Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 2, Luglio 2020

Questa è un'altra delle cose degli immigranti (rifugiati, emigranti, viaggiatori): non possono sfuggire alla loro storia più di quanto voi possiate perdere la vostra ombra.

(Zadie Smith, «Denti bianchi», Mondadori, 2000)

ASGI
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

md
Magistratura democratica

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

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

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799 via delle Pandette 35, 50127 Firenze

Indice

Editoriale, di *Giulia Perin* e *Guido Savio*

Saggi

Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE
di *Alessia Di Pascale*

Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione
di *Filippo Scuto*

Il caso *S.S. and Others v. Italy* nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo
di *Anna Fazzini*

The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU
di *Elisa Olivito*

Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative
di *Anna Maria Bonomo*

La credibilità del richiedente protezione internazionale tra cultura del sospetto, intuizioni e dilemmi etici. Alcune riflessioni a partire da un'indagine sulle prassi operative delle Commissioni territoriali
di *Fabio Quassoli* e *Cristina Uboldi*

Commenti

Il decreto-sicurezza impedisce i «trasferimenti Dublino»?
di *Marco Magri*

La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020
di Andrea Maria Pelliconi, Marco Goldoni

Misure alternative al trattenimento e garanzie difensive: commento alla sentenza n. 280/2019 della Corte costituzionale
di *Guido Savio*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 gennaio 2020 – 30 aprile 2020)

Corte europea dei diritti umani
Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare – Art. 2, Protocollo 4: libertà di circolazione e diritto di lasciare il proprio Paese – Art. 4, Protocollo 4: divieto di espulsioni collettive.

Corte di giustizia dell'Unione europea
Protezione internazionale: domanda inammissibile – Ricollocazioni di richiedenti protezione internazionale: procedura di infrazione – Estradizione di cittadino di uno Stato dello Spazio economico europeo – Concetto di "uscita" dallo spazio Schengen –Ricongiungimento familiare a beneficio del cittadino europeo che non si avvale della libertà di circolazione – Libertà di circolazione dei cittadini europei: divieto di doppia imposizione sulle pensioni.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento
ESPULSIONI: L'incidenza del diritto alla protezione internazionale su respingimenti ed espulsioni – I criteri di valutazione della pericolosità sociale posta a sostegno del decreto di *espulsione* – Profili formali – La convalida dell'accompagnamento – Allontanamento cittadino UE: legittimazione passiva.
TRATTENIMENTO: Avviso al difensore – Contraddittorio e proroga, presenza dello straniero trattenuto – Manifesta illegittimità dell'atto presupposto – Misure alternative al trattenimento – Motivazione – Precedente detenzione – Pericolo di fuga.

Ammissione e soggiorno
Il permesso di soggiorno per cure mediche – Il permesso di soggiorno per calamità.

Asilo e protezione internazionale
Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – L'autonomia dell'esame della protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale – La protezione umanitaria nel procedimento di protezione internazionale – Questioni procedimentali e diritti civili – I provvedimenti ex regolamento n. 604/2013 Dublino III – Le misure di accoglienza.

Cittadinanza e apolidia
Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato alla fine

del 1800. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza originaria. Suo mancato esercizio. Effetti sullo *status civitatis* italiano. b) Individui discendenti da cittadini italiani emigrati in Brasile. Richiesta di riconoscimento dello *status civitatis* degli avi presentata ad un Comune italiano dove era stata effettuata l'iscrizione anagrafica dei richiedenti. Successivo accertamento del carattere fittizio di tale iscrizione. Revoca del suddetto riconoscimento. Necessità inderogabile di una valida iscrizione anagrafica del richiedente in un Comune italiano quale condizione preliminare ai fini suddetti – Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Mancata incidenza della separazione di fatto quale presupposto ostativo alla presentazione della domanda da parte del coniuge straniero. b) Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. Valutazione delle condanne penali a carico dell'istante. Ipotesi di titolarità di tale diritto. c) Verifica concreta delle condanne penali a carico dell'istante. Reati contravvenzionali. Loro ininfluenza – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rilievo della pendenza di un procedimento penale, non ancora sfociato in una decisione: sua valutazione nell'ambito dell'ampio potere discrezionale della P.A. b) Carattere imprescindibile del requisito relativo alla continuità della residenza decennale in Italia. c) Criterio relativo all'adeguatezza del reddito. Parametri di valutazione. Verifica estesa agli obblighi inderogabili di mantenimento del figlio minore, anche se non convivente. Effetti di un superficiale o errato accertamento – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori

FAMIGLIA: Non necessità della convivenza con il coniuge italiano, al fine della conservazione del titolo di soggiorno – Rilievo della semplice convivenza con cittadino europeo o italiano, al fine dell'ottenimento della carta di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007 – Il semplice vincolo di parentela con un fratello cittadino italiano non è idoneo a far sorgere alcun diritto alla permanenza sul territorio italiano dello straniero – Ricongiungimento a favore di genitore di straniero titolare di protezione sussidiaria. MINORI: L'accertamento della minore età effettuato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 19, legge Zampa è destinato ad avere effetti anche al di fuori dell'applicazione degli istituti previsti dalla medesima legge – Art. 31, co 3, d.lgs. n. 286/1998: anche il fratello del minore può essere autorizzato a permanere in Italia dal Tribunale per i minorenni.

Non discriminazione

Buoni spesa – Discriminazione per ragione di razza e di etnia.

Penale

La decisione della Cassazione sul caso dell'arresto di Carola Rackete – Delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento e improcedibilità per particolare tenuità del fatto.

Osservatorio europeo

(periodo 1 gennaio 2020 – 30 aprile 2020)

Atti di indirizzo

COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea e alla libera circolazione – Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul

reinsediamento – Situazione in Grecia – Cooperazione UE-Turchia – Riforma del sistema comune europeo di asilo e solidarietà.
Visti
Politica dei visti – Statistiche visti Schengen – Accordi di facilitazione dei visti e di riammissione con la Bielorussia – Programmi di sviluppo e protezione regionale in Nord Africa

Osservatorio italiano

(periodo 1 gennaio 2020 – 30 aprile 2020)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali
Proroga dell'esclusione dei cittadini *extra*UE dall'autocertificazione – Aggiornamento dei costi per i rimpatri – La chiusura delle frontiere interne ed esterne per motivi sanitari durante lo stato di emergenza di rilevanza nazionale a causa della pandemia da Coronavirus – Proroghe e deroghe alle procedure amministrative e giudiziarie in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza durante lo stato di emergenza di rilevanza nazionale a seguito della pandemia da Coronavirus – La dichiarazione dei porti italiani come «non sicuri» durante la pandemia e le misure emergenziali per l'accoglienza e la sorveglianza sanitaria degli stranieri salvati e sbarcati – L'allargamento ai richiedenti asilo dei posti dei Centri afferenti al SIPROIMI.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali
Aspetti operativi delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale – La rimodulazione delle condizioni di appalto per i Centri di accoglienza – Interventi di prevenzione della diffusione del virus COVID-19 nell'ambito del sistema di accoglienza – Interventi di prevenzione della diffusione del virus COVID-19 nell'ambito dei Centri di permanenza per il rimpatrio – Chiusura temporanea degli uffici immigrazione delle questure a causa dell'emergenza COVID-19.

Recensioni e materiali di ricerca
Recensione a: Paolo Morozzo della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, di *Anna Cattaruzzi*

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet

EDITORIALE

GIULIA PERIN, GUIDO SAVIO

Editoriale

Questo numero della Rivista esce in un momento storico senza precedenti. Negli ultimi mesi, l'emergenza sanitaria ha, infatti, condizionato significativamente la vita della maggior parte degli abitanti del pianeta.

Ci si può dunque chiedere quali considerazioni questa inedita situazione abbia suscitato in chi si occupa, per professione, passione o per entrambe tali ragioni, di stranieri.

I tempi di redazione degli interventi contenuti in una Rivista scientifica non hanno consentito ai saggi e ai commenti del presente fascicolo di occuparsi di questo rilevantissimo tema.

Di emergenza sanitaria e soprattutto delle sue ricadute normative e amministrative sicuramente ci si occuperà nei mesi a venire, dal momento che le restrizioni alla libertà di circolazione hanno riguardato e riguardano il diritto dell'immigrazione.

In questa sede, due osservazioni del tutto generali possono essere fatte.

La prima riguarda la circostanza che, in questo periodo, chi si occupa di immigrazione ha potuto vivere sulla propria pelle alcune delle esperienze che spesso ha sentito verbalizzare dai cittadini stranieri.

Si pensi alla restrizione all'accesso ad alcuni diritti sociali e ad alcune libertà fondamentali che ci ha coinvolto.

Durante questa quarantena, è apparso a tutti evidente che alcune libertà che, quando predicate per gli stranieri, raramente sono considerate di per sé meritevoli della concessione di una qualche forma di protezione, sono in realtà essenziali come l'aria.

Si pensi alla scuola. Talvolta, gli stranieri raccontano di avere deciso di lasciare il loro Paese perché l'accesso alla scuola dei figli non era garantito in modo continuativo. Simili ragioni non costituiscono, salvo casi limitati, motivo di riconoscimento della protezione internazionale. Eppure, è oggi chiaro a tutti quanto possa incidere nelle nostre vite il venir meno del modello di scuola cui eravamo abituati. E qualcuno avrà pensato all'art. 10 della nostra Costituzione che, in modo lungimirante, nel declinare il diritto di asilo in Italia, ha saputo tenere conto dell'importanza che può avere nella vita di un uomo la restrizione anche di una singola libertà fondamentale.

Ancora, molti di noi si sono sentiti menomati nel dover rispettare disposizioni che circoscrivevano profondamente le possibilità di movimento. Ed è più facile ora comprendere cosa provi chi veda permanentemente limitata la propria libertà di circolazione per essere nato con il passaporto sbagliato, per motivi molto meno rilevanti di quelli connessi a questioni sanitarie.

Come italiani, infine, ci siamo trovati a vivere sulla nostra pelle la spiacevole sensazione di non essere benvenuti all'estero, perché la nostra cittadinanza è stata, sia pure temporaneamente, associata a quella di portatori di infermità. Si tratta, ancora una volta, di una sensazione con

cui i nostri stranieri imparano a convivere costantemente, nella salute e nella malattia, e che oggi, dopo l'esperienza fatta, è più semplice da comprendere.

La seconda riflessione riguarda alcune delle misure adottate dal Governo italiano che hanno avuto direttamente o indirettamente come destinatari gli stranieri. Si pensi in primo luogo alla "sanatoria" adottata in Italia con il decreto legge n. 34/2020.

Nel cercarne l'antecedente causale, viene in mente il titolo di un film di Tullio Giordana, che è anche il titolo di un libro di Maria Pace Ottieri dedicato agli stranieri: *quando sei nato non puoi più nasconderti*. Esisti e, quindi, inevitabilmente sei visto.

In tempi normali, in Italia, questa proposizione raramente ha corrisposto al vero. Migliaia di stranieri, privi di un titolo di soggiorno nel nostro Paese, occupati nel settore domestico, agricolo, edile, nella logistica o nel turismo, hanno convissuto per anni al fianco di italiani, europei e stranieri regolarmente soggiornanti. Visibili, ma non visti.

Le restrizioni alla circolazione intervenute nei primi mesi dell'emergenza hanno reso impossibile proseguire nella finzione cui ci eravamo abituati, aggravando la vulnerabilità delle persone che vivevano in condizioni già precarie.

Nel momento in cui questi lavoratori stranieri hanno dovuto effettivamente nascondersi, non avendo un titolo che ne legittimasse lo spostamento dalla propria dimora, molti settori sono andati in crisi. La regolarizzazione disciplinata dal decreto legge n. 34/2020 trova la propria origine in questa presa d'atto: si doveva trovare un modo per permettere ai lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno di muoversi sul territorio in un momento in cui ogni singolo movimento doveva essere giustificato. Abbiamo subito lo "sciopero" obbligato di questi lavoratori, e allora, come avviene quando nei rapporti di forza si comprende che l'altra parte, pur apparentemente fragile, ha un'innegabile utilità, siamo stati costretti a riconoscere ad alcuni di questi stranieri (solo quelli operanti nei settori dell'assistenza domestica o dell'agricoltura) dei diritti, sia pure in modo del tutto parziale e insoddisfacente. Tuttavia, è proprio l'intrinseca irragionevolezza della regolarizzazione prevista dall'art. 103, d.l. n. 34/2020 che manifesta la miopia del legislatore, trattandosi di una normativa evidentemente frutto di una mediazione (al ribasso) tra componenti della compagine governativa cui, evidentemente, la pandemia non ha insegnato nulla. In attesa della legge di conversione del decreto legge, che sarà promulgata dopo la chiusura di questo numero della Rivista, e che auspicabilmente amplierà le categorie dei lavoratori ammessi a queste procedure di regolarizzazione, occorre sottolineare con forza l'irragionevolezza insita nella restrizione dell'accesso a queste procedure a solo tre attività lavorative: agricoltura (con allevamento e pesca), colf e badanti. Come se in altri settori, quali l'edilizia, la logistica, la ristorazione o il tessile, non vi fossero lavoratori stranieri "visibili ma non visti". Analogamente, pare irrazionale la previsione di cui al comma 2 dell'art. 103, d.l. n. 34/2020, secondo cui uno straniero con permesso di soggiorno scaduto dopo il 31.10.2020 può accedere ad un permesso semestrale per ricerca lavoro solo se, in passato, abbia lavorato in uno dei tre settori indicati, salva la possibilità di convertire questo permesso "provvisorio" in permesso per motivi di

lavoro subordinato solo se, nel termine di sei mesi, riuscirà a reperire un datore di lavoro in uno di questi settori. Con la conseguenza che un ex bracciante potrà lavorare come badante, ma un ex muratore non potrà essere assunto come mandriano. Eppure, trattasi di attività lavorative per cui non è richiesta una particolare specializzazione. Ancora a proposito di regolarizzazione occorre segnalare, tra le numerose lacune del citato art. 103, il silenzio assordante relativo alle modalità con cui i titolari di un permesso di soggiorno "precario" (quali il permesso per richiesta asilo, assistenza minori, salute, studio) possano accedere alla regolarizzazione nel caso in cui già svolgano attività di lavoro in uno dei tre settori. Come possono trasformare il loro titolo di soggiorno in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, se la legge richiede una nuova assunzione ovvero la dichiarazione di una pregressa irregolarità e il loro caso non rientra in alcune delle due ipotesi? Dovremmo assistere alla pantomima di formali dimissioni per essere riassunti il giorno dopo? Nel silenzio della legge saranno, come di consueto nella disciplina del diritto degli stranieri, le circolari ministeriali a colmare le lacune normative. E così a irrazionalità si aggiungerà illegittimità, con buona pace dell'art. 10, comma 2, della Carta costituzionale.

Analogamente, merita di essere richiamata la vicenda delle misure urgenti di solidarietà alimentare previste con OCDPC n. 658 del 29 marzo 2020 sotto forma di «buoni spesa». Nell'identificare i destinatari di tali misure, la maggior parte dei Comuni ha fatto riferimento alla consueta cornice ordinamentale in base alla quale i diritti sociali spettano solo agli stranieri regolarmente residenti. La giurisprudenza di merito ha però dichiarato in modo sostanzialmente unanime che anche gli stranieri in posizione di irregolarità presenti in Italia avevano diritto di accedere a tali provvidenze, in quanto le stesse erano espressione del «diritto all'alimentazione, diritto che costituisce il presupposto per poter condurre un'esistenza minimamente dignitose e la base dello stesso diritto alla vita e alla salute», e, pertanto, diritto fondamentale spettante «necessariamente a tutte le persone in quanto tali» (in questo senso, la prima decisione adottata in materia, il decreto del Tribunale di Roma n. 12835/2020 del 22 aprile 2020).

Concludendo, l'emergenza sanitaria, con la forza eguagliatrice della malattia, ha riportato molti in un medesimo orizzonte di umanità, mettendo allo stesso tempo in evidenza l'insostenibilità di alcune diseguaglianze. Speriamo di ricordarcene anche in futuro; come diceva Krishnamurti, non è certo un indice di salute essere ben inseriti in una società malata.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

RESPINGIMENTO DELLO STRANIERO E CONTROLLI DELLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE NEL DIRITTO DELL'UE

di Alessia Di Pascale

Abstract: *Le finalità perseguite sin dall'avvio delle politiche relative ai controlli alle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'Unione europea non hanno cessato di influenzarne le logiche e i meccanismi di funzionamento, ponendo in luce un'intrinseca dicotomia tra libertà di circolazione ed esigenze di sicurezza. Il contributo si propone di ricostruire ed analizzare il complesso giuridico afferente all'eliminazione dei controlli alle frontiere interne, anche in relazione al sempre più frequente ricorso ai controlli di polizia, nonché le modalità e i presupposti per l'ingresso alle frontiere esterne, e per l'eventuale respingimento, distinguendo le diverse posizioni giuridiche, anche in relazione alle garanzie di tutela dei diritti fondamentali e in materia di protezione internazionale.*

Abstract: *The objectives pursued since the inception of the policies on internal and external border controls in European Union law have not ceased to influence their logic and operating mechanisms, highlighting an inherent dichotomy between freedom of movement and security concerns. The aim of this contribution is to reconstruct and analyse the legal complex relating to the elimination of internal border controls, also in relation to the increasingly frequent use of police controls, as well as the methods and conditions for entry at external borders and for possible refusal of entry, distinguishing the different legal positions, also in the light of the guarantees of safeguarding fundamental rights and international protection.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

RESPINGIMENTO DELLO STRANIERO E CONTROLLI DELLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE NEL DIRITTO DELL'UE*

di Alessia Di Pascale**

SOMMARIO: 1. Le frontiere e lo "spazio senza frontiere interne". Una ricostruzione storica. – 2. L'evoluzione delle politiche di controllo delle frontiere. – 3. L'assenza di controlli sulle persone alle frontiere interne ed il ripristino dei controlli in circostanze eccezionali. – 4. Misure di effetto equivalente ai controlli alle frontiere interne e controlli di polizia. – 4.1. I controlli consentiti alle frontiere interne. Caratteristiche e specificità dei controlli di polizia. – 4.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4.3. Le indicazioni della Commissione europea. – 4.4. La posizione del Parlamento europeo. – 5. L'ingresso attraverso le frontiere esterne. – 5.1. I controlli nei confronti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione. – 5.2. I controlli applicabili sui cittadini di Paesi terzi. – 6. Il respingimento alle frontiere esterne. – 7. Gli obblighi di rispetto dei diritti fondamentali. – 8. Gli obblighi in materia di protezione internazionale. Il mancato coordinamento con il sistema comune europeo di asilo. – 9. L'attraversamento irregolare della frontiera ed il respingimento nell'ambito della direttiva 2008/115/CE. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Le frontiere e lo "spazio senza frontiere interne". Una ricostruzione storica

Il tema delle frontiere (abolizione dei controlli a quelle interne e rafforzamento di quelli alle frontiere esterne), nel contesto comunitario, affiora negli anni ottanta. Inizialmente funzionale alla realizzazione del mercato interno[1], quale spazio senza frontiere, in cui fosse assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, ha assunto progressiva autonomia (con l'istituzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia), rivestendo oggi un ruolo cruciale, dibattuto e contrastato, nel discorso sulle politiche migratorie.

In particolare, l'abolizione dei controlli sulle persone alle frontiere interne suscitò una richiesta di rafforzamento degli stessi alle frontiere esterne, nella convinzione, all'epoca predominante, che l'assenza di verifiche sistematiche all'ingresso avrebbe comportato una

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

** Testo riveduto, corretto e aggiornato della relazione tenuta il 24-25 giugno 2019 nel seminario di studi su «l 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) promossa dall'Università della Tuscia.

1. Il progetto di realizzare il mercato interno fu attuato attraverso l'Atto Unico europeo, firmato nel 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987. Il legame intrinseco tra l'abolizione dei controlli alle frontiere interne e le conseguenti misure compensative è stato inizialmente sottolineato dalla Corte di giustizia, Corte giust., sentenza del 21 settembre 1999, *Wijsenbeek*, causa C-378/97, ECLI:EU:C:1999:439.

perdita di sicurezza, anche in considerazione dei crescenti flussi migratori. Di qui l'avvio di un processo per l'istituzione di politiche comuni in materia di visti, frontiere, asilo e immigrazione che si sarebbe progressivamente sviluppato nei successivi decenni[2].

Con il Trattato di Lisbona, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si è affermato concettualmente come settore politico a sé stante, funzionale al perseguimento di obiettivi autonomi[3]. L'attuale formulazione dell'art. 67 TFUE, norma di apertura del titolo V, non ha però cessato di mettere in luce la necessità di contemperamento tra le esigenze di libertà di circolazione e quelle di sicurezza, sia ai confini esterni dell'Unione, che all'interno, mediante la cooperazione giudiziaria e di polizia[4]. Una relazione che permea anche il diritto derivato, quale ad esempio il codice frontiere Schengen[5], ove all'art. 13 si specifica che la sorveglianza delle frontiere esterne «si prefigge principalmente lo scopo di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente».

Dopo un esame dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato la politica di controllo delle frontiere, il presente contributo esaminerà il complesso giuridico afferente all'eliminazione dei controlli alle frontiere interne, e le possibilità (situazioni eccezionali, controlli di polizia) oggi ammesse, anche in relazione al divieto di misure di effetto equivalente, nonché le modalità e i presupposti per l'accesso alle frontiere esterne,

2. Per un'analisi dell'evoluzione delle politiche europee di immigrazione, asilo e controlli delle frontiere nel quadro dello spazio di libertà sicurezza e giustizia si vedano i vari contributi in U. Draetta, N. Parisi, D. Rinoldi (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008 e C. Kaddous-M. Dony (sous la direction de), *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle- Bruxelles-Paris, 2010, e tra questi, in particolare, H. Labayle, *La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, p. 3 ss.; L. Daniele, *Diritto del mercato unico e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffè, 2019; A. Di Stasi, *L'incidenza virtuosa dei diritti fondamentali nel completamento dello spazio europeo di giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2019, p. 1 ss.; B. Nascimbene, *The European Union: An Area for Freedom, Security and Justice*, in G. Amato, E. Moavero-Milanesi, G. Pasquino, L. Reichlin (Eds.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sidney, 2019, p. 357 ss.; per un quadro analitico dei vari settori sviluppati dall'Unione europea, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si vedano G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020, i diversi contributi in S. Amadeo (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015 e in P. De Pasquale, F. Ferraro, A. Circolo, *La politica dell'Unione in tema di immigrazione. Recenti sviluppi e prospettive future*, Napoli, 2018; A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 11 ss.; K. Hailbronner, D. Thym (Eds.), *EU Immigration and asylum Law*, A Commentary, 2nd ed., Monaco, 2016; P. Mori, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2016, p. 103 ss.; C. *Favilli*, *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, *in Quaderni costituzionali*, n. 2/2018, p. 361 ss.

3. K. Hailbronner, D. Thym, *Constitutional Framework and Principles for Interpretation*, in K. Hailbronner, D. Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2016, 2da ediz., München, p. 1 ss.

4. U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea,* 6° ed. riveduta e aggiornata, 2020, p. 28.

5. *Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, in GUUE L 77, 23.3.2016, p. 1 ss.

distinguendo le diverse posizioni, anche alla luce degli obblighi di tutela dei diritti fondamentali e in materia di protezione internazionale, e in relazione alle norme UE in materia di rimpatrio.

2. L'evoluzione delle politiche di controllo delle frontiere

Il primo passo verso la politica di gestione comune delle frontiere è rappresentato dalla sottoscrizione dell'accordo di Schengen[6]. Esso fu seguito dalla Convenzione firmata il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1995 (di seguito CAS), che lo completò, definendone le condizioni di applicazione e le garanzie inerenti all'attuazione della libera circolazione[7].

Gli accordi di Schengen, inizialmente stipulati al di fuori del quadro normativo comunitario, non delineavano una disciplina completa circa l'ingresso e il soggiorno dei cittadini provenienti dai Paesi terzi, ma dettavano alcune norme comuni, funzionali all'eliminazione dei controlli alle frontiere interne[8]. Al momento dei successivi negoziati della CAS, tali profili avevano assunto un'importanza cruciale e trovavano pertanto un più definito assetto[9]. Uno specifico capitolo (capitolo 7) era dedicato anche alla ripartizione della responsabilità per l'esame delle domande di d'asilo tra gli Stati firmatari, messo in stretta ed esplicita relazione con l'obiettivo comune di uno spazio senza frontiere interne, come indicato nel preambolo della coeva Convenzione di Dublino[10]. Lo stringente legame tra il funzionamento dei meccanismi di ripartizione previsti dal "sistema" Dublino, ed intesi ad individuare un solo Stato competente per l'esame delle domande di asilo (funzionale, quindi, ad esigenze opposte in quanto volto ad impedire i movimenti dei richiedenti asilo tra gli Stati membri) e il "sistema" Schengen (incentrato sull'abolizione dei controlli alle frontiere

6. *Accordo del 14 giugno 1985 fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in GUCE serie L 239 del 22 settembre 2000, p. 19.

7. *Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, in *GUCE*, L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss.

8. B. Nascimbene (a cura di) *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995; M. Condinanzi, B. Nascimbene, A. Lang, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, II ed.

9. Conformemente a quanto previsto nel Libro bianco sul completamento del mercato interno, la soppressione dei controlli alle frontiere interne dello Spazio Schengen fu accompagnata da misure compensative. Queste compresero, oltre a un rafforzamento dei controlli lungo i confini esterni dello Spazio Schengen, il potenziamento della collaborazione transfrontaliera in materia di polizia, nonché una cooperazione più stretta nell'ambito dei visti, dell'asilo e dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale.

10. La *Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee* (c.d. Convenzione di Dublino) fu firmata a Dublino tra dodici Stati membri il 15 giugno 1990 ed entrò in vigore il 1° settembre 1997, in GUCE serie C 254 del 19.8.1997 p. 1 ss. La relazione con la soppressione dei controlli alle frontiere interne emerge chiaramente dal Preambolo.

interne), enfatizzato dalla Commissione europea a seguito degli attriti e delle ritorsioni innescati dalla c.d. crisi migratoria del 2015[11], è pertanto reso manifesto sin dall'avvio della cooperazione in tali ambiti.

Con il Trattato di Amsterdam del 1997 (entrato in vigore il 1° maggio 1999), che segnò l'avvio della politica comunitaria di immigrazione e asilo, essi divennero, a tutti gli effetti, parte del diritto dell'Unione europea. Poiché soltanto tredici Stati membri partecipavano a tali accordi, mentre Regno Unito e Irlanda non intendevano accettarli, si optò per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata. Procedure *ad hoc* furono inserite in un Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea (allegato al Trattato di Amsterdam), poi sostituito dal Protocollo n. 19 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea (allegato al Trattato di Lisbona). Un insieme complessivo che si è sviluppato caratterizzandosi per la mancanza di trasparenza[12] ed il limitato controllo giurisdizionale[13].

L'*acquis* di Schengen fu, quindi, definito con decisione del Consiglio n. 1999/435/CE[14], alla quale sono allegati gli elenchi degli atti pertinenti. Successivamente il regolamento CE n. 562/2006[15] ha operato una rifusione dell'*acquis* esistente relativo ai controlli di frontiera sulle persone, ciò al fine di consolidare e sviluppare la componente legislativa della politica di gestione integrata delle frontiere, precisando le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne. L'*acquis* di Schengen è oggi un *corpus* di norme comuni che disciplinano: la libera circolazione delle persone e l'abolizione dei controlli sistematici alle frontiere interne; la cooperazione di polizia e doganale; la cooperazione giudiziaria; l'istituzione del sistema d'informazione Schengen (SIS)[16], i visti Schengen comuni che

11. Su questi aspetti si veda B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, p. 101 ss.

12. D. Thym, *The Schengen Law: A Challenge for Legal Accountability in the European Union*, in *European Law Journal*, Vol. 8, No. 2, 2002, p. 218 ss.

13. C. Curti *Gialdino*, *Schengen e il terzo pilastro*: *il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, p. 41 ss.

14. Decisione del 20 maggio 1999, in *GUCE*, L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss. Sull'*acquis* di Schengen nonché il suo successivo sviluppo si veda B. Nascimbene, *Lo "spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 307 ss.

15. *Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), e nei suoi atti modificativi*, in *GUUE*, L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss.

16. Il sistema di informazione Schengen (SIS) rientra tra le misure compensative funzionali all'istituzione dello spazio senza controlli alle frontiere interne. Istituito a norma delle disposizioni del titolo IV della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, è un sistema d'informazione su larga scala nel settore della libertà, della sicurezza e della giustizia, contenente segnalazioni su determinate categorie di persone e oggetti, cui le autorità di frontiera possono accedere per verificare l'insussistenza di condizioni ostative all'ingresso alle frontiere esterne. In vigore dal 1995, nel 2006 esso è stato sostituito da un sistema di seconda generazione c.d. SIS II, diventato operativo nel 2013 (per quanto attiene ai dati sulle persone si basa sul *regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20*

consentono la libera circolazione in tutto il territorio Schengen per un periodo inferiore ai 90 giorni[17].

Allo spazio Schengen hanno progressivamente aderito tutti gli Stati UE, ad eccezione di Regno Unito ed Irlanda, ed alcuni Stati terzi (Islanda, Norvegia, Liechtenstein e Svizzera) in virtù di accordi di associazione[18]. Complessivamente sono ventisei gli Stati europei (membri e associati) che fanno parte dello spazio Schengen. Quattro Stati membri (Cipro, Croazia, Romania e Bulgaria) non hanno ancora attuato tutti gli accorgimenti tecnici necessari per l'adesione, e pertanto, mantengono tuttora i controlli alle frontiere interne. Il quadro che ne risulta appare così piuttosto variegato e composito, soprattutto per le differenti modalità di partecipazione che lo caratterizzano, reso tuttavia necessario dall'articolata applicazione territoriale dello stesso[19].

Gli obiettivi e le modalità di attuazione delle politiche relative ai controlli alle frontiere sono oggi definiti all'art. 77 TFUE[20], mentre le misure comuni nella materia sono oggi principalmente contenute nel reg. (UE) n. 399/2016, comunemente noto come «Codice frontiere Schengen» (di seguito CFS) che ha sostituito il precedente reg. (CE) n. 562/2006 e si fonda sull'art. 77, par. 2, lett. b) ed e).

Il CFS definisce le regole che governano: a) le verifiche sulle persone alle frontiere esterne; b) le condizioni d'ingresso per i cittadini di Paesi terzi o esterni allo spazio

---

dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), in GUUE L 381, 28.12.2006, p. 4 ss.). Con il successivo *Regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006*, in GUUE L 312 del 7.12.2018, p. 14, sono state ampliate le categorie di dati inclusi nella banca dati, stabilendo in particolare le condizioni e le procedure applicabili all'inserimento e al trattamento delle segnalazioni riguardanti cittadini di Paesi terzi e allo scambio di informazioni supplementari e dati complementari ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno nel territorio degli Stati membri. Il regolamento è entrato in vigore il 28 dicembre 2019 e sarà pienamente operativo nel dicembre 2021. Sull'evoluzione del SIS si vedano D.U. Galetta, *La cooperazione fra polizie e il Sistema Informativo Schengen (SIS) per una sicurezza e una giustizia europee*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy: un bilancio dei primi cinque anni*, Bari, Laterza, 2001, p. 177 ss.; E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Leiden-Boston, 2008; P. Hanke, D. Vitiello, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability*, in E. Carpanelli, N. Lazzerini, *Use and Misuse of New Technologies*, Zurich, 2019, p. 3 ss.

17. Sullo sviluppo del sistema Schengen si vedano G. Morgese, *Recenti sviluppi della normativa dell'Unione europea concernente il sistema Schengen*, in *SudinEuropa*, 2013, p. 18 ss.; G. Cellamare, *Schengen (sistema di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 841 ss.

18. Si veda A. Di Pascale, *I rapporti tra l'Unione europea e la Svizzera nei settori dell'immigrazione e asilo*, in M. Condinanzi (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 115 ss.

19. S. Peers, *In a World of Their Own? Justice and Home Affairs Opt-Outs and the Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, p. 383 ss. A. Miglio, *Schengen, Differentiated Integration and Cooperation with the 'Outs'*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, p. 139 ss., disponibile on line.

20. In merito all'evoluzione dall'art. 62 TCE all'attuale art. 77 TFUE si veda A. Lang, *Commento all'art. 77 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2014.

Schengen; c) le condizioni per il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne nello spazio Schengen in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna. Indicazioni in merito alla sua applicazione si rinvengono nel *Manuale pratico per le guardie di frontiera*, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone, allegato alla raccomandazione della Commissione del 8.10.2019[21], rivisto nella sua formulazione attuale a seguito dell'adozione del reg. (UE) n. 2016/399. Il manuale, sprovvisto di efficacia giuridicamente vincolante, è inteso a fornire alle guardie di frontiera degli Stati Schengen gli orientamenti, le migliori pratiche e le raccomandazioni da seguire nello svolgimento dei loro compiti, indirizzando l'adozione delle misure e delle decisioni.

Il CFS è attualmente oggetto di una proposta di riforma[22], relativa in particolare alle norme riguardanti il ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne. La proposta, presentata nel settembre 2017, si inserisce in un contesto di forte preoccupazione per il funzionamento dello spazio Schengen, legata alla crisi migratoria del 2015-2017 e ai numerosi movimenti di persone che ne sono seguiti tra gli Stati membri, nonché all'emergere della minaccia terroristica in Europa[23]. Essa fa, pertanto, seguito ad una serie di atti di indirizzo adottati dalla Commissione e volti a ripristinare la fiducia tra gli Stati membri ed il corretto funzionamento del sistema[24].

3. L'assenza di controlli sulle persone alle frontiere interne ed il ripristino in circostanze eccezionali

Il regime di attraversamento delle frontiere interne si rinviene oggi nel titolo III del CFS, essendo gli artt. 2-8 CAS (relativi al passaggio rispettivamente alle frontiere interne ed esterne) stati abrogati dal citato reg. (CE) n. 562/2006.

21. *Raccomandazione della Commissione del 8.10.2019 che istituisce un "Manuale pratico per le guardie di frontiera" comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone, e che sostituisce la raccomandazione C(2006) 5186 della Commissione del 6 novembre 2006*, C(2019) 7131 def.

22. *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*, COM(2017) 571 def.

23. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Preservare e rafforzare Schengen*, COM(2017) 570 def. del 27.9.2017. Si vedano M. Borraccetti, *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 127 ss.; F. Ippolito, *La tragedia delle frontiere europee*, in *European Papers*, 2016, p. 653 ss.; M. Ceccorulli, *Back to Schengen: the collective securitisation of the EU free-border area*, in *West European Politics*, Vol. 42, issue 2, 2019, p. 302.

24. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Ritorno a Schengen - Tabella di marcia*, COM(2016) 120 def. del 4 marzo 2016.

L'art. 22 CFS puntualizza che le frontiere interne[25] possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, *indipendentemente dalla loro nazionalità*[26]. Nella relazione che accompagnava la proposta di regolamento del codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, la Commissione aveva puntualizzato che tale ultima specificazione, non prevista nell'originaria formulazione della CAS, comporta che, fatte le salve le ipotesi di ripristino dei controlli, «l'attraversamento di una frontiera interna non può costituire, di per sé, causa di controlli o formalità e che, in linea di principio, chiunque ha il diritto di attraversare liberamente le frontiere interne. Qualunque controllo, sia sistematico che a campione, esercitato in ragione del solo attraversamento di una frontiera interna, è infatti incompatibile con l'idea di uno spazio senza frontiere e dunque vietato»[27].

Le verifiche di frontiera sono definite dal CFS come «le verifiche effettuate ai valichi di frontiera al fine di accertare che le persone, compresi i loro mezzi di trasporto e gli oggetti in loro possesso, possano essere autorizzati ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzati a lasciarlo» (art. 2). Considerato che in uno spazio di libera circolazione delle persone, «non si dovrebbero effettuare controlli di frontiera o imporre formalità a causa del solo attraversamento della frontiera»[28], gli Stati membri sono tenuti ad eliminare tutti gli ostacoli allo scorrimento fluido del traffico presso i valichi di frontiera stradali alle frontiere interne, in particolare gli eventuali limiti di velocità non dettati esclusivamente da considerazioni in materia di sicurezza stradale, specificando però che «al tempo stesso gli Stati membri sono pronti a predisporre strutture destinate alle verifiche, qualora siano ripristinati i controlli alle frontiere interne» (art. 24).

In linea di principio, pertanto, l'attraversamento di una frontiera interna tra due Stati membri dovrebbe essere considerato al pari del passaggio da una provincia o da una regione all'altra di uno stesso Stato membro[29]. Lo stesso CFS, tuttavia, elenca le misure di controllo, di carattere non sistematico, che possono essere adottate superati i confini, all'interno del territorio: questi includono i controlli di polizia (art. 23, lett. b), *infra* par. 4) e il controllo di sicurezza sulle persone effettuato nei porti o aeroporti dalle autorità competenti in forza della legislazione di ciascuno Stato membro, dai responsabili portuali o aeroportuali o dai

25. L'art. 2, 1) reg. n. 399/2016 definisce le frontiere interne come a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni e c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti.

26. Corsivo aggiunto.

27. *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce un «codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone»*, COM(2010) 391 def. del 26.5.2004, p. 32.

28. Considerando 21.

29. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del titolo III (Frontiere interne) del regolamento (CE) n. 562/2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, COM(2010) 554 def. del 12.10.2010, p. 3.

vettori, a condizione che tale controllo venga effettuato anche sulle persone che viaggiano all'interno di uno Stato membro (art. 23, lett. b). In aggiunta, gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale l'obbligo di possedere o di portare con sé documenti d'identità e nazionale e l'obbligo, per i cittadini di Paesi terzi, di dichiarare la loro presenza sul suo territorio ai sensi dell'articolo 22 della CAS (art. 23, lett. c) e d).

Soltanto, in via eccezionale e per un periodo limitato di tempo, è consentito il ripristino dei controlli alle frontiere interne, secondo le modalità di cui al capo II del CFS. In tal senso, occorre ricordare che se l'art. 67 TFUE, norma di apertura dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia, al par. 2 sancisce che l'Unione garantisce che non ci siano controlli sulle persone alle frontiere interne, il successivo art. 72 TFUE puntualizza che «il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Nelle premesse del CFS si evidenzia, pertanto, l'opportunità di prevedere una risposta comune alle situazioni che incidono gravemente sull'ordine pubblico o sulla sicurezza interna, che autorizzi il ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne in circostanze eccezionali senza, tuttavia, compromettere il principio della libera circolazione delle persone e nel rispetto del principio di proporzionalità. Ciò può, però, avvenire soltanto come misura di *extrema ratio*, è lo stesso CFS a puntualizzarlo in modo esplicito all'art. 25, par. 2.

Il ripristino dei controlli, in tutte le parti o in parti specifiche delle sue frontiere interne, può essere richiesto da uno Stato membro, notificandolo agli altri Stati membri e alla Commissione entro i termini prescritti, ove vi sia una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, per un periodo limitato della durata massima di trenta giorni o per la durata prevedibile della minaccia grave se questa supera i trenta giorni. Tali periodi, non eccedenti quanto strettamente necessario per rispondere alla minaccia grave, sono eventualmente prorogabili di ulteriori trenta giorni, se la minaccia grave persiste, per una durata massima di sei mesi in caso di eventi prevedibili (ad esempio importanti eventi sportivi) (art. 25). La procedura di ripristino è definita dettagliatamente all'art. 27. Nel caso di una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro, che richieda un'azione immediata, è prevista una procedura speciale (art. 28).

Tale ultima previsione è stata utilizzata da dieci Stati membri, oltre alla Svizzera e alla Norvegia, che aderiscono allo spazio Schengen, in occasione della recente crisi sanitaria legata al COVID-19[30]. Al contrario, pur invocando anche ragioni legate alla stessa emergenza sanitaria, Finlandia, Francia e Danimarca sono ricorsi all'art. 25. Il

30. Nel mese di marzo 2020 è stato notificato alla Commissione il ripristino urgente dei controlli di cui all'art. 28 CFS, su tutta o parte delle frontiere interne, da Austria, Belgio, Estonia, Spagna, Germania, Portogallo, Lituania, Ungheria, Polonia e Repubblica Ceca, oltre a Svizzera e Norvegia.

respingimento alle frontiere interne dei cittadini dell'Unione trova un fondamento nell'art. 29 della direttiva 2004/38/CE[31], espressamente invocato ad es. dalla Francia[32]. Tale disposizione giustifica l'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi di sanità pubblica, specificando che le sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante. Se, quindi, si possono ritenere sussistenti i presupposti per il ricorso a tale previsione nell'ambito dell'emergenza pandemica in corso, occorre ricordare che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di qualunque cittadinanza, per motivi di sanità pubblica, può essere limitata, assicurando il rispetto del principio di proporzionalità (art. 27, par. 2, dir. 2004/38). Occorrerà, quindi, verificare i tempi e i modi del ripristino dei controlli fondati su esigenze di tutela della salute[33], affinché non si traducano in un ennesimo impedimento allo spazio senza frontiere interne.

Trattandosi di misure di *extrema ratio*, sono fissati dei criteri di valutazione (art. 26 CFS). Lo Stato membro interessato è tenuto ad effettuare un'analisi in merito all'idoneità della misura a rispondere in modo adeguato alla minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, nonché alla proporzionalità della misura rispetto a tale minaccia, dovendo, tra l'altro, considerare l'impatto probabile di una tale misura sulla libera circolazione delle persone.

Con il reg. (UE) n.1624/2016[34] è stata introdotta la possibilità di ripristino in circostanze eccezionali legate al persistere di carenze nei controlli alle frontiere esterne, che mettano a rischio il funzionamento complessivo dello spazio Schengen, e riscontrate dal meccanismo di valutazione Schengen[35], fino a un massimo di due anni (art. 29). La

31. *Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE*, in GUUE L 158 del 30.4.2004, p. 77 ss.

32. Circolare n. 6149/SG del 18 marzo 2020, *Décisions prises pour lutter contre la diffusion du Covid-19 en matière de contrôle aux frontières*, disponibile su: http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2020/03/cir_44947.pdf.

33. Si vedano i rilievi di S. Montaldo, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers*, *European Forum*, *Insight* of 25 April 2020, p. 1, disponibile online.

34. *Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio*, in GUUE L 251 del 16.9.2016, p. 1 ss.

35. Il meccanismo di valutazione è un sistema istituito dal regolamento (UE) n. 1053/2013 con cui i Paesi dell'UE e la Commissione devono svolgere congiuntamente valutazioni periodiche al fine di verificare la corretta applicazione del

procedura differisce da quelle illustrate sopra, in quanto è il Consiglio, allorché tutte le altre misure non hanno consentito di ridurre efficacemente la grave minaccia individuata, a raccomandare il ripristino come «*extrema ratio* e come misura volta a proteggere gli interessi comuni nello spazio senza controllo alle frontiere interne»[36]. Ove uno Stato non si adegui, dovrà specificarne immediatamente i motivi per iscritto.

A questa misura si è fatto ricorso per la prima volta a meno di due mesi dall'adozione della nuova previsione con una decisione di esecuzione[37] che, nel quadro della crisi migratoria e alla luce della persistenza di «gravi carenze nei controlli alle frontiere esterne che hanno provocato movimenti secondari di migranti irregolari e hanno indotto vari Stati membri a ripristinare temporaneamente i controlli alle frontiere interne per motivi di ordine pubblico o di sicurezza interna» e preso atto che «tutte le altre misure non hanno consentito di ridurre efficacemente la grave minaccia individuata», raccomandava ad Austria, Germania, Danimarca, Svezia e Norvegia il mantenimento di controlli di frontiera temporanei e proporzionati per un periodo massimo di sei mesi. Tale periodo è stato prorogato dal Consiglio, su proposta della Commissione, per il massimo consentito di tre volte, rispettivamente l'11 novembre 2016[38] e il 7 febbraio 2017[39] per ulteriori periodi di tre mesi ciascuno, e l'11 maggio 2017[40] fino all'11 novembre 2017. In occasione di ogni proroga consecutiva, il Consiglio ha ribadito che i controlli di frontiera possono essere usati solo come misura di *extrema ratio* e che per rispondere alle minacce gravi per l'ordine pubblico o la sicurezza interna gli Stati membri devono prediligere misure alternative, quale l'intensificazione dei controlli di polizia nella zona di frontiera. Nonostante la protratta esortazione al ricorso ai controlli di frontiera solo in situazioni eccezionali, nell'impossibilità di ricorrere ulteriormente al meccanismo di cui all'art. 29 CFS, tutti e cinque gli Stati in questione li hanno mantenuti, utilizzando la procedura ordinaria di cui all'art. 25 CFS e

codice frontiere Schengen. Nel caso in cui si riscontrino gravi carenze nello svolgimento dei controlli alle frontiere esterne, la Commissione europea può raccomandare a un Paese dell'UE di adottare misure specifiche. In caso di carenze gravi e reiterate, i controlli alle frontiere interne possono essere ripristinati come misura di ultima istanza.

36. Art. 30, par 2, CFS. La disposizione definisce le considerazioni che il Consiglio deve effettuare nell'emettere la raccomandazione.

37. *Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio del 12 maggio 2016 recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen*, in GUUE L 151 dell'8.6.2016, p. 8.

38. *Decisione di esecuzione (UE) 2016/1989 del Consiglio dell'11 novembre 2016 recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen*, in GUUE L 306 del 15.11.2016, p. 13.

39. *Decisione di esecuzione (UE) 2017/246 del Consiglio del 7 febbraio 2017 recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen*, in GUUE L 36 dell'11.2.2017, p. 59.

40. *Decisione di esecuzione (UE) 2017/818 del Consiglio dell'11 maggio 2017 recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen*, in GUUE L 122 del 13.5.2017, p. 73.

provvedendo a darne comunicazione alla Commissione europea. Un atteggiamento indicativo di un approccio ostile alla effettiva attuazione di uno spazio in cui siano assenti i controlli alle frontiere interne.

Nel quadro della ricordata proposta di riforma del CFS, anche alla luce della suddetta vicenda, la Commissione ha prospettato di modificare i termini applicabili a norma degli artt. 25 e 27, innalzandoli a un anno (invece degli attuali sei mesi), introducendo però nel contempo garanzie procedurali più rigorose, fra cui l'obbligo per gli Stati membri di valutare se misure alternative permettano una risposta più efficace alla minaccia individuata (il riferimento è ai controlli di polizia di cui all'art. 23), e di presentare una valutazione dettagliata del rischio.

Il Parlamento europeo, che già da tempo ha espresso preoccupazione per l'impatto, anche economico, del sempre più frequente ripristino dei controlli sul mercato unico[41], con risoluzione del 4 aprile 2019, ha adottato la sua posizione in prima lettura[42]. Ribadendo che il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne incide sulla libera circolazione delle persone e che pertanto tale ripristino deve rappresentare solo una misura di *extrema ratio*, il Parlamento europeo ha ritenuto opportuno ridurre il periodo iniziale dei controlli alle frontiere da sei mesi (come avviene attualmente) a due mesi, limitando l'eventuale proroga a un periodo massimo di un anno, anziché a due anni. Inoltre, in caso di estensione dei controlli temporanei alle frontiere oltre i primi due mesi, gli Stati membri sarebbero tenuti a fornire una valutazione dettagliata dei rischi. Ogni ulteriore estensione dei controlli alle frontiere oltre i sei mesi dovrebbe essere valutata dalla Commissione, per verificare che la richiesta sia conforme ai requisiti previsti, ed essere autorizzata dal Consiglio UE. Infine, il Parlamento dovrebbe essere maggiormente coinvolto nel processo.

Significativamente, inserendo un nuovo punto nelle premesse (considerando 1-*bis*), il Parlamento europeo ha puntualizzato che «la migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di Paesi terzi non dovrebbero in sé essere considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna».

