrativo di espulsione da parte del prefetto (art. 32, co. 4, d.lgs. n. 25/2008);

8) l'eventuale presentazione del ricorso giurisdizionale al Tribunale contro la decisione del rigetto per manifesta infondatezza non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, salvo specifica istanza in tal senso. La presentazione dell'istanza ha, infatti, effetto sospensivo in attesa dell'emanazione di apposito provvedimento da parte del Tribunale, che deve intervenire «quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni e assunte, ove occorra, sommarie informazioni, con decreto motivato, pronunciato entro cinque giorni dalla presentazione dell'istanza di sospensione e senza la preventiva convocazione della controparte», cui consegue il rilascio del permesso di soggiorno (art. 35-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 25/2008);

9) quando il ricorrente è ammesso al patrocinio a spese dello Stato e l'impugnazione ha ad oggetto una decisione della Commissione territoriale che dichiara la domanda manifestamente

infondata, il giudice, quando rigetta integralmente il ricorso, indica nel decreto di pagamento a norma dell'art. 82 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, le ragioni per cui non ritiene le pretese del ricorrente manifestamente infondate ai fini di cui all'art. 74, co. 2, del predetto decreto (in mancanza delle quali il patrocinio gratuito a spese dello Stato non è assicurato).

L'intera nuova disciplina solleva numerosi *problemi di legittimità*.

Notevoli dubbi di legittimità riguardano l'uso della nozione di Paesi di origine sicuro che finisce col comprimere in modo grave l'effettivo esercizio del diritto di asilo.

È vero che il decreto ministeriale esercita una facoltà prevista da norma legislativa che a sua volta attua una facoltà data ad ogni Stato dalla vigente direttiva dell'UE (efficace nell'ordinamento italiano ai sensi della limitazione di sovranità consentita dall'art. 11 Cost.), la quale prevede come presupposti per l'inclusione nella nozione di Paese sicuro la sussistenza di parametri connessi alla garanzia e all'effettività di diritti fondamentali internazionalmente garantiti e ha come effetto una semplificazione e un aggravamento procedurali e di per sé non impedisce un esame individuale della domanda e non comporta certo l'inaammissibilità della domanda (il che sarebbe incostituzionale). L'insieme delle restrizioni che le norme legislative frappongono al richiedente proveniente da un Paese di origine designato come sicuro non devono essere interpretate e applicate come ostacoli ad un esame approfondito della situazione individuale del richiedente, che è la base stessa del diritto di asilo costituzionalmente garantito. Tuttavia, resta il dubbio se la direttiva UE sia del tutto conforme al Trattato UE che esige che ogni atto dell'UE rispetti sempre la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato (che esige sempre, a sua volta, una valutazione della domanda alla luce della situazione individuale e che vieta ogni discriminazione dei rifugiati sulla base del Paese di origine), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e al diritto di asilo garantito dalla Carta dei diritti fondamentali. Simili dubbi potrebbero dare luogo ad un rinvio alla Corte di giustizia della UE della stessa norma della direttiva UE che prevede la facoltà della designazione di un Paese di origine come sicuro. Circa la violazione del diritto UE, i profili di contrasto della norma interna possono riguardare i criteri da considerare, la mancata previsione dell'obbligo di motivazione, il metodo di individuazione dell'elenco dei Paesi di origine sicuri, gli organi competenti, l'esclusione dei soggetti vulnerabili. Anche una procedura che svuoti di fatto l'effettività della tutela – sia nella fase amministrativa, sia in quella giurisdizionale – potrebbe essere ragionevolmente considerata in contrasto con la direttiva stessa e, soprattutto, con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come confermano le recenti sentenze della CGUE sul caso M e sull'accoglienza, considerando anche la rilevanza che assume la giurisprudenza CEDU (si veda, da ultimo la sentenza *Ilias v. Hungary*).

In ogni caso gravi dubbi di legittimità costituzionale riguardano la norma legislativa nazionale di recepimento della direttiva UE.

Infatti, l'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 sembra violare le riserve di legge in materia di stranieri e di diritto di asilo previste dagli artt. 10, co. 2 e 10, co. 3 Cost. perché dà al Governo una facoltà che di per sé produce l'attivazione di norme legislative differenti e di un trattamento

diverso e deteriore delle domande di alcuni richiedenti asilo, senza che sia previsto in via preventiva alcun parere, neppure consultivo, né alcuna decisione definitiva del Parlamento (esemplare è invece il caso tedesco in cui il Bundestag ha approvato la lista dei Paesi di origine sicuri). In proposito non basta neppure affermare che si tratta di riserva di legge relativa, perché la discrezionalità governativa non pare adeguatamente limitata neppure dalla previsione di criteri e modi per il suo esercizio da parte della norma stessa.

Occorre inoltre rilevare la vaghezza delle formule usate nell'art. 2-*bis*, co. 2 e 3, d.lgs. n. 25/2008 per tentare di vincolare la discrezionalità del Governo: appare difficile, infatti, vincolare tutti i parametri cui riferirsi per valutare «in via generale e costante» la sicurezza di un Paese, con riguardo al rispetto dei diritti umani dei suoi cittadini. Lo stesso inciso «in via generale e costante» rovescia la dimensione individuale del diritto di asilo costituzionalmente garantito.

Al contempo, vaghi appaiono i riferimenti alle fonti di informazioni menzionate nell'art. 2-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 25/2008, perché si tratta di indicazioni aperte e generiche, che non danno certezza sulla fondatezza e completezza dei dati utilizzati per la designazione.

Nel d.m.a.e. 4 ottobre 2019 non si prevede alcuna categoria di persone, né alcuna zona del territorio di ognuno degli Stati designati come sicuri, che si possa ritenere esclusa dalla suddetta designazione e dai conseguenziali effetti negativi sulla tutela dei diritti individuali. Tuttavia la mancata previsione nel decreto di queste esclusioni appare illegittima per eccesso di potere, perché il decreto appare contraddittorio rispetto agli esiti dell'istruttoria svolta prima della sua emanazione dagli uffici ministeriali competenti, alla luce delle precise raccomandazioni in favore di puntuali esclusioni che sono contenute nelle schede concernenti i singoli Stati elaborate dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale con la collaborazione dell'unità COI della Commissione nazionale per il diritto di asilo e che sono state allegate alla circolare prot. n. 0009004 del 31 ottobre 2019 della Commissione nazionale per il diritto di asilo: senza alcuna motivazione, infatti, tali categorie o territori, la cui esclusione era stata proposta dagli uffici ministeriali, non sono stati inclusi nel testo del decreto.

In ogni caso il d.m.a.e. 4 ottobre 2019 appare viziato da illegittimità perché la mancata motivazione dell'inserimento di ogni Stato nell'elenco dei Paesi sicuri viola le norme costituzionali, internazionali ed europee su indicate, in quanto è del tutto sprovvisto anche soltanto dell'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte ministeriali. Il decreto, dunque, avrebbe almeno dovuto indicare i profili generali e i criteri in base ai quali si ritiene che nella situazione di ogni Stato designato come Paese di origine sicuro siano verificati i presupposti indicati nell'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, oltre che eventuali ulteriori motivazioni specifiche concernenti un determinato Stato e/o le categorie di persone e/o le zone eventualmente escluse dagli effetti di tale designazione. L'omissione della indicazione nel decreto stesso di tali profili e criteri generali e delle motivazioni specifiche concernenti ogni Paese comporta l'illegittimità del decreto non soltanto per violazione di legge, a causa delle violazioni delle norme di rango primario e sovranazionale che esigono una qualche motivazione

in fatto e in diritto, ma anche per eccesso di potere, a causa della incompletezza dell'istruttoria svolta e della contraddittorietà tra il decreto e gli esiti dell'istruttoria preliminare al decreto. Infatti, pochi giorni dopo la pubblicazione del decreto la Commissione nazionale per il diritto di asilo ha emesso una propria circolare (prot. N. 0009004 del 31 ottobre 2019) alla quale sono allegati gli elementi elaborati dalla stessa Commissione e dagli uffici del Ministero degli affari esteri per ogni Paese. La lettura di quegli elementi rende del tutto evidente la più totale contraddizione tra gli elementi controllati e raccolti e la qualificazione dello Stato come Stato sicuro. Tali elementi sono per alcuni Stati piuttosto formali o incompleti, il che indica una istruttoria carente, mentre per altri Stati si riferiscono elementi gravi e violazioni dei diritti fondamentali che paiono del tutto incompatibili con la qualifica di Paese di origine sicuro e talvolta conducono gli stessi uffici a fare raccomandazioni, inclusa la previsione di esclusioni di determinate categorie di persone o di territori, ma quelle indicazioni in modo immotivato e irragionevole sono state poi del tutto disattese e non compaiono perciò nel testo finale del decreto ministeriale.

Come rilevato, il d.m.a.e. 4 ottobre 2019 pare mancare di tutti i requisiti legali e dei presupposti menzionati nell'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25/2008.

In primo luogo, il provvedimento appare viziato da illegittimità perché è manchevole di ogni profilo generale e criterio dal quale sia possibile ricavare la motivazione circa gli elementi di fatto e di diritto che per ogni Stato hanno condotto all'inclusione nell'elenco, siano essi i motivi generali ricavabili dalle norme nazionali, internazionali ed europee citate in precedenza, siano essi i motivi specifici. Non costituisce di certo una motivazione in fatto e in diritto l'indicazione della comunicazione ricevuta dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo (della quale non si indica alcun contenuto, né se comprende dal testo quali informazioni siano state ricevute da altri soggetti con cui la Commissione nazionale intrattiene rapporti e che, in base all'art. 2-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 25/2008, devono essere tenuti in considerazione nell'adozione del decreto ministeriale). Nessun motivo di diritto o di fatto è presente nel d.m.a.e. 4 ottobre 2019 – né in generale, né in modo specifico – che giustifichi la ragionevolezza dell'inclusione di determinati Stati e la mancata inclusione di altri nell'elenco dei Paesi di origine sicuri.

In secondo luogo, il decreto appare viziato da illegittimità per la violazione dell'obbligo di tenere conto delle varie fonti di informazione menzionate nell'art. 2-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 286/1998. Dal testo del decreto si evince che l'elenco dei Paesi di origine sicuri sia stato redatto sulla base di un appunto elaborato «dai competenti uffici geografici del Ministero degli affari esteri». Pertanto, le informazioni sulle quali la designazione si è basata paiono esaurirsi in un'istruttoria svolta dai funzionari di un unico Ministero, in violazione della varietà delle fonti richiamate dalla norma legislativa (che comprendono la Commissione nazionale per il diritto di asilo, gli altri Stati membri dell'Unione europea, l'EASO, l'UNHCR, il Consiglio d'Europa e altre organizzazioni internazionali competenti). Il decreto elude l'obbligo di tenere conto di fonti molteplici in modo da consentire al Governo di fondare la sua decisione su informazioni

proprie, non ampie, né plurali e senza alcun coinvolgimento di organizzazioni non governative e di altri enti indipendenti nella procedura di designazione.

In terzo luogo, il decreto pare viziato da eccesso di potere, perché l'inclusione in esso di alcuni Stati è il frutto di un'istruttoria carente sulla situazione di quello Stato, ovvero è in contraddizione con l'istruttoria svolta, il che è facile ricavare dagli elementi predisposti per ogni Stato dagli uffici del Ministero degli affari esteri e allegati alla circolare prot. n. 0009004 del 31 ottobre 2019 della Commissione nazionale per il diritto di asilo, dai quali si evince anche l'immotivata e irragionevole mancata previsione di categorie di persone o zone di ogni Paese da intendersi come escluse che gli stessi uffici ministeriali raccomandano.

In quarto luogo, il decreto non prevede alcuna disciplina chiara né delle procedure, né dei casi e dei termini per l'aggiornamento dell'elenco dei Paesi di origine sicuro.

In quinto luogo, la disciplina transitoria dell'applicazione del decreto ministeriale appare lapidaria e ben poco chiara circa gli effetti sull'esame delle domande pendenti alla data dell'entrata in vigore del decreto.

L'elenco degli Stati i cui cittadini devono produrre la certificazione sulla situazione immobiliare ai fini dell'accesso al reddito di cittadinanza o alla pensione di cittadinanza

Il decreto 21.10.2019 Ministero del lavoro e delle politiche sociali (pubblicato in G.U. n. 285 del 5.12.2019) – previsto dall'art. 2, co. 1-ter, d.l. n. 4/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 26/2019 – ha stabilito l'elenco degli Stati dove è «oggettivamente impossibile» procurarsi la certificazione richiesta per i redditi e il patrimonio posseduto nel Paese di origine.

Il decreto elenca gli Stati, i cui cittadini dovranno produrre la documentazione relativa al patrimonio immobiliare posseduto. Per esclusione, quindi i cittadini di tutti gli altri Paesi non dovranno produrre alcuna documentazione ulteriore rispetto all'ISEE.

La documentazione che i cittadini degli Stati «non esentati» dovranno produrre sarà comunque solo quella relativa al patrimonio immobiliare.

In realtà l'art. 2, co. 1-bis, d.l. n. 4/2019 prevedeva che i cittadini extracomunitari avrebbero dovuto presentare, ai fini dell'accoglimento della richiesta, oltre all'ISEE, anche apposita certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, riguardo ai requisiti reddituali e patrimoniali, nonché per comprovare la composizione del nucleo familiare.