41. European Parliament, *The Cost of Non-Schengen. Impact of Border Controls Within Schengen on the Single Market*, Study, 2016, disponibile su: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578974/IPOL_STU(2016)578974_EN.pdf.

42. *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 aprile 2019 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne*, P8_TA-PROV(2019)0356. In merito alla posizione del Parlamento europeo rispetto al complessivo funzionamento dell'area Schengen si veda S. Carrera, *The State of the Schengen Area in the Light of the 2019 European Parliament Election*, febbraio 2019, *RSCAS Policy Paper 2019/12*, disponibile su: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/61595/RSCAS%20PP%202019_12.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

4. Misure di effetto equivalente ai controlli alle frontiere interne e controlli di polizia

4.1. I controlli consentiti alle frontiere interne. Caratteristiche e specificità dei controlli di polizia

Anche in mancanza di presupposti per il ripristino formale, e prescindendo in ogni caso da situazioni eccezionali, come si è detto il CFS autorizza alcune tipologie di controlli, che pur sottoposti ad una serie di limiti, consentono di effettuare accertamenti al momento, o nell'imminenza, dell'attraversamento delle frontiere. In particolare, ai sensi dell'art. 23 CFS, lett. a), l'assenza dei controlli alle frontiere interne non pregiudica, infatti, l'esercizio delle competenze di polizia da parte delle autorità degli Stati membri in forza della legislazione nazionale, *nella misura in cui l'esercizio di queste competenze non abbia effetto equivalente alle verifiche di frontiera*.

La stessa disposizione precisa i requisiti idonei a distinguere i controlli di polizia da quelli di frontiera. Tale esercizio può non essere considerato equivalente a delle verifiche di frontiera quando le misure di polizia:

i) non hanno come obiettivo il controllo di frontiera;

ii) si basano su informazioni e l'esperienza generali di polizia quanto a possibili minacce per la sicurezza pubblica e sono volte, in particolare, alla lotta contro la criminalità transfrontaliera;

iii) sono ideate ed eseguite in maniera chiaramente distinta dalle verifiche sistematiche sulle persone alle frontiere esterne;

iv) sono effettuate sulla base di verifiche a campione.

L'esercizio delle competenze di polizia da parte delle autorità preposte, in applicazione della legislazione di ciascuna Parte contraente in tutto il suo territorio, era già stata fatta salva dalla CAS (art. 2, par. 3). Il reg. (CE) n. 562/2006 l'aveva ripresa e puntualizzata, specificando che i controlli alla frontiera interna, in una zona dell'entroterra vicino alla frontiera o in determinate zone frontaliere, dovessero essere effettuati con modalità ed obiettivi identici a quelli applicabili in tutto il territorio nazionale, soprattutto per quanto riguarda la frequenza e l'intensità (art. 19, par. 1, lett. 1)[43].

43. La Commissione aveva chiarito, con riferimento alla suddetta disposizione, che «... i controlli esercitati in quest'ambito nella zona di frontiera non sono incompatibili con il diritto di attraversare le frontiere interne in assenza di controlli, purché essi siano effettuati con identiche modalità – in particolare per ciò che concerne la frequenza e l'intensità – alle modalità dei controlli effettuati sull'insieme del territorio. Conseguentemente, uno Stato membro non può prevedere una legislazione applicabile in modo particolare soltanto alla zona limitrofa alla frontiera interna, stabilendo ad esempio un perimetro per il controllo dell'identità delle persone, a campione o visivo, mentre questo tipo di operazione non è svolto nelle altre parti del territorio. Non è parimenti ammesso nemmeno un controllo ridotto, effettuato a motivo

Stante il requisito che detti accertamenti di polizia non abbiano come obiettivo il controllo di frontiera (alla luce della succitata definizione di «controllo di frontiera» contenuta nel CFS), se ne deduce che essi non debbano essere effettuati «in risposta esclusivamente all'intenzione di attraversare la frontiera o al suo effettivo attraversamento e indipendentemente da qualunque altra ragione»[44]. Si tratta evidentemente di parametri tutt'altro che univoci e privi di ambiguità, il perimetro dei controlli alla frontiera e dei controlli di polizia potendo nella pratica sovrapporsi o non essere così agevolmente individuabile. La formulazione letterale dell'art. 23 lascia, pertanto, un margine di discrezionalità alle autorità nazionali quanto alle modalità, alle tempistiche e alle finalità dei suddetti controlli[45], e non appare idonea ad escludere il rischio che questa tipologia di controlli, consentiti, possa rappresentare un modo per eludere l'abolizione dei controlli alle frontiere interne[46]. Tanto più che nessun meccanismo procedurale è previsto per la loro attuazione, neanche di comunicazione alla Commissione, a differenza di quanto avviene per il ripristino formale dei controlli, risolvendosi pertanto in una modalità caratterizzata dall'informalità e da limitata trasparenza[47].

Anche la cautela imposta dall'art. 7 CFS e in base alla quale le verifiche di frontiera devono essere effettuate in assenza di «discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» e, che renderebbe illegittime verifiche mirate su persone riconducibili a specifiche origini etniche, spesso denunciate[48], è inserita nel capo II, relativo alle frontiere esterne, ed espressamente

dell'attraversamento della frontiera e/o nelle zone ad essa prossime. Ciò che è dunque decisivo per determinare l'ammissibilità del controllo è l'obiettivo da esso perseguito». Si veda *la Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce un «codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone»*, COM(2004) 391 def. del 26 maggio 2004, p. 32 ss.

44. Art. 2, n. 10), CFS.

45. M.Van Der Woude, J.Vander Leun, *Crimmigration checks in the internal border areas of the EU: Finding the discretion that matters*, in *European Journal of Criminology*, 2017, n. 1, p. 27 ss.

46. A. Faure Atger, *The Abolition of Internal Border Checks in an Enlarged Schengen Area: Freedom of movement or a scattered web of security checks?*, in CEPS CHALLENGE, Research Paper no. 8, disponibile su: www.ceps.eu.

47. Su questi aspetti si vedano H. Labayle, *La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union*, in C. Blumann (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, p. 20 ss.; S. Casella Colombeau, *La frontière définie par les policiers*, in *Plein droit*, 2010/4 (n° 87), p. 12-15, disponibile su: https://www.cairn.info/revue-plein-droit-2010-4-page-12.htm; M. van der Woude, J. van der Leun, *Crimmigration Checks in the Internal Border Areas of the EU: Finding the Discretion that Matters*, in *European Journal of Criminology*, 2017, Vol. 14(1), p. 27 ss.

48. Si vedano ad es. i rapporti ASGI, *Le riammissioni di cittadini stranieri a Ventimiglia (giugno 2015) profili di illegittimità*; *Le riammissioni di cittadini stranieri alla frontiera di Chiasso: profili di illegittimità*, 2016; *Lungo la rotta del Brenner, rapporto di monitoraggio sulla situazione dei migranti a Bolzano e al Brennero*, 2017. A fine febbraio 2020, una coalizione di organizzazioni della società civile ha promosso un'azione giurisdizionale per l'attività di profilazione etnica da parte della *Royal Netherlands Marechaussee* (polizia di frontiera olandese) https://www.amnesty.nl/content/uploads/2020/02/Press-Release_Dutch-border-police-in-court-for-ethnic-profiling.pdf?x90970. La questione ha da tempo assunto tale rilievo che l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ha pubblicato un apposito manuale rivolto alle forze dell'ordine e dalle guardie di frontiera, *Evitare la profilazione illecita oggi e in futuro: una guida*, 2019, disponbile on line, ed inteso ad evitare che l'attività di profilazione

riferita ai soli controlli ivi effettuati dalle guardie di frontiera. Resta in ogni caso valida l'indicazione di cui all'art. 22 CFS, che esclude in linea di principio la legittimità di qualsiasi controllo, sia sistematico che a campione, esercitato in ragione del solo attraversamento di una frontiera interna, *a fortiori* se effettuato sulla base della presunta nazionalità. Pertanto, la definizione dei contorni e dei limiti di tali controlli di polizia, la compatibilità degli stessi coi principi che informano lo spazio senza frontiere interne, non rappresentano una disquisizione di carattere teorico, anche in ragione del coacervo di accordi bilaterali di polizia e di riammissione, in vigore tra gli Stati membri[49], e il sempre più frequente ricorso a tali strumenti operativi[50].

4.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia

Tale indeterminatezza è presumibilmente all'origine delle diverse questioni interpretative sottoposte alla Corte di giustizia, la quale negli anni ha fornito chiarimenti che dovrebbero orientare l'azione delle autorità nazionali, individuando i parametri di legittimità dell'azione. In particolare, la CGUE ha chiarito il significato di «misura equivalente» e «zone di frontiera interna» in due importanti pronunce nel 2010 e nel 2012. Nella prima sentenza *Melki* e *Abdeli*[51], la CGUE ha affermato che gli articoli 20 e 21 del reg. (CE) n. 562/2006 (corrispondenti agli attuali artt. 22 e 23 CFS) si applicano anche alle zone di frontiera entro 20 km dalle frontiere interne. Particolarmente rilevanti i criteri forniti dalla Corte per lo svolgimento dei controlli di polizia, avendo essa stabilito la contrarietà con i Trattati ed il CFS di una normativa che conferisca «alle autorità di polizia dello Stato membro interessato la competenza a controllare, esclusivamente in una zona di 20 chilometri a partire dalla frontiera terrestre di tale Stato con gli Stati parti della Convenzione di Schengen, l'identità di qualsiasi persona, – indipendentemente dal comportamento di quest'ultima e da circostanze particolari che dimostrino una minaccia per

a fini di prevenzione, indagine e perseguimento di reati, nonché di prevenzione e accertamento dell'immigrazione irregolare, sia effettuata in modo illecito, tra l'altro stigmatizzando alcune comunità.

49. L'elenco degli accordi relativi alla riammissione conclusi dagli Stati membri è disponibile su: http://www.jeanpierrecassarino.com/datasets/ra/. Sulla situazione italiana si veda M. Borraccetti, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in questa *Rivista*, n. 1-2.2016, p. 33 ss.; per l'Austria si veda J. Rutz, *Austria's Return Policy: Application of Entry Bans Policy and Use of Readmission Agreement*s, IOM/EMN publication, 2014, disponibile su: https://publications.iom.int/system/files/pdf/austrias_return_policy_en.pdf.

50. I. Barbero, *The European Union Never got Rid of Its Internal Controls. A Case Study of Detention and Readmission in the French-Spanish Border*, in *European Journal of Migration and Law*, 2018, V. 20, I. 1, p. 1 ss.

51. Corte di giustizia, sentenza del 22.6.2010, *Melki* e *Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363. La vicenda oggetto del giudizio principale riguardava i sigg. Melki e Abdeli, cittadini algerini in una situazione irregolare in Francia, i quali erano stati controllati dalla polizia, in applicazione dell'art. 78, par. 2, quarto comma, del codice di procedura penale francese, nella zona compresa tra la frontiera terrestre della Francia con il Belgio ed una linea tracciata a 20 chilometri da questa frontiera.

l'ordine pubblico – al fine di verificare il rispetto degli obblighi di legge riguardo al possesso, al porto e all'esibizione di titoli e documenti, senza prevedere la necessaria delimitazione di tale competenza, atta a garantire che l'esercizio pratico di quest'ultima non possa avere un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera». Pertanto, la competenza conferita alle autorità di polizia, di svolgere controlli in una zona di 20 chilometri dalla frontiera terrestre al fine di verificare la sussistenza di titoli e documenti deve essere delimitata «al fine, segnatamente, di indirizzare il margine di discrezionalità di cui queste ultime dispongono nell'applicazione pratica di siffatta competenza»[52].

Nella successiva sentenza *Adil*[53], esaminando il quesito interpretativo formulato da un Tribunale olandese in merito alla compatibilità con il diritto UE delle norme nazionali sui controlli mobili di sicurezza (MTV o *Mobiel Toezicht Veiligheid*)[54], la CGUE ha fornito ulteriori elementi circa i limiti di legittimità dei controlli di polizia. Sempre con riferimento agli articoli 20 e 21 reg. (CE) n. 562/2006, la Corte ha puntualizzato che essi consentono controlli di polizia, non solo ai fini dell'applicazione della legge, ma anche ai fini del controllo dell'immigrazione nella zona di 20 km dalle frontiere terrestri. Secondo la CGUE, gli articoli 20 e 21 consentirebbero «ai funzionari di frontiera responsabili della sorveglianza di frontiera e del controllo dei cittadini stranieri di effettuare controlli [....] al fine di stabilire se le persone fermate soddisfano i requisiti di soggiorno legale applicabili nello Stato membro interessato». Tali controlli devono basarsi su «informazioni generali e sull'esperienza in materia di soggiorno illegale delle persone nei luoghi in cui devono essere effettuati i controlli» e l'esecuzione di tali controlli deve essere «soggetta a talune limitazioni, tra l'altro per quanto riguarda l'intensità e la frequenza».

52. Si vedano, in particolare, i punti 74 e 75.

53. Corte di giustizia, *Atiqullah Adil contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, sentenza del 19 luglio 2012, causa C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508. Il sig. Adil era stato fermato per identificazione durante un controllo effettuato dalla gendarmeria reale nella sua qualità di passeggero di un autobus. Il fermo aveva avuto luogo sull'autostrada A67/E34, sulla corsia proveniente dalla Germania, nel territorio del comune di Venlo (Paesi Bassi). Il verbale di fermo, di trasferimento e di trattenimento indicava che il controllo era stato effettuato, ai sensi dell'articolo 4.17a del decreto del 2000, sulla base di informazioni o dati dell'esperienza in materia di soggiorno irregolare dopo l'attraversamento della frontiera; che esso aveva avuto luogo in una zona di venti chilometri dalla frontiera terrestre comune con la Germania; che, in tale area, uno o più controlli erano stati effettuati nel corso del mese di marzo, per una durata totale di 54 ore e 38 minuti; che, in detta area, il giorno del fermo, uno o più controlli erano stati effettuati per un'ora e che, durante tali controlli, due veicoli erano stati effettivamente fermati, ovvero una parte dei mezzi transitati nella medesima area. Per un commento si veda J-Y. Carlier, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 2013, nº 197, pp. 103-114.

54. La normativa nazionale in questione è rappresentata dall'articolo 4.17a del decreto sugli stranieri del 2000 (Vreemdelingenbesluit 2000), modificato successivamente alla pronuncia della sentenza *Melki* e *Abdeli*. Tale disposizione fissa alcuni limiti all'esercizio del potere di controllo di polizia, prevedendo, per quanto attiene ai controlli su strada, che essi vengano effettuati «su una stessa strada o corso d'acqua al massimo per novanta ore al mese e al massimo per sei ore al giorno. Nell'ambito di tale controllo viene fermata solo una parte dei veicoli in transito».

La necessità che la normativa nazionale contenga limitazioni che indichino l'intensità, la frequenza e la selettività di tali controlli è stata ribadita anche in *A*[55], ove la Corte ha ritenuto l'incompatibilità col pertinente diritto dell'Unione di una normativa nazionale che attribuiva alle autorità di polizia dello Stato membro interessato la competenza a controllare l'identità di qualsiasi persona, in una zona di 30 chilometri a partire dalla frontiera terrestre di tale Stato, allo scopo di prevenire o impedire l'ingresso o il soggiorno irregolari nel territorio di detto Stato membro o di prevenire determinati reati contro la sicurezza delle frontiere, «indipendentemente dal comportamento della persona interessata o dall'esistenza di circostanze particolari, a meno che tale normativa preveda la necessaria delimitazione di tale competenza, garantendo che l'esercizio pratico della stessa non possa avere un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare» ammettendo di converso la legittimità di controlli di polizia circa l'identità o il possesso di documenti che consentono di attraversare la frontiera di qualunque persona a bordo dei treni e negli impianti ferroviari di tale Stato membro, nonché di fermare per breve tempo e d'interrogare qualunque persona per questo scopo, qualora tali controlli siano fondati su informazioni concrete o sull'esperienza della polizia di frontiera, a condizione che il diritto nazionale assoggetti l'esercizio di detti controlli a precisazioni e limitazioni che indichino l'intensità, la frequenza e la selettività di tali medesimi controlli.

La portata delle misure di effetto equivalente ed i limiti della loro ammissibilità sono stati esaminati dalla Corte nel più recente caso *Touring Tours und Travel*[56], con riferimento ad eventuali obblighi di controllo imposti a vettori privati, aventi il chiaro scopo di impedire ai passeggeri sprovvisti dei documenti di viaggio richiesti di raggiungere il territorio di tale Stato, ossia lo stesso scopo perseguito da controlli svolti dalla polizia di frontiera all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne[57]. In termini generali, la Corte ha chiarito che sebbene l'attuale art. 23, lettera a), CFS si riferisca all'«esercizio delle competenze di polizia da parte delle autorità competenti degli Stati membri in forza della legislazione nazionale»

55. Corte di giustizia, *A.*, sentenza della Corte del 21 giugno 2017, causa C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483.

56. Corte di giustizia, *Touring Tours und Travel*, sentenza del 13 dicembre 2018, causa C-412/17, ECLI:EU:C:2018:1005. La vicenda, che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale, riguardava delle imprese di trasporto che gestivano servizi di autobus di linea con destinazione la Germania attraverso le frontiere germano-olandese e germano-belga. Ritenendo che tali imprese avessero trasportato verso la Germania un ingente numero di cittadini di Paesi terzi sprovvisti dei documenti di viaggio richiesti, in violazione della normativa nazionale, la direzione della polizia federale aveva loro trasmesso un «avvertimento» in cui aveva elencato i casi di trasporto non autorizzato e annunciato l'adozione di una decisione di divieto, in caso di prosecuzione dell'illecito. La questione sottoposta verteva pertanto sull'interpretazione dell'art. 67, par. 2, TFUE e degli articoli 20 e 21 del reg. CE n. 562/2006 e alla compatibilità di una normativa nazionale di uno Stato membro la quale, in definitiva, obblighi le imprese di trasporto di passeggeri a mezzo autobus, che prestino servizio di linea transfrontaliero all'interno dello spazio Schengen, a procedere nei confronti dei propri passeggeri, prima di varcare una frontiera interna, al controllo dei documenti necessari per l'attraversamento della frontiera medesima, al fine di impedire il trasporto di stranieri privi di passaporto e di titolo di soggiorno nel territorio della Repubblica federale di Germania.

57. Punto 59.

e alle «misure di polizia», i controlli effettuati in virtù della normativa nazionale, non già dalle autorità di polizia o equiparate, bensì dal personale impiegato da vettori di diritto privato, che non dispone di poteri pubblici, ma che effettua tali controlli per ordine e sotto il controllo delle autorità dotate di siffatti poteri, deve ritenersi ricadere nel campo di applicazione di detta disposizione. Un'interpretazione contraria avrebbe, evidentemente, l'effetto di aggirare il divieto di controlli, compromettendone l'effetto utile.

Richiamando e confermando la propria giurisprudenza, la Corte ha ribadito che gli indizi elencati all'art. 23, lettera a), seconda frase, costituiscono altrettante indicazioni dell'esistenza di un effetto equivalente alle verifiche di frontiera. «In presenza di alcuni di tali indizi, i controlli di cui trattasi sono autorizzati soltanto se il loro esercizio sia circoscritto, nella normativa nazionale che li stabilisce, da precisazioni e limitazioni, esse stesse sufficientemente precise e dettagliate, riguardo all'intensità, alla frequenza e alla selettività dei controlli stessi. Così, quanto più numerosi sono gli indizi cui tale normativa nazionale risponde, riguardo all'obiettivo perseguito dai controlli eseguiti in una zona di frontiera, al loro ambito di applicazione territoriale e all'esistenza di una distinzione tra il fondamento dei controlli medesimi e quello dei controlli eseguiti nel resto del territorio dello Stato membro di cui trattasi, tanto più tali precisazioni e limitazioni devono essere rigide e rigidamente rispettate»[58].

Pertanto, la circostanza che, nella specie, i controlli di cui al procedimento principale fossero imposti sistematicamente nei confronti di tutti i viaggiatori su tutte le linee di autobus transfrontaliere, in assenza di precisazioni normative, limitazioni riguardo all'intensità, alla frequenza e alla selettività dei controlli da effettuare, e caratterizzati dal nesso particolarmente stretto esistente con l'attraversamento di una frontiera interna, trattandosi proprio dell'evento generatore dei controlli medesimi, è stata ritenuta dalla Corte particolarmente rivelatrice di un «effetto equivalente alle verifiche di frontiera», ai sensi dell'art. 23, lettera a) CFS.

Il rispetto del diritto dell'Unione e, in particolare, degli articoli 22 e 23 del CFS, deve, quindi, essere assicurato dall'introduzione e dall'osservanza di un quadro normativo che definisca limiti, sulla base dei suddetti parametri, idonei a garantire che l'esercizio pratico dei controlli di polizia, volti ad accertare l'identità e il possesso di documenti, non abbia un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera.

58. Corte di giustizia, *A.*, sentenza della Corte del 21 giugno 2017, cit., punti da 38 a 41.

4.3. Le indicazioni della Commissione europea

Ulteriori elementi chiarificatori, circa la portata e l'ampiezza dei controlli di polizia, si rinvengono in diversi documenti della Commissione europea. Negli *orientamenti per gli Stati membri riguardanti le misure di polizia nelle zone frontaliere interne*, allegati alla prima relazione biennale sul funzionamento dello spazio Schengen[59], la Commissione aveva chiarito che l'elenco dei criteri per valutare se l'esercizio delle competenze di polizia sia equivalente ai controlli alle frontiere, di cui all'art. 23 lett. a), seconda frase, non è da intendersi come esaustivo. Richiamando più volte i principi espressi nella sentenza *Melki*, essa aveva indicato che tali verifiche possono essere effettuate soltanto a campione, in base alla valutazione del rischio, e che «il semplice spostamento delle verifiche dalla linea di frontiera interna a una zona, per esempio, a 800 metri di distanza da tale linea non sarebbe sufficiente per ritenerle non equivalenti alle verifiche di frontiera» e «se una verifica non dipende dal comportamento della persona interessata o da circostanze particolari che dimostrino una minaccia per l'ordine pubblico, la normativa deve prevedere il quadro necessario per indirizzare l'applicazione pratica». Pertanto, in caso di necessità di effettuare verifiche periodiche e sistematiche a salvaguardia della sicurezza dei loro territori, gli Stati erano invitati a ricorrere al ripristino temporaneo dei controlli.

Alcuni anni dopo, nel mutato contesto della crisi migratoria e delle preoccupazioni per il mantenimento dello spazio Schengen, la Commissione ha aggiornato i propri orientamenti, adottando una *raccomandazione relativa a controlli di polizia proporzionati e alla cooperazione di polizia nello spazio Schengen*[60], non a caso in contemporanea all'ultima decisione del Consiglio che aveva raccomandato il mantenimento dei controlli alle frontiere interne di cinque Stati aderenti allo spazio Schengen[61] sulla base dell'art. 29 CFS. Gli Stati membri erano incoraggiati a utilizzare meglio le loro competenze di polizia e a dare la precedenza ai controlli di polizia, ritenuti non solo compatibili col diritto dell'Unione, ma in taluni casi anche necessari e giustificati[62], prima di decidere in merito al ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne.

La Commissione intravede in tali accertamenti di polizia delle forme di controllo potenzialmente più efficaci, in particolare perché offrono maggiore flessibilità rispetto ai

59. Allegato II alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Relazione biennale sul funzionamento dello spazio Schengen 1° novembre 2011 - 30 aprile 2012*, del 16 maggio 2012, COM(2012) 230 def.

60. *Raccomandazione della Commissione del 12 maggio 2017*, in GUUE L 122 del 13.5.2017, p. 79.

61. Decisione di esecuzione (UE) 2017/818 del Consiglio, cit.

62. Al considerando 6 si legge: «Nelle circostanze attuali caratterizzate dalle minacce all'ordine pubblico o alla sicurezza interna rappresentate dal terrorismo e dalle altre forme gravi di criminalità transfrontaliera e dai rischi di movimenti secondari delle persone che hanno varcato illegalmente le frontiere esterne, l'intensificazione dei controlli di polizia sull'intero territorio degli Stati membri, comprese le zone di frontiera, e lo svolgimento di tali controlli lungo le principali vie di trasporto come le autostrade e le ferrovie possono essere considerati necessari e giustificati».

controlli di frontiera statici effettuati a specifici valichi di frontiera e possono essere più facilmente adattati all'evoluzione dei rischi. Se in alcune circostanze può essere chiaro fin dall'inizio che i controlli di polizia, da soli, non sono sufficienti ad affrontare le minacce individuate all'ordine pubblico o alla sicurezza interna (ad esempio in caso di ricerca di precise persone sospette a seguito di un attentato terroristico), in altri casi controlli di polizia rafforzati nelle zone di frontiera possono servire a perseguire obiettivi uguali a quelli cui si mira col ripristino dei controlli alle frontiere[63]. Pertanto, la decisione relativa al ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dovrebbe in linea di principio essere preceduta dalla valutazione di altre misure alternative, il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne potendo essere immediatamente necessario solo in specifici casi di minacce urgenti e gravi all'ordine pubblico o alla sicurezza interna a livello dello spazio senza controlli alle frontiere interne o a livello nazionale.

Gli orientamenti operano un riferimento anche ad eventuali accordi bilaterali di riammissione conclusi tra Stati membri, ritenuti utili a conseguire risultati analoghi a quelli ottenuti con controlli di frontiera mirati alle frontiere interne, limitando al tempo stesso l'impatto sulla circolazione dei viaggiatori in buona fede. Gli Stati membri erano, pertanto, invitati conformemente all'art. 6, par. 3, della direttiva 2008/115/CE[64], a riprendere i cittadini di Paesi terzi che transitano dal loro territorio prima di essere fermati in un altro Stato membro, adottando tutte le misure necessarie, fra cui l'introduzione di prassi operative fra le autorità competenti e l'agevolazione dello scambio di informazioni fra di esse, per garantire che le procedure previste da detti accordi o intese bilaterali vigenti siano ultimate rapidamente dagli Stati membri interessati, onde assicurare che il trasferimento avvenga al più presto. Le indicazioni fornite dalla Commissione appaiono piuttosto scarne e non chiariscono come operativamente si concilino il rapido ricorso a procedure attuate sulla base dei numerosi accordi bilaterali di riammissione e di cooperazione di polizia in vigore tra gli Stati membri, con il principio generale dell'eliminazione dei controlli alle frontiere interne.

4.4. La posizione del Parlamento europeo

Tali aspetti sono stati affrontati anche dal Parlamento europeo, in occasione della recente revisione del CFS per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo

63. «I pattugliamenti congiunti di polizia e altri strumenti esistenti di cooperazione di polizia contribuiscono alla sicurezza interna nello spazio senza controlli alle frontiere interne. I pattugliamenti congiunti a bordo di treni transfrontalieri, ad esempio, rafforzano chiaramente la sicurezza impedendo situazioni in cui la mancanza di simmetria nei controlli mina gli sforzi compiuti da un solo lato della frontiera», considerando 16.

64. *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUUE L 348 del 24.12.2008, p. 98.

del controllo di frontiera alle frontiere interne (*supra*). Nella ricordata risoluzione del 4 aprile 2019[65], il Parlamento europeo ha apportato degli emendamenti al testo della Commissione, sottolineando anzitutto (considerando 2) che le competenze di polizia differiscono, per natura e finalità, dal controllo di frontiera ed introducendo l'espressa esortazione agli Stati membri a dare la precedenza a misure alternative prima di ricorrere al ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne, in particolare, considerando «la possibilità di usare in modo più efficace o di intensificare i controlli di polizia nel proprio territorio, comprese le zone di frontiera e le principali vie di trasporto, sulla base di una valutazione dei rischi, garantendo nel contempo che tali controlli di polizia non abbiano come obiettivo il controllo di frontiera» considerando (2-*bis*). Nel proposto nuovo art. 26, che fissa i criteri per il ripristino temporaneo del controllo alle frontiere interne, l'esame circa l'idoneità «di misure diverse dal ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne, quali ad esempio il rafforzamento della cooperazione transfrontaliera di polizia o l'intensificazione dei controlli di polizia» a «rispondere in modo sufficiente alla minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» diventa un nuovo, ulteriore, presupposto per la valutazione richiesta allo Stato membro proponente il ripristino.

Insomma, nella proposta revisione dei meccanismi di ripristino dei controlli alle frontiere interne in discussione, seppur le soluzioni di Commissione europea e Parlamento europeo differiscano quanto ai termini di durata massima, esse paiono cionondimeno coincidere nella necessità di un maggior ricorso ai controlli di polizia. Nel merito resta l'ambiguità circa la portata concreta di tali misure alternative, che debbono differenziarsi per natura e finalità rispetto a quelli di frontiera, ma che in futuro potrebbero essere utilizzati in maniera più intensa e frequente. Occorre evidentemente che essi non si traducano in uno strumento informale, e sprovvisto di garanzie, per l'attuazione di controlli sistematici, e che pertanto essi siano assistiti da apposite e puntuali previsioni, volte ad evitare un'attuazione sproporzionata e discriminatoria. Ed in proposito i criteri, opportunamente definiti dalla Corte di giustizia, non appaiono idonei a delimitarne i rispettivi contorni in maniera chiara ed inequivocabile.

5. L'ingresso attraverso le frontiere esterne

Per quanto attiene all'attraversamento delle frontiere esterne[66], da considerarsi come quelle attraverso le quali si entra nell'area Schengen e non quelle esterne dell'Unione europea (non riferite al territorio dell'Unione in base agli artt. 52 TUE e 344 TFUE), in

65. *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 aprile 2019*, P8_TA-PROV(2019)0356, cit.

66. L'art. 2, 2) reg. n. 399/2016 definisce le frontiere esterne come le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne.

quanto esistono frontiere esterne anche tra gli Stati UE e vi sono Stati non UE, come si è detto, che fanno parte dell'area Schengen, esso è regolato dal titolo II del CFS, ove sono altresì definite le condizioni di ingresso nel territorio degli Stati membri per i cittadini di Paesi terzi. Ai sensi dell'art. 32 CFS, le disposizioni contenute nel Titolo secondo trovano parimenti applicazione anche nel caso del ripristino dei controlli alle frontiere interne, di cui si è detto sopra.

In linea generale, le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti, dovendo essere applicate dagli Stati membri sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione (art. 5)[67]. Le frontiere sono sorvegliate e la sorveglianza si prefigge principalmente lo scopo di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente, questi ultimi due aspetti venendo pertanto sostanzialmente equiparati sul piano delle finalità. Una persona che ha attraversato illegalmente una frontiera e che non ha il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è fermata ed è sottoposta a procedure in conformità alla direttiva 2008/115/CE (art. 13).

L'obiettivo principale delle verifiche ai valichi di frontiera è accertare che chiunque valichi la frontiera soddisfi le condizioni per l'ingresso negli Stati Schengen[68]. Tutte le persone, che siano cittadini UE o cittadini di Paesi terzi, devono essere sottoposte a verifiche sistematiche nelle banche dati pertinenti all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne. I controlli, quanto ai presupposti per l'ingresso[69], sono poi differenziati, a seconda che si tratti di beneficiari del diritto alla libera circolazione, ai sensi del diritto dell'Unione, o di cittadini di Paesi terzi. I primi sono definiti all'art. 2, paragrafo 5, come: a) i cittadini dell'Unione, ai sensi dell'art. 20, par. 1, TFUE, nonché i cittadini di Paesi terzi familiari di un cittadino dell'Unione che esercita il suo diritto alla libera circolazione sul territorio dell'Unione europea, ai quali si applica la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e b) i cittadini di Paesi terzi e i loro familiari, qualunque sia la loro nazionalità, che, in virtù di accordi conclusi tra l'Unione e i suoi Stati membri, da un lato, e tali Paesi terzi, dall'altro, beneficiano di diritti in materia di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione. Ai sensi dell'art. 2, par. 6, i cittadini dei Paesi terzi sono quanti non

67. In casi particolari, elencati all'art. 5, par. 2, possono essere previste eccezioni all'obbligo di attraversare le frontiere esterne ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura.

68. *Manuale pratico per le guardie di frontiera*, cit., punto 1.1.

69. G. Cellamare, *I diversi regimi normativi applicabili all'ingresso e al soggiorno degli stranieri nell'Unione europea in base alla cittadinanza degli stessi*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, Cacucci editore, 2011, p. 111 ss.

siano cittadini dell'Unione ai sensi dell'art. 20, par. 1, TFUE e non rientrino nella predetta definizione.

5.1. I controlli nei confronti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione

Per quanto riguarda il regime giuridico applicabile all'attraversamento delle frontiere interne ed esterne dell'Unione[70], al considerando 5 CFS si afferma che «un regime comune in materia di attraversamento delle frontiere da parte delle persone non mette in discussione né pregiudica i diritti in materia di libera circolazione di cui godono i cittadini dell'Unione e i loro familiari». Così, da un lato, l'art. 3 CFS, intitolato «campo di applicazione», dispone che il codice si applica «a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro, senza pregiudizio, dei diritti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione» e, dall'altro lato, l'art. 8, par. 6, CFS, intitolato «verifiche di frontiera sulle persone», prevede che «le verifiche sui beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione sono effettuate a norma della direttiva 2004/38». Gli articoli 4 e 5 di quest'ultima riflettono le norme particolari applicabili all'ingresso e all'uscita dei cittadini UE e dei loro familiari.

Sul punto è, però, intervenuto sensibilmente il reg. (UE) n. 458/2017[71], novellando, con finalità di prevenzione del terrorismo[72], le precedenti disposizioni che, nel caso dei beneficiari del diritto alla libera circolazione, prevedevano una verifica minima, all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne, volta a stabilire l'identità dietro produzione o esibizione dei documenti di viaggio[73]. La disciplina attuale, definita all'art. 8, par 2 e ss., richiede che all'ingresso e all'uscita, i beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi

70. Si veda A. Lang, *The EU Legal Regime of migration and the external borders*, in J. Iliopoulos-Stangas, M. Potacs, E.S. Tanasescu, J. Ziller (a cura di), *Migration, Migration, Migrations*, Baden-Baden, 2017, p. 145 ss.

71. *Regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne*, in GUUE L 74 del 18.3.2017, p. 1. Si vedano i rilievi di R.S. De Fazio, *Alcuni cenni sulla gestione delle frontiere dell'Unione europea e la disciplina della protezione internazionale in Italia. Quali garanzie per la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali?, Freedom, Security and Justice*, 1, 2020, disponibile on line.

72. Come si legge nelle premesse del reg. n. 458/2017 le verifiche minime previste nella disciplina allora in vigore per i beneficiari del diritto alla libera circolazione non sono state ritenute più adeguate a fronte dell'emergere del fenomeno dei terroristi combattenti stranieri, molti dei quali cittadini dell'Unione. È emersa, pertanto, la necessità di rafforzare i controlli alle frontiere esterne anche rispetto ai cittadini UE, prevedendosi la verifica sistematica dei documenti di viaggio di questi ultimi, all'ingresso nel territorio degli Stati membri e all'uscita dallo stesso, oltre che nelle pertinenti banche dati relative ai documenti di viaggio rubati, altrimenti sottratti, smarriti e invalidati, per garantire che tali persone non nascondano la loro effettiva identità (considerando 2 e 3).

73. Sotto la previgente normativa, questa verifica minima consisteva nel semplice e rapido accertamento della validità del documento che consente al legittimo titolare di attraversare la frontiera e della presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione, se del caso servendosi di dispositivi tecnici e consultando nelle pertinenti banche dati le informazioni relative esclusivamente ai documenti rubati, altrimenti sottratti, smarriti o invalidati.

del diritto dell'Unione siano sottoposti a verifiche, sistematiche, volte ad accertare l'identità e la cittadinanza della persona nonché l'autenticità e la validità del documento di viaggio per l'attraversamento della frontiera, anche tramite consultazione delle pertinenti banche dati[74]. Le guardie di frontiera devono, inoltre, accertare (fino al 2017 era solo una facoltà) che il cittadino UE non sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, anche tramite consultazione del SIS e delle altre pertinenti banche dati dell'Unione. Ciò non pregiudica la consultazione delle banche dati nazionali e dell'Interpol. In caso di dubbi quanto all'autenticità del documento di viaggio o all'identità del titolare, è verificato almeno uno degli identificatori biometrici integrati nei passaporti e nei documenti di viaggio rilasciati conformemente al reg. (CE) n. 2252/2004. Ove possibile, tale accertamento è effettuato anche in relazione a documenti di viaggio non contemplati dal CFS.

Soltanto qualora le suddette verifiche nelle banche dati possano avere un impatto sproporzionato sul flusso di traffico, è possibile procedere ad una temporanea riduzione, effettuando tali verifiche in modo mirato, a specifici valichi di frontiera. Ai sensi del nuovo par. 2-*bis*, lo Stato membro interessato è tenuto a predisporre un'apposita valutazione dei rischi connessi con l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri. La relazione contenente la valutazione dei rischi, che illustra i motivi della riduzione delle verifiche, deve essere trasmessa alla guardia costiera e frontiera europea, insieme ai relativi aggiornamenti. Le persone escluse dalle verifiche mirate «sono sottoposte, come minimo, a una verifica al fine di stabilirne l'identità dietro produzione o esibizione dei documenti di viaggio», secondo le modalità specificate allo stesso par. 2-*bis*.

Le verifiche nelle banche dati di cui al par. 2, lettere a) e b), possono anche essere effettuate in anticipo, sulla base dei dati dei passeggeri forniti dai vettori conformemente alla direttiva 2004/82/CE[75] o ricevuti in base ad altra normativa dell'Unione o nazionale. In tal caso, i dati ricevuti anticipatamente sono verificati al valico di frontiera rispetto ai dati contenuti nel documento di viaggio. Anche l'identità e la cittadinanza dell'interessato, così come l'autenticità e la validità del documento di viaggio per l'attraversamento della frontiera, sono verificate (art. 8, par. 2-*sexies*).

Rispetto alla sua formulazione originaria, la nuova disciplina contenuta all'art. 8, par. 2 e ss., e relativa ai beneficiari del diritto alla libera circolazione, ne risulta inasprita, prevedendosi controlli sistematici molto più approfonditi. Sulle conseguenze dell'attuazione

74. In particolare il SIS; la banca dati dell'Interpol sui documenti di viaggio rubati e smarriti (SLTD); le banche dati nazionali contenenti informazioni sui documenti di viaggio rubati, altrimenti sottratti, smarriti e invalidati.

75. *Direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate*, in GUUE L 261 del 6.8.2004, p. 24.

di queste nuove disposizioni la Commissione è tenuta a riferire al Parlamento e al Consiglio (art. 8, par. 2-*quater*).

5.2. I controlli applicabili sui cittadini di Paesi terzi

Sin dall'inizio è, invece, stata diversa la posizione dei cittadini di Paesi terzi, i quali devono soddisfare determinate condizioni per l'ingresso, e sono soggetti, all'ingresso e all'uscita, a verifiche che lo stesso CFS definisce "approfondite" (art. 8, co. 3). A tal fine, per soggiorni brevi nel territorio degli Stati membri, la cui durata non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, devono essere accertate le condizioni d'ingresso di cui all'art. 6, par. 1. Se del caso, anche i documenti che autorizzano il soggiorno e l'esercizio di un'attività professionale, tenuto conto che ai sensi dell'art. 6, par. 5, lett. a), i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano tutte le condizioni di cui al par. 1, ma che sono in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata, sono ammessi a entrare nel territorio degli altri Stati membri ai fini di transito, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno o il visto per soggiorno di lunga durata, a meno che non figurino nell'elenco nazionale delle persone segnalate dallo Stato membro alle cui frontiere esterne essi si presentano e che tale segnalazione sia accompagnata da istruzioni di respingere o rifiutare il transito

A tal fine è previsto un esame dettagliato articolato in una serie di elementi specificati, inclusa la consultazione delle pertinenti banche dati. Gli accertamenti si estendono a numerose condizioni, definite in dettaglio alle lettere ii)-vi) e vertenti innanzitutto sul possesso di uno o più documenti di viaggio validi che consentano di attraversare la frontiera, la cui validità deve protrarsi di almeno tre mesi oltre la data prevista per la partenza dagli Stati Schengen (anche se, in caso di emergenza giustificata, è possibile derogare a tale obbligo) e che devono essere stati rilasciati nel corso dei dieci anni precedenti, nonché sul possesso di un visto valido, qualora richiesto, ovvero di un permesso di soggiorno valido, considerato equivalente a un visto.

I permessi temporanei, rilasciati in attesa dell'esame di una prima domanda di permesso di soggiorno o di una domanda di asilo, non sono considerati equivalenti ad un visto[76]. Nel caso *ANAFE*[77], la Corte si è pronunciata in merito al reingresso nell'area Schengen di

76. L'art. 2, n. 16, lett. b) esclude queste categorie dalla definizione di permesso di soggiorno.

77. Corte di giustizia, sentenza del 14 giugno 2012, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE)*, causa C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348. Prima dell'adozione del reg. (CE) n. 562/2006, in Francia si era formata una prassi amministrativa in base alla quale i cittadini di Paesi terzi soggetti all'obbligo del visto, che erano in possesso soltanto di un permesso di soggiorno temporaneo rilasciato in attesa dell'esame di una prima domanda di permesso di soggiorno o di una domanda d'asilo, potevano lasciare il territorio nazionale e successivamente ritornarvi attraverso le frontiere esterne dello spazio Schengen fintantoché tale permesso non fosse scaduto. Il governo francese

persone in possesso di un permesso di soggiorno temporaneo, rilasciato in attesa di una domanda d'asilo. Come indicato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, il motivo di tale esclusione risiede nel fatto che il rilascio di un permesso temporaneo o di un'autorizzazione di soggiorno provvisoria dimostra che il rispetto delle condizioni d'ingresso nel territorio dello spazio Schengen, o di attribuzione dello *status* di rifugiato, non è stato ancora verificato e che, di conseguenza, i titolari di simili documenti non sono autorizzati a circolare in tale spazio e non sono esenti dall'obbligo del visto in caso di ritorno in quest'ultimo[78]. La Corte di giustizia ha concluso che tali persone non possono attraversare le frontiere esterne solo sulla base dei loro documenti di soggiorno temporaneo. Le autorità di frontiera devono rifiutare loro l'ingresso (art. 14), a meno che non rientrino in una delle eccezioni di cui all'art. 5, par. 5, CFS. In particolare, l'art. 6, par. 5, lett. c), autorizza espressamente gli Stati membri a concedere l'ingresso per motivi umanitari, di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali a una persona che non soddisfa tutte le condizioni d'ingresso di cui all'art. 6. La Corte ha sottolineato che ai sensi del suo art. 3, lett. b), il CFS si applica senza pregiudizio dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono una protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento. Di conseguenza, tali controlli devono essere effettuati senza pregiudizio dell'applicazione delle disposizioni a tutela dei richiedenti asilo, in relazione, in particolare, con il principio di non respingimento. Non sono, tuttavia, state fornite indicazioni in merito ad un eventuale diritto di ingresso di rifugiati e richiedenti protezione internazionale (*infra*).

Tali verifiche includono anche gli accertamenti relativi al luogo di partenza e di destinazione del cittadino di Paese terzo interessato nonché lo scopo del soggiorno previsto e, se necessario, la verifica dei documenti giustificativi corrispondenti, nonché l'accertamento circa la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti sia per la durata e lo scopo del soggiorno previsto, sia per il ritorno nel Paese di origine o per il transito verso un Paese terzo nel quale è sicuro di essere ammesso, ovvero circa la possibilità di acquisire legalmente detti mezzi. La discrezionalità delle guardie di frontiera è limitata dall'obbligo incombente agli Stati membri di notificare alla Commissione gli importi ritenuti idonei (art. 6, par. 4), che sono pertanto definiti da ciascuno Stato membro. Per quanto attiene alla valutazione della disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti, l'allegato I comprende un elenco non esauriente dei giustificativi che le guardie di frontiera possono chiedere ai cittadini di Paesi terzi. Le dichiarazioni di presa a carico, qualora siano previste dalle

aveva ritenuto che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento non imponessero la previsione di misure transitorie per i cittadini di Paesi terzi che fossero usciti dal territorio di uno Stato membro quand'erano in possesso soltanto di un permesso di soggiorno temporaneo e che desiderassero ritornarvi successivamente all'entrata in vigore del regolamento n. 562/2006.

78. Corte di giustizia, sentenza del 14 giugno 2012, *ANAFE*, cit., punto 68.

legislazioni nazionali, e, nel caso di cittadini di Paesi terzi che vengano ospitati, le lettere di garanzia/invito delle persone ospitanti, quali definite dalle legislazioni nazionali, possono altresì costituire una prova della disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti[79]. Data la diversa posizione del possessore di un permesso di soggiorno rilasciato da uno Stato membro, lo stesso Manuale indica ragionevolmente che tali requisiti non sono verificati nei confronti di tali persone, seppur aggiungendo la locuzione «di norma» e senza specificarne eventuali presupposti. Si deve ritenere che non potrà trattarsi che delle cause ostative menzionate all'art. 6, par. 5, lett. a)

Si discute se in presenza delle condizioni previste per l'ingresso, alcune peraltro invasive della sfera privata della persona, ed in assenza delle condizioni ostative di seguito menzionate, si possa ritenere sussistente un diritto soggettivo all'ingresso in capo ai cittadini di Paesi terzi. A differenza della CAS, al cui art. 5 si indicava che «l'ingresso nel territorio delle Parti contraenti *può*[80] essere concesso allo straniero», l'attuale art. 6 CFS si limita ad elencare le condizioni richieste («le condizioni d'ingresso per i cittadini di Paesi terzi sono le seguenti»). A favore di tale tesi viene indicata anche la possibilità, anch'essa non prevista dalla Convenzione, di ricorso avverso il rifiuto di ingresso[81].

Quanto alle condizioni ostative, la persona non deve essere segnalata nel SIS ai fini della non ammissione e non deve essere considerata una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non deve essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi. Nell'indeterminatezza di simili previsioni, che evidentemente già lasciano un margine di discrezionalità ampio alle autorità competenti, è recentemente intervenuta la Corte di giustizia, la quale ha chiarito che la nozione di «minaccia per l'ordine pubblico [o] la sicurezza pubblica», ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. e) CFS, ed applicabile ai cittadini di Paesi terzi, differisce rispetto alla ricordata nozione di cui alla dir. 2004/38/CE applicabile nei confronti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione. Viene posto in evidenza il tenore letterale dell'art. 6, par. 1, lett. e), che, a differenza, in particolare, dell'art. 27, par. 2, della dir. 2004/38, non richiede espressamente che il comportamento della persona interessata rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società affinché tale persona possa essere considerata una minaccia per l'ordine pubblico. Rilevano anche gli

79. *Manuale pratico per le guardie di frontiera*, cit., p. 31.

80. Corsivo aggiunto.

81. A. Epiney, A. Egbuna-Joss, *Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)*, in K Hailbronner, D. Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, München 2016, p. 52 ss.

obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione, esplicitati nelle premesse CFS (considerando 6), da cui emerge che il controllo di frontiera dovrebbe contribuire alla prevenzione di «qualunque minaccia» per l'ordine pubblico e che confermano una portata più ampia di tale nozione, cionondimeno da attuarsi nel rispetto del principio di proporzionalità, il quale costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e non consente di andare oltre quanto è necessario per tutelare l'ordine pubblico[82].