Il Ministero del lavoro, nelle premesse del decreto, ricorda che i dati sulla composizione del nucleo familiare dei cittadini stranieri residenti in Italia sono già in possesso delle competenti autorità italiane sulla base della definizione di nucleo adottata a fini ISEE e non appaiono esservi situazioni che non siano accertabili da parte delle competenti autorità italiane mediante la verifica della residenza anagrafica.

Per quanto riguarda il patrimonio mobiliare, il decreto, sempre nelle premesse, rileva come non esiste alcuna possibilità di disporre di raccolte di informazioni sui sistemi di accertamento del patrimonio mobiliare nei vari Paesi del mondo e che solo per il patrimonio immobiliare è possibile fare riferimento al Rapporto *Doing Business* della Banca mondiale. Secondo le

informazioni regolarmente raccolte dalla Banca mondiale nell'ambito di tale raccolta, il decreto rileva che gli unici Paesi *extra*UE in cui vi è un completo sistema di registrazione formale degli immobili privati sono: Bhutan; Repubblica di Corea; Repubblica di Figi; Giappone; Hong Kong; Islanda; Kosovo; Kirghizistan; Kuwait; Malaysia; Nuova Zelanda; Qatar; Ruanda; S. Marino; Santa Lucia; Singapore; Svizzera; Taiwan Regno di Tonga.

Solo i cittadini dei suddetti Stati, pertanto, sono tenuti, ai fini dell'accoglimento della richiesta del reddito di cittadinanza e della pensione di cittadinanza, a produrre l'apposita certificazione di cui all'art. 2, co. 1-*bis*, d.l. n. 4/2019, limitatamente all'attestazione del valore del patrimonio immobiliare posseduto all'estero dichiarato a fini ISEE.

Nuove modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo

Il *decreto del ministro dell'interno 18.11.2019* (pubblicato in G.U. serie gen. n. 284 del 4.12.2019) prevede le modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo per la predisposizione di servizi di accoglienza nei confronti di cittadini stranieri titolari di protezione internazionale, minori stranieri non accompagnati e altre categorie indicati dall'art. 1.

Con lo stesso decreto sono approvate le «Linee guida per il funzionamento del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati (Siproimi)», allegate al decreto (Allegato A).

Gli enti locali interessati all'attivazione di servizi di accoglienza devono presentare al Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione le proposte progettuali, che vengono poi valutate ed eventualmente approvate da una Commissione. I progetti approvati, la prosecuzione di quelli già avviati e l'ampliamento dei posti sono ammessi a finanziamento con decreto del Ministro in relazione alle esigenze di accoglienza e nei limiti delle risorse del Fondo nazionale, in base a quanto prevedono le Linee guida.

Il decreto abroga il decreto del Ministro dell'interno 10 agosto 2016.

Finanziamento fino al 30 giugno 2020 dei progetti in atto nell'ambito del SIPROIMI

Con *decreto del Ministro dell'interno del 13.12.2019* per evitare interruzioni nei servizi di accoglienza dei progetti Siproimi in scadenza al 31.12.2020 è stato adottato dal Ministro dell'interno il decreto di finanziamento della prosecuzione dell'accoglienza dal 1° gennaio al 30 giugno 2020: il finanziamento consentirà agli Enti locali che hanno manifestato l'intenzione di proseguire le attività progettuali di continuare ad operare, nelle more della valutazione ed approvazione delle domande di prosecuzione dei progetti per il triennio 2020-2022.

Il decreto e i tre prospetti, riportanti le risorse assegnate per le tre tipologie di accoglienza (ordinaria, per MSNA e per DM-DS), sono disponibili sul sito <https://www.interno.gov.it/it/notizie/siproimi-libera-decreto-finanziamento>.

Per dare continuità all'assistenza, inoltre, il Ministero dell'interno ha pubblicato il 24.12.2019 la *Determinazione* a procedere alla realizzazione del progetto «Accompagnamento all'autonomia e all'inclusione dei titolari di protezione umanitaria», per finanziare, attraverso il Fondo FAMI iniziative di accompagnamento all'autonomia e all'inclusione.

Le risorse, pari a 8.296.880 saranno assegnate agli Enti locali in particolare per misure di inserimento abitativo, lavorativo, sociale, e di accompagnamento amministrativo. L'obiettivo è quello di consolidare i percorsi in uscita dall'accoglienza prevenendo eventuali emergenze legate alla cessazione delle diverse attività di presa in carico di migranti ancora in accoglienza titolari di protezione umanitaria. Il progetto riguarda circa 1.400 persone, il 50% delle quali in condizioni di vulnerabilità.

Il finanziamento dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati

Nella *legge di bilancio 2020 approvata con legge 27.12.2019, n. 160* (pubblicata in G.U. Serie Generale n.304 del 30.12.2019 - Suppl. Ordinario n. 45) all'art. 1, co. 882 e 833 si prevede lo stanziamento di un milione di euro l'anno per i tutori volontari, privati cittadini selezionati e adeguatamente formati ai quali i Tribunali dei minorenni affidano la tutela dei minori stranieri non accompagnati.

Le risorse aggiuntive servono a finanziare «interventi a favore dei tutori», a rimborsare le spese che questi sostengono per adempiere al loro compito, ma anche a incentivare il riconoscimento di questo impegno da parte dei datori di lavoro. Le aziende che riconoscono permessi retribuiti per le attività dei tutori volontari, infatti, potranno farsi rimborsare dal Fondo il 50% del costo, fino a 60 ore per tutore.

In base al comma 883 un decreto del ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, da adottare entro due mesi, disciplinerà le modalità di richiesta e di assegnazione dei contributi.

Il nuovo Fondo di auto ai Paesi interessati ai flussi migratori verso l'Italia

Nella *legge di bilancio 2020 approvata con legge 27.12.2019, n. 160* (pubblicata in G.U. Serie Generale n. 304 del 30.12.2019 - Suppl. Ord. n. 45) all'art. 1, co. 878 si prevede che il Fondo istituito dall'art. 1, co. 621, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale è esteso ai Paesi non africani d'importanza prioritaria per i movimenti migratori e rinominato « Fondo per interventi straordinari volti a rilanciare il dialogo e la cooperazione con i Paesi africani e con altri Paesi d'importanza prioritaria per i movimenti migratori».

A tale Fondo è assegnata una dotazione di 30 milioni di euro per l'anno 2020, 30 milioni di euro per l'anno 2021 e 40 milioni di euro per l'anno 2022.

Agevolazioni per il soggiorno dei venezuelani di origine italiana e per le loro domande di cittadinanza italiana

Nella *legge di bilancio 2020 approvata con legge 27.12.2019, n. 160* (pubblicata in G.U. Serie Generale n.304 del 30-12-2019 - Suppl. Ord. n. 45) si prevedono all'art. 1 due misure agevolative in favore dei cittadini di origine italiana di nazionalità venezuelana, proveniente da un Paese in cui i disordini e la guerra civile mettono in pericolo la sopravvivenza.

Il comma 879 prevede che ai cittadini di origine italiana di nazionalità venezuelana che hanno presentato richiesta del possesso dello *status civitatis* italiano alla data di entrata in vigore della stessa legge è concesso il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ai sensi dell'art. 9 del Testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, ovvero il permesso di soggiorno per esigenze di carattere umanitario. A tal fine è autorizzata la spesa di 100.000 euro per l'anno 2020.

Al comma 881 si prevede che al fine di accelerare i procedimenti di riconoscimento della cittadinanza in favore dei cittadini stranieri di origine italiana di nazionalità venezuelana che presentano richiesta del possesso dello *status civitatis* italiano, è autorizzata la spesa di 500.000 euro annui per ciascuno degli anni 2020 e 2021.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Attuazione delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate nelle zone di transito o di frontiera

Con *circolare 16.10.2019, prot. 0008560 del Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione* si danno le istruzioni applicative a seguito dell'entrata in vigore del dec. min. interno 5.8.2019 sulle zone di transito o di frontiera circa l'attuazione delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate in tali zone.

Anzitutto legittimamente la circolare circoscrive l'applicazione di tale procedura soltanto alle domande presentate direttamente alla frontiera o nelle zone di transito individuate nel decreto ministeriale da stranieri dopo essere stati fermati per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli, mentre se ne esclude l'applicazione alle domande di coloro che siano stati recuperati attraverso operazioni di soccorso in mare (SAR) o che si siano spontaneamente presentati per formalizzare la richiesta di protezione internazionale senza essere stati intercettati dalle forze di polizia all'atto dello sbarco o, comunque, subito dopo.

In tali circostanze per le esigenze di celerità la richiesta di protezione internazionale deve essere formalizzata al momento dell'identificazione connessa all'ingresso illegale da parte delle questure competenti per le zone di frontiera individuate nel decreto ministeriale (Trieste, Gorizia, Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi, Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina, Trapani, Agrigento e Cagliari), le quali inseriranno i dati nel sistema SGA

e ultimano la compilazione del modello C/3 sul sistema *Vestanet* e informeranno telefonicamente la competente Commissione territoriale o sezione (restando competenti le Commissioni di Bari e Siracusa finché non saranno operative le nuove Commissioni di Matera e Ragusa) che fisserà nell'immediatezza la data del colloquio personale col richiedente asilo entro i 7 giorni e la comunica alla questura, la quale a sua volta la comunica al richiedente mediante compilazione di apposita sezione in calce allo specifico nuovo modello C/3 di frontiera.

Per effettuare tale colloquio si dà alle Commissioni territoriali di Trieste, Crotone, Bari, Lecce, Siracusa, Catania e Cagliari e alle Sezioni di Agrigento e Trapani la facoltà di spostarsi attraverso un «nucleo mobile» previa intesa con la competente questura. In tal caso il componente del Collegio competente, deputato a svolgere l'audizione o più componenti qualora siano presenti più richiedenti da audire nella stessa giornata e gli eventuali interpreti saranno autorizzati ad utilizzare un automezzo messo a disposizione delle prefetture che ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 25/2008 forniscono il necessario supporto ad ogni Commissione e i relativi oneri di missione graveranno sul competente capitolo di spesa della Commissione nazionale per il diritto di asilo.

In ogni caso ogni collegio adotterà la sua decisione entro i 2 giorni previsti dall'art. 28-*bis* d.lgs. n. 25/2008 con immediato inserimento nel sistema informatico *Vestanet* e contestuale comunicazione alla questura per i successivi adempimenti.

A seguito della formalizzazione della domanda mediante compilazione del modello C/3 i richiedenti saranno ospitati presso i Centri delle province comprese nell'ambito territoriale del Collegio di valutazione competente in base al luogo di presentazione della domanda.

Riprendendo i contenuti della citata circolare la successiva *circolare 18.10.2019, prot. 0138656, n. 400/C/II Div. del Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere* aggiunge che l'applicazione della procedura deve ritenersi esclusa per le domande presentate dai minori non accompagnati e dai soggetti vulnerabili, ai quali devono essere garantite le specifiche procedure.

Alla circolare è allegato il modello del verbale delle dichiarazioni degli stranieri che chiedono in Italia il riconoscimento dello *status* di rifugiato, al quale si applicano le procedure accelerate per le domande presentate in frontiera, nel quale le questure devono precisare la frontiera presso la quale è avvenuto lo sbarco o l'intercettazione a seguito dell'avvenuta o tentata elusione.

Si prescrive altresì agli uffici di polizia di frontiera di Trieste e di Gorizia di prendere contatti diretti con le questure corrispondenti ai fini dell'immediato trasferimento del richiedente soggetto a procedura accelerata presso gli uffici immigrazione per l'espletamento delle procedure accelerate.

Tempistica per lo svolgimento dei colloqui personali nell'ambito delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri

La circolare della Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo – prot. 0008864 del 28.10.2019 invita i presidenti delle Commissioni territoriali a dare immediata applicazione alla procedura accelerata di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri allegata al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4.10.2019 e contestualmente risolve in chiave più garantista una questione interpretativa controversa concernente la tempistica della procedura accelerata.

Sulla base dei pareri dell'Ufficio II- Studi e Legislazioni del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e dell'Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari del Ministero dell'interno, la circolare conclude per l'interpretazione secondo al quale il termine per lo svolgimento dell'audizione deve essere quello di 7 giorni (raddoppiabili ai sensi dell'art. 28-ter, co. 1, lett. a) in relazione dell'art. 28-bis, co. 2, lett. a) d.lgs. n. 25/2008), decorrenti dalla formalizzazione della domanda, oltre ai 2 giorni successivi per la decisione.

Chiarimenti procedurali e sostanziali circa le procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri

La circolare del Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo del 31.10.2019 fornisce numerose risposte circa quesiti procedurali e sostanziali concernenti l'applicazione alla procedura accelerata di esame delle domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di Stati inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri allegata al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4.10.2019.

In realtà essa riprende i profili procedurali e sostanziali previsti dal d.lgs. n. 25/2008 e ribadisce i medesimi contenuti delle citate circolari del mese di ottobre del Ministero dell'interno, a cui si aggiungono le seguenti precisazioni:

- 1) la procedura si applica a istanze di asilo formalizzate dopo il 28 ottobre 2019, in cui è stata emanata la citata circolare n. 8560 del Dipartimento libertà civili e immigrazione del Ministero dell'interno;
- 2) la procedura si applica a tutti i richiedenti provenienti da un Paese di origine sicuro e non opera nei loro riguardi la procedura prevista per le domande presentate in frontiera;
- 3) circa gli oneri di allegazione degli elementi a proprio favore da parte dei richiedenti asilo si richiama la possibile applicazione individuale della violenza indiscriminata quale presupposto della protezione sussidiaria secondo la *sliding scale* affermata dalla sent. Elfaji, C_467/07 del 17 febbraio 2009, § 39.