Con riferimento alla «minaccia per la salute pubblica», ai sensi dell'art. 2, punto 21, CFS, essa deve intendersi riferita a «qualunque malattia con potenziale epidemico ai sensi del regolamento sanitario internazionale dell'Organizzazione mondiale della sanità e altre malattie infettive o parassitarie contagiose che siano oggetto di disposizioni di protezione applicabili ai cittadini degli Stati membri». Tale previsione, unitamente all'art. 6, par. 1, è stata recentemente richiamata dalla Commissione nell'ambito dell'emergenza sanitaria imposta dalla diffusione pandemica del COVID-19. Facendo seguito a due decisioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), con cui il COVID-19 è stato rispettivamente dichiarato quale emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale (30 gennaio) e successivamente quale pandemia (11 marzo), con una comunicazione del 16 marzo 2020[83], la Commissione ha raccomandato l'adozione, da parte di tutti i Paesi Schengen e associati, di una decisione coordinata ai fini dell'applicazione di restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali verso la c.d. «zona UE+»[84], per un periodo iniziale di 30 giorni. La raccomandazione, attraverso una procedura irrituale e non contemplata nel CFS, è stata condivisa dal Consiglio europeo nel corso di una riunione il 17 marzo, ed ha comportato l'adozione, da parte di tutti gli Stati membri dell'UE (ad eccezione dell'Irlanda) e gli Stati associati Schengen, di decisioni nazionali per attuare la restrizione dei viaggi. Essa è stata seguita da una successiva iniziativa della Commissione, la quale nel valutare la fase iniziale della misura, ne ha suggerito la proroga fino al 15 maggio 2020[85]. I cittadini di tutti gli Stati membri dell'UE e degli Stati associati Schengen e i loro familiari, i cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo a norma della direttiva

82. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2019, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c. E.P.*, causa C-380/18, ECLI:EU:C:2019:1071.

83. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *COVID-19: Restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali nell'UE*, COM(2020) 115 def. del 16.3.2020. *Si vedano anche gli Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, del 16.3.2020, C(2020)1753 finale, in GUUE C 861 del 16.3.2020.

84. La «zona UE+» è stata riferita a tutti gli Stati membri dell'area Schengen (compresi Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania) e i quattro Stati associati, nonché l'Irlanda e il Regno Unito qualora questi ultimi decidano di allinearsi.

85. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, COM(2020) 148 finale dell'8.4.2020.

2003/109/CE[86], nonché le persone il cui diritto di soggiorno è derivato da altre direttive dell'UE o dal diritto nazionale o che sono in possesso di un visto per soggiorno di lunga durata, sono stati esentati dalle restrizioni, in quanto «gli Stati membri devono sempre consentire l'ingresso di queste categorie»[87]. Parimenti la Commissione ha ritenuto possa essere autorizzato l'ingresso (pertanto non in termini tassativi come nelle suddette ipotesi), tra l'altro, delle persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari, al fine di assicurare il rispetto del principio di non respingimento[88]. Si tratta in ogni caso di un provvedimento senza precedenti, che solleva numerose problematiche giuridiche, quanto all'oggetto (le restrizioni ai viaggi), i presupposti e le modalità attuative[89].

Anche per i cittadini di Paesi terzi, a seguito di una modifica apportata dal reg. (UE) n. 458/2017, il nuovo art. 8, co. 3, lett. h, ii b, prevede la possibilità che le verifiche nelle banche dati siano effettuate in anticipo sulla base dei dati dei passeggeri forniti dai vettori, conformemente alla direttiva 2004/82/CE, o ricevuti in base ad altra normativa dell'Unione o nazionale. Come per i beneficiari del diritto alla libera circolazione, i dati ricevuti anticipatamente sono verificati al valico di frontiera rispetto ai dati contenuti nel documento di viaggio.

Le norme specifiche di cui all'allegato VII si applicano alle verifiche relative alle categorie di persone elencate all'art. 20, tra i quali i minori, per i quali si prevedono ulteriori procedure, differenziate a seconda che il minore sia accompagnato o solo.

6. Il respingimento alle frontiere esterne

Il respingimento è specificamente affrontato all'art. 14 del CFS. Ai sensi del par. 1 di tale disposizione, sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d'ingresso previste dall'art. 6, par. 1, e non rientrino nelle categorie di persone di cui all'art. 6, par. 5. La norma si riferisce espressamente ai soli cittadini di Paesi terzi. Pertanto, essa non trova applicazione nei confronti dei cittadini dell'Unione, di Stati associati Schengen e dei loro familiari. Il respingimento alla frontiera

86. *Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in GUUE L 16 del 23.1.2004, p. 44.

87. *Comunicazione della Commissione COVID-19 Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti 2020/C*, in GUUE C 102I del 30.3.2020, p. 3.

88. Per un'analisi dettagliata delle iniziative attuate dalla Commissione europea si veda G. Caggiano, *Covid-19. Ripristino delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale: limiti della competenza dell'Unione e dei diritti delle persone nello stato di emergenza*, 2020, in aisdue.it.

89. D. Thym, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, (part I) e (part, II), 18 e 19 marzo 2020, in Eumigrationalwblog.eu, disponibile online.

esterna non è disposto, tra l'altro, neppure nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che siano in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorno di lunga durata rilasciato da un altro Stato dell'area Schengen (purché sussistano le condizioni di cui all'art. 6, par. 5, lett. a) *supra*).

In mancanza di indicazioni specifiche, e fermi restando i diversi richiami all'applicazione del codice che fanno salvi «i diritti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione», si deve ritenere che essi possano essere respinti, alla frontiera esterna di un Paese Schengen diverso dal proprio, soltanto per i motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sanità pubblica, di cui alla direttiva 2004/38/CE[90], da *valutarsi in casi singoli e per giustificati motivi*[91]. Pertanto, non solo per i cittadini UE, ma neppure nei confronti dei cittadini di Paesi terzi coniugi di un cittadino dell'Unione che ha esercitato il diritto alla libera circolazione, una segnalazione nel SIS potrebbe essere considerata di per sé un motivo sufficiente per disporre il respingimento in via automatica, occorrendo la previa verifica che la presenza di tale persona costituisca una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività[92]. Parimenti, trova applicazione la previsione, di cui all'art. 5, par. 4, dir. 2004/38/CE, secondo cui qualora il cittadino dell'Unione o il suo familiare non avente la cittadinanza di uno Stato membro sia sprovvisto dei documenti di viaggio o, eventualmente, dei visti necessari, lo Stato membro interessato concede, prima di procedere al respingimento, ogni possibile agevolazione affinché possa ottenere o far pervenire entro un periodo di tempo ragionevole i documenti necessari, oppure possa dimostrare o attestare con altri mezzi la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione.

Quanto alla portata applicativa dell'art. 14, tale disposizione è collocata nel titolo II, rubricato «frontiere esterne». Le previsioni contemplate, e le garanzie ivi previste, appaiono trovare, quindi, applicazione esclusivamente nei confronti dei cittadini di Paesi terzi ai quali sia stato rifiutato l'ingresso alla frontiera esterna (e non alla frontiera interna), in quanto non soddisfano tutti i requisiti d'ingresso di cui all'art. 6, par. 1, CFS e non rientrano nelle categorie di persone di cui all'art. 6, par. 5, del medesimo regolamento. Una conferma di

90. Art. 27, par. 1, dir. 2004/38/CE.

91. Ai sensi dell'art. 27, par. 2, dir. 2004/38/CE, «i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati». Cfr. anche la sentenza della Corte (Prima Sezione) del 3 luglio 1980, *Regina contro Stanislaus Pieck*, Causa 157/79, ECLI: ECLI:EU:C:1980:179.

92. Corte di giustizia, sentenza della Corte 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, ECLI:EU:C:2004:262; sentenza della Corte (grande sezione) del 31 gennaio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, Causa C-503/03, ECLI: ECLI:EU:C:2006:74. Si vedano B. Nascimbene, *Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla "segnalazione Schengen"*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 360 ss.; C. Amalfitano, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello "spazio Schengen". Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 489 ss.

tale interpretazione si evince dall'art. 32 CFS, norma che come si è detto espressamente sancisce l'applicabilità delle disposizioni del titolo II ai controlli effettuati alle frontiere interne nel caso di ripristino, nonché dalla definizione contenuta all'art. 2, lett. q), del reg. (CE) n. 862/2007[93].

Le guardie di frontiera vigilano affinché un cittadino di Paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento non entri nel territorio dello Stato membro interessato (art. 14, par. 4).

La norma, che per i cittadini di Paesi terzi prevede che il respingimento sia disposto in assenza dei requisiti prescritti per l'ingresso e nell'insussistenza di eccezioni espressamente contemplate, appare formulata in termini automatici. D'altro canto, le ragioni che consentono il respingimento sono state ritenute dalla Corte di giustizia esaustive, escludendo la sussistenza di un margine discrezionale in capo agli Stati membri che consenta di respingere dal proprio territorio un cittadino di un Paese terzo in applicazione di una condizione non prevista dal codice frontiere Schengen[94]. Viene, in ogni caso, espressamente puntualizzato che l'applicazione delle norme in materia di respingimento non possa pregiudicare l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata (art. 14 par. 1).

Ai sensi dell'art. 14, par. 2, il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise, adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale. Sul punto si rileva che la recente riforma della guardia costiera e di frontiera europea[95], ha esteso detto potere anche al personale statutario dell'Agenzia impiegato nelle squadre del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea per i quali sono necessari poteri esecutivi (art. 55, par. 7, lett. c). I poteri in materia di controllo delle frontiere esterne spettanti al personale statutario dell'Agenzia includono, tra l'altro, la verifica dell'identità e della cittadinanza delle persone, compresa la consultazione delle pertinenti banche dati nazionali e dell'UE, l'autorizzazione dell'ingresso

93. *Regolamento (CE) n. 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale e che abroga il regolamento (CEE) n. 311/76 del Consiglio relativo all'elaborazione di statistiche riguardanti i lavoratori stranieri*, in GUUE L 199 del 31.7.2007, p. 23 ss.

94. Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, *Air Baltic Corporation SA c. Valsts*, causa C-575/12, ECLI:EU:C:2014:2155, punto 69.

95. *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*, in GUUE L 295 del 14.11.2019, p. 1 ss. In merito alla nuova struttura e al mandato della guardia di frontiera e costiera europea alla luce del reg. (UE) n. 1806/2019 si veda D. Vitiello, E. De Capitani, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, 6.12.2019, disponibile su: http://www.sidiblog.org/2019/12/06/il-regolamento-ue-20191896-relativo-alla-riforma-di-frontex-e-della-guardia-di-frontiera-e-costiera-europea-da-fire-brigade-ad-amministrazione-europea-integrata/.

in esito alla verifica effettuata ai valichi di frontiera (qualora siano soddisfatte le condizioni stabilite all'art. 6 del CFS), la sorveglianza di frontiera, compreso il pattugliamento tra valichi di frontiera, allo scopo di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera, di lottare contro la criminalità transfrontaliera e di adottare misure contro le persone entrate illegalmente, ivi compresi l'intercettazione o il fermo. Ed in effetti, ai sensi dell'art. 82, par. 1, reg. (UE) n. 1896/2019, le squadre, composte del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea, posseggono le capacità per svolgere tutti i compiti ed esercitare tutte le competenze relativi ai controlli di frontiera e ai rimpatri, nonché quelle necessarie per conseguire gli obiettivi del CFS e della direttiva 2008/115/CE. Tali previsioni, che richiederebbero una correlativa modifica al CFS, hanno suscitato perplessità[96]: fermo restando che gli «Stati membri mantengono la responsabilità primaria nella gestione delle proprie frontiere esterne, nel loro interesse e nell'interesse di tutti gli Stati membri, e sono responsabili dell'emissione delle decisioni di rimpatrio»[97] e all'Agenzia spetta un compito di sostegno all'applicazione delle misure dell'Unione relative alla gestione delle frontiere esterne e ai rimpatri rafforzando, valutando e coordinando le azioni degli Stati membri che attuano tali misure, esse mettono cionondimeno in luce un progressivo trasferimento delle funzioni di controllo dagli Stati membri all'Agenzia dell'Unione.

Il provvedimento motivato, che le autorità nazionali sono tenute ad emettere, e le modalità di respingimento sono definiti nell'allegato V al CFS, che alla lettera B contiene un modello uniforme. Il rispetto dell'obbligo di motivazione circa i motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza sui quali si basa la decisione di respingimento, deve essere assicurato in maniera assolutamente precisa e puntuale nei confronti dei beneficiari della libera circolazione, in ragione dei più rigorosi presupposti per l'adozione.

La competente guardia di frontiera completa, pertanto, il modello uniforme di respingimento, specificando la motivazione del provvedimento. Il modello è consegnato al cittadino del Paese terzo, che lo firma e riceve un esemplare del modello firmato. Nel caso in cui il cittadino del Paese terzo rifiuti di firmare, la guardia di frontiera segnala tale rifiuto nella rubrica «commenti» del modello. Ogni respingimento è annotato su un registro o in un elenco con indicazione dell'identità e della cittadinanza del cittadino del Paese terzo interessato, degli estremi del documento che gli consente di attraversare la frontiera, nonché del motivo e della data del respingimento. I dati personali sul respingimento di cittadini di Paesi terzi, ai quali sia stato rifiutato l'ingresso per un soggiorno di breve durata, e l'autorità

96. *ECRE comments on the Commission proposal for a regulation on the European border and coast guard* (COM(2018) 631 final), novembre 2018, disponibile su: https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/11/ECRE-Comments-EBCG-proposal.pdf.

97. Considerando 12, reg. (UE) n. 1896/2019.

dello Stato membro che ha rifiutato l'ingresso e la relativa motivazione confluiranno anche nel nuovo sistema di Ingressi/Uscite (EES)[98].

La misura del respingimento è d'applicazione immediata. Innovando rispetto alla CAS, che nulla prevedeva in proposito, e su sollecitazione del Parlamento europeo, il reg. CE n. 562/2006 introdusse delle garanzie giurisdizionali avverso il provvedimento di respingimento[99]. Le persone respinte hanno pertanto il diritto di presentare ricorso, secondo modalità disciplinate conformemente alla legislazione nazionale. Ad esse sono, altresì, consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire a norma della legislazione nazionale. L'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento (art. 14, par. 3) e, pertanto, i cittadini di Paesi terzi non possono entrare o rimanere nel territorio degli Stati Schengen di cui intendono attraversare le frontiere esterne. La Corte ha esaminato la possibilità di esercitare il diritto di ricorso rispetto alle modalità con cui sono effettuati i controlli nel caso *Zakaria*[100], avendo nel procedimento principale il ricorrente lamentato che il controllo era stato effettuato in modo irriguardoso, provocatorio e offensivo per la dignità umana. Pur rammentando che le guardie di frontiera che esercitano le loro funzioni, ai sensi dell'art. 7 del CFS, sono tenute, in particolare, a rispettare pienamente la dignità umana, tutelata peraltro dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come bene inviolabile[101], la Corte ha ritenuto sia compito degli Stati membri prevedere nel loro ordinamento interno i mezzi di ricorso adeguati per assicurare, nel rispetto dell'art. 47 della Carta, la protezione delle persone che fanno valere i diritti loro attribuiti da detto articolo e pertanto l'art. 14, par. 3, CFS impone agli Stati

98. *Regolamento (UE) 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 e che modifica la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) n. 767/2008 e (UE) n. 1077/2011*, in GUUE L 327 del 9.12.2017, p. 20. In merito alle problematiche afferenti alla tutela dei diritti fondamentali, incluso il diritto alla riservatezza e il divieto di discriminazioni, associati al proliferare dei sistemi di informazione finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare si vedano G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in questa *Rivista*, n. 1.2020 e E. Brouwer, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non- Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, 2020, p. 71 ss.

99. E.R. Brouwer, *Effective Remedies for Third Country Nationals in EU law: Justice Accessible to All?*, in E. Guild, P. Minderhoud (Eds.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law,* Boston/Leiden, 2001, p. 377 ss.

100. Corte di giustizia, sentenza della Corte del 17 gennaio 2013, *Zakaria*, causa C-23/12. In proposito si veda S. Rossi, *Codice Schengen e ingresso nella Ue: le vie di ricorso non sono infinite*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 626 ss. Si noti che il *Manuale pratico per le guardie di frontiera* le invita a non interrogare il viaggiatore come se fosse un potenziale criminale o un migrante irregolare e a porre ogni domanda con equilibrio e cortesia, non considerando le domande del viaggiatore importune e rispondendo in maniera precisa e gentile (p. 18).

101. Si veda in proposito A. Di Stasi, *Human Dignity as a Normative Concept. "Dialogue" Between European Courts (ECtHR and CJEU)*?, in P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds) *Judicial Power in a Globalized World*, 2019, p. 115 ss.

membri di predisporre un mezzo di ricorso soltanto contro le decisioni di diniego di ingresso nel loro territorio. Anche se la portata dell'art. 14 CFS ne risulta circoscritta, le affermazioni della Corte offrono spunti interessanti in virtù del richiamo all'art. 47 della Carta in relazione all'azionabilità dei diritti derivanti dall'art. 7 CFS. La disposizione della Carta richiamata sancisce, infatti, il «diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» e, in proposito, le spiegazioni allegate alla Carta, puntualizzano che, nel diritto dell'Unione, la tutela è più estesa di quella sancita all'art. 13 CEDU (che afferma il diritto ad un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale), in quanto garantisce il diritto ad un ricorso dinanzi a un giudice. Se ne dovrebbe dedurre l'obbligo per gli Stati di assicurare una tutela giurisdizionale, e non in via amministrativa, in caso di asserite violazioni di tale norma[102].

Qualora vi siano motivi che giustificano il respingimento e l'arresto di un cittadino di un Paese terzo, la guardia di frontiera contatta le autorità competenti per decidere la condotta da tenere ai sensi del diritto nazionale.

Conformemente all'articolo 26 della CAS e all'allegato V CFS, il vettore che ha condotto il cittadino di Paese terzo alla frontiera esterna per via aerea, marittima o terrestre è tenuto a prenderlo immediatamente a proprio carico e sarà soggetto alle sanzioni stabilite dalla direttiva 2001/51/CE[103]. Incombe, infatti, in capo al vettore l'obbligo di adottare ogni misura necessaria per accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima sia in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nei territori delle Parti contraenti. A richiesta delle autorità di sorveglianza della frontiera, il vettore deve pertanto ricondurre lo straniero nel Paese terzo dal quale è stato trasportato, nel paese terzo che ha rilasciato il documento di viaggio in suo possesso durante il viaggio o in qualsiasi altro Paese terzo in cui sia garantita la sua ammissione. Fino al momento della riconduzione, le autorità di frontiera adottano le misure necessarie, nel rispetto del diritto nazionale e tenendo conto delle circostanze locali, allo scopo di impedire l'ingresso dei cittadini di Paesi terzi respinti (art. 14, par. 4).

7. Gli obblighi di rispetto dei diritti fondamentali

Il CFS contiene diversi richiami agli obblighi di tutela dei diritti fondamentali e in materia di protezione internazionale. Anzitutto nelle premesse si puntualizza che il regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, in particolare,

102. Si vedano in proposito anche le considerazioni espresse da J.J. Rijpma, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, in *European Papers*, Vol. 2, 2017, No 2, p. 571 ss.

103. *Direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985*, in GUCE L 187 del 10.7.2001, p. 45.

dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dovrebbe essere attuato nel rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale e di non respingimento[104]. A tali profili sono consacrate due norme di apertura (artt. 3 e 4). Ai sensi dell'art. 3, che ne definisce il «campo di applicazione», il CFS deve applicarsi senza pregiudizio non solo dei già ricordati diritti dei beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto unionale, ma anche «dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento». Il successivo art. 4, intitolato «diritti fondamentali», puntualizza che «gli Stati membri sono tenuti ad agire nel pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e del pertinente diritto internazionale, compresa la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement*, e dei diritti fondamentali. Conformemente ai principi generali del diritto UE, le decisioni adottate ai sensi del presente regolamento devono essere emesse su base individuale».

Diverse disposizioni sono, poi, dettate in relazione a specifici aspetti del controllo delle frontiere. Ai sensi dell'art. 7 CFS, norma di apertura del capo II, che definisce le modalità di controllo delle frontiere esterne e il respingimento, le guardie di frontiera sono tenute ad esercitare le loro funzioni nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili, e tutte le misure adottate devono essere proporzionate agli obiettivi perseguiti con tali misure. Nell'effettuare le verifiche, le guardie di frontiera non esercitano verso le persone discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

In caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti è prevista l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Sono tuttavia, fatte salve le eccezioni espressamente consentite dal CFS e gli obblighi in materia di protezione internazionale (art. 5, par. 3). In aggiunta, ai sensi dell'art. 6, par. 5, lett. c), i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni per l'ingresso possono essere autorizzati ad entrare da uno Stato membro nel proprio territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di Paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione, lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri. La Corte di giustizia ha posto in luce che: «l'art. 5, par. 4, lettera c), del codice frontiere Schengen precisa, diversamente dall'art. 5, par. 4, lettera b), di tale codice, che una simile autorizzazione è valida solo per il territorio dello

104. Considerando 36.

Stato membro interessato, e non per il territorio "degli Stati membri" nel loro complesso»[105]. Come si è accennato, anche l'art. 14, par. 1, prevede che il respingimento, ove non sussistano le condizioni per l'ingresso, debba essere attuato nel rispetto «delle disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale». Senza, però, specificare a quali disposizioni particolari occorra riferirsi e rendendola, pertanto, quasi una clausola di stile.

Al fine di assicurare l'effettiva attuazione di tali previsioni, gli Stati membri provvedono alla formazione del personale sulle norme in materia di controllo di frontiera e sui diritti fondamentali (art. 17, par. 4).

Ma al di là dei richiami al rispetto dei diritti fondamentali, opportunamente declinati all'interno di specifiche disposizioni del CFS, occorre rammentare che i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali costituiscono il parametro fondamentale, a cui le autorità nazionali devono senz'altro attenersi nel dare attuazione alla legislazione dell'UE. Nell'ambito dell'Unione europea, in particolare l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali definisce i limiti all'allontanamento dello straniero, fondandosi sulla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU. Il par. 2 è strettamente collegato all'art. 4 Carta («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), che riproduce letteralmente l'art. 3 CEDU. La previsione di un'ulteriore, apposita norma, che codifica e puntualizza l'applicabilità di tale divieto anche all'allontanamento, è stata ritenuta come una chiara presa di posizione dell'Unione europea in merito all'esistenza di un obbligo in tal senso[106]. Tanto gli artt. 4 e 19, par. 2, Carta, così come l'art. 3 CEDU, sono formulati in termini assoluti, non ammettendo né deroghe, né giustificazioni. Come a più riprese precisato dalla Corte EDU, l'art. 3 CEDU sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche, non prevede limitazioni e non subisce alcuna deroga, anche in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione[107]. In termini simili si è espressa anche la Corte di giustizia, la quale riferendosi all'art. 4 della Carta, ha rammentato che tale proibizione ha carattere assoluto in quanto è strettamente connessa al rispetto della dignità umana, di cui all'art. 1 della stessa Carta[108].

105. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*, ECLI:EU:C:2017:586, par 80.

106. E. Guild, Art. 19 – *Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition*, in S. Peers (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary,* Oxford, 2014, p. 543 ss e specialmente p. 545. In merito al principio di non respingimento nell'Unione europea si veda A. Lang, *Il divieto di refoulement tra CEDU e CDFUE dell'Unione europe*a, in (a cura di), S. Amadeo, Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 209 ss.

107. Si vedano ad es. Corte EDU, *Labita c Italia*, sent. 6 aprile 2000 [GC], ric. n. 26772/95, § 119, e *Ramirez Sanchez c. Francia,* sent. 27 gennaio 2005 [GC], ric. n. 59450/00, § 115.

108. Corte di giustizia, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, punto 85.

Pur volte ad assicurare il rispetto degli obblighi di protezione, le numerose previsioni disseminate in varie parti del CFS suscitano cionondimeno perplessità per l'indeterminatezza della loro formulazione. Anzitutto, non si rinvengono nelle definizioni del CFS (art. 2), riferimenti ai rifugiati, né a coloro che richiedono protezione, o ai motivi umanitari o agli obblighi internazionali che giustificano una deroga alle condizioni di ingresso stabilite all'art. 6, par. 1. A differenza di quanto avviene per i beneficiari del diritto alla libera circolazione, ai cui diritti parimenti non deve arrecarsi pregiudizio, che sono invece definiti all'art. 2 e per i quali sono espressamente richiamate le disposizioni contenute nella direttiva 2004/38, quale limite per lo svolgimento dei controlli di frontiera (art. 8 CFS). Nessuna specificazione è introdotta, invece, in merito alle «disposizioni particolari» applicabili in materia di asilo. In proposito si rileva che nelle premesse della CAS erano contenute le definizioni di «domanda di asilo», «richiedente asilo» e «esame di una domanda di asilo», che non sono state riprese dalla Commissione nella proposta istitutiva del reg. (CE) n. 562/2006[109]. Seppure la CAS preceda l'elaborazione del sistema comune europeo di asilo, che ricevette un primo assetto tra il 2001 e il 2005, e pertanto non sussistessero definizioni comuni cui far riferimento, sarebbe stato opportuno un rinvio ed un coordinamento con i pertinenti strumenti del sistema, analogamente a quanto è stato operato per i beneficiari della libera circolazione.

La mancanza di puntuali riferimenti e rinvii genera, infatti, incertezze e conseguentemente amplia la discrezionalità statale. Tali aspetti assumono tanto più rilievo dal momento che, come si è visto, alla luce della recente riforma della guardia costiera e di frontiera europea i controlli delle frontiere, inclusa l'adozione dei provvedimenti di respingimento, potranno essere disposti dal personale statutario dell'Agenzia, i cui meccanismi di controllo sui diritti fondamentali continuano a non essere sufficientemente strutturati[110].

---

109. Nel Manuale comune rivolto alle guardie di frontiera del 2002 (GUCE C L 313 del 16.12.2002, p. 97 ss.), «rifugianti ed apolidi» «stranieri che fanno domanda di asilo alla frontiera» rientravano tra le categorie per cui erano dettate specifiche disposizioni. Con riferimento a questi ultimi, in particolare, si specificava che «Se uno straniero fa domanda d'asilo alla frontiera, le autorizzazioni d'ingresso e di soggiorno sono disciplinate – fino alla determinazione della competenza per l'esame della domanda di asilo – dalla legislazione nazionale della parte contraente interessata» (cfr. punto 6.10). Tale previsione è apparsa evidentemente superata dalla successiva adozione dei diversi strumenti che compongono il sistema comune europeo di asilo, ora richiamati genericamente nel Manuale pratico in vigore.

110. Si vedano i rilievi critici di C. Hruschka, *Frontex and the Duty to Respect and Protect Human Rights*, verfassungsblog on matters constitutional, del 7.2.2020, disponibile su: in https://verfassungsblog.de/, il quale sottolinea che nel 2019, i rapporti del Funzionario per i diritti fondamentali (https://www.br.de/fernsehen/das-erste/sendungen/report-muenchen/report-frontex-document-104.html) e del Forum consultivo (https://frontex.europa.eu/assets/Partners/Consultative_Forum_files/Frontex_Consultative_Forum_annual_report_2018.pdf) evidenziavano ancora che i meccanismi volti a salvaguardare i diritti umani, compreso il meccanismo di denuncia e l'inserimento di una componente di diritti fondamentali nei moduli di formazione, non sono stati sufficientemente efficaci per garantire il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le operazioni di *Frontex*. Nonostante il rafforzamento dei profili

8. Gli obblighi in materia di protezione internazionale. Il mancato coordinamento con il sistema comune europeo di asilo

Nonostante i numerosi richiami agli obblighi in materia di protezione internazionale, che impongono, pertanto, alle autorità di frontiera di riferirsi alle norme pertinenti di diritto internazionale, ed in particolare alla Convenzione di Ginevra del 1951 e al principio di non respingimento, ponendo adeguati riguardi nei confronti delle persone vulnerabili, tali previsioni appaiono non solo formulate in modo generico, ma neppure sono specificate le modalità procedurali a cui le guardie di frontiera dovrebbero attenersi per assicurarne il rispetto.

Per quanto attiene alla categoria delle persone vulnerabili, un solo riferimento esemplificativo si rinviene all'art. 16 CFS, ove si afferma l'obbligo per gli Stati di assicurare che le guardie di frontiera siano professionisti qualificati e debitamente formati, specificando che i programmi comprendono una formazione specializzata ai fini dell'individuazione e della gestione di situazioni che coinvolgono «persone vulnerabili quali minori non accompagnati e vittime della tratta di esseri umani». In proposito, l'art. 21 della direttiva (UE) 2013/33 sulle condizioni di accoglienza[111] contiene un elenco delle persone rientranti in tale categoria ben più ampio. Come si coordinano pertanto le due nozioni? Il richiamo dei soggetti vulnerabili di cui al CFS deve intendersi riferito implicitamente a tutte quelle categorie o deve ritenersi più circoscritto?

La c.d. direttiva qualifiche[112], nel definire le condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale, non detta alcuna disposizione riferita all'ingresso nel territorio dell'Unione europea. L'art. 6, par. 1, CFS individua le condizioni di ingresso alle frontiere esterne genericamente per i cittadini di Paesi terzi e la deroga contenuta al par. 5 lett. c) riguarda solo i motivi umanitari[113], potendo pertanto essere inteso che dette condizioni (inclusi, ad esempio, il possesso di un visto valido o di mezzi di sussistenza sufficienti, sia

attinenti al rispetto dei diritti fondamentali apportato dal reg. (UE) n. 1896/2019, i meccanismi introdotti appaiono ancora insufficienti. In precedenza A. Liguori, N. Ricciuti, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 2012, p. 539 ss.; A. Spagnolo, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2014, p. 32 ss.; F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 523 ss.

111. *Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 96 ss.

112. *Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE L 337 del 20.12.2011, p. 9 ss.

113. Si veda S. Law, *Humanitarian Admission and the Charter of Fundamental Rights*, in M. C. Foblets, L. Leboeuf (Ed.), *Humanitarian Admission to Europe*, Baden-Baden, 2020, p. 77 ss.

per la durata prevista del soggiorno, sia per il ritorno nel Paese di origine) si applichino anche ai richiedenti protezione internazionale e ai rifugiati[114], dei quali evidentemente essi in gran parte non sono in grado di dare prova. Del resto, il Manuale pratico, nell'indicare al punto 3.2 che ad alcune categorie di cittadini di Paesi terzi si applicano regole speciali per lo svolgimento delle verifiche alla frontiera, puntualizza che al contrario «per gli apolidi e i rifugiati le verifiche si svolgono come per i cittadini di Paesi terzi in generale».

In assenza di apposito collegamento tra i diversi strumenti applicabili con riferimento all'attraversamento delle frontiere esterne, occorre tenere conto delle previsioni dettate dalla c.d. direttiva procedure[115], che trova un'esplicita applicazione alle frontiere (art. 3, par. 1). I cittadini di Paesi terzi o gli apolidi, che desiderino presentare una domanda di protezione internazionale alla frontiera, devono avere accesso alle informazioni sulla possibilità di farlo (art. 8, par. 1). Ai valichi di frontiera gli Stati membri devono, pertanto, garantire servizi di interpretazione nella misura necessaria per agevolare l'accesso alla procedura di asilo, nonché che le autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale, incluse le guardie di frontiera, ricevano, oltre al livello di formazione necessario per riconoscere i richiedenti, le istruzioni per informarli riguardo alle modalità e alle sedi presso le quali inoltrare una domanda di protezione internazionale (art. 6, par. 1). Gli Stati membri sono, inoltre, tenuti a garantire che le organizzazioni e le persone che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti (incluso l'UNHCR) abbiano effettivo accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito, alle frontiere esterne (artt. 8, par 2 e 29).

Seppure un diritto d'ingresso per presentare la domanda di protezione internazionale non si possa ricavare né dalle disposizioni del codice frontiere Schengen, né da quelle della direttiva sulle procedure d'asilo, l'applicazione dei numerosi richiami al principio di non respingimento contenuti nel CFS esclude l'automatico rinvio dei cittadini di Paesi terzi che si presentino ai valichi di frontiera, in assenza dei requisiti prescritti per l'ingresso, qualora venga manifestata l'intenzione di presentare una domanda di protezione internazionale, imponendo in tal caso alle guardie di frontiera di fornire adeguate informazioni e

114. V. Moreno-Lax, *The Added Value of EU Legislation on Humanitarian Visas–Legal Aspects*, in *Humanitarian Visas, European Added Value Assessment accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report* (Rapporteur: Juan Fernando Lopez Aguilar), European Parliamentary Research Service, Bruxelles, luglio 2018, p. 21 ss., disponibile su: http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150782/eprs-study-humanitarian-visas.pdf.

115. *Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 60 ss.

consentendo la presentazione della domanda[116], da cui discende, ai sensi dell'art. 9 dir. 2013/32/UE, il diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame. Utili indicazioni, che confermano tale lettura, si rinvengono nel *Manuale pratico per le guardie di frontiera* ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera delle persone, che tuttavia fornisce solo delle linee guida e non ha carattere vincolante. Di particolare rilievo è l'affermazione che «la guardia di frontiera non può decidere di respingere un richiedente prima di aver consultato le competenti autorità nazionali responsabili per l'esame delle domande di protezione internazionale»[117]. Le stesse autorità nazionali competenti per l'esame delle domande di protezione internazionale devono essere informate dell'avvenuta presentazione della domanda.

Ma il presupposto è appunto la manifestazione di una volontà ben precisa, da parte dei cittadini di Paesi terzi, di presentare la domanda. In assenza, vi sono solo generici riferimenti alla necessità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, incluso il divieto di respingimento, che postula anche solo l'espressione del rischio da parte dello straniero. Nel ritenere sufficiente l'espressione in qualsiasi modo del timore di subire un grave danno in caso di ritorno nel Paese di origine o di provenienza[118], l'indicazione contenuta nel Manuale appare formulata in termini persino più ampi di quanto previsto all'art. 8, co. 1, della direttiva 2013/32/UE che prevede che «*qualora vi siano indicazioni che cittadini di Paesi terzi o apolidi tenuti in Centri di trattenimento o presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito alle frontiere esterne, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, gli Stati membri forniscono loro informazioni sulla possibilità di farlo*». Utile sarebbe stato allora riprodurre quell'istruzione nel CFS.

116. A. Epiney, A. Egbuna-Joss, *Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)*, cit.

117. Manuale, punto 12.3. In proposito anche la *Guida pratica: l'accesso alla procedura di asilo*, predisposta da EASO e disponibile su https://easo.europa.eu/sites/default/files/Practical%20Tools-%20Access%20To%20Procedures-Practical-Guide-IT.pdf.pdf, fornisce alle guardie di frontiera le seguenti istruzioni: «Siate consapevoli che il vostro compito è di identificare quanti desiderano richiedere protezione internazionale, fornire loro le informazioni e rinviarli alle autorità competenti. Non è possibile negare a nessuno l'accesso alla procedura di asilo. Un rapido ed efficiente rinvio alle autorità competenti è fondamentale per assicurare che il diritto all'asilo sia garantito all'atto pratico. Non è vostra responsabilità valutare se la persona che avete davanti abbia necessità connesse alla protezione e se le/gli possa essere garantita la protezione internazionale».

118. «Il cittadino di un Paese terzo deve essere considerato un richiedente asilo/protezione internazionale se esprime in un qualsiasi modo il timore di subire un grave danno facendo ritorno al proprio Paese di origine o nel Paese in cui aveva precedentemente la dimora abituale. L'intenzione di chiedere protezione non deve essere manifestata in una forma particolare. Non occorre che la parola «asilo» sia pronunciata espressamente; l'elemento determinante è l'espressione del timore di quanto potrebbe accadere in caso di ritorno. In caso di incertezza sul fatto che una determinata dichiarazione possa essere intesa come l'intenzione di chiedere asilo o un'altra forma di protezione internazionale, le guardie di frontiera devono consultare le autorità nazionali a cui spetta esaminare le domande di protezione internazionale», p. 79.

Nessuna indicazione specifica si rinviene in merito alla procedura applicabile nel caso in cui la persona dichiari, all'arrivo alla frontiera esterna, la propria intenzione di richiedere protezione internazionale e non sussistano i requisiti di cui all'art. 6, par. 1, che ne legittimano l'ingresso. Non può essere effettuato generale riferimento alla procedura di esame delle domande di protezione internazionale direttamente alla frontiera, di cui all'art. 43 direttiva (UE) n. 32/2013. In virtù di tale disposizione, gli Stati membri sono, infatti, autorizzati ad adottare disposizioni speciali applicabili alle procedure di frontiera, conformemente ai principi e alle garanzie di cui al capo II della stessa. Da un lato, occorre considerare che le ragioni che, in buona sostanza, possono portare all'applicazione di una procedura di frontiera, per l'esame nel merito (art. 31, par. 8, dir. 2013/32) presuppongono la probabile infondatezza della domanda ovvero un comportamento fraudolento del richiedente, tanto da giustificare anche il ricorso a una procedura accelerata. Inoltre, essendo una facoltà ammessa dalla vigente direttiva sulle procedure d'asilo rifusa, la prassi degli Stati membri per quanto riguarda le procedure di frontiera è molto divergente e la maggior parte degli Stati membri ha cominciato ad applicarle solo di recente[119]. La mancanza di previsioni specifiche nelle norme UE, in merito alle procedure da seguire ove l'intenzione di presentare la domanda di protezione internazionale sia manifestata alla frontiera, genera incertezze anche con riferimento alla normativa italiana, ed in particolare a seguito della recente istituzione delle zone di transito e di frontiera[120].

Si richiamano, inoltre, gli artt. 1 e 3 del reg. (UE) n. 604/2013[121], dai quali «deriva che il medesimo impone agli Stati membri di esaminare qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata nel territorio di uno Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito»[122]. Stato membro, competente per la valutazione della richiesta, che

119. ECRE, *Border procedures: not a panacea, ECRE's assessment of proposals for increasing or mandatory use of border procedures*, Policy Note #21, 2019, disponibile su: https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-Note-21.pdf.

120. Per quanto attiene alla normativa italiana, l'art. 28-*bis*, co. 1-*quater*, del d.lgs. 25/2008, che dà attuazione alla dir. (UE) 32/2013, demanda l'identificazione delle zone di frontiera o di transito ad un decreto del Ministero dell'interno. A tal fine è stato adottato il decreto 5 agosto 2019 (G.U. Serie Generale n. 210 del 7.9.2019). Con riferimento alla normativa italiana, che prevede l'adozione di procedure di frontiera, sono state segnalate le criticità di una disciplina formulata in termini imprecisi, tale da far sorgere il rischio che essa diventi di generale applicazione nei confronti di coloro che siano stati rintracciati fuori dai valichi di frontiera e siano stati ammessi nel territorio nazionale per esigenze di pubblico soccorso. Su questi aspetti si rinvia a R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, specialmente p. 75. Si veda anche *Le zone di transito e di frontiera, Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 2*, in asgi.it.

121. *Regolamento (UE) m. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione*), in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 31 ss.

122. Corte di giustizia, sentenza del 7 marzo 2017, *X e X contro Belgio*, Causa C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

dovrebbe essere individuato secondo i criteri stabiliti dallo stesso regolamento (UE) n. 604/2013. Ma è evidente che un puntuale coordinamento tra il CFS e i diversi strumenti che compongono il sistema comune europeo di asilo appare quanto mai opportuno, e la sua mancanza un'importante lacuna, ai fini di un'attuazione coerente degli obblighi in materia di protezione internazionale, in modo da ridurre la discrezionalità e le difformità tra frontiere, assicurando la certezza del diritto, che pure rappresenta uno dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea. In ultima analisi, una rappresentazione emblematica delle contraddizioni e delle ambiguità intrinseche alla politica di asilo dell'Unione europea[123].

9. L'attraversamento irregolare della frontiera ed il respingimento nell'ambito della direttiva 2008/115/CE

Il tema del respingimento alla frontiera solleva profili anche in relazione all'applicazione della direttiva 115/2008/CE, c.d. direttiva rimpatri. Ai sensi dell'art. 13, par. 1, CFS, chi ha attraversato illegalmente una frontiera e non ha il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è fermato ed è sottoposto a procedure che rispettano la direttiva 115/2008. Tuttavia, sulla base dell'art. 2, par. 2, della stessa direttiva 115/2008, gli Stati membri possono decidere di non applicarla ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'art. 14 (già 13) CFS ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro[124]. Lo Stato italiano si è avvalso di tale facoltà al momento del recepimento della direttiva con il d.l. n. 89/2011, convertito nella legge n. 121/2011.

Tale previsione, così formulata nel corso dei negoziati[125], a seguito di un compromesso tra il Consiglio e il Parlamento, è contemperata all'art. 4, par. 4, da una serie di diritti e garanzie minime che devono essere applicati anche nei confronti degli stranieri esclusi dal campo di applicazione della direttiva in virtù dell'art. 2, par. 2, lett. a). In particolare, gli Stati assicurano il rispetto del principio di non respingimento e un livello di protezione non meno favorevole di quello previsto da alcune disposizioni specifiche della direttiva. Più in

123. In merito alle incongruenze e alle lacune nel coordinamento tra i vari strumenti si veda V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017 ed in particolare il capitolo *The Schengen Borders Code: Securitised Admission Criteria as the Centrepiece of "Integrated Border Management" - Instilling Ambiguity*.

124. Tale possibilità di esclusione, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), può applicarsi anche a coloro che sono soggetti al rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, secondo il diritto nazionale, o che sono oggetto di procedure di estradizione.

125. La Proposta della Commissione, COM(2005) 391 def. dell'1.9.2005, prevedeva che gli Stati membri potessero decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi cui sia stato rifiutato l'ingresso in una zona di transito di uno Stato membro (cfr. art. 2, par. 2).

dettaglio, gli Stati membri provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'art. 8, par. 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'art. 9, par. 2, lett. a) (rinvio dell'allontanamento), all'art. 14, par. 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento), oltre appunto al principio di non respingimento. Trovano, in ogni caso applicazione, tutte le garanzie previste dagli strumenti che compongono il sistema comune europeo di asilo, tra i quali in particolare gli obblighi di informazione ed assistenza nei confronti dei potenziali richiedenti protezione internazionale giunti alle frontiere esterne.

Tale eccezione, che nell'ordinamento italiano concorre alle criticità, anche costituzionali, già rilevate con riferimento agli istituti del respingimento differito e del respingimento alla frontiera[126], non interamente sopite neanche a seguito dell'intervento legislativo successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 275/2017[127], non è esente da rilievi neanche rispetto al diritto UE.

La formulazione dell'art. 2, par. 2, lett. a) era, infatti, apparsa tutt'altro che chiara, generando numerose incertezze interpretative. In particolare, il riferimento «ai cittadini di Paesi terzi che vengono intercettati o fermati al momento dell'attraversamento irregolare della frontiera, o subito dopo» poteva essere inteso come applicabile nei confronti di qualsiasi cittadino di un Paese terzo fermato in prossimità delle frontiere nazionali degli Stati membri ed il cui ingresso nel territorio nazionale fosse avvenuto irregolarmente, dando così alla disposizione un campo di applicazione molto ampio, potendo persino essere interpretato nel senso di consentire la non applicabilità della dir. 2008/115 a tutti i cittadini di Paesi terzi entrati irregolarmente nell'UE[128].

In proposito, sono giunti opportuni chiarimenti della Corte di giustizia nel caso *Affum*, poi ripresi nel *Manuale comune sul rimpatrio*, adottato dalla Commissione nel 2017[129].

126. Cfr. C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, CEDAM, 2004; G. Savio, *Espulsioni e respingimenti. I profili sostanziali*, 2016, in www.asgi.it.

127. D.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018. Si vedano i rilievi di P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018.

128. Cfr. *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals,* 2008, disponibile su: https://www.unhcr.org/4d948a1f9.pdf.

129. Nel 2017, la Commissione propose nuove misure per la politica del rimpatrio sotto forma di un rinnovato piano d'azione sul rimpatrio (*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea - un piano d'azione rinnovato*, 2.3.2017 COM(2017) 200 finale) e una serie di raccomandazioni rivolte agli Stati membri. Cfr. *Raccomandazione (UE) 2017/432 della Commissione del 7 marzo 2017 per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in GUUE L 66 dell'11.3.2017, p. 15, e la *Raccomandazione della Commissione del 16.11.2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio*, C(2017) 6505 finale del 16.11.2017.

Operando un espresso riferimento ai principi affermati dalla Corte, si puntualizza che l'art. 2, par. 2, lett. a) implica uno stretto legame temporale e spaziale con tale attraversamento della frontiera in quanto la norma riguarda «i cittadini di Paesi terzi fermati o scoperti dalle competenti autorità nel momento stesso dell'irregolare attraversamento della frontiera esterna o, successivamente all'attraversamento, in prossimità della frontiera stessa»[130]. Pur privo di carattere obbligatorio, esso fornisce, cionondimeno, orientamenti sull'esercizio delle funzioni delle autorità nazionali competenti per lo svolgimento dei compiti connessi al rimpatrio. Il manuale si rivolge alle autorità di polizia, alle guardie di frontiera, alle autorità incaricate della migrazione, al personale delle strutture di trattenimento e agli organismi di controllo e contiene orientamenti comuni, migliori pratiche e raccomandazioni, che devono essere utilizzati dalle autorità competenti degli Stati membri nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio[131].

Tra le categorie di persone riconducibili alla definizione di persone fermate o intercettate dalle autorità competenti in relazione all'attraversamento irregolare delle frontiere esterne, in virtù della «permanenza di un nesso diretto con l'atto di attraversamento irregolare della frontiera», il manuale indica: le persone giunte irregolarmente via mare e fermate all'arrivo o poco dopo l'arrivo; le persone arrestate dalla polizia dopo aver superato una recinzione di frontiera; quanti siano entrati in modo irregolare che stanno lasciando il treno/bus che li ha portati direttamente nel territorio di uno Stato membro (senza precedente sosta nel territorio dello Stato membro). Il *manuale comune sul rimpatrio*, inoltre, afferma l'applicabilità della clausola nei confronti delle persone respinte in una zona di transito aeroportuale o a un valico di frontiera situato nel territorio di uno Stato membro. Al contrario, non sono ritenute rientrare nella fattispecie in questione, in quanto non esiste più alcun legame diretto con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera, i cittadini di Paesi terzi fermati nel territorio di uno Stato membro entro un determinato lasso di tempo successivo all'ingresso irregolare ovvero fermati in una regione di frontiera, salvo che vi sia ancora un legame diretto con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera; coloro che scendono da un autobus proveniente da un Paese terzo, se l'autobus ha già fatto varie fermate nel territorio dell'Unione europea; coloro che, essendo stati espulsi in una precedente occasione, violano un divieto d'ingresso ancora valido (salvo che siano fermati

130. Corte di giustizia, sentenza del 7 giugno 2016, *Affum*, causa C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408, punto 72. Si vedano i commenti di A. Caiola, *Migrants irréguliers et limites aux sanctions pénales nationales*, in *Revue des affaires européennes*, 2016, p. 299 ss.; G. Zaccaroni, *The Pragmatism of the Court of Justice on the Detention of Irregular Migrants: Comment on Affum*, in *European Papers*, Vol. 2, No 1, 2017, Insight of 2 February 2017, p. 449 ss., disponibile online.

131. Come si legge nel considerando n. 6 della raccomandazione della Commissione del 16.11.2017, «al fine di favorire l'attuazione uniforme delle norme comuni dell'Unione sul rimpatrio, il manuale sul rimpatrio dovrebbe essere utilizzato come strumento principale nell'adempimento dei compiti connessi al rimpatrio e nella formazione».

in relazione diretta con l'attraversamento irregolare della frontiera); i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare che stanno lasciando il territorio degli Stati membri e dei Paesi associati Schengen[132].