La circolare per favorire un più corretto inquadramento della situazione degli Stati inseriti nella lista del Paese di origine sicuro allega anche le «schede Paese» elaborate dall'unità COI

della Commissione nazionale e dagli uffici del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale.

Curiosamente proprio i contenuti di ognuna di queste allegazioni sono uno dei principali elementi che attestano l'annullabilità del decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale del 4.10.2019, sia sotto il profilo dell'illegittimità, sia sotto il profilo dell'eccesso di potere (come si è approfondito all'inizio del presente Osservatorio): per la situazione di alcuni Stati l'istruttoria appare superficiale e poco approfondita e trascura importanti elementi, mentre per quella di altri Stati inspiegabilmente il decreto non inserisce le esclusioni di determinate categorie di persone più a rischio, che erano state di volta ben motivate nelle schede elaborate dagli uffici ministeriali.

Rivalutazione e riesame ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria delle domande di protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018

Una nota del 24.12.2019 della Presidente della Commissione nazionale per il diritto d'asilo ha preso atto della sentenza della Corte di cassazione, SU, n. 29460/2019, che ha affermato che le nuove disposizioni del d.l. n. 113/2018 relative all'abrogazione della protezione umanitaria non sono retroattive e ha ricordato che i presupposti per il riconoscimento del permesso umanitario (ai quali ora sarà rilasciato il permesso di soggiorno per casi speciali, di cui all'art. 1, co. 9, del d.l. n. 113/2018) devono essere accertati sulla base della disciplina esistente al momento della presentazione della domanda che si perfeziona con la formalizzazione del modulo.

La nota, sulla base di una memoria dell'Avvocatura dello Stato, ricorda altresì che la stessa Cassazione ha confermato la sua giurisprudenza precedente secondo cui il parametro dell'integrazione socio lavorativa dello straniero irregolare di per sé solo non può giustificare la concessione della protezione umanitaria: non è ritenuta sufficiente la mera allegazione di una situazione di generale e non specifica compromissione dei diritti umani nel Paese di provenienza, perché la temuta violazione dei diritti umani deve necessariamente correlarsi alla vicenda personale del richiedente, non potendo altrimenti legittimare il rilascio del titolo di soggiorno.

Pertanto la nota informa le Commissioni territoriali che, in ragione del valore nomofilattico della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, le domande di protezione internazionale formulate prima del 5 ottobre 2018 dovranno essere valutate sulla base della previgente normativa e che, come ricorda l'Avvocatura dello Stato, qualora siano state già rigettate potranno essere oggetto di riesame su esplicita richiesta dell'interessato, come consente l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, fondato nell'art. 97 Cost. Infatti sempreché vi sia un interesse attuale dell'interessato, manifestato con un'apposita istanza, il concreto esercizio dell'attività di riesame andrebbe effettuato nell'ottica di risolvere controversie, attuali o potenziali, relative a provvedimenti di diniego della protezione umanitaria, qualora gli stessi siano stati

pronunciati in evidente contrasto con i principi di diritto intertemporale recentemente enunciati dalla Suprema Corte.

Assistenza sociale

Elaborazione da parte dell'INPS delle domande degli stranieri di accesso al reddito di cittadinanza

Con messaggio n. 4516 del 3.12.2019 dell'INPS Direzione centrale ammortizzatori sociali e Direzione centrale organizzazione e sistemi informativi si forniscono precisazioni circa le domande di reddito/pensione di cittadinanza presentate da cittadini stranieri a seguito dell'adozione, del decreto 21.10.2019 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con cui è stato stabilito l'elenco degli Stati dove è «oggettivamente impossibile» procurarsi la certificazione per i redditi e il patrimonio posseduto nel Paese di origine.

Nel messaggio l'INPS, fornisce tutte le istruzioni necessarie al fine di procedere alla definizione delle domande presentate.

1) Circa le *domande di reddito/pensione di cittadinanza presentate dopo 1° aprile 2019 (data di entrata in vigore della legge di conversione n. 26/2019)* l'INPS chiarisce che non occorre produrre alcuna ulteriore documentazione e se è stata effettuata l'istruttoria per la verifica dei requisiti normativamente previsti per l'accesso al beneficio, l'INPS procederà a disporre il rilascio della carta Rdc e il contestuale invio della prima disposizione di pagamento a Poste italiane S.p.A.

Previo verificato della permanenza dei requisiti, si provvederà al successivo invio – con cadenza quindicinale – delle eventuali mensilità arretrate maturate.

Nel caso in cui, invece, le domande siano state presentate da cittadini stranieri appartenenti ad uno degli Stati espressamente indicati nel decreto del Ministero del lavoro del 21.10.2019 (Bhutan; Repubblica di Corea; Repubblica di Figi; Giappone; Hong Kong; Islanda; Kosovo; Kirghizistan; Kuwait; Malaysia; Nuova Zelanda; Qatar; Ruanda; S. Marino; Santa Lucia; Singapore; Svizzera; Taiwan, Regno di Tonga), le domande già presentate dovranno essere integrate, da parte del richiedente, con la certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato o territorio estero, tradotta in lingua italiana e legalizzata dall'autorità consolare italiana, attestante il valore del patrimonio immobiliare posseduto all'estero.

Gli altri requisiti reddituali e patrimoniali, di accesso al beneficio, nonché la composizione del nucleo familiare non dovranno, invece, essere oggetto di alcuna certificazione integrativa.

2) Circa le *domande di reddito/pensione di cittadinanza presentate a marzo 2019, ovvero prima dell'entrata in vigore della legge di conversione n. 26/2019*, l'INPS ricorda che con il messaggio n. 3568 del 2.10.2019 era stato precisato che per tali domande la legge di conversione aveva previsto un regime transitorio di salvaguardia delle richieste di Rdc/Pdc presentate sulla base della disciplina vigente prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate della legge di conversione.

In particolare, la norma transitoria prevedeva che per tali domande, il beneficio riconosciuto potesse essere erogato per un periodo non superiore a sei mesi «pur in assenza dell'eventuale

ulteriore certificazione, documentazione o dichiarazione sul possesso dei requisiti, richiesta in forza delle disposizioni introdotte dalla legge di conversione del decreto ai fini dell'accesso al beneficio». In forza di tale disposizione, transitoria, le domande presentate a marzo 2019 ed accolte, decorrendo il beneficio da aprile 2019, sono state poste in pagamento fino alla mensilità di settembre 2019. A decorrere da ottobre 2019, occorre allineare il contenuto delle dichiarazioni già rese nel mese di marzo a quello previsto a regime dopo la conversione in legge del decreto.

Nel messaggio l'INPS chiarisce che le domande presentate a marzo 2019 dai cittadini extracomunitari, resteranno sospese se il richiedente appartiene ad uno degli Stati i cui cittadini sono tenuti a produrre alla struttura INPS territorialmente competente la certificazione attestante il valore del patrimonio immobiliare posseduto all'estero.

Per le domande, invece, presentate a marzo 2019 dai cittadini extracomunitari di uno Stato non espressamente indicato nel decreto del 21.10.2019, i pagamenti continueranno con le consuete modalità, senza necessità di alcun adempimento documentale da parte del richiedente. Dal punto di vista operativo l'INPS precisa che, in ogni caso, tutti i richiedenti interessati riceveranno, un sms/e-mail con il quale verranno invitati a produrre la certificazione integrativa presso le Strutture territoriali dell'Istituto. Tale certificazione potrà essere prodotta dagli interessati recandosi personalmente presso la struttura INPS territorialmente competente o, in alternativa, inviandola alla stessa via PEC. I funzionari preposti avranno cura di verificare la certificazione limitatamente all'attestazione del valore del patrimonio immobiliare posseduto all'estero dichiarato ai fini ISEE e, qualora ne ricorrano i presupposti, erogheranno la prestazione, che sarà comprensiva delle mensilità arretrate, corrisposte sempre con cadenza quindicinale.

Circolazione stradale

Conversione patenti di guida estere conseguite in età inferiore a quella richiesta dalla normativa italiana

La circolare 7.11.2019, prot. n. 34454 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Dipartimento per i trasporti la navigazione, gli affari generali ed il personale, Direzione generale motorizzazione conferma la possibilità di convertire patenti di guida estere conseguite in età inferiore a quella richiesta dalla normativa italiana (ad es. richiesta di conversione di una patente polacca, valida per la categoria B, conseguita a 17 anni), sia patenti di guida comunitarie (o dello Spazio economico europeo) sia extracomunitarie, purché in quest'ultimo caso riconosciute in Italia ai fini della conversione, fermo restando che alla data di presentazione della domanda, il richiedente deve aver compiuto l'età minima richiesta in Italia per l'emissione della specifica categoria di patente da rilasciare e che, ovviamente, non esistano altri motivi ostativi.

Nel sistema informatico gli Uffici dovranno indicare, come data di conseguimento della categoria (o di ogni categoria) da convertire, quella dell'effettivo «primo rilascio» avvenuto

all'estero, anche se a suo tempo il conducente non aveva ancora compiuto l'età minima richiesta dalle norme italiane. Tale data di «primo rilascio» sarà quindi rilevabile dalla lettura della pagina 2 della patente di guida, secondo quanto previsto al punto 3, dell'allegato 1 alla direttiva 2006/126/CE.

Per le patenti di guida rilasciate in Paesi appartenenti all'Unione europea o allo Spazio economico europeo, l'indicazione della data dell'effettivo «primo rilascio» sulla patente è dovuta non solo in sede di conversione ma anche in caso di richieste di duplicato e di rinnovo di validità. Infatti, il citato punto 3, dell'allegato 1 alla direttiva 2006/126/CE, prevede – tra l'altro – che la data di primo rilascio deve essere ritrascritta sulla patente ad ogni ulteriore sostituzione o cambio.

In ogni caso non potrà automaticamente essere utilizzato in quei casi evidentemente incongruenti (ad esempio: conseguimento della patente estera di categoria equivalente alla B italiana all'età di 14 o 15 anni) per cui sarà invece necessario effettuare ulteriori approfondimenti tramite la competente autorità che ha rilasciato la specifica patente di guida, prima di procedere alla definizione della conversione richiesta.

Lavoro

Le procedure per trasferire in Italia lavoratori stranieri nell'ambito dei trasferimenti *intra-societari*

Con circolare n. 4338 del 20.12.2019 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione generale immigrazione e del Ministero dell'interno è stato adottato lo schema di Protocollo che renderà più semplice, per i datori di lavoro che lo sottoscriveranno, le procedure per trasferire in Italia lavoratori stranieri nell'ambito dei trasferimenti *intra-societari* previsti dagli art. 27-*quinquies* e *sexies*, d.lgs. n. 286/98 (TU immigrazione)

Infatti con il d.lgs. 29 dicembre 2016, n. 253, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2014/66/UE sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei dirigenti, lavoratori specializzati, lavoratori in formazione di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti *intra-societari*.

Per trasferimento *intra-societario* si intende il distacco temporaneo di uno straniero da un'impresa stabilita in un Paese terzo (cui lo straniero è legato da un rapporto di lavoro che dura da almeno tre mesi) a un'entità ospitante stabilita in Italia, appartenente alla stessa impresa o gruppo di imprese. Il trasferimento *intra-societario* comprende in pratica i casi di mobilità dei lavoratori stranieri tra imprese stabilite in diversi Stati membri. Il trasferimento *intra-societario* comprende anche i casi di mobilità all'interno dell'Unione europea tra entità ospitanti stabilite in diversi Stati membri UE, di lavoratori provenienti da Paesi terzi, già in possesso di permesso di soggiorno ICT (*intra-corporate transfer*), rilasciato da altro Stato membro ed in corso di validità.

Per questo tipo di trasferimenti il TU sull'immigrazione (artt. 27-*quinquies* e *sexies*) prevede che l'entità ospitante in Italia, in qualità di datore di lavoro, presenti la richiesta nominativa di nulla osta al trasferimento *intra-societario* allo Sportello unico per l'immigrazione, mediante

la compilazione telematica del modulo - Art. 27-*quinquies*, disponibile sul sito del Ministero dell'interno (nullaostalavoro.dlci.interno.it).

L'art. 27-*quinquies*, co. 13 prevede che nel caso in cui l'entità ospitante abbia sottoscritto con il Ministero dell'interno, un protocollo di intesa, attraverso il quale la stessa garantisce che i lavoratori dei quali chiede l'ingresso soddisfano una serie di condizioni, il nulla osta è sostituito da una comunicazione presentata, con modalità telematiche, dall'entità ospitante allo Sportello unico per l'immigrazione.

Fino ad oggi, tale procedura semplificata, che vede in pratica la richiesta di nulla osta sostituita con la mera comunicazione allo Sportello unico per l'immigrazione della proposta di contratto di lavoro/lettera di incarico, non era possibile, mancando lo schema di Protocollo di intesa da sottoscrivere.