La Corte ha ulteriormente puntualizzato i limiti del ricorso a tale disposizione, rispetto ai controlli operati alle frontiere interne. Se in *Affum* ne aveva escluso l'applicazione per i casi di fermo alle frontiere interne, in quanto le due fattispecie previste all'all'art. 2, par. 2, lett. a) si riferiscono esclusivamente all'attraversamento di una frontiera esterna di uno Stato membro e non riguardano, dunque, l'attraversamento di una frontiera comune a Stati membri facenti parte dello spazio Schengen, nella successiva pronuncia *Arib*, ha ulteriormente precisato che il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne non trasforma queste ultime in frontiere esterne in quanto la frontiera interna di uno Stato membro, sulla quale sono stati ripristinati i controlli di frontiera, non può essere equiparata ad una frontiera esterna ai sensi della direttiva rimpatri[133] e tale evenienza, pertanto, non incide sull'ambito di applicazione della stessa direttiva.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, con una serie di pronunce a partire dalla celebre sentenza *El-Dridi*[134], ha limitato la discrezionalità statale rispetto all'applicazione di sanzioni penali ed in particolare con riguardo al ricorso alla reclusione nei confronti di cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti, in quanto uno Stato non può applicare una disciplina penale idonea a compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile[135]. Non sorprende, pertanto, che si sia tentato di escludere l'applicazione della direttiva, e delle salvaguardie ivi previste, nei confronti di alcune categorie di cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare. Alla base delle due pronunce *Affum* e *Arib* vi è stato proprio il tentativo

132. Sul punto la Corte ha chiarito che la seconda fattispecie, di cui all'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2008/115, ove è precisato che tali cittadini «non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro», vale a dire dello Stato membro del quale abbiano attraversato la frontiera esterna e dalle cui autorità competenti siano stati fermati o scoperti, riguarda parimenti l'ipotesi in cui detti cittadini siano entrati nel territorio dello Stato membro in questione e non quella in cui abbiano tentato di lasciare tale territorio e lo spazio Schengen. Quest'ultima ipotesi corrisponde, del resto, all'obiettivo di tale direttiva, quale confermato dal considerando 10 della stessa, consistente nel privilegiare la partenza volontaria dei cittadini di Paesi terzi. La seconda delle fattispecie previste dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115 riflette, infatti, quella prevista dall'attuale art. 12, par. 1, ultima frase, del codice frontiere Schengen, Corte di giustizia, *Affum*, cit., punto 71.

133. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 marzo 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales contro Abdelaziz Arib e a.*, Causa C-444/17, ECLI:EU:C:2019:220.

134. Corte di giustizia, sentenza 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268. Si vedano anche le successive *Achugbabian*, sentenza del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807, *Sagor*, sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777, *Celaj*, sentenza del 1° ottobre 2015, causa, C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640.

135. Per una breve ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia precedente al caso *Affum* si veda M.F. Cucchiara, *Ancora sui rapporti tra pena detentiva e Direttiva Rimpatri. La decisione della Corte di Giustizia nel caso Affum*, in *Giuris. Pen.*, 2016, disponibile on line.

di ricorrere alle possibilità offerte agli Stati membri all'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva, al fine di non applicarla ai cittadini di Paesi terzi che vengono arrestati in relazione all'attraversamento irregolare della frontiera di uno Stato membro[136]. In entrambi i casi, pertanto, i chiarimenti forniti dalla Corte si collocano nel solco della precedente giurisprudenza e rafforzano il complesso di garanzie connesse all'allontanamento, evitando che un'interpretazione ampia di detta disposizione, resa possibile dalle incertezze interpretative che la vaga formulazione aveva suscitato, si risolvesse in un'elusione dei limiti affermati all'applicazione della pena detentiva. Come affermato dalla Corte, detta disposizione non può consentire agli Stati membri di sottrarre cittadini di Paesi terzi, che versino in situazione di irregolare soggiorno, all'ambito di applicazione di detta direttiva, a motivo del loro irregolare ingresso attraverso una frontiera interna»[137].

Un'ulteriore garanzia si rinviene nel *manuale comune sul rimpatrio*, ove si chiarisce che i casi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 2, par. 2, lett. a), definiti «frontalieri», non comportano l'applicazione dell'art. 12, par. 3, dir. 115/2008, in quanto l'espressione «entrati in modo irregolare» (utilizzata da tale disposizione) non è esattamente corrispondente ai casi descritti all'art. 2, par. 2, lett. a), della stessa direttiva e, pertanto, gli Stati membri non possono limitare l'applicazione dei requisiti formali da essa previsti per l'adozione delle decisioni di rimpatrio.

10. Considerazioni conclusive

Il binomio sicurezza e libertà di movimento permea il tema delle frontiere sin dal suo "innesto" nell'ordinamento comunitario, diventando elemento strutturale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ove forse l'idea di giustizia, e dei diritti che ne sono alla base, si configura quale elemento di bilanciamento, non sempre agevole tuttavia nella materia che

136. Entrambi i casi sono stati sollevati dalla *Cour de Cassation* con riferimento alla legislazione francese in materia di ingresso irregolare. Nel caso *Affum*, la *Cour de Cassation* era chiamata a valutare il caso di una cittadina ghanese, che era stata sottoposta a identificazione da parte degli agenti di polizia francesi durante un controllo al punto di ingresso del tunnel sotto la Manica, mentre si trovava a bordo di un autobus proveniente dal Belgio e diretto verso l'Inghilterra. Risultata sprovvista di validi documenti di identità, la donna era stata sottoposta a fermo di polizia per il reato di ingresso irregolare nel territorio francese previsto dall'art. 621-2 n. 2 del *Ceseda* (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asil*), e punito con la pena detentiva di un anno e l'ammenda di EUR 3750. Il caso *Arib* riguardava un cittadino marocchino, sottoposto a controllo, nel territorio francese, in prossimità della frontiera terrestre che separa la Francia dalla Spagna, a bordo di un autopullman proveniente dal Marocco. Il controllo in questione era stato effettuato nel giugno 2016, durante il periodo di ripristino temporaneo in Francia del controllo alle frontiere interne. Il sig. Arib era stato oggetto in precedenza di un provvedimento di allontanamento dal territorio francese. Sospettato di essere entrato illegalmente nel territorio francese, reato previsto all'articolo L. 621-2 del *Ceseda*, il sig. Arib era stato sottoposto a fermo di polizia e il prefetto dei Pirenei Orientali aveva adottato un decreto recante l'obbligo di abbandonare il territorio francese, ordinando altresì il suo trattenimento amministrativo. Si vedano i rilievi di G. Cornelisse, *The Scope of the Return Directive: How Much Space Is Left for National (Criminal) Procedural Law on Irregular Migration?*. in M. Moraru, G. Cornelisse, P. De Bruycker, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, 2020, in corso di pubblicazione.

137. Cfr. sentenza del 7 giugno 2016, *Affum*, punto 69.

attiene all'ingresso degli stranieri[138]. La potenziale conflittualità di interessi e situazioni giuridiche, immanente alla relazione tra l'esercizio della sovranità statale e la tutela dei diritti degli stranieri, emerge regolarmente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quale necessaria premessa di ogni ragionamento giuridico che investe il principio di non respingimento[139]. Il quadro dei diritti si presenta in termini ancora più complessi nel contesto dell'Unione europea, ove l'assetto normativo riferibile allo straniero si frastaglia in una molteplicità di *status*[140] (cittadini dell'Unione e loro familiari, cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lunga durata, cittadini di Paesi terzi che fanno ingresso per soggiorni di breve durata, richiedenti e beneficiari di protezione internazionale ecc.), ciascuno caratterizzato da situazioni giuridiche soggettive peculiari, assoggettate a bilanciamento in funzione di un complesso di principi.

L'ordinamento dell'Unione ha attuato, con la creazione dell'area Schengen, una tappa estremamente significativa del processo di integrazione europea. Come ha affermato la Commissione «Schengen è una delle grandi conquiste dell'integrazione europea.... uno dei meccanismi principali che permette ai cittadini europei di esercitare le loro libertà»[141]. Nonostante l'indubbio valore, anche simbolico, di tale risultato, esso ha dovuto confrontarsi, specie nell'ultimo decennio con una serie di fatti e circostanze, che hanno investito anche l'Europa, mettendone in dubbio le certezze e ripercuotendosi inevitabilmente su quell'assetto frutto di un percorso storico non sempre agevole e talvolta tortuoso.

In questo quadro la sicurezza sembra aver dominato la libertà, con un progressivo inasprimento degli strumenti volti ad assicurarla. Per quanto attiene al tema delle frontiere, oltre al significativo incremento delle banche dati e dei sistemi di informazione che registrano ingressi e uscite, e che sollevano ulteriori profili di preoccupazione quanto alla tutela dei dati personali e del diritto alla riservatezza[142], ciò trova conferma nelle successive revisioni del Codice frontiere Schengen, con cui sono stati ampliati i termini e i presupposti che legittimano il ripristino dei controlli alle frontiere interne. Particolare attenzione merita il frequente ricorso ai controlli di polizia, strumento tollerato, ma non regolato nelle sue modalità attuative, e dai contorni non chiaramente delineati, a cui le istituzioni UE guardano con interesse. Numerose sono le criticità che essi sollevano, tra cui il rischio che si risolvano nel sistematico ricorso ad un meccanismo informale, teso a salvaguardare l'apparente

138. M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017 p. 41 ss.

139. Tra tutti, si veda Corte EDU [GC], sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa And Others V. Italy,* ric. n. 27765/09, §§ 113-114.

140. D. Thym, *'Citizens' and 'Foreigners' in EU Law. Migration Law and its Cosmopolitan Outlook*, in *European Law Journal*, Vol. 22, No. 3, 2016, p. 296 ss.

141. COM(2016) 120 def. del 4 marzo 2016, cit., p. 2.

142. J. Cruz Ángeles, *Procesamiento informático de datos y protección de derechos fundamentales en las fronteras exteriores de la Unión europea*, in *Freedom, Security and Justice*, 1, 2020, disponibile on line.

funzionalità dello spazio senza frontiere interne. I principi affermati dalla Corte di giustizia, nell'ambito di diverse questioni pregiudiziali sottopostole negli ultimi anni, per quanto contribuiscano a delinearne i caratteri, non appaiono tuttavia risolutivi.

D'altro canto, anche le modalità di ingresso alle frontiere esterne non sono esenti da rilievi critici, proprio in relazione al rispetto dei diritti fondamentali ed in particolare per quanto attiene agli obblighi in materia di protezione internazionale. Richiami generici a «norme particolari», non definite o citate, la mancanza di un coordinamento puntuale tra il Codice frontiere Schengen e i diversi strumenti che compongono il sistema comune europeo di asilo, generano incertezze nell'interprete, la cui soluzione non può essere rimessa solo a raccomandazioni ed esortazioni inserite in uno strumento di c.d. *soft-law*, e pertanto strutturalmente sprovvisto di carattere vincolante, né azionabile, quale il manuale pratico per le guardie di frontiera. In proposito, già è stato posto in luce il rischio che le guardie di frontiera possano trovarsi di fronte alla scelta tra proteggere la frontiera o proteggere il migrante (o anche proteggere se stesse), tutte le situazioni non sempre potendo essere agevolmente riconciliate[143].

Nella varietà di principi sottesi all'ordinamento dell'Unione, a cui si è fatto cenno, su entrambi i fronti (frontiere interne e esterne), il diritto, ed in particolare i principi di legalità e di certezza del diritto[144], devono senz'altro porsi come necessario ed oggettivo elemento di bilanciamento, intrinseco allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, idoneo a svolgere un ruolo cruciale nel contribuire a risolvere il dilemma.

143. J. Williams, *The Safety/Security Nexus and the Humanitarianisation of Border Enforcement*, in *The Geographical Journal*, Vol. 182, No. 1, 2016, pp. 27.

144. Si veda U. Villani, *Sul controllo dello stato di diritto nell'Unione europea, Freedom, Security and Justice*, 1, 2020, disponibile on line.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO E ALTRI LIMITI COSTITUZIONALI AL RESPINGIMENTO

SOVRANITÀ STATALE E PERICOLI DI ALLONTANAMENTO DALLA COSTITUZIONE

di Filippo Scuto

Abstract: *L'articolo si sofferma sui limiti costituzionali al respingimento e, in particolare, sui limiti derivanti dalla necessità di garantire effettiva tutela al diritto di asilo. Prendendo le mosse da un inquadramento del tema sul piano costituzionale, l'analisi mette in rilievo la portata dei limiti costituzionali al respingimento anche nell'ottica del superamento di una sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi dei cittadini stranieri nel territorio italiano. Successivamente, il lavoro affronta la questione dei "porti chiusi" e della relativa disciplina introdotta dal legislatore evidenziandone le criticità, anche alla luce di alcuni recenti interventi da parte del giudice e, in particolare, della Corte di Cassazione. Nel quadro normativo delineato dal TU dell'immigrazione, vengono poi analizzati i limiti al respingimento, le attuali questioni relative alla disciplina del respingimento differito dopo gli ultimi interventi legislativi, nonché il caso dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali. Le considerazioni conclusive del lavoro si soffermano sui ritardi dell'Unione europea nello sviluppo di una politica comune dell'immigrazione e sul ricorso a politiche di respingimento che si ripercuotono negativamente sulla tutela del diritto di asilo. In questo contesto, sul piano dell'ordinamento italiano, risulta evidente la necessità di un riallineamento della disciplina dei respingimenti e, più in generale, del diritto di asilo, rispetto ai principi costituzionali.*

Abstract: *The article focuses on the constitutional limits to refoulement, particularly on those deriving from the need to guarantee the right to asylum. Starting from a constitutional framework, the analysis highlights the importance of these constitutional limits also in light of a different approach to State sovereignty wich can't be considered as a generalized limit to the entry of aliens. The essay deals with the critical issue of "closed harbors" (*porti chiusi*) and its regulation provided by the law, taking in consideration some recent interventions by the judge. The limits to refoulement are also analyzed considering* Testo Unico dell'immigrazione *after the last legislative interventions, as well as the case of refoulement in the international zones of Italian Airports. Finally, the article analyses the problematic aspects of the EU common immigration policy and their impact on the effective protection of right to asylum. In this context, the need for a different regulation of refoulement in the Italian Law is underlined in order to respect Constitutional Principles.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO E ALTRI LIMITI COSTITUZIONALI AL RESPINGIMENTO

SOVRANITÀ STATALE E PERICOLI DI ALLONTANAMENTO DALLA COSTITUZIONE*

di Filippo Scuto**

SOMMARIO: 1. La posizione di "debolezza" del respingimento nel quadro costituzionale. – 2. I limiti costituzionali al respingimento e il necessario superamento della sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi – 3. I "porti chiusi": l'allontanamento dalle coste italiane e dalla Costituzione. – 4. Gli interventi del giudice e l'insorgere di ulteriori contraddizioni: una conferma della necessità di abrogare le norme sulla chiusura dei porti. – 5. I limiti al respingimento ricavabili dal TU sull'immigrazione. – 6. I nodi attuali del respingimento differito. – 7. Il caso emblematico dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali. – 8. Le inefficienze dell'Unione europea e l'esigenza di un riallineamento rispetto ai principi costituzionali.

1. La posizione di "debolezza" del respingimento nel quadro costituzionale

Il tema del respingimento alla frontiera dello straniero e dei suoi limiti costituzionali va considerato, allo stato attuale, come una delle questioni di primaria importanza in materia di immigrazione e gestione dei flussi migratori. Questa affermazione è innanzitutto legata al fatto che si tratta di uno degli istituti del diritto dell'immigrazione più controversi e lacunosi sul piano delle previsioni legislative nazionali e dell'Unione europea[1]. Al tempo

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

** Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Milano.

1. Ci si riferisce, rispettivamente, alle norme del TU sull'immigrazione e al Codice di attraversamento delle frontiere Schengen (Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio) e, in particolare, al suo art. 14. L'art. 10 TU imm., ai commi 1 e 2, prevede che «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente Testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». In base all'art. 14 del Codice di attraversamento delle frontiere Schengen «1. Sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d'ingresso previste dall'articolo 6, paragrafo 1, e non rientrino nelle categorie di persone di cui all'articolo 6, paragrafo 5. Ciò non pregiudica l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata. 2. Il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise. Il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'applicazione immediata». Questo Regolamento è andato a modificare il precedente Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento

stesso, è uno degli strumenti maggiormente utilizzati nell'ambito delle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare. Inoltre, il respingimento alla frontiera dello straniero privo dei requisiti per l'ingresso nel territorio statale genera non poche problematiche in relazione all'esigenza di tutela del diritto di asilo di cui all'art 10, terzo comma, Cost. Un ricorso pressoché generalizzato alla pratica del respingimento, infatti, può negare in partenza l'accesso al diritto d'asilo ai migranti che potenzialmente potrebbero ricevere una delle forme di protezione previste dalla normativa europea e nazionale. Sotto questo profilo, diventano dunque decisivi i limiti desumibili dal quadro costituzionale e quelli che possono essere previsti a livello di fonti primarie.

L'ampio utilizzo della politica dei respingimenti si traduce, nei fatti, in una molteplicità di azioni e interventi che possono essere ricondotti a un unico obiettivo comune che consiste nell'impedire l'ingresso nel territorio statale: sotto questo profilo, pur nelle diversità sul piano formale, appare opportuno ricondurre alla categoria del respingimento, oltre al respingimento in senso stretto (il c.d. *refoulement*), il respingimento differito, le c.d. politiche di non arrivo (che vanno dai respingimenti in alto mare alla politica dei "porti chiusi"), nonché l'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori (nei confronti, ad esempio, della Turchia e della Libia) nel senso che si cercherà di evidenziare in questo lavoro. Queste e altre misure, come la costruzione di muri alle frontiere terrestri, hanno contribuito negli ultimi anni a migliorare l'efficacia delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare in Italia e negli altri Paesi europei. Si tratta, del resto, di una tendenza che non può considerarsi recente. Da tempo, infatti, e non soltanto in Italia, vengono adottate misure spesso mutevoli nelle forme la cui finalità consiste sempre, però, nell'evitare l'arrivo di richiedenti asilo e la loro permanenza nel territorio[2].

Prima di soffermarsi sulle questioni specifiche che verranno affrontate, è necessario partire da un dato. La misura del respingimento contiene in sé diversi aspetti problematici in relazione ai principi costituzionali e alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Più le procedure tendono a semplificarsi, infatti, più aumenta il rischio che non venga svolto un esame approfondito della condizione individuale dello straniero presente alla frontiera che va incontro a un provvedimento di respingimento. Esame che, però, è essenziale per

europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che, già nel 2006, aveva istituito un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

2. Come del resto è possibile desumere dai commenti forniti nel tempo dalla dottrina in relazione alle varie forme di respingimento tra i quali, si rimanda a E. Grosso, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. III/2009, pp. 22 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 15 ss.; L. Marantea, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto di asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur,* in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 29, 2008, p. 136 ss.; C. Morselli, *Il "potere militare" di respingimento in mare e il "diritto mobile" sugli immigrati*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 3, 2010, p. 356 ss.

stabilire se il singolo sia bisognoso di protezione. Si tratta, in questo caso, di un dato di fatto che genera, come conseguenza naturale, il pericolo di uno svuotamento del diritto di asilo costituzionale. Il mancato esame della condizione individuale, infatti, comporta l'aggiramento, se non la negazione, dei due principi che rappresentano la premessa ineludibile per garantire effettività alla tutela del diritto di asilo: il divieto di espulsioni collettive e il principio di non-respingimento (o divieto di *refoulement*) così come tutelati dal diritto internazionale[3], dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 19, rispettivamente primo e secondo comma)[4] e dallo stesso ordinamento italiano[5].

Se questi divieti vengono aggirati, mancano le precondizioni per garantire effettiva tutela al diritto di asilo e dare applicazione all'art. 10, terzo comma, Cost.[6] Di conseguenza, tali principi e, in particolare, il principio di *non-refoulement*, si configurano come un'estrinsecazione del diritto di asilo[7]. Il che li fa rientrare, evidentemente, tra i limiti ai respingimenti che assumono rilievo costituzionale. Peraltro, merita una riflessione il fatto che alla base della tutela del diritto di asilo esista un principio, quello di *non-refoulement*, appunto, la cui denominazione stessa tende a negare alla radice, in un certo senso, la praticabilità del respingimento. Del resto, affermare che l'adozione di questa misura dia luogo, quasi inevitabilmente, a una serie di problematiche appare difficilmente

3. Secondo quanto disposto dall'articolo 33 della Convenzione del 1951 relativa allo statuto dei rifugiati, è vietato il respingimento dello straniero verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. Inoltre, il principio è tutelato, sulla base della giurisprudenza fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche dall'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Per quanto riguarda il divieto di espulsioni collettive, esso è previsto dall'art. 4, protocollo 4, della CEDU.

4. Come noto, in base all'art. 19. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il principio di *non-refoulement* si concretizza nella seguente formula: «nessuno può essere allontanato, espulso, o estradato verso uno stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Tale principio è inoltre affermato nell'articolo 78, paragrafo 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il medesimo articolo, vieta, nel primo paragrafo, le espulsioni collettive.

5. In maniera non dissimile rispetto al contenuto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'art. 19, co. 1, del TU immigrazione prevede, in relazione al divieto di respingimento, che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

6. Sul punto, sia consentito il rinvio a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 216 ss.

7. Cfr., sul punto A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in Costituzionalismo.it, fasc. 1, 2017, p. 173 che, in riferimento, al diritto di asilo costituzionale evidenzia come quest'ultimo ragioni di "effettivo impedimento" e che quindi operi guardando all'effettività: uno Stato è sicuro quando garantisce *effettivamente* una tutela al richiedente asilo o al rifugiato. Un approccio – quello fondato sulla garanzia concreta – che è una costante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

confutabile se si tengono in considerazione le ragioni che si sono qui brevemente richiamate.

Questo nodo di fondo fa emergere abbastanza chiaramente una questione preoccupante. Negli ultimi anni si osserva una distanza sempre maggiore tra la disciplina dell'asilo sulla carta e la sua sempre più complicata capacità applicativa. Tale affermazione si riferisce sia al mancato arrivo o all'allontanamento di migranti già entrati nel territorio italiano (come nel caso della politica dei "porti chiusi"), sia in relazione a quanto si verifica successivamente all'ingresso nel territorio laddove le procedure tendono a divenire sempre più sbrigative e sommarie.

La normativa italiana sul diritto di asilo che, come noto, è in buona parte di derivazione europea[8], ha consentito, quantomeno sul piano formale e prima dei recenti interventi contenuti nei c.d. decreti sicurezza[9], un soddisfacente livello di tutela per le persone bisognose di protezione. I problemi, dunque, emergono sul piano dell'effettività del diritto e si moltiplicano in ragione della commistione che si crea tra le politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e l'ambito di applicazione del diritto di asilo.

In questo contesto, viene dunque a mancare quello che può essere considerato come l'elemento primario e imprescindibile in relazione alla tutela del diritto di asilo: la concreta possibilità di ingresso nel territorio dello Stato che rappresenta la precondizione ineludibile

8. Come noto, infatti, a partire dal 2005 l'Italia è andata sviluppando una normativa sul diritto di asilo che deriva dal recepimento della normativa europea e, in particolare, di una serie di direttive adottate dall'Unione. Cfr., sul punto, P. Bonetti, *Il diritto di asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione temporanea*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 93 ss. e, nella stessa *Rivista*, M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, n. 2.2010, p. 36 ss. ed a D. Consoli, G. Schiavone, *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di diritto di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs. 25/2008 e il d.lgs. 159/2008*, n. 3-4.2008, p. 88 ss.

Inoltre, l'interpretazione che della tutela del diritto di asilo derivante dalla disciplina dell'Unione europea è stata di recente fornita dalla Corte di giustizia, appare finalizzata all'ottenimento di un soddisfacente livello di tutela del diritto. Sul punto si rinvia a E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, in Federalismi.it, n. 2, 2019, p. 33, che rileva come la Corte di giustizia (CGUE grande sezione sentenza 19 maggio 2019 cause riunite c 391/16, c 77/17 e c 78/17) abbia fornito un'interpretazione in linea con il sistema ONU ed il sistema CEDU rispetto alla limitazione della discrezionalità degli Stati in materia di bilanciamento fra sicurezza e protezione del non cittadino. Inoltre, il sistema di asilo comune europeo viene immaginato come spazio normativo di promozione delle politiche nazionali che portano all'incremento dei livelli di tutela dei diritti dei rifugiati e non come *"non luogo" normativo* in cui gli Stati sono liberi di esercitare la loro discrezionalità nel bilanciamento fra sicurezza e diritto individuale d'asilo. Recentemente, peraltro, la Corte di giustizia – Corte di giustizia (Prima Sezione), *M.A., S.A., A.Z. c. The International Protection Appeals Tri- bunal, Minister for Justice and Equality, Attorney General, Ireland*, Causa C-661/17, sentenza 23 gennaio 2019 – è intervenuta in materia anche per quel che concerne gli effetti della Brexit. In tale decisione, infatti, si afferma che il recesso del Regno Unito non andrà ad incidere sugli obblighi derivanti in capo ad esso in forza della Convenzione di Ginevra e della CEDU. La Corte ha applicato tale criterio in relazione al principio di non respingimento e al diritto di non subire atti di tortura o trattamenti disumani o degradanti che costituiscono i fondamenti del sistema europeo comune di asilo. Sul punto, e, più in generale sulla sentenza e i suoi effetti, si veda M. Ferri, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019.

9. Questione su cui si tornerà più avanti nel corso di questo lavoro.

per l'applicazione delle garanzie previste per la tutela del diritto di asilo nell'ordinamento dell'Unione europea e in quello italiano. Se manca la possibilità di ingresso nel territorio statale, questione, quest'ultima, su cui si tornerà a breve[10], tutto l'impianto più o meno garantista che è stato predisposto crolla e si svuota di contenuto. L'utilizzo massiccio della politica dei respingimenti rischia, in sostanza, di ridimensionare pesantemente le tutele dell'asilo costituzionale e della protezione internazionale prevista dal diritto dell'UE.

Quanto si è sin qui affermato non significa che non sia necessario perseguire un corretto bilanciamento tra la disciplina relativa all'ingresso e al soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato e la tutela dei diritti fondamentali della persona. Il controllo delle frontiere a tutela della sicurezza pubblica rientra tra gli interessi di rilievo costituzionale. Esiste, pertanto, un'indubbia discrezionalità dello Stato, che potremmo anche definire sovranità in questo caso, per quanto riguarda le scelte relative all'ingresso degli stranieri[11]. Dall'esercizio di questa discrezionalità non può, però, derivare una chiusura generalizzata delle frontiere.

Sin dalla sentenza n. 353 del 1997 la Corte costituzionale ha riconosciuto che in questo ambito è necessario un corretto bilanciamento dei valori in gioco, dal momento che non solo le esigenze di solidarietà umana ma anche le misure di contrasto all'immigrazione irregolare hanno pieno rilievo costituzionale. La Corte ha dunque garantito piena legittimità costituzionale agli interventi di contrasto all'immigrazione irregolare riconoscendo quindi, implicitamente, le difficoltà che incontra il legislatore nel tentativo di regolare un fenomeno tanto complesso. La disciplina dell'immigrazione rappresenta, pertanto, un profilo essenziale della sovranità dello Stato che, a giudizio della Corte, non può abdicare al compito di presidiare le proprie frontiere e di stabilire regole in funzione di un ordinato flusso migratorio nonché di una adeguata accoglienza[12]. Con la sentenza n. 105 del 2001 il giudice delle leggi ha confermato tale impostazione[13] ma, al tempo stesso, ha fissato un punto essenziale nel contenuto di tale bilanciamento stabilendo che, per quanto gli interessi pubblici in materia di immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e ordine pubblico collegati ai crescenti flussi migratori, «non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale

10. Si rinvia, in tal senso, al paragrafo successivo di questo lavoro.

11. Come rileva anche S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 133.

12. Le discipline normative che contrastano il fenomeno dell'immigrazione clandestina, dunque, non soltanto sono del tutto legittime, ma hanno anche, a giudizio della Corte, pieno rilievo costituzionale in quanto sono giustificate da esigenze di contenimento dei flussi di ingresso e di sicurezza interna.

13. Ricollegando, peraltro, l'introduzione di regole finalizzate al contenimento dei flussi di ingresso anche alla possibilità per cittadini e stranieri regolarmente presenti sul territorio di godere effettivamente delle libertà costituzionali.

dei diritti che la Costituzione proclama inviolabili e che spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». È opportuno riprendere questo noto passaggio della giurisprudenza costituzionale poiché va sempre ricordato che si tratta di effettuare un bilanciamento tra valori che hanno entrambi rilievo costituzionale, ma che non sono e non possono essere del tutto parificati[14]. Nel caso dei respingimenti, dunque, nel bilanciamento tra l'utilizzo di questa misura e la tutela dei diritti è evidente che debba essere tenuta in considerazione innanzitutto l'esigenza di garantire una soddisfacente effettività al diritto di asilo. Il respingimento può dunque essere bilanciato con il diritto di asilo soltanto a condizione che venga disciplinato in maniera rigorosa, con procedure rispettose dei diritti e fatta salva, in ogni caso, la possibilità per lo straniero di presentare una domanda di protezione.

In questo contesto, un ulteriore elemento da tenere in considerazione risiede nel fatto che, allo stato attuale, il controllo delle frontiere non può più essere considerato come una competenza esclusiva statale da cui discenderebbe una sovranità pressoché assoluta dello Stato in questo ambito. Va infatti ricordato che i Trattati assegnano all'Unione europea una competenza concorrente in materia di immigrazione e asilo che si concretizza anche nella possibilità di adottare politiche comuni nel campo dei controlli alle frontiere e dell'attraverso delle frontiere esterne dell'Unione, come previsto dall'art 77 del TFUE la cui declinazione, nel diritto derivato, si è sin qui tradotta nell'adozione del Codice di attraversamento delle frontiere Schengen[15]. Dall'adesione dell'Italia all'UE deriva, dunque, un limite ulteriore per l'adozione di discipline relative agli ingressi e all'attraversamento delle frontiere contrarie al diritto dell'Unione.

2. I limiti costituzionali al respingimento e il necessario superamento della sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi

Le questioni che si sono sin qui richiamate rendono piuttosto evidente l'esistenza di una tensione tra accoglienza e respingimento dei cittadini stranieri. Si tratta di una

14. Per un approfondimento della questione, sia consentito il rinvio a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 63 ss. Va peraltro rilevato che, di recente, con la sent. n. 194 del 2019, la Corte ha ribadito questa impostazione richiamando anche altre precedenti sentenze: «Questa Corte ha anche più volte precisato che il legislatore statale gode di "ampia" discrezionalità nella disciplina di detta materia (sentenze n. 277 del 2014, n. 202 del 2013 e n. 172 del 2012), dato che essa è "collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici" (tra le molte, sentenze n. 172 del 2012 e n. 250 del 2010); e che, pur disponendo di tale ampia discrezionalità, il legislatore naturalmente resta sempre tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, sulla base dell'art. 117, co. 1, Cost., e costituzionali (sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011), compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca (tra le altre, sentenza n. 172 del 2012)». Evidentemente, tra gli obblighi costituzionali rientra anche la necessità di tutela del diritto di asilo di cui all'art. 10, co. 3, Cost.

15. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

tensione forse inevitabile, anche alla luce del ruolo che continua a rivestire la sovranità come elemento necessario dello Stato. Il richiamo alla sovranità, peraltro, ha recentemente acquisito nuova linfa con l'emergere in Europa e negli Stati Uniti delle correnti "sovraniste". I sovranismi, non a caso, hanno tra i propri capisaldi il controllo delle frontiere e la drastica riduzione dei flussi migratori[16] e si pongono l'obiettivo di rinvigorire il concetto di sovranità [17] che, a partire dal Secondo Dopoguerra, era andato ridimensionandosi con l'erompere di un nuovo diritto internazionale e sovranazionale fondato anche sulla tutela dei diritti umani.

A tale riguardo, in dottrina si è fatto riferimento all'esistenza di un dovere di ospitalità legato all'esigenza di consentire l'ingresso per asilanti e rifugiati che, dovendo prevalere rispetto alle norme sul contrasto all'immigrazione clandestina, presuppone un superamento della sovranità statale a favore di una sovranità più «matura e responsabile»[18]. Sulla base di questa impostazione, al di fuori dei casi di protezione umanitaria e asilo, sarebbe legittimo per lo Stato negare l'accesso al non-cittadino. Il problema risiede nel fatto che,

16. Come evidenzia A. Morrone, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 2, una delle ragioni primarie che impongono di tornare a discutere di sovranità riguarda il prepotente ritorno dello stato nazionale nella crisi dell'Europa, con i muri, il filo spinato, il rifiuto dell'altro in quanto *altro*, le decisioni popolari che invocano forti identità nazionaliste contro il sogno di un'integrazione politica sovranazionale, contro le nuove domande di solidarietà e di eguaglianza dell'essere umano come *migrante*. Sotto questo profilo, come evidenzia l'A., un problema irrisolto di sovranità presenta il processo di integrazione europeo, come dimostra l'irriducibile dialettica tra istituzioni nazionali e istituzioni europee, e le tendenze recenti, volte a contrapporre «muri», «confini», «filo spinato» e potestà statali da riaffermare e difendere, e poteri sovranazionali da abbattere, perché considerati lontani o nemici degli interessi nazionali, oggettivamente incapaci di fronteggiare le sfide del nostro tempo, come le nuove migrazioni. Per quanto riguarda l'irrisolta questione della sovranità in relazione al complesso e spesso controverso processo di integrazione europea, si rinvia a P. Bilancia, *The dynamics of the eu integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon treaties*, Milano, Giuffrè, 2012.

17. Peraltro, in relazione all'utilizzo del termine sovranità e sovranismo, come rileva E. De Marco, *Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale*, in Federalismi.it – paper, febbraio 2020, p 1 ss., sebbene nel linguaggio corrente non sia sempre evidenziata – o quanto meno adeguatamente evidenziata – la differenza tra sovranismo e sovranità, quasi che un termine fosse l'equivalente dell'altro, ad una più ponderata analisi basata su esempi desumibili da realtà contemporanee, emergono differenze tra i due concetti, tali da renderli per diversi aspetti non coincidenti o quanto meno non necessariamente coincidenti. Il concetto di sovranità, quale attributo giuridico dello Stato, è stato inteso dalla dottrina classica sia con riferimento all'originarietà dell'ordinamento giuridico statale sia all'indipendenza dello stesso Stato in ambito internazionale, fino all'affermazione del principio democratico della sovranità popolare: una sovranità, quella popolare, che lo stesso popolo esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Sul punto, si rinvia a H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, traduzione italiana dell'originale *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre,* Mohr, Tübingen, 1920; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1975, p. 98 ss. Mentre il sovranismo, come viene per lo più inteso, si traduce in una spinta che viene dal basso e mira quanto meno ad un ridimensionamento di vincoli provenienti dall'alto e in particolare, da livelli sovranazionali. Sulla dimensione attuale del fenomeno del sovranismo si veda anche F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 12 settembre 2018.

18. Si veda, sul punto, C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, p. 15 ss., secondo cui, in queste ipotesi, la tradizionale sovranità assoluta statale dovrebbe ridimensionarsi in ragione della sovranità dei valori propria della comunità internazionale, valori che il nostro ordinamento ha fatto propri e rispetto ai quali l'apparato statale deve quindi conformarsi.

concretamente, la questione si presenta in maniera più complessa. Facendo ampio ricorso, infatti, alle politiche del respingimento (spesso generalizzato) non è affatto semplice individuare alla frontiera la persona bisognosa di protezione distinguendola dal c.d. migrante economico – ammesso, poi, che tale distinzione sia di per sé corretta – che invece andrebbe respinto, operando una sorta di selezione all'ingresso.

In merito a questa complessa questione, l'impostazione che qui si vuole proporre è quella di ritenere che le basi per il superamento del richiamo a una sovranità statale intesa (in ottica "sovranista") come limite generalizzato agli ingressi siano individuabili a partire dallo stesso art. 10, terzo comma, Cost. L'asilo costituzionale, infatti, deve presupporre come precondizione per la sua effettività una possibilità di ingresso nel territorio dello Stato per lo straniero presente alla frontiera, ai fini della verifica della sua condizione individuale e dell'eventuale presentazione della domanda di protezione. In quest'ottica, dunque, la riserva di legge dell'art. 10, terzo comma, non può riguardare la regolamentazione dell'ingresso, bensì la disciplina relativa all'accertamento di coloro che sono legittimati a ottenere protezione[19]. Il fatto che non sia previsto un esplicito riferimento in Costituzione a un diritto di ingresso nel territorio dello Stato da parte di un cittadino straniero non cambia di molto i termini della questione: rimane ineludibile, infatti, l'esigenza di effettuare un esame sufficientemente approfondito della condizione individuale dello straniero presente alla frontiera per verificare se si trovi nelle condizioni di poter ottenere protezione.

Proseguendo su questa linea interpretativa, è necessario soffermarsi anche sul riferimento dell'art. 10, terzo comma, Cost. al diritto d'asilo «nel territorio della Repubblica»[20] e sui possibili dubbi riguardo alla «territorialità» o «extraterritorialità» della disposizione costituzionale. Il tema è di rilievo in relazione al rapporto tra sovranità statale e relativo controllo dei confini, tuttavia il dubbio appare facilmente risolvibile. Il riferimento al «territorio della Repubblica» riguarda, infatti, lo spazio nel quale lo straniero, una volta ottenuto lo *status*, può godere del diritto di asilo, ma non può essere

19. Come evidenziano anche P. Bonetti-L. Neri, *Il diritto di asilo*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1148.

20. La questione del territorio, che si intreccia con la nozione di sovranità, rappresenta indubbiamente un elemento centrale per quanto riguarda il tema dell'immigrazione e dell'asilo. Sotto questo profilo, G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, ha messo in evidenza alcune delle questioni problematiche che sorgono in relazione al rapporto sempre più complesso che si è venuto a creare tra territorio, confini, sovranità statale e globalizzazione. A tale riguardo, l'A. sottolinea che, sebbene sia una nozione entrata in un campo di tensione, fra spinte identitarie e aperture mondialiste, il confine non ha disperso il suo valore etico-politico quale fondamento giustificativo delle politiche di controllo delle frontiere. Il carattere strutturale – e non più contingente – delle migrazioni di massa e la difficoltà degli Stati di destinazione di esercitare il pieno presidio dei propri confini territoriali stanno peraltro riconformando la frontiera, dilatandola o restringendola rispetto a quella risultante dalle rilevazioni cartografiche nella misura considerata migliore per un più efficace controllo sull'immigrazione (p. 34).

considerato un requisito per la presentazione della domanda[21]. Va poi ricordato che la distinzione tra asilo territoriale e asilo extraterritoriale è questione risalente che deriva più che altro dal diritto internazionale, ma non certo dal diritto costituzionale alla luce dell'impianto della nostra Costituzione. Lo stesso giudice ordinario ha avuto modo di intervenire sul punto prescindendo dalla questione della territorialità in relazione all'asilo costituzionale. Ci si riferisce al noto caso del leader curdo Öcalan. In quell'occasione il Tribunale di Roma ha riconosciuto direttamente il diritto di asilo costituzionale a una persona che non si trovava più in Italia e ha motivato la decisione sulla base del fatto che la presenza nel territorio italiano del richiedente non è condizione necessaria non essendo richiesta dalla disposizione costituzionale[22].

La necessità di consentire l'ingresso nel territorio dello Stato al cittadino straniero presente alla frontiera, ingresso evidentemente finalizzato a permettere un esame della condizione individuale, trova, del resto, una conferma anche in un filone giurisprudenziale della Corte di Cassazione. L'asilo costituzionale va inteso, a giudizio della Corte, «non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame della domanda di protezione». Si tratta, dunque, prosegue la Corte, «di un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello *status* o qualifica di rifugiato»[23]. Sulla base di questo orientamento, peraltro, la Corte di Cassazione ha successivamente individuato, come naturale conseguenza, l'esistenza di un diritto di presentare istanza di protezione internazionale anche nel caso in cui lo straniero sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato, diritto rispetto al quale deve corrispondere un dovere per l'Amministrazione di ricevere tale domanda astenendosi da ogni forma di respingimento o espulsione che impedisca all'interessato di attendere l'esito della propria domanda[24].

21. Come rileva anche M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 55, che mette in rilievo come la causa di giustificazione della domanda di asilo discenda esclusivamente da quanto previsto dalla disposizione costituzionale, ovvero l'impedimento dello straniero, nel suo Paese, dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

22. Tribunale di Roma, sent. 1.10.1999. Questa interpretazione dell'asilo costituzionale elaborata dal Tribunale di Roma, peraltro, potrebbe aprire significative prospettive a fronte di provvedimenti di respingimento radicali e generalizzati, come possono essere i respingimenti in alto mare o la politica dei "porti chiusi", misure rispetto alle quali i migranti respinti potrebbero in via di principio vedersi riconosciuto il diritto di asilo costituzionale per via giudiziaria. Cfr., sul punto, anche M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 56.

23. Cass., sez. I, sent. 25028/2005.

24. Cass. sez. I, sent. 26253/2009. Si rinvia, per un commento alla sentenza, a M. Acierno, *Misure di protezione internazionale, permessi umanitari ed unicità della giurisdizione del giudice ordinario nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in questa *Rivista*, n. 1.2010, p. 107 ss.

In sostanza, l'asilo costituzionale presuppone l'esistenza di un diritto di accesso del cittadino straniero legato alla possibilità di presentare una domanda di protezione. Il condivisibile richiamo al diritto di accesso al territorio ai fini della presentazione della domanda di asilo operato dalla Corte di Cassazione si pone, dunque, oggettivamente in contrasto con l'adozione di politiche di respingimento generalizzate e finalizzate a impedire, in ogni caso, la possibilità di ingresso nel territorio statale.

Il percorso che si è seguito impone alcune riflessioni. In un periodo, come quello attuale, in cui va diffondendosi un dibattito, non sempre rigoroso, sul recupero della sovranità statale e sui sovranismi anche applicati alla politica di chiusura dei confini, la Costituzione e la sua interpretazione forniscono una chiave di lettura significativamente differente grazie al diritto di asilo[25] che rientra, peraltro, tra i principi fondamentali della nostra Costituzione. Si tratta di un diritto che deve possedere una certa natura "extraterritoriale", nel senso che non può essere aggirato e compresso da politiche di respingimento finalizzate, evidentemente, a impedire al cittadino straniero di poter presentare una domanda di protezione non consentendone l'ingresso nel territorio. Questa impostazione, va sottolineato, non può in nessun modo essere confusa con la richiesta di un'apertura indiscriminata delle frontiere che, peraltro, non si ritiene rappresenterebbe la soluzione migliore per far fronte alla questione migratoria. Politiche rigorose sulla gestione e il controllo dei flussi migratori non sono in contrasto con la tesi del diritto di accesso al territorio finalizzato alla possibilità di presentare una domanda di protezione.

Peraltro, l'adozione di misure di respingimento deve tenere conto anche di altri limiti di rilievo costituzionale primario. Ci si riferisce, *in primis*, al principio di solidarietà e ai relativi doveri inderogabili di solidarietà cui fa riferimento l'art. 2 Cost. Come appare evidente, il respingimento e l'esercizio discrezionale delle misure utilizzate per il controllo alle frontiere dovrebbero necessariamente attenersi ai limiti derivanti dai doveri di solidarietà che, in questo caso, si traducono nella necessità di mettere in primo piano le esigenze umanitarie e, in particolare, la tutela dei soggetti più deboli e potenzialmente bisognosi di protezione e asilo[26]. In riferimento all'art. 2 Cost., peraltro, non si può

25. La portata della tutela contenuta nell'art. 10, co. 3, Cost., anche rispetto ai presunti limiti riconducibili alla difesa dei confini, è evidenziata da C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 13, secondo cui, in forza dell'asilo costituzionale, il rapporto tra *paura* e *territorio* si ribalta rispetto a quello evocato dall'etimologia della parola. Chi vive dove i diritti fondamentali sono negati – come i Costituenti ben sapevano – trascorre la propria esistenza nella paura: per lo straniero in fuga da questa paura, essa diviene un "titolo" di per sé sufficiente a esercitare il diritto di attraversare i confini italiani e di trovare accoglienza nel territorio della Repubblica.

26. Sulla necessità che le politiche dei respingimenti tengano conto della portata e del valore del principio di solidarietà si veda anche C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza*, cit., p. 15, S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale*, cit., p. 133. Sul dovere di solidarietà come "fonte" in

dimenticare che il principio personalista sta alla base della tutela costituzionale del diritto di asilo poiché rappresenta la norma costituzionale che può essere considerata il fondamento per l'attribuzione di diritti in capo ad ogni cittadino straniero in quanto persona, a prescindere dal suo *status* e dalle politiche adottate in materia di immigrazione[27]. Il principio personalista e il principio solidarista dell'art. 2 Cost., pertanto, rappresentano un doppio limite costituzionale per il respingimento.

Un ulteriore limite costituzionale deriva, inevitabilmente, dall'apertura internazionalista della Costituzione italiana garantita dagli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost. in base ai quali non sono ammesse politiche di respingimento che contrastino con il diritto internazionale e con il diritto dell'Unione europea.

I limiti costituzionali sin qui menzionati si legano a un aspetto che è già stato richiamato e che rappresenta indubbiamente un ulteriore limite generale di assoluto rilievo costituzionale, vale a dire la necessità di un esame della condizione individuale dello straniero come misura che deve precedere ogni forma di respingimento ed espulsione.

Sotto quest'ultimo profilo, lo sviluppo delle tutele del diritto internazionale all'interno dello spazio europeo fornisce utili e preziose indicazioni. L'elemento fondamentale dell'esame della condizione individuale, infatti, emerge con forza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in forza della quale la tutela della posizione del cittadino straniero nell'atto dell'attraversamento illegale delle frontiere viene collegata al divieto di espulsioni collettive dell'art. 4, protocollo 4, della CEDU. Limitandosi solo a richiamare alcune note sentenze – *Hirsi c. Italia* del 2012, *Sharifi c. Italia e Grecia* del 2014, *Khlaifia c. Italia* del 2016[28] – va qui ricordata l'impostazione che ha seguito il giudice di Strasburgo. Con un'apprezzabile interpretazione estensiva della CEDU, la Corte ha stabilito che il divieto di espulsioni collettive debba essere applicato anche ai respingimenti poiché tale limite vale per ogni tipo di allontanamento che non sia basato sull'esame della

grado di illuminare e rafforzare la ricerca e la tutela dei diritti fondamentali dei non cittadini, si rinvia a A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

27. Si rinvia, sul punto, tra la tanta dottrina, a C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 90 ss.; a V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV Convegno annuale 2009, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Napoli, Jovene, 2010, p. 3 ss.; A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, p. 221 ss.; A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, p. 345. P. Caretti, *I diritti fondamentali, – Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 92 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 2012, p. 32 ss.

28. Per un esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente al divieto di espulsioni collettive e al principio di *non-refoulement* si veda F. Scuto, *Aliens' protection against expulsion and prohibition of collective expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2018. In particolare, sul caso Khlaifia, si rinvia a P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2017, p. 176 ss.

condizione individuale[29]. Il giudice di Strasburgo è giunto a queste importanti conclusioni anche a fronte della difesa del Governo italiano che sosteneva non si trattasse di espulsioni collettive poiché, formalmente, la misura adottata non era l'espulsione, bensì il respingimento. Altrettanto significativa è la scelta operata dalla Corte nel caso *Hirsi* del 2012 – relativo alla politica dei respingimenti in alto mare adottata dall'Italia a partire dal 2009 – in cui la tutela del principio di *non-refoulement* ha trovato una significativa estensione per l'analisi che qui si sta svolgendo. Si trattava, nello specifico, di respingimenti operati dal Governo italiano in acque internazionali. A giudizio della Corte, non soltanto il divieto di espulsioni collettive ma anche il principio di *non-refoulement* (che la Corte ricollega abitualmente all'art. 3 CEDU relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti) devono sempre essere rispettati dallo Stato parte della Convenzione a prescindere dal luogo in cui si svolgono i fatti e, quindi, anche al di fuori del proprio territorio e persino in alto mare. Si tratta, in pratica, di garanzie extraterritoriali che non ammettono l'esistenza di zone prive di tutela né in alto mare, né tantomeno, evidentemente, alla frontiera o nel territorio statale[30]. Da questa significativa giurisprudenza del giudice di Strasburgo deriva, dunque, l'illegittimità di ogni forma di respingimento che sia effettuato automaticamente e senza dare alcuna possibilità di accesso alle procedure di asilo sottoponendo potenziali richiedenti asilo a concreti pericoli per la propria incolumità[31].

Sulla base del percorso che si è seguito, anche l'utilizzo di accordi di riammissione con Paesi terzi pone delle questioni problematiche. Obiettivo di questi accordi, infatti, consiste nel rendere più agevoli respingimenti ed espulsioni dei cittadini stranieri del Paese con cui si è stretto l'accordo, allontanamenti che tendono a divenire automatici nel momento in cui si evita l'esame della condizione individuale verificando la sola appartenenza nazionale[32]. L'utilizzo di procedure di accertamento della nazionalità che siano il più possibile rapide e sommarie rischia spesso di abbassare le garanzie riconducibili al principio di *non-*

29. Non concorda sull'opportunità e sull'importanza di tale impostazione della Corte EDU A. Muccione, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2017, secondo cui, invece, andrebbe distinto sul piano concettuale il divieto di espulsioni collettive dal divieto di respingimenti collettivi il quale andrebbe inteso più correttamente come corollario dell'obbligo di *non-refoulement*.

30. Per un approfondimento della sentenza e della sua portata "storica", si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 257 ss.

31. Questa impostazione vale, come dimostra il già richiamato caso *Sharifi* del 2014, anche nel caso di respingimenti automatici all'interno del territorio italiano: in quella circostanza la Corte EDU ha condannato l'Italia ritenendo che i respingimenti verso la Grecia, effettuati automaticamente e senza dare alcuna possibilità di accesso alle procedure di asilo presso il porto di Ancona, sottoponessero potenziali richiedenti asilo a concreti rischi in considerazione delle evidenti e gravi inefficienze del sistema di asilo greco.

32. Sulle caratteristiche di tali accordi e sul loro funzionamento sul piano pratico si rinvia a F. Scuto, *I diritti fondamentai della persona*, cit., p. 131 ss.

refoulement e al divieto di espulsioni collettive. Gli accordi bilaterali che prevedono procedure semplificate di allontanamento degli stranieri irregolari e gli accordi di riammissione [33] rappresentano, dunque, un problema oggettivo sul piano dell'effettiva tutela del diritto di asilo[34] e danno luogo a ulteriori complicazioni dal punto di vista dei limiti costituzionali al respingimento. Limiti che, evidentemente, dovrebbero automaticamente comportare l'impraticabilità di stipulare accordi di riammissione con Paesi i cui *standard* di tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali non siano soddisfacenti e in cui non sia garantita un'effettiva tutela del diritto di asilo. Da questo punto di vista, emergono in tutta la loro evidenza le gravi problematiche sottese alla stipula di accordi con la Libia che presuppongano respingimenti ed espulsioni praticamente automatiche verso quel Paese[35].

Queste riflessioni sui limiti costituzionali al respingimento inducono a ritenere che il ragionamento possa in qualche modo essere invertito: in linea teorica è probabilmente più corretto inquadrare la questione non tanto sul piano dei limiti al respingimento, quanto, piuttosto, sul fatto che sia quest'ultimo a dover essere considerato come un limite, un ostacolo, alla tutela costituzionale del diritto di asilo. Di conseguenza, il respingimento dovrebbe essere praticato e previsto dall'ordinamento quale misura di contrasto all'immigrazione irregolare da utilizzare soltanto in casi specifici e per particolari esigenze. Come si è già rilevato, però, si tratta di una misura tutt'altro che marginale.

3. I "porti chiusi": l'allontanamento dalle coste italiane e dalla Costituzione

La politica dei porti chiusi, in base alla quale è stata data facoltà al Governo italiano di impedire l'approdo nei porti italiani alle imbarcazioni delle organizzazioni non governative con a bordo migranti che tentano di raggiungere le nostre coste, rappresenta una *escalation* rispetto al precedente, già richiamato, dei respingimenti in alto mare. Il respingimento, infatti, non è adottato in questo caso in acque internazionali, bensì davanti alle coste e al limite delle acque territoriali, a poca distanza dai porti italiani e, in alcuni casi, già all'interno del territorio nazionale. Si tratta, di fatto, di una misura che rappresenta l'equivalente della costruzione di muri alla frontiera terreste, con l'aggravante che, in questo contesto, rischia di non essere garantita la sicurezza dei naufraghi salvati dalle imbarcazioni delle ONG. Letta in altri termini, questa misura di contrasto

33. Quali, solo per citare alcuni esempi, le procedure semplificate concordate a livello bilaterale con la Tunisia o il *Memorandum* d'intesa tra Italia e Libia del 2017.

34. Così anche A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere*, cit., p. 176, secondo cui gli accordi di riammissione mettono a rischio il principio di *non-refoulement* e ciò può comportare il mancato rispetto non solo del diritto di asilo, bensì anche della dignità umana e dei diritti inviolabili dell'uomo.

35. In relazione all'intesa stipulata tra Italia e Libia si rinvia all'ultimo paragrafo di questo lavoro.

all'immigrazione irregolare rappresenta una vera e propria sfida, alle porte di casa nostra, ai principi costituzionali richiamati in precedenza.

Come noto, l'adozione di questa misura è stata dapprima inaugurata dal primo Governo Conte e, successivamente, introdotta nell'ordinamento mediante l'utilizzo della decretazione d'urgenza. La disposizione è poi rimasta in vigore anche dopo la nascita del Governo Conte *bis* sostenuto dalla diversa maggioranza parlamentare giallo-rossa al cui interno si sono sollevate, in questi mesi, alcune voci critiche riguardo alla possibilità di impedire l'ingresso nei porti delle navi delle ONG sulla base delle disposizioni contenute nel decreto sicurezza *bis* del 2019, sulle quali si tornerà a breve.

Prima di addentrarsi nell'esame delle criticità sollevate da questo decreto, alcune premesse sono d'obbligo.

Sul piano del diritto costituzionale, vanno necessariamente richiamati alcuni livelli di tutela minimi che fungono da limiti costituzionali all'adozione di misure come quella dei porti chiusi. Ci si riferisce, innanzitutto, alla necessità di tutelare l'incolumità delle persone a bordo, al diritto alla vita che rappresenta un limite costituzionale anche in forza dell'apertura internazionalista della Costituzione, dal momento che nel diritto internazionale e nelle relative Convenzioni ratificate dall'Italia esso trova una chiara tutela[36]. Si tratta di una protezione che, peraltro, come già rilevato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esteso anche oltre i confini degli Stati aderenti alla CEDU. Ci si riferisce, inoltre, alla necessità di garantire il diritto alla salute dei migranti a bordo delle imbarcazioni. Si tratta, nella sostanza, di esigenze di rilievo costituzionale che impongono lo sbarco dei migranti.

In relazione al diritto internazionale del mare, va peraltro rilevato che, dalle Convenzioni in materia, non sembra possibile ricavare un pieno diritto all'ingresso nel porto. L'art. 25 della Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare consente agli Stati di impedire il passaggio di navi straniere per ragioni di sicurezza[37]. Inoltre, l'art. 19, paragrafo 2, lettera *g*) della medesima Convenzione stabilisce che il passaggio di una nave straniera possa essere considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, si consente il trasporto di persone in violazione delle leggi in materia di immigrazione vigenti nello Stato

36. In relazione alle Convenzioni di diritto internazionale del mare si fa riferimento, rispettivamente, alla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS - Safety of Life at Sea, Londra, 1974, ratificata dall'Italia con la legge n. 313 del 1980; alla Convenzione SAR di Amburgo del 1979, resa esecutiva dall'Italia con la legge n. 147 del 1989 e alla quale è stata data attuazione con il d.p.r. n. 662 del 1994; alla Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall'Italia dalla legge n. 689 del 1994.

37. Si fa riferimento alla già richiamata Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall'Italia dalla legge n. 689 del 1994.

in questione. Il che consentirebbe, dunque, l'intervento statale[38]. Sul punto, va peraltro rilevato che, anche limitandosi al solo diritto internazionale, la facoltà di limitare l'ingresso nel porto di navi straniere non può tradursi nella possibilità da parte degli Stati di sottrarsi al dovere di tutelare i richiedenti protezione internazionale sulla base della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 nonché, come visto, delle forme di protezione ricavabili dalla CEDU. Inoltre, dal diritto internazionale del mare deriva un ulteriore obbligo che consiste nel salvataggio di chiunque si trovi in pericolo in mare e nel connesso dovere di condurlo in un «luogo sicuro» (*place of safety*)[39]. Sull'importanza del concetto di luogo sicuro e sulla sua portata applicativa si tornerà a breve[40].

Come si è anticipato, il c.d. decreto sicurezza *bis*, adottato dal primo Governo Conte nell'estate del 2019[41] ha introdotto una disciplina legislativa dei porti chiusi mediante l'adozione di decretazione d'urgenza, circostanza, quest'ultima, che già di per sé potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionale in relazione ai requisiti richiesti dall'art. 77 Cost.[42]. Non è questo, comunque, l'aspetto più problematico della normativa introdotta anche in ragione del fatto che, come noto, l'abuso della decretazione d'urgenza da parte dei governi è oramai divenuta una pratica generalizzata che solleva gravi criticità sul piano della legittimità costituzionale, criticità che non possono essere approfondite in questa sede. L'art. 1 del decreto, che modifica l'art. 11 del Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in avanti TU imm.), inserendo il comma 1-*ter*, consente al Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di vietare l'ingresso, il transito e la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di ordine e

38. Sul diritto internazionale del mare e sui limiti al respingimento da esso derivabili e riconducibili all'esigenza di individuare un difficile equilibrio tra la sovranità statale intesa come possibilità di limitare gli ingressi nel territorio statale consentita dalle Convenzioni richiamate e al contempo garantire un soddisfacente livello di tutela dei diritti umani, si rinvia a I. Papanicolopulu e G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 24 ss.

39. Si tratta di un obbligo già previsto da norme consuetudinarie e sancito anche dalla richiamata Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS- Safety of Life at Sea, Londra, 1974, e dalla richiamata Convenzione SAR di Amburgo del 1979.

40. Nel paragrafo successivo di questo lavoro.

41. Si tratta del decreto-legge, n. 53 del 14 giugno 2019, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, convertito in legge dalla l. n. 77 dell'8 agosto.

42. La prima criticità può essere sollevata in relazione al rispetto del requisito di straordinaria necessità e urgenza richiesto dall'art. 77 Cost., laddove lo stringente requisito della straordinaria necessità e urgenza di un intervento come quello relativo appare quantomeno discutibile. La seconda criticità riguarda l'utilizzo della tecnica legislativa della decretazione di urgenza mediante un testo di legge il cui contenuto non è omogeneo poiché in esso vengono disciplinati ambiti tra loro eterogenei che vanno da quelli qui analizzati sino alle misure di contrasto dei fenomeni di violenza compiuti in occasione di manifestazioni sportive. Si vedano, sul punto, le osservazioni di 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, in www.asgi.it.

sicurezza pubblica ovvero in applicazione del già richiamato art 19 della Convenzione ONU sul diritto del mare, relativamente alle violazioni delle leggi vigenti in materia di immigrazione. L'art. 2, che modifica l'art. 12 TU imm., inserendo il comma 6-*bis*, introduce una sanzione amministrativa nei confronti del comandante di una nave che non rispetti i divieti di ingresso stabiliti in base all'art. 1 e prevede la confisca della nave[43].

Come è evidente, queste norme hanno l'obiettivo di contrastare l'azione di soccorso in mare dei migranti da parte delle ONG. Sul punto, appare innanzitutto opportuna una breve riflessione. A partire dal 2014, dopo la fine della missione *Mare nostrum* inaugurata dal Governo Letta l'anno precedente, né lo Stato italiano né l'Unione europea, che si è limitata a prevedere ridotti e inefficaci interventi di soccorso in mare, hanno predisposto misure finalizzate a dare applicazione alla tutela del diritto alla vita nonché del diritto di asilo costituzionale ed europeo che presuppongono la possibilità di poter effettivamente presentare una domanda di protezione. L'assenza dello Stato e dell'UE ha quindi creato un vuoto che è stato, in parte, colmato dall'azione delle ONG in mare. Le organizzazioni non governative hanno, quindi, svolto in questi anni, nei limiti delle loro possibilità, un compito essenziale legato al salvataggio di vite ma anche alla necessità di continuare a garantire un livello minimo di effettività per il diritto di asilo.

In questo contesto, il decreto sicurezza *bis* ha dato luogo a un ulteriore e sproporzionato inasprimento delle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare di questi anni. Rispetto a quest'ultima affermazione possono essere sollevate delle obiezioni in ragione del fatto che l'effettiva portata di queste nuove norme possa, in qualche modo, essere ridimensionata. Si può ritenere, infatti, che le disposizioni in questione abbiano avuto una limitata applicazione poiché in alcune occasioni, dopo l'iniziale chiusura, si è consentito l'ingresso delle navi delle ONG e in ragione del fatto che, in altri casi, si è permesso lo sbarco di alcuni soggetti fragili come i minori e le donne in stato di gravidanza. Si può inoltre derubricare la chiusura dei porti a semplice misura "di facciata" (o di propaganda elettorale) in ragione del fatto che, quotidianamente, continuano a sbarcare nelle nostre coste piccole imbarcazioni cariche di migranti e che quindi, di fatto, la politica dei porti chiusi si riduca ai casi più evidenti dei tentativi di sbarchi da parte delle navi delle ONG. Alcune di queste osservazioni hanno indubbiamente un loro fondamento,

43. L'art. 2 è stato modificato in sede di conversione inasprendo le misure in esso previste dal decreto legge. Nella sua versione definitiva, la norma prevede che «In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, si applica al comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000. La responsabilità solidale di cui all'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si estende all'armatore della nave. È sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, procedendosi immediatamente a sequestro cautelare. A seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono imputabili all'armatore e al proprietario della nave gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare.».

tuttavia non sembrano in grado di giustificare la presenza nell'ordinamento italiano di norme che presentano profili di chiara illegittimità alla luce del percorso che si è sin qui seguito relativamente ai limiti costituzionali al respingimento.

Inoltre, bisogna anche tenere in considerazione che queste disposizioni sono andate a modificare l'impianto del TU imm. sbilanciando l'equilibrio, già peraltro imperfetto, come si vedrà a breve[44], perseguito dalle disposizioni in materia che, in un quadro di luci ed ombre, tendono a prevedere dei limiti ai respingimenti. Il decreto sicurezza *bis* ha quindi "stressato" il TU imm. elevando a rango di norma primaria la politica dei porti chiusi e inserendo nell'ordinamento una disposizione della cui legittimità costituzionale è lecito dubitare anche in ragione della necessità di dare effettiva tutela al diritto di asilo.

Anche in questo caso, peraltro, la questione sembra riguardare il rapporto tra sovranità statale, dalla quale si fa derivare un presunto potere sovrano dello Stato di negare l'accesso al porto, e principi fondamentali della Costituzione come i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e il diritto di asilo costituzionale *ex* art. 10, terzo comma, Cost. Tale diritto deve presupporre, come si è detto, una possibilità di accesso nel territorio per il potenziale richiedente asilo che intenda presentare una domanda di protezione. Dal momento che è impossibile stabilire *a priori* che a bordo delle imbarcazioni presenti alla frontiera non vi siano richiedenti asilo bensì solo migranti irregolari, non consentire l'ingresso nei porti significa impedire alla radice la possibilità di esame della condizione individuale e, quindi, azzerare la portata applicativa e la tutela del diritto di asilo costituzionale[45].

Appare quindi opportuno, per le ragioni che qui si è tentato di esporre, che il legislatore abroghi queste disposizioni del decreto sicurezza *bis*, sia in ragione della loro assai dubbia legittimità rispetto ai limiti costituzionali del respingimento, sia in ragione dell'esigenza di ripristinare la coerenza complessiva del TU imm. Le misure di contrasto all'immigrazione irregolare, infatti, devono risultare coerenti rispetto a tale impianto normativo e, pertanto, non possono svuotare di contenuto le importanti tutele previste

44. Si rinvia, sul punto, al paragrafo 5 di questo lavoro.

45. La chiusura dei porti sembra generare, peraltro, problematiche non dissimili rispetto a quelle su cui si è pronunciata la Corte EDU nel già richiamato caso *Hirsi* del 2012. Il semplice respingimento legato al divieto di ingresso comporterebbe, teoricamente, una violazione del principio di *non-refoulement* nel caso in cui i migranti venissero ricondotti in luoghi in cui rischierebbero di subire torture o trattamenti inumani e degradanti. Nel caso specifico, però, questo pericolo non sembra sussistere poiché in questi mesi la chiusura dei porti italiani ha spesso avuto come conseguenza l'approdo delle navi delle ONG in altri porti europei o, in alternativa, la redistribuzione dei migranti tra i Paesi europei resisi disponibili su base volontaria. Tuttavia, l'assenza dell'esame della condizione individuale dei migranti collegata alla scelta di impedire l'approdo nei porti può comportare la violazione del divieto di espulsioni collettive.

dall'art. 2 in relazione ai diritti di ogni straniero presente alla frontiera[46]. Inoltre, va evidenziato che le disposizioni relative alla chiusura dei porti appaiono in contrasto con un'altra norma del TU imm. L'art. 10-*ter*, introdotto dall'art. 17 del d.l. n. 13/2017[47], prevede, infatti, che «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» (i c.d. *hotspot*). La norma, quindi, è molto esplicita in relazione alla necessità di garantire lo sbarco dei migranti a seguito di operazioni di salvataggio in mare e si pone, pertanto, in evidente contrasto con l'art. 1 del decreto sicurezza *bis*.

Si tratta, del resto, di norme, quelle del decreto sicurezza *bis* che, restando in vigore, consentono ai governi, presenti e futuri, a loro discrezionalità, di impedire l'accesso nei porti italiani di navi che abbiano soccorso in mare migranti. Al legislatore, pertanto, spetta il compito di intervenire sul punto anche per ristabilire la legittimità costituzionale dell'impianto del TU imm.

4. Gli interventi del giudice e l'insorgere di ulteriori contraddizioni: una conferma della necessità di abrogare le norme sulla chiusura dei porti

L'insostenibilità delle disposizioni contenute nel decreto sicurezza *bis* è stata peraltro confermata dai primi interventi del giudice relativamente al salvataggio in mare di migranti da parte delle ONG e, in particolare, al noto caso della nave *Sea Watch 3* e dell'arresto della comandante dell'imbarcazione, Carola Rackete, nell'estate del 2019[48]. Tanto l'ordinanza di scarcerazione del GIP di Agrigento[49], quanto la recente e importante sentenza della Corte di Cassazione depositata il 20 febbraio 2020[50] che ha confermato l'orientamento assunto in precedenza dal GIP, hanno seguito un percorso lineare che poggia sulla prevalenza delle norme del diritto internazionale relative al soccorso in mare rispetto alle disposizioni del decreto sicurezza *bis*. Il GIP di Agrigento aveva, infatti,

46. Come noto, il secondo comma dell'art. 2 TU imm. prevede che «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai princìpi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

47. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, «Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonchè per il contrasto dell'immigrazione illegale».

48. Carola Rackete, la comandante della Sea Watch 3, era stata arrestata il 29 giugno 2019, dopo aver violato il divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane ed essere entrata nel porto di Lampedusa urtando una motovedetta della Guardia di Finanza nel tentativo di arrivare in banchina.

49. Tribunale di Agrigento, ordinanza del GIP del 2.7.2019. Per un commento dell'ordinanza si rinvia a P. Rossi, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2019.

50. Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16.1/20.2.2020, n. 6626.

negato la convalida dell'arresto ritenendo che la comandante della *Sea Watch* avesse agito nell'adempimento del dovere di soccorso marittimo derivante dalle norme del diritto internazionale. La Procura della Repubblica ha poi impugnato il provvedimento del GIP e la Cassazione ha respinto il ricorso confermando la decisione del giudice di Agrigento. Si tratta di un'impostazione le cui conclusioni, che poggiano sulla necessità di dare applicazione alle norme di diritto internazionale, come si cercherà di dimostrare, possono in realtà ricollegarsi anche ai limiti costituzionali del respingimento così come si sono qui delineati.

Limitandosi agli aspetti più strettamente riconducibili all'indagine che qui si sta svolgendo[51], dalla sentenza della Corte di Cassazione emergono importanti elementi di riflessione. La sentenza ha confermato la correttezza della decisione del giudice di convalida secondo cui la comandante della nave aveva agito, ai sensi dell'art. 51 del codice penale[52], nell'adempimento di un dovere, vale a dire il salvataggio in mare di naufraghi imposto dal complesso di norme derivanti dal diritto internazionale. Come evidenzia la Corte di Cassazione, l'obbligo di soccorso in mare è una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e, come tale, direttamente applicabile nel nostro ordinamento in forza dell'art. 10, primo comma, Cost. Vanno inoltre considerate le già richiamate fonti pattizie del diritto internazionale in materia (Convenzione SOLAS, Convenzione SAR di Amburgo, Convenzione UNCLOS sul diritto del mare), dalle quali è possibile desumere, a giudizio della Corte, che l'attività di salvataggio dei naufraghi non può esaurirsi con il recupero a bordo della nave. Si giunge, così, al nodo centrale della questione. In base alla Convenzione SAR di Amburgo (punto 3.1.9), infatti, il salvataggio in mare non si esaurisce con l'accoglienza a bordo della nave ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcare i naufraghi in un «luogo sicuro» (*place of safety*). Inoltre, sulla base delle linee guida allegate alla Convenzione SAR: «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (cibo, alloggio, cure mediche) possono essere soddisfatte e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale». Come è evidente, pertanto, la misura dei porti chiusi si pone

51. La sentenza stabilisce anche l'impossibilità di qualificare la motovedetta della Guardia di Finanza come «nave da guerra», qualifica che avrebbe comportato per Carola Rackete il rischio di una condanna da tre a dieci anni, in base all'art. 1100 cod. nav. Per un approfondimento sul contenuto della sentenza, si rinvia a L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in www.asgi.it, 26 febbraio 2020.

52. In base al quale «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità».

in netto contrasto con la necessità di sbarco in un luogo sicuro prescritta dal diritto internazionale[53].

Nel richiamo alla nozione di «luogo sicuro» è individuabile una delle conclusioni che appaiono più significative di questa sentenza. La Corte, infatti, non si limita a evidenziare che una nave in mare non può considerarsi luogo sicuro poiché è in balia degli eventi metereologici avversi e non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse, ma va oltre, affermando che non può neppure considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il solo salvataggio dei naufraghi e con la permanenza sulla nave poiché tali persone hanno diritto di presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione impossibile da effettuare a bordo. Anche se la Corte di Cassazione è rimasta ancorata al diritto internazionale, appare evidente che queste conclusioni possano rappresentare l'anello di congiunzione tra le tutele del diritto internazionale e il diritto di asilo costituzionale inteso come limite al respingimento su cui si sta concentrando la nostra analisi. Questa impostazione della Corte, peraltro, può agevolmente essere ricollegata al suo orientamento giurisprudenziale richiamato in precedenza in base al quale il diritto di asilo costituzionale presuppone un diritto di accesso al territorio ai fini della presentazione della domanda di asilo.

Le limpide conclusioni alle quali è giunta la Corte di Cassazione non consentono, comunque, di ritenere superata la questione dell'applicazione delle norme relative ai porti chiusi. L'interpretazione delle attività di soccorso in mare e dei conseguenti doveri dello Stato che recentemente è stata fornita da due decisioni di Tribunali italiani, infatti, ha portato a esiti opposti. Le questioni, riguardano, in entrambi i casi, il salvataggio in mare di migranti operato da navi di due ONG nel 2019 e la scelta del Governo italiano di non consentire lo sbarco a quelle imbarcazioni[54].

Con decreto del 21 novembre 2019 il Tribunale di Roma, collegio per i reati ministeriali, ha archiviato le accuse ipotizzate nei confronti dell'*ex* Ministro dell'interno Salvini per aver negato, ad aprile del 2019, lo sbarco in un porto italiano ai migranti salvati dalla nave *Alan Kurdi della* ONG *Sea Eye*, imbarcazione battente bandiera tedesca. A giudizio del Tribunale, le regole derivanti dal diritto internazionale relative agli obblighi per lo Stato di consentire lo sbarco in un luogo sicuro non si applicherebbero alle

53. Sul significato della portata del «luogo sicuro» per il diritto internazionale si rinvia a I. Papanicolopulu e G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale*, cit., p. 40 ss. che evidenziano anche come il collegamento tra l'obbligo di salvataggio in mare e sbarco in luogo sicuro e l'obbligo di *non-refoulement* costituisce un punto di incontro tra il diritto del mare, il diritto dei rifugiati e il diritto dei diritti umani.

54. Per un approfondimento delle diverse conclusioni a cui sono giunti il Tribunale di Roma e il Tribunale di Palermo si rinvia a G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto sicurezza bis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Diritti senza confini* – www. asgi.it, 26 febbraio 2020.

navi che "professionalmente" si occupano del soccorso in mare. Di conseguenza, solo lo Stato di bandiera sarebbe obbligato ad assumersi la responsabilità dello sbarco e poiché, nel caso in questione, la Germania era un Paese troppo lontano da raggiungere via mare, non era possibile, a giudizio del Tribunale, individuare Stati responsabili in tal senso. Si tratta, in questo caso, di un'interpretazione delle norme internazionali relative alla necessità di approdo in «luogo sicuro» che suscita più di una perplessità alla luce del quadro normativo che si è richiamato in precedenza. Viceversa, per una vicenda sostanzialmente analoga, il 31 gennaio 2020 il Tribunale dei ministri di Palermo ha chiesto al Senato l'autorizzazione a processare l'*ex* Ministro Salvini[55]. Si tratta, anche in questo caso, di un'imbarcazione di una ONG, la nave spagnola *Open Arms* che aveva tratto in salvo decine di migranti alla quale, nell'agosto 2019, era stato vietato l'ingresso nel porto di Lampedusa. A giudizio del Tribunale di Palermo, il decreto sicurezza *bis* non può essere applicato a navi che soccorrono naufraghi poiché il soccorso in mare è obbligatorio. Il Tribunale è giunto alle sue conclusioni ritenendo necessaria l'applicazione delle norme internazionali relative allo sbarco in un luogo sicuro e ipotizzando che il divieto di ingresso previsto dalle disposizioni del decreto sicurezza *bis* potrebbe applicarsi ai soli casi di immigrazione illegale non connessi a operazioni di soccorso in mare.

Al di là del tema relativo alle presunte responsabilità dell'*ex* Ministro dell'interno, questione non di rilievo per l'analisi che qui si sta svolgendo, le conclusioni assai diverse alle quali sono giunti i due Tribunali sull'applicabilità delle norme del decreto sicurezza *bis* sembrano confermare la necessità di procedere alla loro abrogazione anche in ragione del fatto che, come si è visto, la loro interpretazione può generare ulteriori questioni problematiche in relazione all'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto e delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare.

5. I limiti al respingimento ricavabili dal TU sull'immigrazione

Nell'ordinamento italiano sono individuabili, tra le fonti primarie, alcune disposizioni ricavabili dal TU imm. che contengono limitazioni all'applicazione del respingimento. Sotto questo profilo, la già richiamata disposizione contenuta nell'art. 2 TU imm. relativa ai diritti di ogni straniero presente alla frontiera può essere considerata come una sorta di norma generale anche sul piano dei limiti legislativi al respingimento nel suo presupporre,

55. Il Tribunale dei Ministri di Palermo ha trasmesso gli atti al Procuratore della Repubblica di Palermo il 31 gennaio 2020 affinchè rimettesse gli atti al Presidente del Senato della Repubblica con richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del senatore Matteo Salvini, già Ministro dell'interno. La richiesta di autorizzazione a procedere inviata dalla Procura di Palermo è disponibile nel sito web del Senato.

in ogni caso, la necessaria tutela del diritto di asilo, del diritto alla salute, della libertà personale e del diritto alla difesa.

L'art. 10, quarto comma, TU imm. stabilisce che il respingimento non può essere eseguito nei confronti dei richiedenti asilo o degli stranieri ai quali siano applicabili forme di protezione temporanea[56]. Si tratta di un limite che, probabilmente, è eccessivamente vago ma che, comunque, non può essere ignorato. Nell'ambito della disciplina dei respingimenti, dunque, il TU imm. sembra in qualche modo richiedere, sia pur non esplicitamente, un esame della condizione individuale dello straniero nel momento in cui stabilisce la necessità di attenersi alle disposizioni vigenti in materia di asilo e protezione internazionale. Anche in base a questa disposizione, pertanto, non dovrebbero essere consentiti respingimenti indiscriminati alla frontiera italiana senza un previo accertamento dell'identità e della provenienza dei cittadini stranieri, al fine di poter verificare se i migranti siano o meno potenziali beneficiari del diritto di asilo[57]. Va comunque specificato che questa disposizione non è in grado di colmare quella che appare una lacuna dell'ordinamento italiano. Manca, infatti, una disciplina chiara e precisa sulla necessità di procedere alla valutazione della condizione individuale dello straniero che tenta di attraversare irregolarmente la frontiera, disciplina che sarebbe fondamentale per garantire effettività ai diritti fondamentali[58]. Si tratta di un vuoto legislativo che ha un impatto negativo per quanto riguarda l'effettività dei limiti al respingimento e la necessità di verificare se lo straniero possa potenzialmente accedere a forme di protezione.

Sul piano delle procedure, va menzionato l'art. 11, sesto comma, TU imm., in base al quale presso i valichi di frontiera sono previsti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo (o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi). Inoltre, in base all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008[59], le informazioni di cui all'art. 10, primo comma[60], vanno fornite anche allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale

56. Il quarto comma dell'art. 10 prevede che le precedenti disposizioni contenute nell'articolo e volte a disciplinare il respingimento «non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari».

57. Cfr., sul punto, D.U. Galetta, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'"esternalizzazione" e politiche nazionali di gestione della c.d. "emergenza immigrazione"*, in *Riv. Dir Pubbl. Com.*, fasc. 6, 2010, p. 1463; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 352.

58. Così anche P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia*, cit., p. 180.

59. Articolo introdotto dal d.lgs. n. 142 del 2015.

60. In base all'art. 10, «all'atto della presentazione della domanda 1'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tale fine consegna al richiedente l'opuscolo informativo di cui al comma 2».

ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito[61]. Per quanto riguarda l'applicazione della misura del respingimento, ci sono due disposizioni del TU imm. che possono in qualche modo essere considerate dei limiti rispetto alle modalità con cui viene attuato. Agli stranieri respinti deve essere fornita l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera (art. 10, quinto comma): si tratta di una disposizione piuttosto generica che sembra limitarsi a forme di tutela e assistenza rispetto a esigenze urgenti. Viene stabilito, poi, che il respingimento di persone vulnerabili sia effettuato con modalità compatibili con le specifiche condizioni personali debitamente accertate (art. 19, comma 2-*bis*). Anche questa disposizione non appare particolarmente puntuale poiché non si specifica con quali modalità vada effettuato il respingimento delle persone vulnerabili.

Recentemente, il primo decreto sicurezza del 2018[62] ha modificato la disciplina relativa al respingimento dell'art. 10 TU imm. in senso restrittivo prevedendo che, allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento sia fatto divieto di reingresso nel territorio dello Stato per un periodo da tre a cinque anni e che, in caso di trasgressione, sia punito con la reclusione da uno a quattro anni ed espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. Qualora lo straniero sia già stato condannato in base a quanto previsto dalla disposizione richiamata, in caso di nuovo ingresso illegale nel territorio italiano è prevista una pena da uno a cinque anni di reclusione[63]. Per questi casi di violazione del divieto di reingresso, è previsto come obbligatorio l'arresto e si applica il rito direttissimo. Spetta, inoltre, all'autorità di pubblica sicurezza il compito di inserire il divieto di reingresso nel Sistema di Informazione Schengen (SIS) e tale divieto comporta, quindi, il divieto di ingresso negli Stati dell'Unione europea e negli Stati che applicano le regole del Sistema Schengen. Tali disposizioni appaiono eccessivamente sbilanciate sul versante delle misure di sicurezza e contrasto all'immigrazione irregolare. Si tratta di una normativa repressiva che non sembra proporzionata rispetto agli obiettivi da essa perseguiti dando luogo, di fatto, a una sorta di persecuzione del legislatore nei confronti dello straniero respinto a cui si impedisce, per anni, la possibilità di ingresso nell'UE.

61. A tal fine, è inoltre assicurato l'accesso ai valichi di frontiera dei rappresentanti dell'UNHCR e degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore. Accesso che, in base all'art. 10-*bis*, secondo comma, può essere limitato «per motivi di sicurezza, ordine pubblico o comunque per ragioni connesse alla gestione amministrativa, purchè non impedito completamente».

62. In generale, per un commento a tale decreto si rinvia a A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in Costituzionalismo.it, 2/2018, 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*, 1/2019; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in Federalismi.it, n. 22, 2018; F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, Pacini giuridica, 2019.

63. Si fa riferimento ai commi dal 2-*bis* al 2-*sexies* dell'art. 10 TU imm., commi inseriti dall'art. 5-*bis*, co. 1, lett. b), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

Tra le norme di rilievo primario relative ai limiti al respingimento, vanno senz'altro compresi i divieti di respingimento ed espulsione previsti dal legislatore e contenuti nell'art. 19 TU imm. Si tratta di disposizioni che presentano luci e ombre.

Senz'altro positivo è il divieto di respingimento verso uno Stato in cui lo straniero rischi di subire persecuzioni, torture o maltrattamenti. A tale riguardo, va rilevato che nel 2017 il legislatore ha opportunamente inserito un'ulteriore garanzia che dovrebbe aggiungere tutele per lo straniero e limiti per le autorità nell'applicazione del respingimento: al comma 1.1. dell'art. 19 si prevede, infatti, che nella valutazione relativa al pericolo che in caso di respingimento o espulsione lo straniero possa subire torture, si deve tenere conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani[64]. Queste disposizioni danno dunque applicazione, sul piano legislativo, al principio di *non-refoulement* che, come si è già evidenziato, assume valore costituzionale poiché è ricollegabile all'effettiva tutela dell'art. 10, terzo comma, Cost., oltre ad essere previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Inoltre, va certamente valutata positivamente la modifica dell'art. 19 operata dalla legge sui minori stranieri non accompagnati del 2017 che ha introdotto nell'ordinamento il divieto di respingimento di questa categoria di minori[65]. Questo intervento normativo ha consentito di fare chiarezza dopo anni di dubbi interpretativi che avevano favorito l'emergere di prassi diverse in ragione del fatto che, prima di questa modifica normativa, l'art. 19 aveva previsto, al secondo comma, soltanto il divieto generale di espulsione del minore straniero (salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi), derogabile in via eccezionale per motivi di sicurezza e ordine pubblico. Introducendo il divieto di respingimento dei minori stranieri non accompagnati, il legislatore ha dunque giustamente fatto prevalere le esigenze di tutela del minore rispetto alle azioni di contrasto dell'immigrazione irregolare. È dunque opportunamente emerso un altro limite al respingimento, limite che, in forza dell'apertura internazionalista della nostra Costituzione, ha rilievo costituzionale nel suo ricollegarsi alla necessaria attenzione all'interesse prevalente del minore derivante dal diritto internazionale[66].

64. Comma inserito dall'articolo 3 della l. n. 110 del 2017.

65. Secondo quanto previsto dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 19, comma inserito dall'art. 3, co. 1, lett. a), della l. n. 47 del 2017, nota come legge sui minori stranieri non accompagnati. Per un commento alla legge si rinvia a C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione di minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in questa *Rivista*, n. 2.2017. Per quanto riguarda, poi, la disciplina contenuta nella legge relativa al diritto alla salute e all'assistenza sanitaria degli stranieri minorenni e in particolare di quelli non accompagnati, si veda G.A. Giuffrè, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47 del 2017*, in Federalismi.it, *Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017.

66. E, in particolare, dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

Gli aspetti negativi relativi ai divieti di respingimento previsti dall'art. 19 del TU imm. risiedono soprattutto nel fatto che si tratta di divieti limitati poiché non coincidono con quelli, più ampi, previsti dal medesimo articolo relativamente all'espulsione e che riguardano, in alcuni casi, la tutela di diritti fondamentali. Se, infatti, con l'introduzione del divieto di respingimento dei minori stranieri non accompagnati si è parzialmente posto rimedio alla mancata tutela dei minori stranieri a fronte di un provvedimento di respingimento, lo stesso non può dirsi in relazione alla tutela del diritto alla salute. La tutela di questo diritto fondamentale rappresenta, da sempre, uno dei nodi critici dal punto di vista del bilanciamento tra politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e tutela dei diritti, anche nell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione[67]. L'art. 19 prevede soltanto il divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza[68]. Tale divieto, però, non è esteso anche ai respingimenti. Recentemente, con il primo decreto sicurezza del 2018 è stato introdotto un nuovo divieto di espulsione (e conseguente permesso di soggiorno per cure mediche non superiore a un anno) per persone che versano in condizioni di salute di particolare gravità[69]. Si tratta di un'estensione positiva se si considera la necessità di innalzare il livello di tutela del diritto alla salute nei confronti dei cittadini stranieri destinatari di provvedimenti di espulsione. Tale disposizione andrebbe però estesa anche alle ipotesi di respingimento poiché, in questo caso, viene eccessivamente sacrificata l'esigenza di tutela della salute.

6. I nodi attuali del respingimento differito

Come noto, in base a quanto previsto dall'art. 10 TU imm., esistono due tipologie di respingimento. Il respingimento immediato alla frontiera, misura che comporta una limitazione della libertà di circolazione dello straniero[70], e il respingimento differito, vale a dire il respingimento con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore nei

67. Il diritto alla salute è stato infatti tendenzialmente ridimensionato a fronte della possibilità di eseguire provvedimenti di espulsione, anche in assenza di disposizioni nell'impianto originario del TUI che prevedessero tale tutela. Si veda, sul punto, se si vuole, F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2008, p. 381 ss.

68. Divieto al quale si è aggiunto, grazie alla sentenza n. 376 del 2000 della Corte costituzionale, il divieto di espulsione del marito convivente della donna durante il periodo della gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

69. Si fa riferimento all'art. 19, co. 2, lett. d)-*bis*, lettera aggiunta dall' art. 1, co. 1, lett. g), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

70. Libertà di cui non è titolare lo straniero non regolarmente soggiornante. Tale limitazione non confligge peraltro con la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost., anche in ragione del fatto che in materia si deve applicare l'art. 14 del Regolamento UE relativo al Codice di attraversamento delle frontiere Schengen. Cfr., Sul punto, P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 1.

confronti dello straniero che, entrando nel territorio statale sottraendosi ai controlli di frontiera, sia stato «fermato all'ingresso o subito dopo» [71]. In questa tipologia di respingimento rientra anche il respingimento dello straniero che, pur non essendo legittimato all'ingresso, sia stato temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso. Nella seconda tipologia di respingimento, pertanto, l'attuazione del provvedimento non è immediata e l'allontanamento avviene mediante una procedura simile a quella dell'accompagnamento coattivo a seguito di un provvedimento di espulsione.

Data la sua natura e le procedure ad esso connesse, il respingimento differito presenta notevoli problemi di costituzionalità e può essere assimilato alle questioni problematiche sollevate dai provvedimenti di espulsione e dal trattenimento dello straniero su cui si è più volte soffermata la dottrina[72]. Ci si riferisce, in particolare, al fatto che il respingimento differito incide sulla sfera della libertà personale prevedendo l'accompagnamento dello straniero alla frontiera. A tale riguardo, valgono le medesime conclusioni fornite a suo tempo dalla Corte costituzionale in merito all'espulsione coattiva e alla necessità che tale provvedimento sia conforme ai limiti di cui all'art. 13 Cost.[73] e, in particolare, alla riserva di giurisdizione e alla necessaria convalida del giudice anche a fronte di provvedimenti eccezionali di necessità e urgenza (art. 13, terzo comma). A lungo, la dottrina ha

71. In base a quanto previsto dall'art. 10, co. 2, TU imm.

72. Nell'ampia dottrina in materia si rinvia, tra i tanti, a P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2001, p. 48; C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 80 ss.; A. Pugiotto, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 353 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 218 ss.; R. Cherchi *Il respingimento, l'espulsione e l'esecuzione dell'espulsione, il trattenimento del cittadino di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione europea*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 233-235; A. Marletta, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa* (nota a Giudice di pace Agrigento, 18.10.2011, n. 741), in *Giur. mer.*, 2012, p. 1138 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, pp. 15-29.

73. Si fa riferimento alle note sentt. nn. 105/2001 e 222/2004 in cui la Corte costituzionale ha stabilito che la misura dell'accompagnamento coattivo dello straniero sottesa a un procedimento di espulsione o di respingimento differito incide sulla libertà personale *ex* art. 13 Cost.: è stato così sgomberato il campo dal dubbio sulla sua collocazione tra le misure che limitano la libertà personale o, viceversa, la libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost., per cui non è prevista alcuna riserva di giurisdizione. Si tratta quindi di misure che, evidentemente, richiedono la necessaria convalida da parte del giudice. Sulla portata di queste sentenze si rinvia alla dottrina richiamata nella nota precedente. Sul "clima" di quegli anni, tra interventi del legislatore che hanno allontanato le procedure di allontanamento degli stranieri irregolari dall'art. 13 Cost. e parziali interventi riparatori della Corte costituzionale, si rinvia a C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 3 ss. che, sul punto, evidenzia anche che – in una chiara ottica di indebolimento delle garanzie nei confronti degli stranieri – fu devoluto alla competenza del Giudice di pace il contenzioso relativo all'allontanamento degli stranieri.

giustamente rilevato i profili di incostituzionalità del respingimento differito rilevando, *in primis*, la mancata previsione nel TU imm. di una convalida da parte del giudice[74].

In questo contesto, l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 275 del 2017 ha indubbiamente avuto un impatto[75]. Pur dichiarando inammissibile la questione così come era stata sollevata, la Corte ha rivolto al legislatore il monito di rendere conforme all'art. 13, terzo comma Cost., la disciplina del respingimento differito che comporta l'accompagnamento coattivo alla frontiera, confermando l'incostituzionalità del TU imm. laddove non prevedeva la necessaria convalida del giudice. Sul punto è, da ultimo, opportunamente intervenuto il legislatore che, tra le norme del primo decreto sicurezza del 2018, ha introdotto la convalida da parte del giudice per i provvedimenti di respingimento differito e ha operato un rinvio alla disciplina prevista per l'espulsione anche per quanto riguarda la comunicazione al destinatario del provvedimento e la possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria[76].

Nella sentenza n. 275, la Corte costituzionale ha confermato l'impostazione del TU imm. che capovolge, nei confronti degli stranieri irregolari, eccezione e regola generale disciplinate dall'art. 13 Cost. sia per quanto riguarda le espulsioni che i respingimenti. Di fatto, i casi eccezionali di necessità e urgenza che, in deroga alla previsione generale contenuta nel secondo comma, consentono interventi provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza sulla base del terzo comma, diventano infatti la regola per l'esecuzione di questi provvedimenti[77]. Sotto questo profilo, si potrebbe ritenere che la Corte abbia fornito un'interpretazione riduttiva richiedendo l'adeguamento della normativa al terzo comma dell'art. 13 Cost. piuttosto che al secondo comma del medesimo articolo. Del resto, la

74. In relazione ai profili di dubbia legittimità costituzionale del respingimento differito sulla base della normativa del TUI adottata nel 1998 si rinvia a C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, cit., p. 158 ss.; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., pp. 287 e 530; S. Romanotto, P. Bonetti, *Respingimenti*, in www.asgi.it, p. 5; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 17 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 148 ss.

75. Per un approfondimento sul contenuto e sugli effetti di tale sentenza di rinvia a P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore*, cit. p. 4 ss.; S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 136 ss.; R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 75 ss.; V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017)*, in Federalismi.it, n. 17, 2018.

76. Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 10 TUI è stato inserito dall'art. 5-*bis*, co. 1, lett. a) del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132. La nuova disposizione rinvia alla disciplina prevista dall'art. 13 TUI per l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione coattiva dello straniero.

77. Sul tema del capovolgimento, di fatto, delle previsioni contenute nell'art. 13 Cost. in relazione della disciplina delle espulsioni degli stranieri irregolari si rinvia a P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale*, cit., p. 44 ss.; A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 44 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 264 ss.

Corte ha anche in questo caso optato, come aveva già fatto in passato con le richiamate sentenze relative alla disciplina delle espulsioni, per il mantenimento dell'impianto generale di questa normativa che persegue, come evidenziato dalla stessa Corte, un interesse costituzionalmente rilevante legato al mantenimento dell'ordine pubblico e al contenimento dei flussi migratori irregolari. Tuttavia, va comunque ricordato che, con il riferimento alla necessaria conformità della disciplina rispetto al terzo comma dell'art. 13 non ci si riferisce solo alla convalida giudiziaria e al necessario ruolo del giudice, lacuna da ultimo colmata dal legislatore nel 2018.

Gli ultimi interventi del legislatore, infatti, non hanno risolto altre questioni problematiche del respingimento differito rispetto alle tutele previste dall'art. 13 Cost. Ci si riferisce, in particolare, ai requisiti della eccezionalità e tassatività richiesti dal terzo comma per l'adozione, da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, di provvedimenti limitativi della libertà personale.

Quanto al requisito dell'eccezionalità, esso appare carente se riferito al respingimento differito dal momento che, di fatto, l'autorità amministrativa lo dispone di regola non appena sia accertato che uno straniero sia entrato nel territorio statale senza essere in possesso dei requisiti richiesti[78]. In via di prassi, dunque, il respingimento differito rappresenta la regola e non l'eccezione.

Tale provvedimento appare, poi, difficilmente compatibile con il requisito della necessaria tassatività della previsione di legge. Il presupposto per l'adozione di un respingimento differito previsto dall'art. 10 TU imm. relativo alla circostanza che lo straniero sia fermato «subito dopo» l'ingresso nel territorio appare eccessivamente generico e indeterminato. Infatti, non è possibile stabilire con certezza nemmeno se l'enunciazione «subito dopo» si riferisca a un criterio spaziale (interpretabile come una possibilità di intervento dell'autorità di pubblica sicurezza che dovrebbe avvenire poco dopo l'attraversamento della frontiera, ma non è precisato a quale distanza dal confine), temporale (riferibile alla possibilità di effettuare il respingimento poco tempo dopo l'attraversamento della frontiera, ma non si indica entro quale termine), oppure a

78. Riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito del 2018 si rinvia anche alle considerazioni di R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 80 ss., secondo cui continua ad essere controversa la legittimità di norme che, prevedendo un procedimento di convalida *ex post* del decreto questorile, sono conformi al modello di cui all'art. 13, co. 3, Cost. e non a quello di cui all'art. 13, co. 2, Cost. Sotto questo profilo, a giudizio dell'A., sarebbe stato meglio se la sentenza Corte cost. n. 275/2017 avesse contenuto un monito a conformare il regime giuridico del respingimento all'art. 13, co. 2, Cost., anziché all'art. 13, co. 3, Cost., perché l'indicazione di questo comma può aver alimentato la convinzione dell'adeguatezza di un procedimento di convalida *ex post*.

entrambi [79]. In relazione all'applicabilità del criterio temporale, poi, viene spontaneo domandarsi quanto possa estendersi sul piano temporale questo periodo dal momento che la norma è alquanto vaga sul punto. Quel che è certo è che l'eccessiva genericità di questa disposizione consente, in via di prassi, di adottare il respingimento differito anche diversi giorni dopo che lo straniero sia stato fermato allontanandosi, però, in questo modo, dalla *ratio* della misura del respingimento. Allo stato attuale, dunque, appare indubbio che i presupposti per l'adozione del respingimento differito continuino ad essere eccessivamente vaghi rispetto al requisito della tassatività richiesto dall'art. 13, terzo comma, Cost. Inoltre, va rilevato che lo stesso presupposto – l'ingresso irregolare nel territorio – è previsto dall'art. 13 TU imm. per l'adozione di un provvedimento di espulsione. La conseguenza è che viene assegnato un potere discrezionale eccessivamente ampio all'autorità amministrativa in ordine alla scelta sull'adozione di un provvedimento di espulsione o di respingimento differito, dal momento che i presupposti tendono a coincidere.