Il venir meno della richiesta di nulla osta comporta che nell'ambito della procedura semplificata, non è previsto alcun parere da parte degli Ispettorati Territoriali del Lavoro (ITL), ma sarà consentito agli stessi la visibilità, in sola lettura, delle pratiche anche ai fini di procedere, ove necessario, ad eventuali controlli successivi sui datori di lavoro.

Le questure continueranno, invece ad effettuare le verifiche relative all'insussistenza di motivi ostativi all'ingresso dei lavoratori extracomunitari sul territorio nazionale, ai sensi del d.p.r. 394/99.

La circolare cui è allegato lo schema di Protocollo, prevede che l'entità ospitante che intenderà sottoscrivere il Protocollo, potrà far pervenire all'indirizzo di posta elettronica: politicheimmigrazione@pecdlci.interno.it, tale richiesta debitamente sottoscritta dal legale rappresentante dell'ente, ovvero da una persona delegata (in tal caso sarà necessario acquisire la relativa delega notarile), corredata dalla visura camerale dell'ente stesso.

La sottoscrizione del Protocollo consentirà di accedere alla procedura semplificata utilizzando il Modulo CICT disponibile all'indirizzo nullaostalavoro.dlci.interno.it.

Soggiorno

Il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai figli minori

Con nota del 6.9.2019 la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, rispondendo con una circolare a un quesito della questura di Firenze si è ricordato che il Testo Unico sull'immigrazione (artt. 31 d.lgs. 286/1998) prevede che «il figlio minore dello straniero con questo convivente e regolarmente soggiornante segue la condizione giuridica del genitore con il quale convive ovvero la più favorevole tra quelle dei genitori con cui convive». La questura chiedeva quindi se ai figli dei lungosoggiornanti andasse rilasciato un permesso per lungosoggiornanti, indipendentemente dall'anzianità di soggiorno in Italia.

Il Ministero dell'interno ha ribadito che la previsione del Testo Unico va applicata «conformemente all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, rispetto al requisito della permanenza quinquennale sul territorio nazionale, che deve essere soddisfatto a titolo

personale». Il richiamo è alla sentenza della Corte di giustizia dell'UE C-469/13, secondo la quale le disposizioni della direttiva 2003/109/CE «non consentono ad uno Stato membro di rilasciare, a condizioni più favorevoli di quelle previste, un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

Nella stessa risposta, il Ministero aggiunge che le condizioni reddituali vanno accertate anche per i minori, «attraverso una disamina complessiva del patrimonio familiare» e ricorda che dal test di conoscenza della lingua italiana sono esentati i minori di quattordici anni.

Competenza delle questure alle proroghe di validità dei soggiorni fino a 90 giorni degli stranieri soggiornanti per breve periodo

Con circolare del 7.10.2020 del Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere si ribadisce che spetta agli uffici immigrazione di ogni questura disporre la proroga di validità del soggiorno di breve periodo ai sensi dell'art. 33 del regolamento (CE) 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

1. Il periodo di validità e/o la durata del soggiorno, in relazione a un visto rilasciato sono prorogati:
2. a) a titolo gratuito qualora si ritenga che un titolare del visto abbia dimostrato l'esistenza di motivi di forza maggiore o di ragioni umanitarie che gli impediscono di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del periodo di validità del visto o della durata del soggiorno da esso autorizzato;
3. b) con la riscossione di un diritto pari a 30 EUR qualora il titolare del visto dimostri l'esistenza di ragioni personali serie che giustifichino la proroga del periodo di validità o della durata del soggiorno.

Peraltro le prescrizioni della circolare paiono conformi alla norma UE: si prescrive che invece del visto adesivo da apporre sul passaporto si rilasci un permesso di soggiorno cartaceo della durata non superiore a 90 giorni con la motivazione identica a quella indicata dall'interessato nella presentazione dell'istanza.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Albanese A., *L'accesso degli stranieri al lavoro nella pubblica amministrazione e l'adeguamento (solo giurisprudenziale) alla disciplina europea*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 19 settembre 2019.

Ammirati A., Massimi A., *Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto. Un commento critico a prospettive e prassi attuate dalla pubblica amministrazione*, in www.questionegiustizia.it sez. *Diritti senza confini* 9 dicembre 2019.

ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione europea ed effetti giuridici*, in www.asgi.it, Sez. *Documenti e schede*, 2 gennaio 2020.

ASGI, *La domanda reiterata di protezione internazionale ai sensi dell'art. 29, comma 1. lett. b) del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25*, in www.asgi.it, Sez. *Documenti e schede*, dicembre 2019.

ASGI, *Nota di commento del decreto del ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 4 ottobre 2019 sull'elenco dei Paesi di origine sicuri*, in www.asgi.it, 27 novembre 2019.

Bellantoni G., *Gli strumenti normativi di contrasto al "caporalato": l'arresto in flagranza*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2019, n. 5.

Bilotta F., Zilli A., *Codice di diritto antidiscriminatorio*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.

Campiglio C., *Il ruolo del pubblico ministero in sede di riconoscimento delle sentenze straniere in ambito familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4.

Campomori F., *La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia*, in *Istituz. Federal.*, XL, 2019, 1.

Canavesi G. (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2019.

Caputo A., *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 11.

Centanni C., *Il riconoscimento della protezione internazionale alle donne vittime di mutilazioni genitali femminili (MCF)*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 348.

- Conte A., Mazza J., *Migrants and Welfare Dependency: Evidence from the EU*, J.R.C., Ispra, 2019.
- Conz A., Levita L., *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza*, Roma, Dike, 2019.
- Corsi C., *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituz. Federal.*, XL, 2019, 1.
- De Giorgi M. V., *Integrare, ma dove? Enti senza fissa dimora* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 5.
- De Robbio C., a cura di, *Stranieri e diritto*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.
- Di Marco A., *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale (criticità di una integrazione obbligata)*, in *Giust. pen.*, 2019, n. 7.
- Di Muro A., Di Muro L., *Il diritto dell'immigrazione. Guida aggiornata alla legge n. 152/2018, decreto "Salvini"*, Torino, Giappichelli, 2019.
- European Court of Human Rights, Research Division, *Articles 2, 3, 8 and 13. The concept of a "safe third country" in the case-law of the Court*, Council of Europe, 2018.
- Evola M., *Divieto di discriminazione per motivi di religione o di convinzioni personali e chiese: la Corte di giustizia tra garanzia di effettività della parità di trattamento e rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, n. 4.
- Ferri F., Neri L., *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 28 novembre 2019.
- Franceschelli F., *Il crimine internazionale diriduzione in schiavitù sessuale nella giurisprudenza della Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 12.
- Franchini S., *Il diritto penale islamico nel Medio Oriente*, Padova, Primiceri, 2019.
- Galuppi G., *Criminalità multietnica e sistema penale debole*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, n. 3.
- Gnes M., *Requisito di cittadinanza ed accesso al pubblico impiego*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 350.
- Honorati C., Baruffi M.C., *Codice del diritto internazionale privato della famiglia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.
- Long J., Albano S., *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo: il Tribunale di Bologna fa luce sulle ombre del "decreto sicurezza"*, in *Fam. dir.*, 2019, n. 12.
- Magri M., *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno*, in *Istituz. Federal.*, XL, 2019, 1.
- Mangano F., *L'interpretazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 19 dicembre 2019.7

Masera L., *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Mazzeo F., *La Corte eur. dir. uomo tra tutela della vita privata e ordine pubblico in materia di espulsione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4.