Nella sostanza, dunque, il respingimento differito, così come previsto dal legislatore, tende a non rispettare i limiti costituzionali per il respingimento che derivano, in questo caso, dalle garanzie contenute nell'art. 13 Cost. Queste considerazioni portano a ritenere necessario un intervento del legislatore che preveda una disciplina del respingimento differito più puntuale e rispettosa delle garanzie costituzionali. Si potrebbe, peraltro, valutare anche l'opportunità di un'abrogazione della disciplina relativa al respingimento differito. Infatti, mantenere in vigore soltanto la disciplina del respingimento immediato e quella dell'espulsione amministrativa non darebbe luogo ad alcuna lacuna legislativa. La possibilità di un superamento del respingimento differito, peraltro, sembra giustificarsi ancora di più in ragione delle modifiche operate dal decreto sicurezza del 2018 che, come si è detto, ha previsto una disciplina di questa tipologia di respingimento che rimanda a quella dell'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 TU imm. e che, pertanto, appare come un suo doppione sul quale continuano a gravare, però, le criticità che si sono evidenziate. Oltretutto, questa tesi sembra avvalorata dal contenuto dell'art. 14 del Regolamento UE relativo al Codice di attraversamento delle frontiere che, condivisibilmente, richiede che il provvedimento di respingimento sia di «applicazione immediata». Sotto questo profilo, si potrebbe quindi anche ipotizzare un contrasto della normativa italiana che consente, di fatto, l'adozione di provvedimenti di respingimento differito piuttosto dilatati nel tempo, con la normativa dell'Unione europea e, di conseguenza con l'art. 117, primo comma, Cost.

79. Cfr., sul punto, A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 18; R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 81; V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero*, cit., p. 9.

7. Il caso emblematico dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali

Le recenti vicende legate alle pratiche con cui viene limitata la libertà personale di molti cittadini stranieri in attesa di respingimento presso le zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali, come quello dell'aeroporto di Milano Malpensa[80], sono senz'altro emblematiche poiché riassumono molte delle attuali problematiche del respingimento.

Esemplificativa, sotto questo punto di vista, è la vicenda che ha riguardato due donne, cittadine straniere, giunte nell'aeroporto milanese e destinatarie di un provvedimento di respingimento immediato, motivato dalla mancanza di un titolo valido per l'ingresso nel territorio nazionale[81]. In quella come in altre circostanze, il respingimento non è stato immediatamente eseguito dal vettore che le aveva condotte alla frontiera, come invece prevede l'art. 10, terzo comma, TU imm. Le due donne sono state ricondotte nei loro Paesi di origine in un caso dopo tre giorni, nell'altro dopo cinque giorni di trattenimento nella zona di transito aeroportuale. In altre circostanze, peraltro, si sono verificati respingimenti dopo ben otto giorni di trattenimento all'interno dell'aeroporto[82]. Durante il periodo intercorso tra la notifica del provvedimento di respingimento e la sua attuazione che, come si è visto, può durare anche diversi giorni, i cittadini stranieri destinatari di questi provvedimenti sono trattenuti e, in seguito, allontanati senza alcuna convalida del giudice. In base alle testimonianze raccolte, inoltre, in diversi casi viene anche impedita l'assistenza legale essendo negato il diritto ad incontrare un legale, nonostante numerose richieste di accesso. Il trattenimento avviene, in condizioni quantomeno precarie[83], presso una sala all'interno dell'aeroporto di Milano Malpensa dalla quale è interdetta l'uscita fino all'imbarco sul volo di rinvio.

Queste vicende, qui soltanto brevemente richiamate, sollevano diverse questioni problematiche.

---

80. Si rinvia, sul punto, all'indagine condotta da ASGI e, in particolare, ad ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, in www.asgi.it, 2019. Nel corso del 2018, soltanto a Milano Malpensa sono state respinte con queste modalità 2109 persone. Recentemente ASGI ha rilevato pratiche del tutto analoghe presso l'aeroporto di Roma Fiumicino.

81. Per un approfondimento della vicenda si rinvia a ASGI, *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, in www.asgi.it, dicembre 2018.

82. Cfr. ASGI, *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale*, cit.

83. In base a quanto riportato da ASGI, le dimensioni del locale comune (circa 8x6 metri) non paiono adeguate, non offrendo una superficie abitabile adeguata rispetto al numero di persone ospitate che, secondo le testimonianze, possono variare dalle dieci alle diciotto a seconda dei giorni. La sala non dispone di alcuna finestra ed è dotata solo di luce artificiale al neon accesa di giorno e di note. Non è garantita alcuna illuminazione naturale e la luce artificiale perennemente accesa può provocare nelle persone trattenute un forte senso di spaesamento e di perenne vigilanza. Non è data la possibilità di uscire all'aria aperta. Per quanto concerne le attrezzature per dormire, vengono fornite brandine in ferro, senza materasso, posizionate una accanto all'altra.

Innanzitutto, entra in gioco, anche in questo caso, la questione del territorio e la pretesa di differenziare le tutele sulla base di una distinzione tra territorio statale e presunta extraterritorialità della zona aeroportuale. In questo caso specifico, l'attribuzione di una natura extraterritoriale alla zona aeroportuale non ha obiettivamente ragion d'essere trattandosi, indiscutibilmente, di un territorio che va posto sotto la giurisdizione statale. Questo principio, peraltro, è stato da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto e risalente caso *Amuur c. Francia* del 1996 in cui il giudice di Strasburgo ha esplicitamente affermato che le zone internazionali degli aeroporti non hanno natura extraterritoriale e rientrano, invece, sotto la giurisdizione dello Stato[84].

Anche sul piano delle procedure, la pratica dei trattenimenti e respingimenti nelle zone di transito aeroportuali appare decisamente controversa. Non è chiara, innanzitutto, la tipologia di questo provvedimento che, pur facendo riferimento al respingimento immediato, possiede, però, per le modalità con cui viene eseguito, le caratteristiche del respingimento differito. Inoltre, come si è visto, questi respingimenti non sono eseguiti direttamente dal vettore che aveva condotto le persone alla frontiera, come prescrive il TU imm. Si tratta, quindi, solo sul piano formale di respingimenti immediati poiché, di fatto, assumono le caratteristiche di respingimenti differiti con tempi di esecuzione eccessivamente dilatati che possono arrivare sino ad otto giorni, come dimostrano i casi richiamati. Questi respingimenti incidono, evidentemente, sulla libertà personale per il significativo periodo di trattenimento senza che siano previste le necessarie garanzie della convalida da parte del giudice e vengono praticati, pertanto, in violazione dell'art. 13 Cost.[85]. Oltre alla violazione della libertà personale, in diversi casi non è garantito, come si

84. Su tale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a F. Scuto, *Aliens' protection against expulsion and prohibition of collective expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., e a R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 63 ss.

85. Inoltre, in relazione alla conformità di tale pratica rispetto alle disposizioni del diritto dell'Unione, si potrebbero avanzare alcuni dubbi non solo in relazione al già richiamato Codice di attraversamento delle Frontiere Schengen, ma anche alla luce di alcune disposizioni della direttiva rimpatri del 2008. Per quanto riguarda il rapporto tra la disciplina italiana del respingimento e la direttiva rimpatri, S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale*, cit., p. 151, ritiene che, sebbene l'istituto del respingimento sia sottratto all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, l'art. 4, par. 4, di tale direttiva imporrebbe comunque agli Stati membri di assicurare agli stranieri che vi sono sottoposti un livello minimo di tutela, attraverso il rinvio ad altre disposizioni della medesima direttiva anch'esse tuttavia riconducibili alla sfera delle norme di principio, una serie di canoni o parametri che devono orientare le scelte legislative nazionali, rimettendo comunque agli Stati membri l'esatta determinazione del livello di tutela garantito. A tale riguardo, la Corte di giustizia – Corte di giustizia, grande camera, 7 giugno 2016, causa 47/15, *Sélima Affum*, §. 74 – ha sottolineato come finalità di quest'ultima disposizione, quale risulta dai lavori preparatori della direttiva, consista nel consentire agli Stati membri di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di Paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere. Il menzionato articolo 4, paragrafo 4, è diretto in tale contesto a garantire che dette procedure nazionali semplificate rispettino le garanzie minime previste dalla direttiva 2008/115, tra le quali figurano, in particolare, le condizioni relative al trattenimento di cui agli articoli 16 e 17 di tale direttiva.

è detto, il diritto all'assistenza legale. Si tratta di pratiche che, oltretutto, sono in contrasto con la disciplina del TU imm. poiché, come si è già rilevato, in base all'art. 2, la tutela dei diritti fondamentali va garantita nei confronti di ogni straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato.

A questo quadro notevolmente problematico si aggiunge la difficoltà, più volte riscontrata, nel presentare domanda di asilo. In alcuni casi, peraltro, la richiesta di protezione è stata effettivamente presentata ma le Forze di polizia di frontiera di Milano Malpensa hanno rifiutato di accogliere la domanda di asilo[86]. Nella sostanza, dunque, questa forma assai controversa di respingimento con trattenimento si traduce in una drastica riduzione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali che può anche dar luogo a uno svuotamento della tutela del diritto di asilo, nei casi in cui non sia consentito presentare una domanda di protezione[87].

In assenza di un puntuale intervento legislativo che, integrando il contenuto del TU imm. in materia[88], introduca una disciplina rispettosa dei limiti costituzionali, dunque, le pratiche di respingimento presso le zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali danno luogo a procedure sommarie che, oltre ad allontanarsi dalla Costituzione e dal TU imm., rompono il già difficile equilibrio esistente tra disciplina del respingimento e suoi limiti.

8. Le inefficienze dell'Unione europea e l'esigenza di un riallineamento rispetto ai principi costituzionali

Le rilevanti questioni problematiche riconducibili all'applicazione del respingimento rispetto al quadro costituzionale impongono una riflessione più ampia che non può essere delimitata all'ambito dei confini nazionali. Occorre continuare a porsi, come è evidente da tempo, il tema ineludibile della necessità di una politica comune europea su controllo delle frontiere, respingimenti ed equa ripartizione delle domande di asilo. Applicare il principio della solidarietà tra gli Stati, peraltro esplicitamente previsto dal Trattato di Lisbona come

86. Come risulta dalla richiamata indagine effettuata da ASGI secondo cui la Polizia di frontiera di Milano Malpensa ha rifiutato di accogliere la domanda di asilo di una cittadina straniera di cui è stata raccolta la testimonianza, che aveva manifestato la sua intenzione di richiedere la protezione anche a mezzo del suo legale.

87. In questi casi di respingimenti operati presso i valichi di frontiera degli aeroporti, infatti, mancano spesso le pre-condizioni per poter presentare una domanda di asilo poiché le informazioni non sono adeguate e in molti casi le persone oggetto di respingimento non dispongono dei mezzi per esprimersi a causa delle difficoltà linguistiche.

88. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 60, in riferimento alla possibilità di differenziare il trattenimento nei locali della polizia di frontiera, che incide sulla libertà personale, dal «confinamento» nelle zone di transito: quest'ultimo, se la legge prevede un termine di breve periodo e assicura la facoltà di comunicare con l'esterno, l'assistenza legale e una relativa libertà di movimento, sarebbe considerato restrittivo della libertà di circolazione.

pilastro delle politiche comuni dell'immigrazione e asilo[89], iniziare a farlo davvero, avrebbe effetti positivi per gli Stati che devono affrontare una maggiore pressione alle loro frontiere. L'equo riparto delle domande di asilo e la condivisione degli oneri dovrebbe consentire di imporre agli Stati, come contropartita, di non adottare politiche di respingimento che si pongano in aperto contrasto con la tutela del diritto di asilo e, in generale, dei diritti fondamentali.

Sotto questo profilo appare ancora più criticabile, a distanza di tempo, la politica adottata in Europa nel periodo della c.d. emergenza profughi tra il 2015 e il 2017 che non è stata in grado, neppure in quella circostanza, di costruire un effettivo sistema di asilo europeo, ma si è basata su singole iniziative di Stati improntate alla logica dell'emergenza. Iniziative che, nella maggior parte dei casi, hanno ulteriormente abbassato i livelli di tutela del diritto di asilo. Le deroghe adottate rispetto alle regole del "sistema Dublino" – l'accoglienza di un milione di profughi decisa dalla Germania nel 2015, l'"accordo" tra l'Unione europea e la Turchia e quello tra l'Italia e la Libia, la costruzione di veri e propri muri, come avvenuto in Ungheria[90] – hanno tentato di far fronte a una questione epocale in maniera estemporanea e senza un approccio complessivo basato sull'adozione di una politica comune dell'Unione. Il risultato è sotto gli occhi di tutti. Sono riemersi i muri terrestri, si è fatta strada la politica dei "porti chiusi" e, più in generale, è andata ulteriormente sviluppandosi la pratica dei respingimenti per il contrasto all'immigrazione irregolare, con il suo impatto negativo in termini di tutela dei diritti. Un bilancio negativo, dunque, che evidenzia persino un peggioramento nell'ultimo quinquennio rispetto a un quadro precedente tutt'altro che positivo.

Del resto, le recenti tensioni riaffiorate nei primi mesi del 2020 dopo la decisione del Presidente Erdoğan di riaprire temporaneamente i confini della Turchia consentendo il passaggio in Grecia e in Europa di migliaia di profughi, al fine di rafforzare la propria politica di "ricatto" nei confronti dell'Europa, hanno mostrato, ancora una volta, l'incapacità dell'Unione di affrontare la questione con politiche comuni di lungo periodo rispettose dei diritti. La risposta dell'Unione, infatti, come ben testimoniato dalla dichiarazione della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen che ha ringraziato la Grecia per il suo ruolo di "scudo d'Europa", è stata quella di sostenere, anche sul piano finanziario, e assecondare le politiche generalizzate di respingimento dei

89. In base a quanto previsto, come noto, dall'art. 67.2 TFUE.

90. Sulle deroghe adottate nel periodo 2015-2017 rispetto al "sistema Dublino" e sulle ulteriori criticità, sul piano della tutela dei diritti ma anche della tenuta delle fonti del diritto dell'immigrazione, che tali decisioni hanno comportato si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *La gestione dell'"emergenza" tra interventi dell'Unione europea e ordinamento nazionale: l'impatto sulle fonti del diritto dell'immigrazione*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 373 ss.

migranti da parte del Governo greco, azioni che in alcuni casi si sono dimostrate particolarmente violente[91].

In questo contesto, il c.d. accordo siglato dall'Unione europea con la Turchia nel 2016[92] con l'obiettivo di ridurre drasticamente gli arrivi di migranti dalla Turchia alle isole greche appare un esempio significativo delle debolezze di fondo di queste politiche. L'accordo "informale" derivante dalla Dichiarazione UE-Turchia la cui natura giuridica presenta non poche ambiguità[93], ha introdotto, come noto, misure straordinarie che hanno alterato il quadro generale della normativa dell'Unione su immigrazione e asilo. Il suo contenuto è piuttosto controverso anche se si procede ad un'analisi del testo. Il primo punto prevede che tutti i migranti irregolari che giungono nelle isole greche debbano essere ricondotti in Turchia. Se questa fosse la misura da applicare ci si troverebbe di fronte, evidentemente, a gravi violazioni del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea[94]. Non a caso, per rendere maggiormente conforme, quantomeno sulla carta, la Dichiarazione UE-Turchia al diritto dell'Unione, in un passaggio successivo il testo ha specificato che i migranti irregolari giunti in Grecia non possono essere respinti se presentano domanda d'asilo e che, in ogni caso, devono essere rispettati il principio di *non-refoulement* e il divieto di espulsioni collettive. Si tratta, evidentemente, di una contraddizione del testo che dimostra in pieno le difficoltà di stipulare accordi di questo genere con Paesi terzi che siano efficaci per limitare i flussi migratori irregolari e siano, al tempo stesso, rispettosi della disciplina europea sul diritto di asilo e, più in generale, dei diritti fondamentali.

---

91. Diverse associazioni e organizzazioni, a partire da Amnesty international, hanno denunciato azioni di respingimento da parte della Grecia con cui si sono utilizzate armi da fuoco e lacrimogeni nei confronti dei migranti che tentavano di attraversare la frontiera, nonché respingimenti in mare.

92. Si fa riferimento alla Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo del 2016 che contiene il testo dell'Accordo in questione, testo reperibile in https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/.

93. Si rinvia, sul punto, alle osservazioni di A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 148 secondo cui tale accordo presenta una natura informale. A giudizio dell'A., la forma è così "informale" da porre dubbi sulla natura di accordo internazionale. In tal senso però depongono il criterio sostanzialista seguito in ambito UE in materia di fonti e il contenuto dell'accordo, che comporta obblighi giuridici non riconducibili ad altri atti. Si tratterebbe, quindi, di un tipico atto di *soft law*: non ha efficacia giuridica vincolante per la sua forma ma ha effetti giuridici pratici. Sulla natura giuridica dell'accordo si rinvia, inoltre, a C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2, 2016, p. 405 ss.; M. Den Heijer, T. Spijkerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 7 aprile 2016; S. Peers, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 16 marzo 2016.

94. In riferimento, *in primis*, evidentemente, alla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come detto, agli articoli 18 e 19 tutela il diritto di asilo e contiene due principi come il divieto di respingimento ed il divieto di espulsioni collettive che sono finalizzati a dare, in concreto, maggiore tutela a tale diritto.

L'esempio fornito da questa Dichiarazione è quindi esemplificativo della contraddizione di fondo, che appare di fatto insanabile, tra effettività del diritto di asilo e pratica generalizzata dei respingimenti: il respingimento immediato e sommario in forza di accordi con Paesi terzi, infatti, non può essere praticato poiché svuota di contenuto il diritto di asilo.

Più in generale, l'accordo "informale" con la Turchia sembra riproporre un orientamento dell'Unione riguardo alle questioni migratorie e del diritto di asilo che lascia diverse perplessità. Sin dal Programma dell'Aia del 2004, l'Unione ha inserito tra le sue linee guida per le politiche dell'immigrazione l'obiettivo di affidare ai Paesi di origine e di transito dei flussi migratori la protezione dei rifugiati, sostenendo *in loco* i sistemi di asilo nazionali. Questa tendenza ad esternalizzare l'enorme questione della protezione internazionale al di fuori dei confini europei[95] non appare una soluzione convincente sia in ragione delle difficoltà dell'Unione a sviluppare reali politiche di partenariato con i Paesi di origine e di transito unite all'estrema debolezza della politica estera dell'Unione, sia in ragione del fatto che molti di questi Paesi terzi presentano *standard* di tutela dei diritti eccessivamente bassi e, in alcuni casi, si pensi alla Libia, non hanno neppure aderito alla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati. In relazione alla Libia, poi, per quanto riguarda il difficile rapporto tra respingimenti e tutela del diritto di asilo, l'accordo stipulato nel 2017 dall'Italia con questo Paese appare anche più problematico di quello concluso dall'Unione con la Turchia. Il tema del rispetto dei diritti è del tutto marginale nel *memorandum* d'intesa Italia-Libia e questo è un elemento di grave criticità. A differenza dell'accordo con la Turchia, inoltre, il *memorandum* non fa alcun riferimento alla necessità di rispettare il diritto di asilo.

Queste ultime osservazioni inducono a un'ulteriore riflessione. Allo stato attuale, l'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori e dei potenziali richiedenti asilo può essere vista come la prima forma di respingimento. Nel senso che è il primo strumento, forse il più efficace, per non dover neppure applicare i respingimenti ed evitare il problema della presenza alla frontiera dei cittadini stranieri o del loro ingresso nel territorio dell'Unione. Il che, evidentemente, consente di non doversi conformare al diritto e ai diritti, *in primis* il diritto di asilo. La pratica dell'esternalizzazione del diritto di asilo e gli accordi ad essa riconducibili, in questa prospettiva, possono essere letti come il tentativo di rendere ancora più sommaria la già problematica disciplina dei respingimenti.

L'Unione europea è dunque palesemente inadeguata, allo stato attuale, per sviluppare politiche di gestione dei flussi migratori che evitino di appiattirsi sui respingimenti e di

95. Sul punto e sulle questioni problematiche connesse a questo approccio, si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite all'immigrazione irregolare*, cit., p. 98 ss.

svuotare di contenuto il diritto di asilo, che pure è solennemente tutelato all'interno dei suoi trattati e nella Carta dei diritti fondamentai dell'Unione. Ed è anche per questa ragione che diviene più impellente una decisa inversione di marcia sul piano interno, al fine di rimettere in asse rispetto ai principi costituzionali le politiche italiane sui respingimenti e, più in generale, in materia di immigrazione e asilo.

L'analisi dei limiti costituzionali al respingimento che qui si è affrontata spinge a portare avanti la riflessione partendo sì dai limiti richiamati, ma sviluppando il ragionamento al fine di verificare in quale maniera tali limiti possano tradursi in azioni costituzionalmente conformi, se non necessarie. Nel rapporto tra art. 10, terzo comma, Cost., principio solidarista e principio personalista incardinati nell'art. 2 Cost., da un lato, e, dall'altro, l'interesse di rilievo costituzionale, più volte sottolineato dalla Corte, come si è visto, a una regolazione ordinata dei flussi migratori in ingresso, si impongono delle scelte. Allo stesso modo, nel rapporto tra sovranità, territorio e confini, da una parte, e tutela del diritto di asilo e dei diritti, dall'altra, i medesimi principi costituzionali richiedono delle politiche di gestione dei flussi migratori che seguano un approccio slegato dall'ancoraggio all'idea del confine da sigillare. Un approccio che possa considerarsi, quantomeno in parte, anche di natura extraterritoriale.

Per queste ragioni, ad esempio, appare opportuno praticare e istituzionalizzare con più convinzione l'opzione dei c.d. corridoi umanitari[96] per consentire ingressi regolari, sicuri, regolati e governati di richiedenti asilo nel nostro Paese. Si tratta, in questo caso, di forme di tutela "extraterritoriali" il cui fondamento può essere individuato anche nell'art. 10, terzo comma, Cost. stante la sua tutela, appunto, "extraterritoriale" nel senso che si è già evidenziato in precedenza e alla luce dell'interpretazione, anch'essa richiamata, fornita da tempo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. I corridoi umanitari possono essere considerati una misura costituzionalmente legittima e, forse, anche opportuna poiché consentono di dare una risposta al nodo problematico relativo alla difficoltà di accesso, in concreto, alle forme di protezione previste per dare tutela al diritto di asilo. Com'è evidente, un ricorso crescente ai corridoi umanitari potrebbe rendere, in parallelo, meno necessario un utilizzo generalizzato e così ampio delle politiche di respingimento.

Peraltro, la politica dei corridoi umanitari per i richiedenti asilo dovrebbe rientrare con maggiore decisione nelle politiche strutturali dell'Unione nell'ottica di un superamento dell'attuale Sistema Dublino. Essa rappresenta, infatti, una misura di contrasto

96. Per un inquadramento del tema dei corridoi umanitari, intesi come vie di accesso legali e sicure alla protezione internazionale all'interno dell'UE nonché alla questione dei visti umanitari tra giudici di Lussemburgo e Strasburgo, si rinvia a F.L. Gatta, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in Dirittifondamentali.it, fasc. 1, 2019.

all'immigrazione irregolare – con tutti i gravi problemi che genera tale fenomeno anche in termini di perdite di vite umane nel Mediterraneo – e, al tempo stesso, un tentativo di regolamentazione e governo dei flussi migratori di ingresso per motivi umanitari. Sotto questo profilo, va dato atto alla Commissione europea di avere tentato di implementare tale politica poiché nella sua Agenda per l'immigrazione del 2015 ha previsto, oltre al ricollocamento temporaneo delle domande di asilo, la misura del reinsediamento di cittadini stranieri per consentire, appunto, l'ingresso con canali regolari di richiedenti asilo da Paesi terzi a Stati dell'Unione europea con una suddivisione delle domande di protezione. Sul piano numerico, però, gli esiti di questa azione sono stati deludenti. Dal momento che, com'è evidente, l'Unione europea non è in grado, allo stato attuale, di procedere in questa direzione, appare opportuno tentare di perseguire questa strada sul piano interno considerandola come una delle possibili applicazioni dei principi costituzionali in materia.

Un altro esempio di una possibile azione concreta finalizzata a realizzare politiche in grado di rispettare i limiti costituzionali al respingimento, riguarda l'inversione di rotta della disciplina legislativa attualmente in vigore in Italia relativamente all'ingresso di lavoratori stranieri. Una disciplina che, come noto, sulla base dell'impianto del TU imm. introdotto dalla legge Bossi-Fini del 2002, rende oggettivamente proibitivi gli ingressi regolari per motivi di lavoro nel nostro Paese[97]. Una radicale e necessaria inversione della normativa italiana in materia attenuerebbe la tensione esistente tra pratica dei respingimenti e principi costituzionali, poiché ridurrebbe i numeri dei flussi migratori irregolari e consentirebbe, quindi, di ridimensionare le politiche di respingimento.

Nella sostanza, la traduzione in politiche attive dei limiti costituzionali al respingimento sembra richiedere interventi, quali, ad esempio, quelli appena richiamati, che trovano un loro fondamento costituzionale anche nei limiti (costituzionali) al respingimento.

Come si è visto, l'estensione e la generalizzazione della misura del respingimento solleva evidenti criticità sul piano costituzionale. Criticità che, per le ragioni che si sono illustrate, non possono essere superate mediante un intervento dell'Unione europea che, in ogni caso, richiederebbe comunque tempi lunghi anche qualora si optasse, opportunamente, per un radicale ripensamento delle politiche comuni in materia. Le attuali questioni aperte richiedono quindi di ricondurre nell'immediato la disciplina del respingimento al quadro costituzionale e, *in primis*, alla tutela costituzionale del diritto di asilo.

97. Come noto, la disposizione relativa al c.d. contratto di soggiorno lega la possibilità del rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, e quindi l'ingresso regolare in Italia per motivi di lavoro, all'esistenza di un contratto tra datore di lavoro e cittadino straniero prima che quest'ultimo giunga in Italia (art. 5-*bis* del TUI).

Sotto questo profilo, l'art. 10, terzo comma, Cost., va interpretato non tanto dal punto di vista della sua portata più ampia rispetto a quella prevista dalla Convenzione di Ginevra sulla quale poggia la normativa dell'Unione europea in materia[98]. Non è questo, allo stato attuale, il problema principale da affrontare che consiste, piuttosto, come si è evidenziato, nel progressivo svuotamento di effettività del diritto di ricevere protezione. Il legislatore ha ulteriormente aumentato le problematiche già esistenti in questo ambito mediante l'adozione dei due decreti sicurezza che, in un certo senso, hanno fatto crollare il castello tenuto faticosamente in piedi in questi decenni dalla normativa contenuta nel TU imm. In precedenza, infatti, era legittimo ritenere che, pur avendo l'asilo costituzionale portata più ampia rispetto alla Convenzione di Ginevra e al diritto d'asilo dell'Unione che ad essa fa riferimento, l'implementazione delle direttive europee[99] e le norme del TU imm., in particolare i permessi di soggiorno per motivi umanitari[100], garantissero, quantomeno sulla carta, un soddisfacente livello di tutela[101]. Tutela che, come si è rilevato, è andata comunque affievolendosi con l'aumento delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare. Il quadro, ora, è decisamente mutato in peggio. Con il primo decreto sicurezza del 2018, infatti, la protezione umanitaria prevista dal TU imm. nei confronti di cittadini stranieri che, pur non potendo ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, potevano comunque essere ritenuti meritevoli di ricevere protezione, è stata abrogata[102] e

98. Laddove, infatti, l'art. 10, co. 3, Cost. ritiene sufficiente per assegnare la protezione che lo Stato da cui proviene lo straniero non rispetti effettivamente i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati ammette, invece, il riconoscimento dello *status* di rifugiato soltanto nei casi in cui vi sia stata una accertata persecuzione individuale, oppure qualora lo straniero in fuga dal Paese di provenienza abbia il fondato timore di essere perseguitato. La Convenzione presuppone pertanto – a differenza del precetto costituzionale – una specifica azione persecutoria indirizzata verso lo straniero. Cfr., sul punto, G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, p. 94.; G. Strozzi, *Rifugiati e asilo territoriale*, in E. Vitta, V. Grementieri (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè,1981, p. 366; M.R. Saulle, *Il diritto di migrare come diritto fondamentale*, in *Affari sociali internazionali*, fasc. II, 1992, p. 71 ss.

99. Direttive che hanno introdotto una disciplina relativa alle modalità di applicazione del diritto asilo e un'ulteriore forma di tutela come la protezione sussidiaria.

100. Si trattava della disposizione del TUI relativa ai c.d. permessi di soggiorno per motivi umanitari (art. 5, co. 6, d.lgs. 286/1998), in base alla quale si prevedeva che il questore potesse rilasciare permessi di soggiorno per motivi umanitari nei confronti di cittadini stranieri che non erano nelle condizioni di ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria. Tali permessi potevano essere rilasciati qualora ricorressero seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Si trattava, nella sostanza, di una ulteriore forma di applicazione della tutela costituzionale del diritto di asilo di cui all'art. 10, co. 3, Cost.

101. A tale riguardo va ricordato che l'asilo costituzionale è stato comunque interpretato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. VI, n. 10686/2012, confermata da Cass. civ., sez. VI, n. 16362/2016) come sostanzialmente assorbito dalle forme di protezione derivanti dalla normativa dell'Unione europea (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) e dalla normativa italiana relativa, appunto, alla protezione umanitaria.

102. Sulle nuove norme in materia di protezione umanitaria e sui profili di dubbia legittimità costituzionale relativi all'abrogazione della clausola generale di protezione umanitaria si veda C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa, Pacini giuridica, 2019, p. 3 ss.; v. M. Balboni, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 20 ss.; D. Belluccio, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di*

sostituita da tipologie specifiche di permessi di protezione per motivi umanitari assai limitate e precarie nei livelli di tutela[103]. Il decreto sicurezza *bis* del 2019, poi, consentendo di impedire l'accesso delle imbarcazioni con a bordo migranti nei porti italiani, ostacola l'applicazione dell'asilo costituzionale. Il legislatore ha quindi inserito nuovi mattoni nell'edificio costruito per contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare che, di fatto, contribuiscono a ridimensionare la portata del diritto di asilo costituzionale.

I giudici possono certamente attenuare alcuni eccessi della disciplina in vigore, ma il loro intervento non può essere considerato sufficiente, da solo. È quindi indispensabile che la politica torni ad affrontare la questione con un approccio diverso, ripristinando e ristrutturando l'edificio costituzionale del diritto di asilo. L'intervento riparatore del legislatore, *in primis* per quanto riguarda la disciplina introdotta dai due decreti sicurezza, è, pertanto, necessario e ineludibile.

soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 31 ss.

A tale riguardo, va evidenziato che la già richiamata, recente, sentenza n. 194 del 2019 della Corte costituzionale apre la strada a un sindacato di ragionevolezza sulle norme del decreto legge sicurezza del 2018 che può condurre alla loro declaratoria d'illegittimità costituzionale in presenza delle seguenti condizioni: *a)* consolidamento di una prassi amministrativa *non costituzionalmente orientata*; *b)* insufficienza dell'intervento del legislatore Regionale, dell'amministrazione regionale e locale e della magistratura nell'assicurare adeguata garanzia dei diritti inviolabili e del diritto d'asilo. Per un commento, sotto questo profilo, della sentenza in questione si rinvia a E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, cit, p. 51 ss.

103. Le nuove tipologie di permessi di soggiorno sono state introdotte mediante il decreto legge n. 113 del 4 ottobre 2018, convertito in legge dalla legge n. 132 del 1° dicembre 2018. Si tratta, in particolare, dei seguenti permessi di soggiorno: permesso di soggiorno «per cure mediche», secondo quanto previsto dall'art.19, co. 2, lett. d-*bis* TU imm..; permesso di soggiorno «per calamità», secondo quanto previsto dall'art. 20-*bis* TU imm.; «permesso di soggiorno per protezione speciale» (art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dal d.l. n. 113/2018) nel caso in cui la Commissione territoriale che esamina la domanda di asilo dello straniero ritenga sussistente il rischio di persecuzione o di tortura di cui all'art. 19, co. 1 e co. 1.1 TU imm.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

IL CASO *S.S. AND OTHERS V. ITALY* NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN LIBIA: OSSERVAZIONI SUI POSSIBILI SCENARI AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Anna Fazzini

Abstract: *Le politiche di esternalizzazione delle frontiere europee implicano diversi aspetti controversi. In particolare, attraverso forme di "delega" dei controlli alle frontiere ai Paesi terzi e la creazione di un sistema di "contenimento indiretto" dei migranti, vi è il rischio che gli Stati europei aggirino i propri obblighi in materia di diritto internazionale, come quelli previsti dalla CEDU. Ciò diventa ancora più preoccupante se si considera il susseguirsi di accordi con Paesi terzi palesemente non sicuri, come la Libia, dove gravi violazioni dei diritti umani sono accertate. Questo contributo si sofferma proprio sulla strategia migratoria inaugurata con il MoU Italia-Libia del 2017 e, all'interno di questo contesto, sul caso S.S. and Others v. Italy, attualmente pendente davanti alla Corte di Strasburgo. L'articolo esplora in primo luogo la questione della responsabilità internazionale dell'Italia per le violazioni dei diritti umani in Libia, conseguenza delle sue politiche di esternalizzazione e successivamente analizza il ricorso, cercando di comprendere a quali possibili scenari la Corte potrebbe dar seguito. Fondamentale sarà esplorare la nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU, al fine di comprendere se – e in quali casi – sarebbe possibile affermare la giurisdizione dell'Italia.*

Abstract: *Policies of externalization of European borders controls raise several controversial issues. In particular, through forms of "delegation" of borders controls to Third Countries and the creation of an "indirect containment" system of migrants, there is a risk that European States may circumvent their obligations under International law, like their obligations under ECHR. This is particularly worrying considering the succession of agreements with patently non-safe third countries, such as Libya, where serious violations of human rights occur. This article focuses precisely on the migratory strategy begun with the MoU Italia-Libya 2017 and, within this framework, on the case S.S. and Others v. Italy, currently pending before the Court of Strasbourg. Beforehand this article explores the issue of the International Responsibility of Italy for the human rights violations occurred in Libya, consequence of its externalization policies. Subsequently it analyses the appeal, trying to understand the possible ways in which the Court may address the matter. It will be fundamental to look into the notion of jurisdiction under ECHR, in order to understand whether – and in which cases – it would be possible to trigger the Italian jurisdiction.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL CASO *S.S. AND OTHERS V. ITALY* NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN LIBIA: OSSERVAZIONI SUI POSSIBILI SCENARI AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *S.S. and Others v. Italy* e il contesto generale: il MoU Italia-Libia 2017. – 2.1. *Libya's hell*: le violazioni dei diritti umani. – 2.2. Profili di responsabilità dell'Italia. – 3. Il caso *S.S.* davanti alla Corte EDU: la questione della giurisdizione. – 3.1. Possibili scenari. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Le numerose implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali dei migranti, conseguenza di politiche europee configuratesi sempre più in chiave securitaria e anti-migratoria, sono ormai oggetto di grande attenzione e dibattito accademico. Gli obiettivi tesi a rafforzare i controlli alle frontiere e a scoraggiare, se non reprimere, i flussi migratori sono perseguiti dall'Unione europea e, all'interno di essa, dai diversi Stati membri, seguendo diverse e controverse strategie, tra le quali, in particolare, il rafforzamento del processo di esternalizzazione delle frontiere ne costituisce una via sicuramente privilegiata[1].

Dopo il cosiddetto "accordo" UE-Turchia del 2016[2], finalizzato ad arginare il flusso dei migranti, i cui risultati sono stati commentati positivamente dalla Commissione europea in

* Dottoranda in Studi Internazionali presso l'Università di Napoli L'Orientale.

1. Sul tema vedi T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; T. Gammeltoft-Hansen, *The Externalisation Of European Migration Control And The Reach Of International Refugee Law*, in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, a cura di E. Guild, P. Minderhoud, Leiden, 2012, pp. 273-298; M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, Hart Publishing, 2012; V.T. Spijkerboer, *The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control*, in *European Journal of International Law*, Vol 27, Issue 3, August 2016, pp. 817-830, https://brill.com/view/journals/emil/20/4/article-p452_5.xml?lang=en; T. Gammeltoft-Hansen, J. Vedsted-Hansen (a cura di), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation*, London and New York, Routledge, 2017; V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, London and New York, Routledge Focus, 2019.

2. Dichiarazione UE-Turchia, 18.3.2016, reperibile al link https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/; in merito ai problemi relativi alla qualificazione giuridica della Dichiarazione, da molti considerato un "accordo", si veda C. Favilli, *La cooperazione Ue-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. Um. e Dir. Intern.*, vol. 10, 2016, n. 2, pp. 405-426; si veda

vista della creazione di ulteriori partenariati con i Paesi terzi, considerati strategici per la gestione dei migranti[3], esempio evidente di questo processo è divenuto il *Memorandum* d'intesa Italia-Libia (MoU)[4] del febbraio 2017, tramite cui l'Italia ha trasferito il controllo della gestione dei flussi migratori al governo di Al-Sarrāj, in cambio della ricezione, da parte di quest'ultimo, di supporto finanziario e tecnico.

La nuova strategia di "controllo" dei flussi migratori nel Mediterraneo centrale inaugurata dal MoU, come si approfondirà di seguito, ha permesso quindi l'affermarsi delle cosiddette pratiche di *pull-backs* (caratterizzate dall'attività della Guardia Costiera Libica – d'ora in poi: GCL – che intercetta i migranti per poi ricondurli in Libia), oltre che il verificarsi di numerosi episodi controversi. Ci si riferisce agli episodi che vedono il coinvolgimento di navi umanitarie e della stessa GCL, entrambe intervenute per eseguire le operazioni di salvataggio in mare; nonché a eventi che registrano anche il coinvolgimento del Centro Italiano di Coordinamento del Soccorso Marittimo (IMRCC), che coordina a distanza le operazioni, talvolta assegnando esplicitamente alla GCL il comando sul campo e chiedendo alle navi ONG di non intervenire in attesa che la GCL esegua i *pull-backs*[5].

---

anche E. Roman, *L'accordo Ue-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21.3.2016, http://www.sidiblog.org/2016/03/21/laccordo-ue-turchia-le-criticita-di-un-accordo-a-tutti-i-costi/.

3. Come si evince dalla Comunicazione sull'attuazione della Agenda europea sulla migrazione, vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, Relazione sullo stato di attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 16.5.2018, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e4f17910-fc7a-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF; per consultare l'Agenda europea sulla migrazione vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 13.5.2015, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN.

4. *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, 2.2.2017, http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf.

Il MoU si rinnova automaticamente allo scadere dei primi 3 anni. Varie sono le recenti proteste della società civile e di numerose ONG, che contestano la liceità di un accordo siglato con un Paese evidentemente «non sicuro» come la Libia, si veda il comunicato congiunto delle ONG Mediterranea Saving Humans, Sea-Watch, Proactiva Open Arms, Sea-eye sulla richiesta di sospensione dell'accordo: https://mediterranearescue.org/news/memorandum-italia-libia-inaccettabile-rinnovo/.

5. A tal proposito si segnala l'incidente del 27 settembre 2017, sul caso vedi P. Biondi, *Italy Strikes Back Again: A Push-Back's First hand Account* in *Border Criminologies*, 15.12.2107, https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2017/12/italy-strikes; per informazioni su altri episodi vedi L. Pezzani e C. Heller, *Mare Clausum. I respingimenti per procura nel Mediterraneo*, in *Il lavoro culturale*, 11/5/2018, http://www.lavoroculturale.org/rapporto-forensic-oceanography/.

Si vuole evidenziare inoltre che la politica migratoria italiana, a seguito dell'avvento del governo populista nel giugno 2018, ha inaugurato nuove controverse misure, come quella di negare l'accesso ai porti italiani alle navi (ONG battenti bandiera straniera in un primo momento e poi anche navi italiane) con a bordo i migranti soccorsi. Di questi episodi, caratterizzati da una forte campagna di criminalizzazione delle ONG, le cui navi si sono talvolta ritrovate in situazioni di stallo, ferme in mare per giorni in attesa dell'assegnazione di un porto sicuro, non tratta nello specifico il presente contributo, che si sofferma invece sulle implicazioni nella tutela dei diritti umani determinati dall'esternalizzazione delle frontiere in Libia. Per maggiori approfondimenti al riguardo vedi D. Vitiello, *Il diritto di cercare asilo ai tempi*

È all'interno di questo contesto che è attualmente pendente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU o Corte) un ricorso proprio contro l'Italia[6], basato su eventi accaduti il 6 novembre 2017, che hanno visto coinvolte, nelle operazioni di salvataggio di più di 100 persone a largo delle coste libiche, una nave dell'ONG *Sea Watch* e una motovedetta della Guardia costiera libica. Il naufragio ha causato la morte di almeno 20 persone, mentre più di 40 sopravvissuti sono stati riportati in Libia, andando incontro alle ormai conclamate gravi violazioni dei diritti umani che qui avvengono, testimoniate, come si vedrà, da numerosi rapporti internazionali[7]. Il ricorso sostiene che l'Italia è responsabile per tali violazioni alla luce della Convenzione europea dei diritti umani e specificamente per la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti) e 4 Prot. n. 4 (divieto di espulsioni collettive) CEDU.

In effetti, gli accordi con i Paesi terzi palesemente «non sicuri», che stanno caratterizzando le strategie migratorie nel contesto europeo, rendono ancora più probabile il rischio che siano violati i diritti umani, come già evidenziato per le prassi di esternalizzazione attuate in Australia e negli Stati Uniti[8]. Tali prassi inoltre comportano il rischio di creare dei *black holes* legali[9]. Infatti, esercitando la "delega" dei controlli alle frontiere e creando un sistema di *contactless control*, caratterizzato da un contenimento indiretto dei migranti che di fatto viene attuato dai Paesi terzi, sembra che lo scopo

dell'Aquarius, in *SIDIBlog*, 29.6.2018, http://www.sidiblog.org/2018/06/29/il-diritto-di-cercare-asilo-ai-tempi-dellaquarius/; M. Savino, *The Diciotti Affair: Beyond the Populist Farce*, in *Verfassungsblog*, 2.9.2018, https://verfassungsblog.de/the-diciotti-affair-beyond-the-populist-farce/; G. Cataldi, *Migranti nel Mediterraneo e tutela dei diritti. Alcuni casi recenti della prassi italiana*, in *Quaderni di economia sociale* n. 2, 2018, p. 33 ss., https://www.sr-m.it/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2018/11/QES_2_18.pdf; P. De Sena e M. Starita, *Navigare fra istanze "Stato-centriche" e "Cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *SIDIBlog*, 14.7.2019, http://www.sidiblog.org/2019/07/14/navigare-fra-istanze-stato-centriche-e-cosmopolitiche-il-caso-sea-watch-in-una-prospettiva-conflittuale/; A. Del Guercio, *Il caso della "Sea-Watch 3" tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *DUDI*, 2/2019, p. 331 ss.

6. *S.S. and Others v. Italy*, ric. n. 21660/18.

7. Vedi GLOBAL LEGAL ACTION NETWORK, *Legal Action Against Italy Over Its Coordination Of Libyan Coast Guard Pull-Backs Resulting In Migrant Deaths And Abuse*, 8.5.2018, https://www.glanlaw.org/single-post/2018/05/08/Legal-action-against-Italy-over-its-coordination-of-Libyan-Coast-Guard-pull-backs-resulting-in-migrant-deaths-and-abuse; vedi anche M. Baumgärtel, *High Risk, High Reward: Taking the Question of Italy's Involvement in Libyan 'Pullback' Policies to the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 14.5.2018, https://www.ejiltalk.org/high-risk-high-reward-taking-the-question-of-italys-involvement-in-libyan-pullback-policies-to-the-european-court-of-human-rights/.

8. Le prassi di esternalizzazione spesso comportano violazioni del diritto di lasciare qualsiasi Paese, del diritto di chiedere asilo, del principio di *non-refoulement*, del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti, del diritto ad un rimedio effettivo, vedi 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 on Migration and Human Security*, Vol. 4, n. 4. 2016, p. 190 ss. https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/jmhs.pdf.

9. Vedi R. Wilde, *Legal "Black Hole"? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights,* in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 26 n. 3, 2005, pp. 739-806 https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=mjil.

perseguito dagli Stati europei sia proprio quello di aggirare le proprie responsabilità, in particolare, gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[10].

In effetti, un punto molto controverso è stabilire se sussista in tali casi la giurisdizione degli Stati europei ai sensi dell'art. 1 CEDU e se questi possano pertanto (e in quali casi) essere chiamati a rispondere dinanzi alla Corte di Strasburgo per le violazioni di diritti umani, conseguenza di tali politiche di esternalizzazione.

Scopo di questo contributo è quindi quello di analizzare il caso *S.S. and Others v. Italy* (o caso GLAN-ASGI[11]) nel contesto più ampio della cooperazione Italia-Libia e cercare di comprendere, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU e dei dibattiti accademici esistenti, quali scenari si potrebbero prefigurare.

Nella prima parte sarà pertanto analizzata la "nuova" strategia di controllo del Mediterraneo inaugurata dal MoU del 2017 e la situazione in Libia. Ci si chiederà inoltre qual è la responsabilità internazionale dell'Italia per le violazioni dei diritti umani subite dai migranti in Libia, esplorando in particolare (ma non solo) l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (ARS).

Nella seconda parte sarà analizzato il ricorso, soffermandosi in particolare sulla nozione di giurisdizione, al fine di comprendere quali sono gli scenari a cui la Corte potrebbe dar seguito. È in effetti importante comprendere, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, quali sono i trend evolutivi in materia di giurisdizione extraterritoriale e se vi sono elementi sulla cui base la Corte potrebbe ritenere sussistente la giurisdizione italiana superando i paradigmi classici del *control over an area or an individual*. Attenzione sarà data all'approccio "funzionale" della nozione di giurisdizione, che potrebbe essere utile proprio nei casi di esternalizzazione alle frontiere, ma anche all'approccio della dottrina degli obblighi positivi, al cui interno la Corte sembra essersi mostrata incline a ricomprendere gli scenari di complicità, seppur in base ad una giurisprudenza non ben consolidata.

L'analisi sarà focalizzata in particolare sulla violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), sebbene, come si è detto, siano anche altre le violazioni contestate.

Essendo ancora non noti tutti gli elementi del caso ed essendo il ricorso non ancora dichiarato ammissibile o meno (allo stato attuale è possibile però consultare le osservazioni

10. Vedi V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *The Raise Of Consensual Containment: From Contactless Control To Contactless Responsibility For Migration Flows*, in *Research Handbook on International Refugee Law*, a cura di S. JUSS, Edward Elgar, 2019, p. 82.

11. Il ricorso è stato curato dal Global Legal Action Network (GLAN) e dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), con il supporto dell'Università di Yale e dell'Associazione Ricreativa e Culturale Italiana (ARCI).

di soggetti terzi autorizzati ad intervenire in causa[12]), si tratterà di un'analisi speculativa, che avrà però lo scopo di riflettere sulle implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali conseguenza dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia e sugli strumenti di cui dispone la Corte EDU, posta di fronte alle sfide legali che un simile processo di *Contactless Control* (e di *Contactless Responsibility*[13]) inevitabilmente produce.

2. Il caso S.S. and Others v. Italy e il contesto generale: il MoU Italia-Libia 2017

Come già anticipato, il caso GLAN-ASGI si basa sui fatti accaduti il 6 novembre 2017, che hanno visto il coinvolgimento, nelle operazioni di salvataggio di più di 100 migranti a largo delle coste libiche, dalla ONG *Sea Watch* e della Guardia Costiera Libica (GCL), giunta sulla scena dell'incidente a bordo di una nave precedentemente donatagli dall'Italia. Circa 20 persone hanno perso la vita durante il naufragio, 59 sono state soccorse dalla Sea Watch, mentre 49 migranti sono stati riportati in Libia dalla GCL.

In base alla ricostruzione dei fatti[14], le operazioni sono state coordinate a distanza dall' IMRCC, con base a Roma, che ha segnalato la presenza dell'imbarcazione in difficoltà sia alla Sea Watch che alla GCL, mentre non è chiaro se quest'ultima abbia poi assunto volontariamente il comando operativo o se l'abbia fatto su indicazione dell'IMRCC. Sulla scena dell'incidente era presente anche un elicottero della Marina Militare Italiana.

Il rapporto alla base del ricorso, inoltre, mette in luce il comportamento spregiudicato della GCL, che ha agito senza riguardo alcuno per la vita dei migranti: non ha prestato immediato soccorso ai naufraghi, ma anzi ha attuato manovre azzardate e pericolose per la loro incolumità; ha ostacolato il lavoro dei volontari della Sea Watch gettando loro oggetti di ogni tipo; ha percosso più volte i migranti a bordo ed è ripartita infine lasciando una persona agganciata alla scala esterna della nave e fermandosi solo dopo ripetuti comandi provenienti dall'elicottero della Marina Militare Italiana.

L'episodio costituisce un caso paradigmatico delle conseguenze delle politiche italiane di esternalizzazione delle frontiere in Libia, ma non è un caso isolato. Dalla firma del

12. Si tratta degli interventi congiunti di Amnesty International e Human Rights Watch, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/hrw_amnesty_international_submissions_echr.pdf; AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/ECtHR-SS_v_Italy_final-JointTPI-ICJECREAIREDCR-English-2019.pdf; Council of Europe Commissioner for Human Rights, https://rm.coe.int/third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights-app/168098dd4d; Legal Clinic in International Protection of Human Rights of the Department of Law at Roma Tre University http://protezioneinternazionale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/11/Written-observations_05.11.19.pdf.

13. V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit.*

14. Alla base del ricorso vi è la ricostruzione audio-visiva dell'episodio prodotta da Forensic Oceanography (Forensic Architecture, Università di Londra), reperibile al link https://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard#toggle-id-3.

controverso MoU tra l'Italia e il governo di Al-Sarrāj il 2 Febbraio 2017, con cui l'Italia si è impegnata a fornire aiuto finanziario e tecnico alla Libia con il fine di impedire le partenze dei migranti, si è inaugurata una nuova strategia di "controllo" dei flussi migratori nel Mediterraneo centrale, caratterizzata, come è stato affermato[15], dal passaggio dai *push-backs* attuati delle autorità italiane verso la Libia alle pratiche di *pull-backs*, in cui è la Guardia costiera libica ad intercettare i migranti e ricondurli in Libia.

Questi ultimi costituirebbero quindi una sorta di "evoluzione" della prassi dei respingimenti attuati dall'Italia verso la Libia in seguito all'entrata in vigore del Trattato di amicizia del 2008[16], siglato da Berlusconi e Gheddafi, che, com'è noto, hanno trovato una ferma condanna nella sentenza *Hirsi*[17] del 2012. La Grande Camera, nel celebre caso, riguardante l'intercettazione in alto mare e il trasferimento in Libia di 11 somali e 13 eritrei da parte delle autorità italiane, aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 della CEDU, avendo respinto i ricorrenti in un Paese dove «sapeva o doveva sapere»[18] che sarebbero stati esposti al rischio di subire torture o trattamenti inumani e degradanti, oltre che a *refoulement* indiretto; dell'art. 4 del Protocollo n. 4, condannando per la prima volta le espulsioni collettive in alto mare e dell'art. 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con gli art. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4.

La pratica dei *pull-backs* invece è la cifra caratteristica del nuovo modello di cooperazione Italia-Libia, che, in linea con una strategia politica europea ben più ampia, tesa al rafforzamento del processo di esternalizzazione[19], ha introiettato un sistema di "delega" dei controlli alle frontiere basato su un *contact-less control* esercitato dall'Italia e un contenimento dei migranti di fatto attuato dalla Libia, che ha, ancora una volta, l'effetto di impedire l'accesso al territorio europeo.

15. Vedi L. Riemer, *From Push-Backs To Pull-Backs: The Eu's New Deterrence Strategy Faces Legal Challenge*, in *NetzwerkFluchtforschung*, 16.6.2018, https://fluechtlingsforschung.net/from-push-backs-to-pull-backs-the-eus-new-deterrence-strategy-faces-legal-challenge/.

16. Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione, 30 agosto 2008. https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2009/02/18/009G0015/sg.

17. Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), sentenza del 23 febbraio 2012, ric n. 27765/09, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy;* Vedi A. Liguori, *La Corte europea condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia nel 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. Dir. Inter.,* Anno XCV Fasc. 2-2012, pp. 415-443.

18. Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 131 e 156.

19. La cooperazione Italia-Libia si può considerare come parte di uno scenario ben più ampio, in linea con il processo di esternalizzazione che si sta attuando anche a livello europeo, di cui l'accordo UE-Turchia rappresenta un primo *step* fondamentale. Vedi A. Del Guercio e A. Liguori, *Le risposte dell'Italia e dell'Unione europea alla crisi migratoria*, in *Laboratorio dei Diritti Fondamentali*, Bollettino n. 23 – novembre 2017, https://labdf.eu/project/bollettino-n-23-novembre-2017/. Inoltre la politica migratoria italiana è supportata dall'Unione europea, il cui intento di collaborare con la Libia è testimoniato già dalla missione navale europea dell'EUNAVFOR MED, che ha assunto anche i compiti di addestramento della GCL, per ulteriori approfondimenti vedi G Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'Ue per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII (2018), p. 413 ss.

Tuttavia, come è stato affermato, «the only difference with the Hirsi case is that Italy will not be doing so by itself, aware that this might be contrary to the ECHR, but will be providing technical, technological and financial aid to Libya, in effect attaining the same result»[20].

Infatti, nello specifico, il MoU prevede che l'Italia, al fine di «arginare i flussi di migranti illegali»[21], s'impegni in una serie di azioni, come fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta all'immigrazione clandestina (Guardia di frontiera e Guardia costiera, organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'interno), finanziare i Centri di accoglienza e la formazione del personale libico impiegato.

In seguito alla firma del MoU, due atti adottati dall'Italia hanno ulteriormente rafforzato il processo di esternalizzazione delle frontiere in Libia: l'approvazione di una missione di sostegno alla GCL, tramite il distaccamento di unità navali italiane nel mare territoriale libico[22]; l'adozione di un Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di soccorso[23], che, prevedendo, *inter alia*, il divieto di ingresso nei mari libici, salvo in situazione di grave emergenza e il divieto di ostacolare l'attività di *Search and Rescue* della GCL, ha di fatto ridotto notevolmente la loro libertà di azione[24].

La denuncia da più parti sollevata è che la cooperazione Italia-Libia, a discapito della retorica umanitaria che la giustifica come necessaria per salvare vite in mare e contrastare il traffico dei migranti, non tenga realmente in considerazione la tutela dei diritti fondamentali, *in primis* del diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti. La Libia infatti non può essere considerata affatto un Paese sicuro, non è parte della Convenzione di Ginevra per lo status dei rifugiati del 1951 ed è soprattutto teatro di innegabili e gravi violazioni dei diritti umani.

20. A Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., p. 12.

21. *Memorandum* d'intesa Italia-Libia, art 1. Da notare l'utilizzo di un linguaggio inappropriato, in quanto l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite fin dal 1975 ha raccomandato l'uso di termini come "irregolare" al posto di "illegale" o "clandestino".

22. Ad agosto 2017, in risposta ad una richiesta del Governo libico, l'Italia ha autorizzato il distaccamento di unità navali italiane nel mare territoriale libico. Il Parlamento ha provveduto ad approvare la delibera di accoglimento trasmessa dal Consiglio dei Ministri, vedi Camera dei deputati, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017* p. 48 e Senato della Repubblica, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017* p. 71.

23. *Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare*, 7.8.2017, consultabile sul sito del Ministero degli interni https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-generali/atti-generali/atti-amministrativi-generali/documenti/codice-condotta-ong-impegnate-nel-salvataggio-dei-migranti-mare.

24. Vedi G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave*, cit.

2.1. Libya's hell: le violazioni dei diritti umani

Numerosi sono i rapporti di organismi internazionali e di ONG che testimoniano le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani a cui sono sottoposti i migranti in Libia, siano essi migranti economici o rifugiati.

In seguito alla caduta di Gheddafi nel 2011, il rischio per i migranti di subire torture e trattamenti inumani e degradanti, già accertato nel caso Hirsi, è notevolmente aumentato, complice anche il deterioramento della situazione politica, la guerra civile, le divisioni interne e la creazione del Governo di Accordo Nazionale della Libia, guidato da Al-Sarrāj, riconosciuto dalla comunità internazionale ma incapace di controllare l'intero territorio libico.

La situazione libica era nota già al tempo della firma del MoU, come testimonia il rapporto del 13 dicembre 2016 *Detained and Dehumanised*[25] dell'Alto Commissariato ONU per i diritti umani (OHCHR) e della Missione di Supporto dell'ONU in Libia (UNSMIL), che denuncia la condizione dei migranti, sistematicamente sottoposti a: detenzioni arbitrarie, uccisioni indiscriminate, torture e altre forme di trattamenti degradanti, sfruttamento sessuale, lavori forzati, abusi e sevizie sessuali. La situazione è confermata successivamente dal Rapporto del Panel di esperti in Libia dell'ONU[26], così come dal Rapporto dell'European Border Assistance Mission (EUBAM)[27], che parla di «gross human rights violations and extreme abuse and mishandling of detainees»[28] compiute nei campi di detenzione libici. Tra i rapporti delle ONG si possono citare i dossier di Oxfam[29] e Amnesty International[30], dove si afferma che «the lack of any judicial oversight of the detention process and the near total impunity with which officials operate, has facilitated the institutionalization of torture and other ill-treatment in detention centres»[31]. All'istituzionalizzazione della tortura nei campi libici, si aggiungono inoltre i casi di riduzione in schiavitù segnalati da inchieste giornalistiche[32] e documentati anche dall'Organizzazione Internazionale delle Migrazioni

25. OHCHR, UNSMIL, *"Detained And Dehumanised" Report on Human Rights abuses against migrants In Libya*, 13.12.2016, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf.

26. Dove si mette in luce inoltre la collusione tra membri della CGL e i trafficanti di esseri umani, vedi ONU, *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, 1.6.2017, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2017/466.

27. Consiglio dell'Unione europea, *Eubam-Libya Initial Mapping Report Executive Summary*, 25.1.2017, reperibile al link https://statewatch.org/news/2017/feb/eu-eeas-libya-assessment-5616-17.pdf.

28. *Ivi*, p. 37.

29. OXFAM, *You aren't human any more*, 9.8.2017, https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/mb-migrants-libya-europe-090817-en.pdf.

30. AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya's dark web of collusion*, *Abuses against europe-bound refugees and migrants*, 11.12.2017, https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1975612017ENGLISH.PDF.

31. *Ivi*, p. 7.

32. Vedi *People for Sale. Where lives are auctioned for $ 400*, inchiesta reperibile sul sito della CNN https://edition.cnn.com/2017/11/14/africa/libya-migrant-auctions/index.html.

(OIM), che denuncia la presenza di *slave markets* in cui vengono mercificati migranti subsahariani[33].

Ciò che emerge in particolare è che le violenze sono perpetrate soprattutto dai funzionari libici, come i membri della GLC e il personale incaricato della gestione dei Centri di "accoglienza", che, in quanto funzionari del governo di Al-Sarrāj, sono da considerarsi organi statali libici.

La Libia è quindi responsabile di *gross violations* dei diritti umani, della violazione di norme consuetudinarie, come il divieto di schiavitù e di tortura e degli obblighi convenzionali a cui è vincolata, avendo ratificato, *inter alia*, la Convenzione contro la schiavitù del 1926 (emendata nel 1953), il Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984 e sul piano regionale la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 e la Carta araba dei diritti umani del 2004[34].

Va inoltre evidenziato che le *gross violations* dei diritti umani commesse dalla Libia potrebbero qualificarsi come crimini contro l'umanità: dal marzo del 2011 la Procura della Corte Penale Internazionale (CPI) sta conducendo un'indagine sulla situazione in Libia per i crimini commessi a partire dal 15 febbraio 2011 e non ha mancato di affermare, in più occasioni, che rientrano nell'indagine anche i crimini gravi e diffusi contro i migranti in transito in Libia[35].

Più recentemente si segnala la richiesta congiunta di ASGI, ARCI e il Cairo Institute for Human Rights Studies, inoltrata alla Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli perché svolga un'indagine sulle gravi violazioni dei diritti umani che rifugiati e migranti subiscono nei Centri di detenzione in Libia[36].

Tuttavia, maggiori perplessità potrebbero sorgere per le violazioni commesse nel Sud della Libia, dalle guardie che presidiano i confini meridionali nella regione del Fezzan. Dal momento che quest'ultima è attualmente autonoma dal Governo di Al-Sarrāj, non è chiaro se la condotta delle guardie possa essere attribuita alla Libia. Si dovrebbe chiarire se le guardie operano nel contesto dell'autonomia storicamente concessa alla regione del Fezzan o nell'ambito di gruppi insurrezionali. In quest'ultima eventualità, la loro condotta non

33. Vedi la pagina dell'OIM relativa alla situazione in Libia, https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa.

34. Vedi G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit.

35. Vedi I. Mann, V. Moreno-Lax, O. Shatz, *Time to Investigate European Agents for Crimes against Migrants in Libya*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 29.3.2018, https://www.ejiltalk.org/time-to-investigate-european-agents-for-crimes-against-migrants-in-libya/.

36. Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Associazioni e Ong euroafricane alla Commissione africana su diritti umani: indagare le violenze ai danni dei migranti in Libia*, luglio 2019 https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-violenze-indagine-commissione-africana-diritti-umani/.

dovrebbe essere imputabile alla Libia, ma al "nuovo" Stato che i ribelli vorrebbero istituire, qualora l'insurrezione si concludesse con la sua costituzione[37].

2.2. Profili di responsabilità dell'Italia

Ferma restando l'imputabilità della Libia per le violazioni dei diritti umani sopra descritte, in molti si sono interrogati sui profili di responsabilità dell'Italia, investigando in particolare l'ipotesi di una sua responsabilità indiretta per complicità[38].

La fattispecie è disciplinata all'art. 16 ARS, intitolato «Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act», che afferma:

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

a) The State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act

b) The act would be internationally wrongful if committed by the State

Tale disposizione trae origine dalla iniziale proposta del Relatore Speciale Ago, contenuta nel suo settimo Rapporto del 1978, che aveva intenzione di trasporre l'istituto della complicità all'interno del diritto della responsabilità internazionale[39]. La norma, ritenuta dal Relatore Speciale Ago soltanto come parte del progressivo sviluppo del diritto internazionale[40] (così come rimarcato successivamente anche dal Relatore Speciale Crawford[41]), è oggi in dottrina largamente considerata di carattere consuetudinario[42],

37. Per maggiori approfondimenti sulla questione G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit. p. 425.

38. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of Border Controls*, cit; G. Pascale, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria*, cit.; R. Palladino, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2018, pp. 104-134; R. Mackenzie-Gray Scott, *Torture In Libya And Questions Of Eu Member States Complicity*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 11.1.2018, https://www.ejiltalk.org/torture-in-libya-and-questions-of-eu-member-state-complicity/.

39. La disposizione originaria elaborata da Ago corrispondeva all'art. 25: «Complicity of a State in the internationally wrongful act of another State» (Vedi R. AGO, *Seventh Report on State Responsibility*, CDI Yearbook 1978, II (1), p. 60). Il termine «complicità», in seguito al dibattito maturato in seno alla CDI, fu poi sostituito dall'espressione «Aiuto e assistenza», ritenuta più neutrale, come si evince dal riformulato art 27: «Aid or assistance by a State or another State for the commission of an internationally wrongful act» (vedi CDI Yearbook 1978, II (2), p. 99). L'art. 27 divenne poi l'attuale art. 16 «Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act» in vista dell'approvazione in seconda lettura del Progetto nel 2001.

40. Vedi R. Ago, *Seventh Report on State Responsibility*, CDI Yearbook 1978, I (2), p. 59, par 74.

41. J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 13.

42. A favore di questa interpretazione vedi, *inter alia*, J. Quigley, *Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility*, in *The British Yearbook of International Law*, Vol. 57, n. 1, 1986, pp. 81-107; B.

sebbene esistano posizioni discordanti in merito[43]. A rafforzare tale posizione è stata la Corte Internazionale di Giustizia (d'ora in poi CIG), che, nel caso del Genocidio bosniaco, ha affermato la natura consuetudinaria della norma contenuta nell'art. 16 ARS[44]. Tuttavia nella celebre pronuncia, la CIG non ha fornito un'adeguata ricostruzione degli elementi costitutivi della natura consuetudinaria della norma, relativamente alla prassi e all'*opinio juris*, rendendo di fatto impossibile «to infer from the judgment what the Court had in mind as the exact content of the rule»[45].

In effetti, l'attuale disciplina della responsabilità internazionale per complicità, in virtù di una scarsa giurisprudenza in materia e alcuni dubbi interpretativi, presenta più di una questione aperta, su cui ci si soffermerà di seguito.

In primo luogo, esaminando la norma, si può innanzitutto supporre che a rientrare nella portata dell'art. 16 sia qualsiasi tipo di atto che *agevola* la commissione di un atto illecito da parte di un altro Stato. L'*aid or assistance* può consistere quindi in un'assistenza di tipo finanziario, politico, commerciale, militare, logistico ecc. Inoltre, in base a quanto si legge nel Commentario della Commissione di Diritto Internazionale (d'ora in poi CDI), non è richiesto che l'aiuto fornito sia stato indispensabile per la commissione dell'atto illecito, bensì è sufficiente che «it contributed significantly to the act»[46]. Nel caso in esame, considerando quanto finora esposto, si potrebbe affermare che l'Italia, con il suo supporto, contribuisca significativamente alla commissione delle violazioni dei diritti umani in Libia. Inoltre in alcuni casi il supporto potrebbe essere considerato anche come "indispensabile": in riferimento ai *pull-backs,* per esempio, verosimilmente, la Libia non avrebbe né i mezzi né

Graefrath, *Complicity in the Law of International Responsibility*, in *Revue Belge de Droit International*, 1996/2, p. 378 ss.; K. Nahapetian, *Confronting State Complicity in International Law*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* Vol. 7, 2002, pp. 101-104; G. Nolte e H.P. Aust, *Equivocal Helpers: Complicit States, Mixed Messages and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, n. 1, 2009, pp. 7-10; H.P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 98; V. Lanovoy, *Complicity in an International Wrongful Act*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law*, a cura di A. Nollkaemper, I. Plakokefalos, Cambridge, 2014, p. 134 ss.; M. Jackson, *Complicity in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 150 ss.; E. De Wet, *Complicity in the Violations of Human Rights and Humanitarian Law by Incumbent Governments Through Direct Military Assistance on Request*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, n. 2, 2018, p. 290.

43. Per una ricostruzione dettagliata del dibattito in merito vedi H.P. Aust, *op. cit.*

44. *Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, par. 420. In precedenza alle stesse conclusioni era giunto il giudice Stephen M. Schwebel nella sua opinione dissenziente resa nel caso Nicaragua c. Stati Uniti (vedi CIG, Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, Jurisdiction, Dissenting Opinion of Stephen W. Schwebel, Rapporto 1984, p. 558, par. 74).

45. H.P. Aust, *op. cit.*, p. 100.

46. Commentario della Commissione Internazionale (CDI), art. 16, p. 66 par. 5.

la volontà di intercettare i migranti e riportarli indietro, se non in virtù degli impegni assunti con il MoU[47].

Ad ogni modo, nonostante siano vari gli studiosi concordi nell'affermare la responsabilità dell'Italia ai sensi dell'art. 16, vi sono alcuni aspetti problematici da considerare.

In particolare, in riferimento al primo requisito (art 16 lett. a), secondo cui perché si configuri la responsabilità per complicità lo Stato che assiste deve agire con la *consapevolezza* delle circostanze che rendono l'atto internazionalmente illecito, sorgono dei dubbi interpretativi proprio in relazione alla nozione di *knowledge*, alimentati in una certa misura dal Commentario della CDI stesso. Infatti si legge in quest'ultimo che, oltre alla consapevolezza delle circostanze che rendono l'atto internazionalmente illecito, l'aiuto e l'assistenza devono essere dati «*with a view to faciliting* the commission of the wrongful act» ed è specificato in seguito che «a State is not responsible[..]unless the relevant State organ *intended*, by the aid or assistance given, to facilate the occurence of the wrongful conduct»[48].

Applicando tale lettura, quindi, la responsabilità per complicità si configurerebbe quando vi sia un *intento* da parte dello Stato che assiste di facilitare la commissione dell'atto illecito da parte dell'altro Stato e non sarebbe sufficiente provare soltanto la consapevolezza delle circostanze.

La questione interpretativa è ad oggi oggetto di dibattito[49]. Tuttavia, secondo diversi studiosi, considerare il *mental element* come elemento essenziale dell'art. 16 renderebbe di fatto la disciplina sulla complicità inapplicabile[50], oltre a restringere la portata dell'articolo, dal momento che raramente gli Stati agiscono in base alla specifica motivazione di commettere illeciti internazionali. La vera questione è che essi sono «more likely prepared to incur the occasional breach of certain obligations while being in the pursuit of some perceivably higher aim»[51].

A tal proposito, va ricordato che, nel caso sul genocidio bosniaco, la CIG ha evitato di pronunciarsi sul requisito dell'intenzionalità, affermando che *at the least* la complicità

47. A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of Border Controls*, *cit.*, p. 25.

48. Commentario CDI, art. 16, p. 66 par. 1 e 5.

49. Sul tema, H.P. Aust, *op. cit.*; V. Lanovoy, *Complicity In an International Wrongful Act*, in *Shares Research Paper*, 38/2004, https://www.academia.edu/12009834/Complicity_in_an_Internationally_Wrongful_Act.

50. Vari argomenti potrebbero essere sollevati in sostegno di questa tesi, quali l'impossibilità di concepire lo Stato come un attore in grado di compiere coscientemente delle azioni, dovendone determinare lo *state of mind* o la possibilità per lo Stato di "nascondere" facilmente il proprio reale intento, evitando di dichiararlo tramite atti pubblici, vedi M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, cit. p. 105 ss.

51. *Ibidem*.

richiede la consapevolezza[52]. Ciò potrebbe significare che la consapevolezza costituisce di solito una condizione sufficiente.

Esiste poi la possibilità di considerare una terza posizione, secondo cui lo standard richiesto dall'art. 16 corrisponderebbe ad una nozione di *knowledge* che ridurrebbe la differenza tra «consapevolezza» e «intento». Potrebbe essere utile a riguardo riferirsi alla definizione di «intento» contenuta nel sottoparagrafo "b" dell'art. 30 (2) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, secondo cui «a person has intent where, in relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events».

Infatti, se la prima parte della disposizione («means to cause that consequence») descrive una forma di *direct intent*, la seconda parte («aware that it will occur in the ordinary course of events») fa riferimento ad una «*more oblique form of intent*, where a person does not have the desire or will to bring about the consequences of the crime but is aware that those elements will be the almost inevitable outcome of his or her acts or omissions»[53].

Applicando per analogia tale definizione, quindi, il requisito dell'art. 16 (a) ARS potrebbe essere soddisfatto non solo laddove lo Stato che assiste agisca con lo scopo di determinare una particolare conseguenza, ossia l'agevolazione dell'atto illecito, ma anche nel caso in cui sia consapevole che tale conseguenza si verificherà nel normale corso degli eventi, sulla base di una «*knowledge or virtual certainty that the recipient state will use the assistance unlawfully [..] whatever its desire or purpose*»[54].

In riferimento al caso di specie pertanto, la definizione del requisito di cui all'art. 16 (a) è fondamentale: se lo standard richiesto è quello della *consapevolezza* (o di una *virtual certainty*, come si deduce dalla particolare interpretazione di *intent* fornita dalla CPI), vi sono molti argomenti per sostenere la responsabilità internazionale dell'Italia per complicità, dal momento che, come esaminato *supra*, le gravi violazioni dei diritti umani cui vanno incontro i migranti in Libia sono ampiamente comprovate; se lo standard richiesto è quello dell'intenzionalità, invece, sarebbe molto difficoltoso soddisfarlo, poiché non vi è prova che l'Italia voglia che i migranti siano sottoposti a tali trattamenti.

52. *Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, par. 421.

53. H. Moynihan, *Aiding and Assisting: Challenges in Armed Conflict and Counterterrorism*, in *International Law Program*, Chatham House, novembre 2016, p. 20.
https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2016-11-11-aiding-assisting-challenges-armed-conflict-moynihan.pdf.

54. *Ibidem*. In accordo con l'autore, tuttavia, si vuole precisare che bisogna essere cauti nell'utilizzare analogie tra la responsabilità individuale ai sensi del diritto penale internazionale e la responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 16 ARS, trattandosi di aree di diritto internazionale differenti per storia e caratteristiche. Si ritiene ad ogni modo che in mancanza di una solida giurisprudenza in materia, il significato di "intento" nel diritto penale internazionale potrebbe essere utile per comprendere lo standard richiesto dall'art. 16 ARS.

In riferimento al cosiddetto requisito dell'*opposability* invece (art 16. Lett. b), perché si configuri la responsabilità per complicità, l'atto internazionalmente illecito deve essere tale anche se commesso dallo Stato che assiste. In altre parole la condotta illecita deve costituire una violazione di norme internazionali che vincolano entrambi gli Stati. Il requisito è indubbiamente soddisfatto nel caso della violazione di una norma consuetudinaria, mentre potrebbe essere più problematico il caso di una norma convenzionale, qualora i due Stati non fossero parte del medesimo trattato. A questo proposito infatti non è chiaro se le norme violate devono essere contenute nel medesimo trattato che vincola entrambi gli Stati o se, anche in presenza di fonti giuridiche diverse, è sufficiente che esse siano simili nella sostanza, come può accadere nel caso di trattati regionali.

Nel caso di specie, ad ogni modo, il requisito sarebbe soddisfatto, dal momento che la tortura è proibita dal diritto consuetudinario e anche da norme convenzionali che vincolano sia l'Italia che la Libia[55].

Inoltre la responsabilità internazionale dell'Italia potrebbe configurarsi anche ai sensi dell'art. 41(2) ARS, secondo cui «no State shall recognise as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of Article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation». Si potrebbe infatti sostenere che la Libia è responsabile di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative di diritto internazionale (art. 40 ARS) e che l'Italia fornisce aiuto e assistenza nel mantenere tale situazione in violazione dell'art. 41(2)[56]. Inoltre il Commentario della CDI chiarisce che, in tal caso, non è richiesta la verifica del requisito di *knowledge*, in quanto «it is hardly conceivable that a State would not have notice of the commission of a serious breach by another State»[57].

Infine, una parte della dottrina esplora ulteriori profili di responsabilità internazionale. Alcuni sostengono infatti che la responsabilità dell'Italia potrebbe configurarsi anche ai sensi dell'art. 17 ARS, *Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act* (nel cui commento inoltre la CDI non menziona il *mental element*)[58]. Secondo altri invece le condizioni alla base dei paradigmi di "controllo" e

55. Gli Stati sono entrambi parti, *inter alia*, della Convenzione contro la schiavitù del 1926 (così come emendata nel 1953) e della Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti.

56. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalization of border controls*, cit.; G. Pascale, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law*, 28.2.2019, http://www.qil-qdi.org/is-italy-internationally-responsible-for-the-gross-human-rights-violations-against-migrants-in-libya/.

57. Commentario CDI, art. 41, p. 115, par. 11.

58. Vedi V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit.*; vedi anche A. Pijnenburg, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks:Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of Migration and Law* 20 (2018) pp. 396-426; C.L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli "effetti collaterali" nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in questa *Rivista*, n. 2.2018 p. 20 ss.

"direzione" sarebbero molto difficili da applicarsi in pratica, poiché richiederebbero degli standard molto elevati, riferendosi a casi in cui si attua un controllo specifico ed effettivo sulle operazioni, strettamente connesso alla commissione dell'illecito, cosa che potrebbe verificarsi se ad esempio dietro l'attività di supporto alla GCL, si nascondessero direttive specifiche relative alla gestione dei migranti[59].

Tuttavia, in virtù di una lettura meno restrittiva fornita dal Commentario della CDI, che vedrebbe rientrare nella portata della disposizione anche forme di direzione non necessariamente assimilabili all'esercizio di un "completo controllo" (e quindi anche istruzioni generali, non solo comandi dettagliati e correlati alle azioni che violano i diritti umani), la condotta dell'Italia potrebbe rispondere alle condizioni di cui all'art. 17 ARS. Ciò infatti potrebbe essere rilevante soprattutto per i casi, come quello in esame, in cui il diretto coinvolgimento italiano, tramite il coordinamento effettuato dall'MRCC di Roma, metterebbe in luce non un «mere incitement or suggestion» ma piuttosto un «*actual direction of an operative kind*»[60].

3. Il caso *S.S.* davanti alla Corte EDU: la questione della giurisdizione

Se da una parte le norme sulla responsabilità internazionale appena indagate possono costituire strumenti utili per la Corte EDU, dall'altra le sfide legali che le si pongono sembrano presentare maggiori complessità.

Come è stato già affermato, le pratiche di esternalizzazione, come quella analizzata nella cooperazione Italia-Libia, hanno l'effetto di creare un sistema di *contactless control* dei migranti e di rendere quindi complessa la possibilità di ottenere rimedi giurisdizionali: in particolare, nell'eventualità di ricorsi esperiti contro un *outsourcing State* dinanzi a organismi internazionali per i diritti umani, come la Corte EDU, la questione più spinosa è evidentemente costituita dall'accertamento della giurisdizione statale, essendo gli Stati

59. G. Pascale, *Esternalizzazione Delle Frontiere In Chiave*, cit. p. 429.

60. Commentario CDI, art. 17, p. 69, par. 7.

In merito alla possibilità di attribuire all'Italia una responsabilità internazionale ai sensi dell'art 17 ARS, va citata una recente inchiesta giornalistica pubblicata da diverse testate, che informa sulle indagini intraprese dalla Procura di Agrigento indirizzate a chiarire il ruolo effettivo della Marina Militare Italiana nelle attività effettuate dalla GCL. In base all'inchiesta sarebbe proprio l'MRCC italiano a dare direttive alla GCL e a coordinare le motovedette, mentre non esisterebbe *de facto* un vero centro di coordinamento dei soccorsi libico, come si evincerebbe dagli *omissis* contenuti nella documentazione del progetto finanziato da Bruxelles per la zona libica SAR, Per approfondimenti si vedano La Repubblica, *Tripoli e il bluff della guardia costiera: è gestita da Roma*, 2.11. 2019, https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2019/11/02/news/tripoli_e_il_bluff_della_guardia_costiera_e_gestita_da_roma_-240106393/, L'Espresso, *Migranti: la Guardia costiera libica è una grande fake news*, 27.9.2019, http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/09/27/news/guardia-costiera-libia-1.339289.

parte di un trattato sui diritti umani obbligati ad assicurare il rispetto dei diritti contenuti nei confronti delle persone *within their jurisdiction*[61].

Nel caso in esame infatti, la Corte, chiamata a rispondere delle eventuali violazioni dell'Italia degli obblighi derivanti dalla CEDU (nell'analisi seguente ci si soffermerà in particolare sull'art. 3), dovrà innanzitutto stabilire se sussista o meno la sua giurisdizione e qualora non dovesse rilevarne gli estremi dichiarerà inammissibile il ricorso.

È necessario quindi soffermarsi sulla nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU che, seppur concepita come "principalmente territoriale", ha conosciuto un'importante evoluzione, avendo la Corte di Strasburgo stabilito che, in alcuni casi, le azioni degli Stati contraenti possono costituire esercizio della giurisdizione anche al di fuori del proprio territorio[62]. È altresì importante chiarire i principali passaggi che hanno permesso un'interpretazione maggiormente estensiva della nozione, tenendo tuttavia presente la complessità della giurisprudenza della Corte in materia, la quale non è esente da «*inconsistencies* and *uncertainties*»[63].

In primo luogo, in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione, si è soliti individuare due paradigmi classici, tra cui la giurisprudenza della Corte sembra oscillare: un paradigma "spaziale", riferito alla situazione in cui lo Stato esercita un *effective overall control* su di una zona, anche oltre i limiti territoriali e un paradigma "personale", riferito alla situazione in cui lo Stato esercita *authority and control over an individual*.

61. Cfr. art. 1 CEDU. Oltre alla CEDU, altre Convenzioni specificano che gli Stati contraenti debbano rispettare gli obblighi in esse contenuti nei confronti di ogni individuo che si trovi *within their jurisdiction*, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, la Carta araba dei diritti dell'uomo, la Convenzione sui diritti del fanciullo, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (quest'ultima prevede alcune limitazioni *ratione personae* all'applicazione di alcuni diritti).

62. Sulla nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU, vedi *ex multis* G. Gaja, *Article 1*, in *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, Cedam, 2001, p. 28; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002; M. O'Boyle, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on "life after Bankovic*", in *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, a cura di F. Coomans, M. Kamminga, Antwerpen, Intersentia, 2004; E. Lagrange, *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national*, in *Revue générale de droit international public*, Vol. 112, n. 3, 2008, p. 521 ss.; R. Nigro, *The Notion Of "Jurisdiction" In Article 1: Future Scenarios For The Extra-Territorial Application Of The European Convention Of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2010, p. 11 ss.; P. De Sena, *The Notion of Contracting Parties' Jurisdiction in Art. 1 of the ECHR: some marginal remarks on Nigro's Paper*, in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2010, p. 75 ss.; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011; R. Sapienza, *Article 1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, p. 13 ss.; più recentemente S. Vezzani, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Riv. dir. intern.*, Anno CI Fasc 4/2018 – 2018, p. 1086 ss.

63. M. Milanovic, *Jurisdiction and Responsibility. Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, a cura di A. Van Aaken e I. Motoc, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 98.

Un esempio tipico in cui il modello "spaziale" trova applicazione è quello dell'occupazione militare, come nel *leading-case Loizidou*[64], in cui la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Turchia avendo essa esercitato un controllo *de facto* nella Repubblica turca di Cipro settentrionale. Tuttavia l'esistenza di un controllo effettivo su di una zona non è stata affermata solo in presenza di un'occupazione militare: nel caso *Ilaşcu*[65], la Corte ha affermato la giurisdizione della Russia sulla base di una "influenza decisiva" esercitata sul territorio, che sussiste «by virtue of the military, economic, financial and political support»[66], capace di «modificare o determinare l'azione delle autorità dello Stato terzo»[67]. È da notare inoltre che nello stesso caso la Corte ha ritenuto sussistente anche la giurisdizione moldava, seppur in assenza dell'esercizio di un effettivo controllo nella regione della Transinistria[68].

In riferimento all'applicazione del modello "personale", caso tipico che si può rilevare riguarda l'arresto di individui sul territorio di un altro Stato. Tra i casi più noti vengono in rilievo il *leading-case Öcalan*[69], riguardante l'arresto e la detenzione del capo del PKK in Kenya ad opera degli agenti turchi e *Al-Saadon e Mufdi*[70], relativo alla consegna da parte della Gran Bretagna di soldati iracheni detenuti in una prigione in territorio iracheno gestita dalle autorità inglesi.

Il principio alla base del paradigma personale è stato espresso in *Issa*[71], dove la Corte ha affermato che «a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State»[72].

A "metà" tra i due paradigmi, viene inoltre in evidenza il caso *Medvedyev*[73], rilevante per i casi di operazioni in alto mare, in cui la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Francia avendo essa esercitato un «full and exclusive control» [74] sulla nave e

64. Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 1996, ric. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*.

65. Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*. Alle stesse conclusioni giunge la Corte nel caso *Catan*, sentenza del 19 ottobre 2012, ric. 43370/04, 8252/05 18454/06, *Catan and others v. Moldova and Russia*.

66. *Ivi*, par. 392.

67. C.L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *op. cit.*, p. 19.

68. Nel ragionamento relativo all'affermazione della giurisdizione moldava, la Corte è ricorsa alla dottrina degli obblighi positivi. Sugli aspetti relativi al caso *Ilaşcu* ci si soffermerà in particolare nel paragrafo successivo.

69. Corte EDU, sentenza del 12 marzo 2003, ric. n. 46221/99, *Öcalan v. Turkey*.

70. Corte EDU, sentenza del 2 marzo 2010, ric. n. 61498/08, *Al-Saadon e Mufdi v. United Kingdom*.

71. Corte EDU, sentenza del 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, *Issa and others v. Turkey*.

72. *Ivi*, par. 71.

73. Corte EDU, sentenza del 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03, *Medvedyev and Others v. France*.

74. *Ivi*, par. 67.

sull'equipaggio (nonostante quest'ultimo non fosse stato fatto salire a bordo della propria imbarcazione)[75].

I due paradigmi sono stati richiamati infine nella celebre sentenza *Al-Skeini*[76], in cui la Corte, dopo aver ribadito il carattere principalmente territoriale della giurisdizione, ha tentato di fornire una ricostruzione coerente delle fattispecie di applicabilità extraterritoriale della Convenzione, affermando che la giurisdizione sussiste «whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual» (paradigma personale) e «when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory»[77] (paradigma spaziale).

Tuttavia il quadro fornito dalla sentenza *Al-Skeini* non sembra sufficientemente adeguato a fornire una nozione unitaria di giurisdizione che dia coerenza a tutta la giurisprudenza precedente in materia[78]. In particolare si segnala come in *Bankovic*[79], controverso caso in cui non è stata ritenuta sussistente la giurisdizione di alcuno Stato partecipante al bombardamento aereo nella *ex* Repubblica jugoslava nell'ambito delle operazioni militari della NATO, la Corte abbia escluso che la giurisdizione potesse dipendere da un nesso causa-effetto (negando quindi un'interpretazione "funzionale" della giurisdizione), sostenendo che ciò sarebbe equivalso a dire che «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State»[80]. Il ragionamento della Corte, se da una parte chiarisce che la nozione di giurisdizione non può essere estesa sul solo presupposto dell'imputabilità del fatto illecito[81], inducendo a ritenere che i due profili, quello della giurisdizione e dell'attribuzione dell'illecito

75. Sentenza richiamata anche nel caso *Hirsi*, dove la Corte fa riferimento al controllo *de jure* e *de facto* esercitato dall'Italia (in questo ultimo caso, tuttavia, i migranti erano stati trasferiti sulle navi italiane).

76. Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*.

77. *Ivi*, par 137-138.

78. In essa si rilevano inoltre ulteriori aspetti criticabili, come l'affermazione, rimasta isolata e priva di un'adeguata argomentazione, che le condizioni del paradigma spaziale e personale debbano essere soddisfatte *cumulativamente* ai fini del riconoscimento della giurisdizione (*Al-Skeini*, par. 136), vedi S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1102.

79. Corte EDU, decisione del 28 ottobre 1999, ric. n. 52207/99, *Bankovic and Others v. Belgium*.

80. *Ivi*, par 75.

81. A tal proposito va segnalato che in dottrina esiste una posizione minoritaria secondo cui la nozione di giurisdizione andrebbe estesa per l'appunto sul solo presupposto dell'imputabilità dell'illecito in virtù della necessità di non discriminare le vittime in ragione del luogo in cui avviene una violazione dei diritti umani. Alla stessa conclusione giungerebbe chi sostiene che le Convenzioni sui diritti umani debbano applicarsi anche al di fuori della giurisdizione dello Stato contraente, in ragione della natura universale dei diritti umani, vedi S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1092 ss. Invece una posizione più moderata assumono gli autori che evidenziano la necessità di coniugare l'aspirazione universalistica della CEDU con la sua identità regionale, sostenendo quindi che le categorie di giurisdizione extraterritoriale andrebbero lette come eccezioni, che contemplano sempre un qualche tipo di connessione tra il territorio fisico dello Stato contraente e l'individuo i cui diritti sono stati lesi, vedi R. Nigro, *op. cit.*, p. 21 e ss.; per maggiori apprendimenti sulla ricostruzione degli orientamenti scientifici in materia si rinvia a P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit.

«per quanto siano inestricabilmente legati [...] debbano essere tenuti distinti»[82], dall'altra solleva non poche perplessità, se si considerano i diversi casi in cui la Corte sembra invece aver adottato un *more functional test*[83].

In *Xhavara*[84], ad esempio, la Corte ha affermato (implicitamente) la giurisdizione dell'Italia nell'incidente riguardante un'operazione di intercettazione che ha visto lo speronamento (con conseguente naufragio) di una nave albanese da parte di una nave militare italiana. Il caso è molto particolare perché la Corte sembra riconoscere che l'Italia abbia esercitato la propria giurisdizione in quanto ha *provocato* l'incidente, in linea con un approccio causa-effetto. In *PAD*[85], caso riguardante l'uccisione da parte di un elicottero turco di alcuni cittadini iraniani, la Corte ha affermato la giurisdizione della Turchia, ritenendo che non era necessario stabilire dove fossero avvenute le uccisioni (se in territorio turco o iraniano) dal momento che gli spari dagli elicotteri «*had caused*»[86] l'uccisione dei familiari dei ricorrenti. Similare a quest'ultimo inoltre è *Andreou*[87], riguardante il caso di una dimostrante che si trovava all'interno di una zona neutrale controllata dalle Nazioni Unite, ferita dagli spari provocati dai militari turchi posizionati oltre il confine. In esso la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Turchia, affermando che «the opening of the fire [..] was *the direct and immediate cause* of those injuries»[88].

Un simile ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione potrebbe essere letto nell'ottica dell'approccio "funzionale" della nozione di giurisdizione, che terrebbe conto della «capacità effettiva dello Stato di incidere sui diritti protetti dalla Convenzione»[89]. Tale approccio, infatti, evidentemente non ancora consolidato nella giurisprudenza della Corte, amplierebbe il riconoscimento degli effetti extraterritoriali della CEDU in virtù della necessità di interpretare la nozione di giurisdizione in relazione alla natura peculiare della Convenzione e del suo scopo, che è quello di proteggere i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Un'interpretazione "funzionale" della nozione di giurisdizione, pertanto, potrebbe risultare utile proprio nei casi di esternalizzazione, dove considerando le pratiche di "delega" del controllo delle frontiere, è molto difficile supportare la prova del *jurisdictional link* mantenendo i paradigmi classici sopracitati, dal momento

82. S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1093; per ulteriori approfondimenti sul rapporto tra giurisdizione e responsabilità vedi M. Milanovic, *Jurisdiction and Responsibility. Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court*, cit.

83. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., pp. 36-38.

84. Corte EDU, decisione dell'11 gennaio 2001, ric. n. 52207/99, *Xhavara and Others v. Albania and Italy*.

85. Corte EDU, decisione del 28 giugno 2007, ric. n. 60167/00, *PAD and Others v. Turkey*.

86. *Ivi*, par 54.

87. Corte EDU, sentenza del 27 ottobre 2009, ric. n. 45653/99, *Andreou v. Turkey*.

88. *Ivi*, par. 25.

89. P. De Sena, *La Nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 125 ss.; sull'approccio funzionale della nozione di giurisdizione vedi anche T. De Boer, *Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection*, in *Journal of Refugee Studies,* Vol 28, Issue 1, marzo 2015, pp. 118-134.

che richiedono, come si è visto, l'esercizio di un *effective control* sul territorio o sugli individui. Tuttavia è evidente che, nell'ottica di questo approccio, andrebbe approfondita proprio la nozione di causalità[90], dal momento che, in casi di assenza di contatto fisico tra organi dello Stato e individuo, risulterebbe importante dimostrare il nesso eziologico esistente tra condotta dello Stato e la violazione lamentata. Infatti, se in alcuni casi potrebbe essere più facile immaginare che una violazione sia la «conseguenza diretta e prevedibile»[91] di una condotta imputabile allo Stato (ad esempio nei casi precedentemente citati, come in *PAD* e *Andreou*, dove il decesso delle vittime è *diretta conseguenza* degli spari), come si porrebbe la Corte di fronte ai casi in cui il nesso di causalità potrebbe essere più tenue, come le situazioni in cui le violazioni siano conseguenza di un complesso processo di delega dei controlli alle frontiere[92]? In altre parole, quale *test* di causalità andrebbe effettuato ai fini dell'accertamento della giurisdizione? Dati questi interrogativi, è probabile che la nozione di causalità, ad oggi ancora non molto approfondita nel diritto internazionale[93], rivestirà un sempre maggiore interesse in dottrina.

In conclusione, la complessità e la frammentarietà della materia rendono difficile poter fornire una cornice interpretativa unitaria del concetto di giurisdizione ai sensi della CEDU. Emergono degli interrogativi irrisolti, ma anche diversi elementi, sulla cui base si potrebbero prospettare ulteriori evoluzioni della nozione, nonché un maggiore ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione, soprattutto alla luce di un sempre più diffuso convincimento secondo cui le «violazioni degli obblighi in tema di diritti umani possano realizzarsi anche senza che la vittima entri in contatto col territorio o con gli organi dello Stato responsabile»[94]. La possibilità di delineare nuove accezioni di

90. Sulla questione S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1116 ss.

91. *Ibidem*.

92. *Ibidem*. L'autore illustra, a titolo esemplificativo, alcuni casi in cui il nesso di causalità potrebbe essere meno evidente: il caso di violazioni del diritto al cibo e alla salute come conseguenza di embargo, il caso di violazioni conseguenza di politiche di cooperazione allo sviluppo inadeguate e il caso degli effetti sui cambiamenti climatici provocati dall'immissione di gas serra.

93. Per approfondimenti vedi *inter alia* M. Strauss, *Causation as a Element of State Responsibility,* 16 Law & Policy Int. Bus. 893 (1984); A. Gattini, *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment*, in *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 4, 2007, p. 695, http://www.ejil.org/pdfs/18/4/237.pdf.

94. S. Vezzani, *op. cit.*, p. 1087. Di rilievo a tal proposito è il recente parere della Corte interamericana dei diritti dell'uomo n. 23/17 del 15 novembre 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf, che riguardava il progetto costruzione di un canale interoceanico da parte del Nicaragua, il quale avrebbe potuto causare danni all'ambiente marino, a discapito delle popolazioni della Colombia. Nel parere la Corte ha affermato che l'esistenza della giurisdizione extraterritoriale è fondata sulla presenza di effetti extraterritoriali di condotte tenute dallo Stato sotto il suo controllo e che, una volta verificata l'esistenza di tali condotte, bisogna verificare il nesso di causalità esistente tra esse e la violazione lamentata.

extraterritorialità ai sensi della CEDU (e dei trattati sui diritti umani) resta ad oggi oggetto di indagine e di dibattito[95].

3.1. Possibili scenari

Come già affermato, qualora la Corte non dovesse ritenere sussistente la giurisdizione italiana, dichiarerebbe inammissibile il ricorso. Di seguito si prenderanno in esame due possibili alternativi scenari a cui la Corte potrebbe dar seguito, sebbene più di una tesi sia stata ipotizzata in dottrina[96].

In primo luogo, analizzando il caso *S.S.* alla luce di quanto fin qui brevemente esposto, si può affermare che la prova del *jurisdictional link* sarebbe più semplice da supportare qualora si dimostrasse il diretto coinvolgimento delle autorità italiane negli eventi presi in esame. La questione sarebbe quindi comprendere se l'Italia abbia esercitato, tramite il coordinamento operato dall'MRCC e i propri mezzi presenti sulla scena (l'elicottero), un *effective control over persons* nelle operazioni di soccorso in mare.

A tal proposito, l'accertamento della funzione di coordinamento dei soccorsi in mare, cui può sommarsi l'elemento della presenza dei mezzi italiani sulla scena, ma anche la valutazione delle circostanze che attestano un qualche tipo di "influenza" esercitata dall'Italia sulla Libia (come le misure di sostegno finanziario e tecnico, la fornitura di navi, l'addestramento della GCL) potrebbero condurre la Corte ad accertare un livello di autorità e controllo sui ricorrenti sufficiente da ritenere la giurisdizione italiana sussistente.