Miedico M., *Il fenomeno migratorio: una risorsa da valorizzare*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Miele R., *Le risorse per la richiesta del permesso di soggiorno UE possono provenire da un terzo o da un familiare: i nuovi orientamenti della Corte di giustizia*, in *Immigrazione.it*, 2019, n. 346.

Minniti L., *La valutazione di credibilità del richiedente asilo tra diritto internazionale, dell'UE e nazionale*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 21 gennaio 2020.

Montanari L., *La giurisprudenza costituzionale in tema di diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Morselli L., *Testo unico dell'immigrazione. Commentario di legislazione – giurisprudenza – dottrina*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019.

Oddi P., *Difendere i migranti. Il punto di vista dell'avvocato immigrazionista*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 settembre 2019.

Oddi P., *La tutela giurisdizionale dei migranti e il ruolo dell'avvocato "immigrazionista"*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Penasa S., *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Perocco F., *Torture e migrazioni*, Venezia, Cà Foscari, 2019.

Poli M., *Abbandonare la strada vecchia per quella nuova: l'efficacia dei provvedimenti di kafalah a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1996*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, n. 3.

Progetto In Limine, di Asgi e A Buon Diritto Onlus, *Le nuove ipotesi di procedure accelerate e di frontiera*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 9 gennaio 2020.

Ramisch M., *Sul matrimonio celebrato all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero del medesimo sesso*, nota a Cass. Civ., sez. I, n. 11696/2018, in *Famiglia*, 2019, n. 3.

Risicato L., *Il saluto fascista è reato "non tenue" incompatibile con la provocazione*, nota a Cass. Pen., Sez. I, n. 21409/2019, in *Giur. It.*, 2019, n. 8-9.

Romeo G., *Italia, Europa: i diritti fondamentali e la rotta dei migranti*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2019, n. 2.

Salanitro U., *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4.

Salazar L., *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, in *Giust. pen.*, 2019, n. 7.

Schultz J., *The end of protection? Cessation and the “return turn” in refugee law*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 31.01.2020.

Severino C., *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2029, n. 2.

Simoni A., *Rom, antiziganismo e cultura giuridica. Prospettive di analisi*, Roma, CISU, 2019.

Simoni A., “*Canovacci ricorrenti*”? *Narrazioni dei migranti e linguaggio dei giudici*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 16 gennaio 2020.

Thym D., *The German Migration Package: a New Deal on Labour Migration?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1.10.2019.

Trisorio Liuzzi G., Dalfino D., *Diritto processuale dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2019.

Vavoula N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation: Al Chodor*, in *Common Market Law Review*, 2019.

Vavoula N., *Interoperability of European Centralised Databases: Another Nail in the Coffin of Third-Country Nationals' Privacy?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 8 July 2019.

Venturi F., *L'istituto dei “Paesi di origine sicuri” e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una “storia sbagliata”*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confine*, 18 novembre 2019.

Zecca D., *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi.it*, Numero speciale, 2029, n. 2.

Warin C., *Individual Rights under European Law. A Study on the Relation between Rights, Obligations and Interests in the Case Law of the Court of Justice*, Nomos, 2019.

Warin C., *Individual rights in EU migration and asylum law*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 06.01.2020.

Rapporti, riviste e siti internet

ASGI, *Guida alle procedure di rilascio del passaporto e attestazione di nazionalità di alcuni dei principali Paesi di provenienza dei migranti presenti in Italia*, www.asgi.it, settembre 2019.

Associazione Carta di Roma, *Notizie senza approdo*, VII Rapporto, 2019, https://www.cartadiroma.org/wp-content/uploads/2020/01/Notizie_senza_approdo-COMP.pdf.

Centro Studi e Ricerche Idos, Centro studi Confronti, *Dossier statistico immigrazione 2019*, Roma, 2019.

Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Roma, 20 novembre 2018.

Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di protezione internazionale (gennaio-giugno 2019)*, Roma, 26 giugno 2019.

Diritto penale e processo, *Sicurezza e diritti fondamentali*, numero monografico, 2019, n. 11.

Federalismi.it, Numero speciale 2/2019, a cura di Miedico M. e Romeo G., *Italia, Europa: i diritti fondamentali e la rotta dei migranti*.

Fondazione Leone Moressa, *Il valore dell'immigrazione. Nono Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, 9 ottobre 2019.

Fondazione ISMU, *Venticinquesimo Rapporto sulle migrazioni 2019*, Milano, FrancoAngeli, 2019.

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto sulle visite tematiche effettuate nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR) in Italia (febbraio-marzo 2018)*. Roma, 6 settembre 2018.

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti. Raccolta delle raccomandazioni 2016-2018*, Roma, marzo 2019.

GISTI, *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, 11e édition, La Découverte, ebook, 2019

Istituzioni del federalismo, *Immigrazione e diritti*, XL, 2019, 1.

Rivista trimestrale di diritto pubblico, *Ripensare il diritto dell'immigrazione*, n. 2, 2019.

Table of contents

2020 - Volume 4

ISSUE no. 1

Editorial, *William Chiaromonte*

Articles

The Right to Migrate and the Migrants' Rights. A Challenge to (Inter)National Constitutionalism still to Be Overcome

Tecla Mazzaresse

Control of national borders and refoulement in international law and sea law

Irini Papanicolopulu and Giulia Baj

The Communication to the International Criminal Court on European leaders' responsibility for crimes against humanity in the Mediterranean and in Libya. A critical analysis

Alberto Pasquero

Preserving rights of residence in times of Brexit

Alessandra Lang

The child's best interests to family reunification between state sovereignty and the Dublin III regulation

Michela Castiglione

Non-nationals Access to Public Employment

Simona D'Antonio

Comments

Interoperability between EU databases on third-country

Giandonato Caggiano

From the criminalization to the justification of search and rescue activities at sea. The latest interpretative trends in light of *Vos Thalassa* and *Rackete* cases

Carol Ruggiero

Migration detention camps in Lybia: the case of Osman Matammud

Giulia Mentasti

Overview of European case law

(1 September 2019 – 31 December 2019)

European Court of Human Rights

Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 September 2019 – 31 December 2019)

Italian observatory

(1 September 2019 – 31 December 2019)

Reviews and research materials