In merito viene in rilievo anche il caso emblematico della ONG *Proactiva Open Arms*[97], coinvolta nelle attività di *Search and Rescue* di 3 eventi SAR il 15 marzo 2018, in cui è emerso come le operazioni fossero coordinate e controllate nel dettaglio dalle autorità italiane. In riferimento a questo caso, è stato affermato che i migranti imbarcati dalla GCL nel terzo evento SAR (e riportati in Libia) erano sotto la giurisdizione italiana, in virtù del «potere di controllo dichiaratamente esercitato sull'evento da parte delle autorità italiane»[98]. Secondo questa tesi pertanto, il livello di controllo sulle operazioni assunto dall'Italia sarebbe tale da implicare la giurisdizione ai sensi della CEDU, poiché l'MRCC, in quanto

95. Si segnala l'interessante proposta di S. Vezzani, *op. cit.*, relativa all'elaborazione di un nuovo modello, detto «degli effetti extraterritoriali» da affiancare ai paradigmi classici di giurisdizione extraterritoriale.

96. Sul tema, vedi in particolare A. Pijnenburg, *op. cit.*

97. Si veda sull'argomento F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. e dir. intern.*, Vol. 12, 2018, n. 2, pp. 443-452, https://www.academia.edu/37574749/Soccorso_in_mare_e_favoreggiamento_dell_immigrazione_irregolare_sequestro_e_dissequestro_della_nave_Open_Arms.

98. *Ivi*, p. 447.

responsabile del coordinamento, ha la *jurisdiction to decide* se far intervenire la GCL oppure no[99].

A tal proposito sono da considerare anche le osservazioni delle terze parti intervenienti in causa[100], secondo cui l'accertamento di un sufficiente grado di effettivo controllo o autorità sugli attori coinvolti in operazioni di *Search and Rescue* in alto mare deve tenere conto anche degli obblighi in materia di diritto internazionale del mare, ai sensi dell'art. 53 CEDU[101]. Le parti intervenienti evidenziano quindi gli elementi rilevanti in materia[102] ai fini di tale accertamento, tra cui gli obblighi di assistenza in capo ai comandanti delle navi e «the cumulative effect that the control the Search and Rescue Mission Coordinator has on shipmasters' actions during SAR operations», specificando che quest'ultime includono «alerting ships in likely search areas for rescue, coordinating SAR operations, and identifying a place of safe disembarkation»[103].

Alla luce di questi elementi, se la Corte accertasse un tale livello di controllo, potrebbe stabilire la giurisdizione italiana nel caso *S.S.* e, come in *Hirsi*, ritenere l'Italia responsabile per la violazione *par ricochet* dell'art. 3 CEDU. In merito, evidenzia ancora l'intervento delle parti terze che «where member states coordinate their activities with the Joint Rescue Coordination Centre, this should only be done under the clear understanding that they fully retain own responsibility for the preservation of the life on the sea and the respect of the non-refoulement obligation»[104].

Tuttavia un'analisi di questo tipo fa emergere che la giurisdizione italiana non potrebbe essere affermata per tutte le operazioni di *pull-backs* operate dai libici, ma andrebbe

99. *Ibidem; jurisdiction to decide* è un'espressione mutuata dalla sentenza *Kebe*, vedi Corte EDU, sentenza del 12 gennaio 2017, ric. n. 12552/12, *Kebe and Others v. Ukraine*, par. 75.

100. Ci si riferisce in particolare a *Written submissions of The AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists*, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/ECtHR-SS_v_Italy_final-JointTPI-ICJECREAIREDCR-English-2019.pdf e *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, https://rm.coe.int/third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights-app/168098dd4d.

101. Secondo cui «nessuna delle disposizioni della Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

102. Il rapporto fa riferimento alle Convenzioni e i testi fondamentali in materia di diritto internazionale del mare, tra cui: *1982 UN Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), *1974 International Convention for the Safety of Life at Sea* (SOLAS), The International Maritime Organisation (IMO) *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, The SAR Convention (*1979 International Convention on Search and Rescue*).

103. *Written submissions on behalf of the AIRE Centre, The Dutch Refugee Council, The European Council on Refugees and Exiles and International Commission of Jurists*, cit., p. 7.

104. *Ivi*, p. 8. Vedasi anche *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, cit., che arriva a conclusioni similari, quando afferma che le autorità degli Stati contraenti «when receiving distress calls originating from any search and rescue region, should not transfer, either formally or de facto, responsibility for rescue operations to other authorities when they know or should have known that this action would lead to the exposure of people in distress at sea to serious violations of their rights protected under the Convention» (p. 9).

verificata caso per caso, quando è possibile cioè accertare l'*effective control* esercitato dalle autorità italiane.

A tal proposito vi è un ulteriore filone giurisprudenziale a cui la Corte potrebbe far riferimento, che offrirebbe elementi rilevanti anche per quei casi in cui non è presente il diretto coinvolgimento dell'MRCC di Roma o della Marina Militare, delineando un ulteriore scenario. Riferendosi infatti alla teoria degli obblighi positivi, secondo cui gli Stati parte della Convenzione hanno l'obbligo di prevenire ed evitare condotte che possono violare i diritti umani tutelati dalla Convenzione, la Corte potrebbe verificare se l'Italia è responsabile della violazione degli obblighi positivi inerenti all'art. 3 CEDU[105]. Nella fattispecie, ad esempio, potrebbe ritenere l'Italia responsabile in quanto, contattando la GCL e non soccorrendoli essa stessa, non ha evitato che i migranti fossero riportati in Libia (dove era notorio che sarebbero stati sottoposti a trattamenti contrari alla Convenzione); potrebbe, ancora, ritenere l'Italia inottemperante in quanto non dovrebbe fornire alla Libia supporto di ogni genere perché quest'ultima intercetti i migranti e li riporti indietro.

In effetti, questo approccio potrebbe costituire uno strumento utile proprio nei casi di responsabilità derivata, dal momento che la Corte non si è mai confrontata direttamente con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS. Tuttavia sembra essersi mostrata incline a comprendere gli scenari di *remote involvement* di uno Stato nella commissione della condotta illecita di un altro Stato proprio nella dottrina degli obblighi positivi, ritenendo sufficiente, in tal caso, una soglia più bassa di quella richiesta dall'*effective control* per affermare la giurisdizione dello Stato contraente[106].

Viene in rilievo a tal proposito il già citato caso *Ilaşcu*[107], in cui la Corte ha riconosciuto la giurisdizione sia della Moldova che della Russia sulla base di diverse motivazioni, entrambe utili per l'analisi in oggetto.

Riguardo alla Moldova, la Corte ha affermato che «*even in the absence of effective control* over the Transdniestrian region, Moldova still has a positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power [..] to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention»[108]. Riguardo

105. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., p. 28 ss.; A. Liguori, *The Externalization Of Border Controls And The Responsibility Of Outsourcing States Under The European Convention On Human Rights*, in *Riv. dir. intern.*, Anno CI Fasc 4/2018 – 2018, p. 1228 ss.

106. Vedi M. Den Heijer, *Issues Of Shared Responsibility Before The European Court Of Human Rights*, in *ACIL Research Paper* No 2012-04 (SHARES Series) http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2012/01/Den-Heijer-Maarten-Issues-of-Shared-Responsibility-before-the-European-Court-of-Human-Rights-ACIL-2012-041.pdf; sul tema vedi anche H.P., Aust, *op. cit.*, J. Cerone, *Re-examining International Responsibility: "Complicity" in the Context of Human Rights Violations*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, n. 2, 2008, pp. 532-533, https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=ilsajournal/.

107. Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*.

108. *Ivi*, par 331.

all'esercizio della giurisdizione da parte della Russia inoltre, la Corte ha affermato che la Transinistria «set up [..] with the support of Russian Federation, [it] remains under the effective authority, or *at the very least under the decisive influence*, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation»[109].

Ai fini della presente analisi, viene in rilievo quindi non solo l'importanza data al dovere di prevenire le violazioni dei diritti umani in contesto extraterritoriale «*even in the absence of effective control»*, ma anche l'elemento del supporto militare e finanziario fornito dalla Russia alla regione della Transinistria, tale da ritenere quest'ultima sotto la sua "decisiva influenza": *mutatis mutandis* l'importanza del supporto finanziario e tecnico fornito dall'Italia alla Libia potrebbe essere considerata tale da ritenere le attività libiche (come i *pull-backs*) sotto la "decisiva influenza" dell'Italia, dal momento che queste attività in ogni caso non sarebbero svolte dai libici se non proprio in virtù di tale supporto[110].

A tal proposito è da notare che anche le osservazioni delle terze parti intervenienti (Amnesty International e Human Rights Watch) nel caso *S.S*, rilevano numerosi elementi a sostegno dell'esistenza di una "decisiva influenza" esercitata dall'Italia sulla Libia, che potrebbe a loro avviso rientrare nello scopo dell'art. 1 CEDU[111]. Nel rapporto infatti viene sostenuto che anche in assenza di un'occupazione fisica di un territorio, gli Stati possono controllare «*areas of policy*»[112] di Stati terzi. Facendo anch'esse riferimento ai casi *Ilaşcu* e *Catan*, le parti intervenienti affermano che «the Court's approach to the above cases should be taken as a place of departure to address situations where the relation of dependence is such that a MS does exert decisive influence over a third party's policy and practice, thus attracting that state's jurisdiction under the ECHR»[113].

Tornando all'utilizzo della dottrina degli obblighi positivi, si può infine affermare che essa supererebbe alcuni ostacoli che potrebbero emergere se la Corte si confrontasse con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS precedentemente analizzato. In primo luogo,

109. *Ivi*, par. 392.

110. Vedi A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit. p. 41 e V. Moreno-Lax e M. Giuffrè, *op. cit*.

111. In base all'intervento, la "decisiva influenza" sarebbe dimostrata dal costante supporto finanziario, politico e tecnico fornito a partire dal periodo *post-Hirsi*, che si declina: nel supporto garantito affinché la Libia dichiarasse una propria regione SAR e costituisse un MRCC in modo da poter ricevere comunicazioni ed effettuare le operazioni in mare; nella donazione di motovedette; nell'assistenza operativa nelle operazioni SAR e nella *presence on scene*; nella partecipazione a operazioni SAR condotte dalla GCL; nel trasferimento di responsabilità alla GCL; nelle azioni indirizzate ad ostacolare le attività di *search and rescue* condotte da ONG., Vedi AMNESTY INTERNATIONAL E HUMAN RIGHTS WATCH, *Written submissions on the behalf of the interveners*, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/hrw_amnesty_international_submissions_echr.pdf.

112. *Ivi*, par. 4.

113. *Ivi*, par. 3.

infatti, la Corte non avrebbe bisogno di prendere in considerazione la condotta dell'altro Stato, dal momento che l'Italia sarebbe responsabile della violazione diretta dei propri obblighi; in secondo luogo, non sarebbe necessario soddisfare il requisito della "consapevolezza" ai sensi dell'art. 16 lett. a, perché sarebbe sufficiente verificare l'esistenza di una *constructive knowledge* (il requisito secondo cui lo Stato "sapeva o avrebbe dovuto sapere")[114].

Dunque, seppur tale approccio non sia supportato da una giurisprudenza ben consolidata[115], vi sono elementi utili sulla cui base la Corte potrebbe confrontarsi con la questione della complicità italiana nell'ottica della dottrina degli obblighi positivi, ritenendo che l'Italia sia responsabile per la violazione degli obblighi di prevenzione e protezione derivanti dall'art. 3 CEDU, dal momento che sapeva o avrebbe dovuto sapere quali erano le circostanze che rendevano illecita la condotta della Libia.

4. Conclusioni

In questo contributo si è voluto gettare luce sugli aspetti più controversi generati dal processo di esternalizzazione delle frontiere attuato all'interno dell'Unione europea. In particolare si sono volute evidenziare le implicazioni sulla tutela dei diritti umani che questo processo comporta. Gli eventi seguenti al MoU Italia-Libia del 2017 rendono importante interrogarsi su molteplici questioni: *in primis* sulla possibile configurazione di profili di responsabilità internazionale in capo all'Italia (in particolare ai sensi dell'art 16 ARS, ma non solo) per le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani compiute in Libia, in virtù del sostegno finanziario, tecnico e logistico fornito al governo libico, oltre che del suo coinvolgimento diretto nelle operazioni di soccorso in mare; in *secundis* sulla possibilità di poter esperire un ricorso contro l'Italia per tali violazioni davanti alla Corte EDU, quesito che solleva a sua volta fondamentali questioni, come quella legata all'accertamento della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della CEDU.

Infatti, si è cercato di mettere in evidenza come il processo di delega dei controlli alle frontiere, non diversamente da quanto perseguito con la prassi dei *push-backs*, fermamente condannati nella sentenza *Hirsi*, abbia lo stesso effetto di impedire l'ingresso dei migranti (rifugiati e non) nel proprio territorio. Tuttavia, attraverso tale prassi, vi è il rischio che gli Stati membri aggirino gli obblighi derivanti dalla CEDU, essendo difficoltoso, mantenendo i paradigmi "spaziale" e "personale" in materia di applicazione extraterritoriale della Convenzione, dimostrare l'esercizio della giurisdizione.

114. Vedi A, Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit. p. 33.

115. Vedi, oltre al caso *Ilascu*, i casi *Manoilescu and Dobrescu v Romania and Russia* (Corte EDU, decisione del 3 marzo 2005, ric. n. 60861/00) e *Treska v. Albania and Italy* (Corte EDU, decisione del 29 giugno 2006, ric. n. 26937/04).

Tramite l'analisi del caso *S.S. and Others v. Italy*, ci si è quindi soffermati sulla nozione di giurisdizione extraterritoriale e sui principali trend evolutivi della giurisprudenza in materia, oltre che sugli aspetti meno chiari e più controversi. In particolare si è data attenzione ai casi in cui la Corte sembra aver applicato un approccio maggiormente funzionale della nozione di giurisdizione, che, sebbene non pienamente affermato nella giurisprudenza della Corte, potrebbe portare ad un ampliamento del riconoscimento degli effetti extraterritoriali della Convenzione, in virtù della «capacità effettiva dello Stato contraente di incidere sui diritti umani»[116].

In riferimento al caso *S.S.* nello specifico, si è messo in luce come, sulla base della giurisprudenza della Corte, sarebbe più facile soddisfare la prova del *jurisdictional link* laddove fosse accertato il diretto coinvolgimento delle autorità italiane, tramite le azioni dell'MRCC di Roma e della Marina Militare, essendo possibile in tal caso che sussista un livello di "controllo" sulla scena tale da affermare la giurisdizione italiana.

Si è però analizzato anche un altro approccio particolarmente interessante, che tuttavia non è supportato da una solida giurisprudenza, che potrebbe essere utile proprio nei casi in cui non è possibile accertare l'esistenza di un controllo effettivo. Ci si riferisce al ricorso alla dottrina degli obblighi positivi, dal momento che la Corte sembra essersi mostrata incline, in alcuni casi, ad includere gli scenari di complicità nell'ottica delle violazioni degli obblighi di prevenzione e protezione derivanti dalla CEDU, ritenendo sufficiente, in tal caso, una soglia più bassa di quella richiesta dall'*effective control* per affermare la giurisdizione dello Stato al di fuori del proprio territorio. Come si è visto, inoltre, ricorrendo alla teoria degli obblighi positivi sarebbe possibile superare gli ostacoli che si presenterebbero se la Corte si confrontasse con la nozione di complicità ai sensi dell'art. 16 ARS: in particolare la Corte non avrebbe bisogno di prendere in considerazione la condotta della Libia, dato che l'Italia sarebbe responsabile della violazione diretta dei obblighi positivi inerenti all'art. 3 e non sarebbe necessario soddisfare il requisito dell'"intento" previsto dal Commentario dell'art. 16 del Progetto sulla responsabilità degli Stati, perché sarebbe sufficiente verificare l'esistenza di una *constructive knowledge* (il requisito secondo cui lo Stato "sapeva o avrebbe dovuto sapere").

In conclusione, nonostante le sfide legali che il caso *S.S. and Others v. Italy* presenta, la prassi giurisprudenziale rivela più di un elemento sulla cui base la Corte potrebbe esprimersi in favore di una pronuncia di accoglimento, che richiederebbe tuttavia di superare i paradigmi consolidati in tema di giurisdizione extraterritoriale e fare proprie nuove interpretazioni evolutive.

116. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, cit., p. 125 ss.

Qualunque sia lo scenario finale, si può senz'altro affermare che, dato l'attuale contesto politico, caratterizzato dalla diffusa e condivisa accettazione delle pratiche di esternalizzazione delle frontiere e date le numerose implicazioni nella tutela dei diritti fondamentali che delle stesse sono conseguenza, quello al vaglio della Corte di Strasburgo è un caso di grandissimo rilievo.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

THE CONSTITUTIONAL FALLOUTS OF BORDER MANAGEMENT THROUGH INFORMAL AND DEFORMALISED EXTERNAL ACTION: THE CASE OF ITALY AND THE EU

di Elisa Olivito

Abstract: *Il saggio esamina alcune questioni di diritto dell'Unione europea e di diritto costituzionale italiano concernenti la dichiarazione UE-Turchia del 2016, il Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017 e l'accordo di cooperazione Italia-Niger del 2017. Si vuole evidenziare come nella gestione dell'immigrazione e delle frontiere – a livello europeo e nazionale – il processo di "de-formalizzazione" e "informalizzazione" degli accordi internazionali contribuisca a riportare il diritto dell'immigrazione a un metodo intergovernativo. L'assunto secondo cui i suddetti accordi sarebbero solo atti politici e perciò insindacabili rafforza il contestabile obiettivo di rimuoverli dallo Stato di diritto e dai vincoli costituzionali.*

Abstract: *The essay examines some issues of EU law and Italian constitutional law in relation to the 2016 EU-Turkey Statement, the 2017 Italy-Libya Memorandum of Understanding and the 2017 Italy-Niger Agreement of Cooperation. The Author aims to demonstrate how in the field of migration and border management – both at the EU and national level – the process of "de-formalisation" and "informalisation" of international agreements contributes to bringing migration law back to an intergovernmental method. The assumption that the aforementioned agreements are just unquestionable political acts reinforces the dubious goal to remove them from the rule of law and from constitutional constraints.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

THE CONSTITUTIONAL FALLOUTS OF BORDER MANAGEMENT THROUGH INFORMAL AND DEFORMALISED EXTERNAL ACTION: THE CASE OF ITALY AND THE EU*

di Elisa Olivito**

SOMMARIO: 1. Introduction: constitutional dilemmas about the externalisation of border management. – 2. Executive agreements in the domestic domain: a constitutional perspective. – 2.1. The 2017 *Memorandum* of Understanding with Libya. – 2.1.1. Executive agreements in the matter of migration and border management: the Italian way beyond parliamentary democracy. – 2.2. The 2017 Cooperation Agreement with Niger. – 3. The 2016 Statement between the EU and Turkey: on the way to deformalising border management and migration control. – 4. Conclusions: towards a rule of law that pretends to migrate elsewhere?

1. Introduction: constitutional dilemmas about the externalisation of border management

In view of the constitutional implications of migration law, it is of particular importance to stress that not only are EU external border control and migration management entrusted to bilateral executive agreements with third countries, but these acts are sometimes removed from both prior parliamentary scrutiny and from due forms of publicity. Two cases involving Italy, and the other concerning the European Union (hereafter the EU), show how the outsourcing of border control is problematic from a constitutional standpoint, both for the contents of the agreements and for the informal and deformalised ways in which that outsourcing takes place[1]. If it is true that respecting legal forms is a matter of substance, the circumvention of parliamentary procedures related to foreign policy touches directly upon the substance of (the EU's and member states') constitutional democracy and, at the same time, places a mortgage on how we have thus far conceptualised the concepts of foreign power, legal space and territorial sovereignty.

It is indeed well-known that an on-going process to externalise the control of EU external borders has been underway for years, and that it is working in multiple directions.

* This article is an extended version of the paper presented at the Conference «Unpacking the Challenges and Possibilities for Migration Governance», University of Cambridge, 17-19 October 2019.

** Associate Professor of Public Law, Faculty of Law, University of Rome 'La Sapienza' (elisa.olivito@uniroma1.it).

1. By the expression «informal agreements» I mean agreements that are kept secret, outside the procedure provided by law to invoke State secrecy; «deformalised agreements» means, on the other hand, agreements made according to a procedure other than that provided for by national or supranational legislation to conclude certain kinds of international agreements.

Also as a consequence of the current Common European Asylum System, EU member states with internal borders externalise that control to peripheral member states (especially, but not exclusively, Greece, Italy and Spain), which shoulder the correlated burdens and responsibilities; correspondingly, these member states, together with the EU, externalise to third countries the fulfilment and the ultimate responsibility of effective mechanisms of *refoulement* at the border or readmission in the State of origin or transit[2].

This twofold level of externalisation, which does not exhaust all forms of such a strategy[3], is the result of a double development of the policies relating to the EU area of freedom, security and justice (Title V TFEU): *i.* the prospective idea of the EU without internal border controls has been matched with the integrated system of external border management[4]; *ii.* external action in the matter of migration and asylum is depicted as a logical and consequential step of the internal free movement area, as if this were necessarily functional to its preservation. Nonetheless, the correlation between internal free movement and the need to provide the EU with external(ised) border control rests not upon an irrefutable logical connection, but rather upon the increased retreat of the EU's Fortress Europe project[5], as it is now enshrined in Article 3, paragraph 2, TEU and Article 67, paragraph 2, TFEU. As some scholars have pointed out, the link between the security deficit flowing from the opening of the EU internal frontiers and the correlated need of external compensatory measures, in order to fill that gap, is one of the stronger and symbolic myths of the EU's self-presentation[6].

With this debate in mind and taking into consideration a few case-study, my reflections are about the scope and the problematic constitutional categorisation of the international agreements through which that externalisation strategy is put in place. The 2016 European Union-Turkey Statement and two executive agreements[7] signed in 2017 by Italy with

2. For an analysis of the externalisation of migration control and its impact especially on Greece and Italy see A. Triandafyllidou, A. Dimitriadi, *Migration Management at the Outposts of the European Union*, in *Griffith Law Review*, 2013, p. 600.

3. See V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 39 and p. 112.

4. See, among others, V. Moreno-Lax, supra note 3, p. 27.

5. About this portrayal of the EU see, among others, S. Peers, *Building Fortress Europe: the development of EU migration law*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1235.

6. See S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, I, *EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 68; D. Bigo, *Border Regimes, Police Cooperation and Security in an Enlarged European Union*, in J. Zielonka (ed.), *Europe Unbound. Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union*, New York, Routledge, 2002, p. 214.

7. An executive agreement is an international agreement concluded by the heads of government of two or more countries without prior formal approval by a legislative body, in a state in which treaties are usually ratified only with such approval. It therefore enters into force upon signature of the executive branch.

Indeed, notwithstanding the fact that the Italian Government resorts to executive agreements as well, it is important to stress what Article 80 of the Italian Constitution states: «Parliament shall authorise *by law* the ratification of such

Libya and Niger can be considered as part of an overall strategy fostered by the EU to strengthen the relationship with third countries, in order to support the fight against irregular migration and to manage migratory flows towards EU member states. But, as I propose to prove, in all three cases the way that strategy has been implemented doesn't meet basic constitutional requirements.

The aforementioned agreements have in fact to be set in a broader context of bilateral agreements with third countries, signed both by the EU and the member states to contain asylum seekers and other migrants outside Europe. Indeed the predilection for agreements with third countries can be considered as a sign of the inadequacy of EU and national regulations in managing the so called mixed migration flows[8] (*id est* flows consisting of economic migrants and people potentially deserving of international protection)[9]. It is also proof of the choice to shift the burdens of these policies onto countries of transit, in order to prevent the arrival of migrants on the EU external borders and to delegate to these countries the various responsibilities of EU member states for both asylum seekers and "voluntary" migrants.

Particularly after the adoption of the Dublin III Regulation[10], and not unlike other EU member states, Italy has signed many bilateral agreements, even implicitly relying on the concept of safe third country[11] (and that of safe country of origin or country of first

---

international treaties as have *a political nature*, require arbitration or a legal settlement, entail change of borders, spending or new legislation» (italics added).

See *infra*, § 2.

8. In Italy in particular, this inadequacy has lately resulted in the criminalisation of NGOs operating at sea (see Decree-Law no. 53/2019, converted into Law no. 77/2019 and known as «decreto sicurezza *bis*») and in the tightening of the requirements for the recognition of international protection, despite the broader protection provided by Article 10, paragraph 3, of the Italian Constitution (see Decree-Law no. 113/2018, converted into Law no. 132/2018, and better known as «decreto sicurezza Salvini»).

9. The distinction between voluntary migrants and asylum seekers is often biased, because it is a tool to evade member states' responsibilities: see M. Sharpe, *Mixed Up: International Law and the Meaning(s) of "Mixed Migration"*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, p. 116.

10. Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the member states responsible for examining an application for international protection lodged in one of the member states by a third-country national or stateless person (recast) [2013] OJ L180/31 (hereafter the «Dublin III Regulation»).

11. As to the relationship between this concept, the evolution of the Dublin System and readmission agreements see E. Kjaergaard, *The Concept of 'Safe Third Country' in Contemporary European Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 1994, p. 649; A. Achermann and M. Gattiker, *Safe Third Countries: European Developments*, in *International Journal of Refugee Law*, 1995, p. 19.

As regards the *non-arrival practices* implemented by southern EU member states and the relevant legal questions, see M.-T. Gil-Bazo, *The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension - The Safe Third Country Concept Revisited*, in *International Journal of Refugee Law*, 2006, p. 571.

The fact remains that EU member states cannot assume the concept of «safe third country» as a non-rebuttable presumption: see ECJ, *N.S. and M.E.*, joined cases C-411/10 and C-493/10, judgement of 21 December 2011; ECtHR, *Ilias and Ahmed v Hungary* (Grand Chamber), Application no 47287/15, judgement of 21 November 2019.

asylum)[12]. The EU has also resorted to these tools, with the objective of encouraging the externalisation of migration and asylum policies, and of determining the pace in the juxtaposition between cooperation with third countries and the need to contain migration flows[13].

In this sense, the 2016 European Union-Turkey Statement and the 2017 Italian agreements with Libya and Niger confirm above all that the external action of the EU and the member states is marked by cooperation agreements with third countries, which are usually undertaken together with (or overlap with) agreements in the field of migration issues. It is a kind of reverse and compensatory cooperation, in the sense that third countries are called to cooperate in stopping irregular migrants and managing EU external borders[14]. The underlying idea is that, in a long-term perspective, the decreased migratory flows can stem especially from aid plans in favour of the countries of origin.

For the purposes of my research, the connection that the EU external action and the Italian legislation have built between international cooperation programs and the management of migration flows is meaningful, because it reveals the inner political nature of this area of relations with third countries and the difficulty of separating international agreements concerning migration issues from the whole set, taken together, of relations with the countries involved[15].

This correlation has relevant constitutional implications first of all at the domestic level: the aforementioned agreements with Libya and Niger cannot be qualified as agreements of a purely technical nature and, in the case of Italy, this implies that their ratification has to be authorised by the Italian Parliament, according to Article 80 of the Constitution.

12. Italy had not adopted a national list of «safe countries», but Article 7-*bis* of Decree-Law no. 113/2018 (as converted into Law no. 132/2018) has recently provided that «[b]y decree of the Minister of Foreign Affairs and International Cooperation, in consultation with the Ministers of the Interior and Justice, the list of safe countries of origin is adopted [...]. The list of safe countries of origin is updated periodically and is notified to the EU Commission». A few months ago the Minister of Foreign Affairs and International Cooperation has thus signed a decree establishing a list of countries designated as «safe countries of origin» (Ministerial Decree of 4 October 2019).

The list contains 13 countries: Algeria, Morocco, Tunisia, Albania, Bosnia and Herzegovina, Kosovo, North Macedonia, Montenegro, Serbia, Ukraine, Ghana, Senegal and Cape Verde. The list of «safe countries of origin» has been presented as a «return decree» (*decreto rimpatri*). However, according to the Italian Council for Refugees, the decree *per se* has no impact on Italy's return policy.

13. The strong push by the EU towards negotiating agreements between member states and third countries as informal agreements was also made clear by the Commission's proposal for an «Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean route and increase solidarity» (4 July 2017, press release): «The Commission will [...] step up work to secure readmission agreements (*or equivalent informal arrangements*) with countries of origin and transit, with the support of member states» (italics added).

14. See F. Ippolito, *Compacts di partenariato con Stati di migrazione: 'i vestiti nuovi dell'imperatore'?*, in Federalismi.it, 1/2017, p. 17.

15. C. Favilli, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 159.

Otherwise, the exclusion of the Italian Parliament from the procedure of concluding those agreements results in expelling the Legislature from a large part of the political choices relating to migration.

Such considerations can also be made for the EU policy and the way in which a similar strategy of externalising border control and migration controls is conducted at this level. The reason for this is that, because of different pressures, the EU and member states consider externalisation to be the succedaneum of the EU legislation that would otherwise penalise peripheral member states, and a sign of a new device to contain migration flows.

2. Executive agreements in the domestic domain: a constitutional perspective

First of all, it is necessary to reflect on those agreements signed in a simplified form (and better known as executive agreements)[16], which in Italy are finalized at the time of their signing, without the ratification by the President of the Republic or the legislative authorisation by the Chambers[17].

The question is not addressed here either from the point of view of the correctness of this practice in terms of international law or from that of the international relevance of the constitutional provisions concerning the process of making international agreements, nor from the perspective of its constitutionality outside of the cases referred to in Article 80 of the Constitution. From a constitutional law perspective, the conclusion of executive agreements – similar to the equally deplorable practice of provisional enforcement of international acts pending the authorisation bill[18] – poses major problems when they fall into one of the categories for which Article 80 of the Constitution requires prior parliamentary authorisation for ratification. The focus is, in fact, on the parliamentary

16. The expression «executive agreement» is taken from the comparison with the US experience, even if it is not entirely overlapping with that of «agreements signed in a simplified form». Indeed, the Italian procedure for entering into such agreements also in the matters referred to in Article 80 of the Constitution is less onerous for the Executive than the US one. See R. Cortese, *Gli accordi in forma semplificata nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 70; A. Reposo, *Gli accordi in forma semplificata nel diritto costituzionale statunitense*, Padova, La Garangola, 1983, p. 75, p. 120; L. Ferrari Bravo, *Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 282.

17. For the most striking and problematic cases of agreements in a simplified form, see, among others, A. Barbera, *Gli accordi internazionali: tra Governo, Parlamento e corpo elettorale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1984, p. 451; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 83.

18. This practice has sometimes relied on the "political" approval of the Cabinet's communication, to the Chambers or even to their committees, about the provisional implementation of the agreement. It has been an implied consent, from which the Cabinet has inferred the legal admissibility of the provisional implementation of some clauses, to the point of reaching the fully implementation of the agreement before Parliament even formally took note of it: see A. Massai, *Intervento*, in P. Fois (ed.), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico,* Padova, Cedam, 1990, p. 374.

control on international treaties and, in particular, on how it can be guaranteed that the Chambers make a statement on the agreements that the Government has signed in a simplified form, in the event that the Constitution prescribes a prior legislative intervention with respect to the agreement's perfection.

Since a formal ratification is not envisaged in the case of executive agreements and the contracting parties agree that they come into force on the date of signing, it could be deemed that these acts are exempted from the constitutional requirement of prior parliamentary intervention, even when they relate to one of the hypotheses referred to in Article 80 of the Constitution. It has been indeed observed that, when the Government is faced with the need to sign agreements in a simplified form, it cannot refrain from concluding them, until the authorisation law is approved. For scholars favouring this thesis, in the face of an agreement that does not require a formal ratification, at least according to the rules of international law, parliamentary scrutiny in legislative form would not be constitutionally due[19].

Nevertheless, the Italian Constitution requires that the authorisation necessarily be issued by Parliament before the treaty is ratified, so that the Chambers evaluate the text of the treaty in advance[20]. From the point of view of Italian constitutional law, it is perfectly indifferent if an agreement provides for signing and ratification or is binding after signing only: if the agreement is internationally binding, there is a duty at least to inform the President of the Republic, as well as the Chambers[21], so that appropriate initiatives can be taken under Article 80 of the Constitution.

Moreover, Article 80 of the Constitution applies not only to those treaties, for which «ratification» is envisaged in the formal sense of the act following the signing, but to all international acts, in which the declaration of consent to be bound to a treaty assumes the equivalent denomination of «accession», «acceptance» or «approval». The agreements for which prior parliamentary intervention is constitutionally required have to be identified on the grounds of the subject and not by the form in which they, by the choice of the contracting States, are concluded. The term «ratification» under Article 80 of the Constitution must

19. In this sense, see W. Leisner, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1960, p. 369; R. Monaco, *La ratifica di trattati internazionali nel quadro costituzionale*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, *Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1969, p. 450.

20. Italian Constitutional Court, judgment no. 295/1984.

21. See L. Ferrari Bravo, *Intervento*, in P. Fois (ed.), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, supra note 16; p. 145; R. Monaco, *Intervento*, in A. Cassese (a cura di), *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri*, Padova, Cedam, 1982, p. 217.

ultimately be interpreted not in the proper meaning of international law, but in a broader, a-technical sense[22].

Nonetheless, there are scholars who argue that in this regard a constitutional custom would have been formed[23], such as to legitimise the signing of executive agreements even in the hypotheses for which the prior legislative authorisation to «ratification» is prescribed. It would therefore be possible to adapt the procedure required by Article 80 of the Constitution, which would not undermine either the possibility of concluding such agreements or the guarantee underlying the constitutional provision.

In fact, since agreements are often concluded with the sole signing of the representatives of the Government, even when they would fall within the scope of that article, Parliament's acquiescence to this practice has sometimes resulted in the adoption of *ex post* laws of «approval»[24]. Some have, therefore, argued that this could remedy the lack of a legislative authorisation before the agreement's ratification[25], as a result of the alleged development of: *i.* a constitutional custom, which modified or waived the Constitution, replacing its articles 80 and 87; *ii.* a constitutional custom supplementing these provisions, due to the laconicism and schematic character of the constitutional text; *iii.* a constitutional custom, which gives the Government only residual competence to conclude agreements in a simplified form; *iv.* a constitutional convention, under which the Government has the agreements in a simplified form[26]. Despite what is prescribed by Article 80 of the

22. See T. Perassi, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale* [1952], in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 422; L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Napoli, Morano, 1964, p. 78; A. La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 159; R. Monaco, *La ratifica di trattati internazionali nel quadro costituzionale*, supra note 19, p. 451; B. Allara, *Gli accordi in forma semplificata nella Costituzione italiana*, in *Diritto internazionale*, 1971, p. 115; A. Bernardini, *Funzione del Parlamento italiano nella conclusione di accordi internazionali*, in *La Comunità Internazionale*, 1979, p. 579.

23. The development of a constitutional custom, complementing the constitutional provisions, giving the Government the competence to conclude even agreements in a simplified form and except the subsequent legislative intervention of approval, has been also supported by the Italian Court of Cassation, SS. UU., judgement no. 867/1972, in *Riv. dir. Intern.*, 1973, p. 589.

24. With regards to the legislative acts of *ex post* (and even implied) approval of agreements signed by the Government in the hypotheses of Article 80 of the Constitution, see the critical remarks of G. Cataldi, *In tema di rapporti tra autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione del trattato*, in *Riv. dir. intern.*, 1985, p. 538; A. Bernardini, *Norme internazionali e diritto interno: formazione e adattamento*, Pescara, Libreria dell'Università, 1989, p. 219. See also M. Udina, *Gli accordi internazionali in forma semplificata e la Costituzione*, in *Riv. dir. intern.*, 1961, p. 214; V. Lippolis, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Rimini, Maggioli, 1990, p. 227.

25. See also C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, II, p. 684.

26. In these terms see, respectively, *i.* M. Udina, *Gli accordi internazionali in forma semplificata e la Costituzione*, supra note 24, p. 217; *ii.* R. Monaco, *La ratifica di trattati internazionali nel quadro costituzionale*, supra note 19, p. 453; *iii.* S. Marchisio, *Sulla competenza del Governo a stipulare in forma semplificata i trattati internazionali*, in *Riv. dir. intern.*, 1975, p. 549 and F.M. Palombini, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2018, p. 878; *iv.* C. Chimenti, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 220.

Constitution, the effect of the law of «approval» would be, at the domestic level, the amnesty of the otherwise unconstitutional behaviour of the Government and, at the international level, the removal of any doubts about the conclusion of the agreement by the Italian State.

However, I agree with those scholars who maintain that the executive agreements signed in the hypotheses of Article 80 of the Constitution are inconsistent with this provision, that the gimmicks outlined in order to validate their constitutional illegitimacy should be resisted and that, finally, it should be challenged the idea that violations of Article 80 of the Constitution may result in a customary rule, suitable for repealing it or derogating from it (even in part)[27]. Confirmation of the fact that the *ex post* parliamentary intervention cannot be effective in *de facto* violating Article 80 of the Constitution is also incidentally derived from constitutional jurisprudence, where it is stated that the law containing the order of execution of a treaty stipulated in the absence of Parliament's prior authorisation cannot be considered to contain any authorisation for ratification, nor could it[28].

Furthermore, the *ex post* approval of an executive agreement would not only fail to meet the clear intent of Article 80 of the Constitution, which is to ensure the prior pronouncement of the Chambers, but above all, having the effect of putting the Parliament in front of a *fait accompli*, would lack the guarantees of the prior authorisation. Faced with the prospect of deliberating *ex post* on the agreement already in place, the Parliament would be formally free to refuse approval, but would in fact refrain to disapprove an already binding act, because it would have significant negative consequences at the international level[29].

2.1. The 2017 Memorandum of Understanding with Libya

Italy began to externalise the control of borders and migratory flows even before a common EU asylum system started to take shape after the Dublin Convention. However, recent years have seen a marked change of pace as a result of the signing, in a simplified and secret form, of agreements aimed in particular against so-called «illegal» immigration. In February 2017, then Italian President of the Council of Ministers Paolo Gentiloni and the President of the Libyan Presidential Council Fayez Mustafa Serraj signed, respectively for the Italian Government and for the Government of Reconciliation of the State of Libya, a Memorandum of Understanding on development cooperation, illegal immigration, human trafficking, fuel smuggling and reinforcement of border security (hereafter «Libya MoU»).

27. See A. Cassese, *Art. 80*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, vol. II, (Zanichelli 1979), p. 187; S. Labriola, *La pubblicazione degli atti normativi e la circolazione delle notizie sulle relazioni internazionali della Repubblica italiana*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.* 2/1985, p. 238; A. Massai, *Parlamento e politica estera: l'Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1984, p. 567.

28. Constitutional Court, judgement no. 295/1984.

29. A. Cassese, *Art. 80*, supra note 27, p. 188.

The language used in the Libya MoU is first and foremost significant, betraying a monolithic view of migration: migrants are qualified as «illegal» or «clandestine», evidencing the opportunistic denial of the reality of mixed migration flows. In fact, mixed flows preclude an *a priori* qualification of migrants as «illegal», as some of them may be recognised, under certain conditions, as refugees or beneficiaries of other forms of international protection.

It is also noteworthy that the word «rights» occurs only once in the Libya MoU, where Article 5 states that «[t]he Parties commit to interpret and apply the present Memorandum in respect of the international obligations and the human rights agreements to which the two Countries are parties». However, Libya has not signed the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees (hereafter the «Geneva Convention»)[30]. It currently only recognises refugee status for seven nationalities[31], under the 1969 Organisation of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, to which it instead adheres (hereafter the «OAU Convention»).

There is also another element, which betrays the political importance of the Libya MoU and disavows its purported character of a mere implementation of agreements previously signed between the Parties. Indeed, what stands out is the indeterminacy of the obligations undertaken by the Parties, which not only fall mainly on Italy, but are such as to be translated into thoughtful commitments and demanding political assessments. Hence, it would have been necessary to have the parliamentary intervention authorise ratification. Moreover, these obligations consist of a commitment to start cooperation initiatives, to provide support and funding to development programmes in the regions affected by «illegal» migration, in addition to providing technical support to Libyan anti-immigration bodies (including the Border Guard and the Coast Guard) [Article 1]. There is also a commitment to take action in completing the land border control system in southern Libya (according to Article 19 of the 2008 Treaty of Benghazi)[32], improving and financing temporary reception centres in Libya (and training of Libyan staff within them)[33], and supporting international organisations working in Libya in the field of migration (Article 2).

In this respect, the provision of measures on Libya's southern land border control system is particularly significant. Because of its vagueness, the commitment can hardly be

30. See S. Hamood, *EU–Libya Cooperation on Migration: A Raw Deal for Refugees and Migrants?*, in *Journal of Refugee Studies*, 2008, p. 25.

31. Syrians, Iraqis, Palestinians, Somalis, Eritreans, Ethiopians of Oromo ethnicity and Sudanese from Darfur.

32. On 30 August 2008, then Italian Prime Minister Silvio Berlusconi and Colonel Muammar Qaddafi signed, in Benghazi, the Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya (hereafter the «Treaty of Benghazi»). The Italian Parliament authorised ratification of this Treaty with Law no. 7/2009.

33. As to the question of funding, see the case initiated by the *Association for Legal Studies on Migration* (ASGI) against the Italian Government for allegedly misusing the «African Fund» to provide operational support to the Libyan authorities: www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/07/Africa-Fund.pdf.

considered as merely the enforcement of Article 19, paragraph 2, of the 2008 Treaty of Benghazi, which planned to promote «implementation of a system of control of Libyan land borders, to be entrusted to *Italian companies with the necessary technological expertise*»[34]. Italy has therefore taken on new, burdensome and even more general obligations.

The Libya MoU has come into force at the time of signing with a validity of three years, and it has been tacitly renewed for an equivalent period because, despite the critical legal and political remarks in Italy, none of the Parties has been notified of non-renewal. However, also in light of the continuing institutional instability and uncertainty with regard to the capability of the Libyan Government of Reconciliation to maintain control of strategic borders with Chad, Niger and Sudan, these obligations postulate crucial political choices and assessments.

2.1.1. Executive agreements in the matter of migration and border management: the Italian way beyond parliamentary democracy

Since the Libya MoU is an *accordo in forma semplificata* (executive agreement), which does not provide for the deposit of ratifications, the Italian Government has not submitted to the Parliament its ratification authorisation bill as set out in Article 80 of the Constitution. Moreover, it did not publish the agreement in *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti* (Italian Official Collection of Statuses) or in *Gazzetta ufficiale* (Official Journal), nor did it communicate the Libya MoU to the Presidents of the Chambers of Parliament, as provided for by Law no. 839/1984. The signing of the Libya MoU was thus reported through the media and, only later, through the publication of its text on the website of the Ministry of Foreign Affairs.

But Article 80 of the Constitution stipulates that «the Chambers should authorise by law the ratification of such international treaties as have a political nature, require arbitration or a legal settlement, entail change of borders, spending or new legislation». The Libya MoU was therefore designed as a mere implementation of Article 19 of the 2008 Treaty of Benghazi, the 2012 Tripoli Declaration and other agreements and memorandums signed by the Parties on the subject. The Government thus intended to confirm that practice (whose constitutional legitimacy is strongly doubted here) by which the task of assessing when an international agreement needs parliamentary authorisation, in accordance with Article 80 of the Constitution, is referred to executive power, except for the *ex post* and surrogate legislative initiative or the political control of the Chambers.

Indeed, even if the Executive has self-conferred the exclusive appreciation of the hypotheses for which the Constitution prescribes the *ex ante* parliamentary authorisation

34. Italics added.

for ratification – and it fulfils this task with wide margins of discretion and often with the complicity of a silent Parliament – another option remains. When the Government does not submit its authorisation bill before the «ratification» of the international agreement, the legislative initiative of a single member of the Parliament may replace that of the Government, in order to involve the Chambers in that appreciation and to bring out an interpretation of Article 80 of the Constitution different from that assumed by the Government[35].

This means that if an international agreement has been signed in a simplified form, but falls within the scope of Article 80 of the Constitution, the Parliament would still have the opportunity to express (and has sometimes expressed) its acquiescence to this practice through *ex post* laws of «approval» of the acts thus signed (and/or in laws containing the execution order[36], when necessary). This may in fact occur only when the agreement is already in force, on a supplementary and/or recessive course[37], and on the condition that publicity/communication of the international act has taken place.

The amnesty implied in the law of later «approval», however, would have the paradoxical effect of encouraging the Government in the degenerative practice of signing executive agreements, also in the hypotheses referred to in Article 80 of the Constitution, because this law would help discharge the responsibilities of the contracting Government and consequently place upon Parliament political responsibility for the agreement.

Moreover, the compliance of this expedient with the Italian Constitution depends on the development of parliamentary practices allowing MPs to pronounce in due course (and with the consequent political repercussions) on the executive agreements signed by the Government. This could lead to the affirmation and consolidation of constitutional

35. In these cases, there is also no question of whether the consequences of such a Parliamentary initiative in terms of the Government's political responsibility have an impact on the international responsibility of the Italian State, since the validity and effectiveness of the international acts do not depend on the proceedings followed in domestic law.

It is important, in fact, to mention Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereafter the «Vienna Convention»): «1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith».

36. However, parliamentary acquiescence resulting from the order of execution of a treaty signed without prior authorisation matters in terms of international law. Under Articles 45 and 46 of the Vienna Convention, the invalidity of a treaty for violation of an internal rule can only be invoked before it has been implemented. The implementation of an invalid treaty would constitute a form of acquiescence, whether the State has started to carry out its obligations, or whether it has benefited from the corresponding rights: see A. Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, Cedam, 2016, p. 139.

37. If the bill of authorisation for ratification were also presented by the Government, the latter's approval would absorb the parliamentary legislative initiative.

conventions similar to the UK's *Ponsonby Rule*[38] and designed for executive agreements. It would involve outlining and complying with rules under which, before the «ratification», Parliament must be able to discuss (in a timely fashion, but in-depth) the most important international treaties or executive agreements for which the request for debate comes from the opposition. These rules would also postulate a "diligent" Parliament, as it is empowered to participate in the most important foreign policy decisions.

In this regard, it is also interesting to note one of the arguments through which the judge for preliminary investigations of the Court of Trapani acquitted two individuals who in July 2018 were rescued, along with sixty five others, by the tugboat *Vos Thalassa* in the Sicilian Channel[39]. After having been arrested upon disembarkation in Italy, they were accused for aiding illegal immigration and of having led a revolt against the crew, because they wanted to prevent their return to Libya.

But focusing on the nature and legal validity of the Libya MoU and on its (in)compatibility with the 1979 international Convention on maritime search and rescue (hereafter the «SAR Convention»), the judge concluded that: *i.* according to Article 53 of the Vienna Convention, since the Libya MoU was stipulated in 2017, when the principle of *non-refoulement* had already acquired the rank of *ius cogens*, it is devoid of validity; *ii.* the Libya MoU is incompatible with Article 10, paragraph 1, of the Italian Constitution, according to which «Italian law conforms to the generally recognised principles of international law», which now include the principle of *non-refoulement*; *iii.* although the

38. The so-called *Ponsonby Rule* refers to the UK practice, introduced by then Foreign Minister Arthur Ponsonby, to file all the treaties subject to ratification in Parliament for twenty-one days. This rule, observed by all British governments since 1929 and generally recognised as a constitutional convention, was then codified by the Constitutional Reform and Governance Act of 2010 (part II, paragraphs 20-25).

It stipulates that within 21 sessions of the one following the filing of the treaty, for which it is not expected to come into force at the time of signing, both Chambers can block its ratification with a resolution. Ratification is the deposit or delivery of an instrument for ratification, accession, approval or acceptance. The deposit of the treaty must, however, be accompanied by a memorandum explaining its provisions and the reasons why the Government is calling for ratification and all the other issues that the Minister considers appropriate.

If, after that period, the Chambers have not expressed themselves negatively, the Government can complete the stipulation according to the device of assenting silence. If, on the other hand, the House of Commons is against ratification, a Minister of the Crown must submit a statement before Parliament, stating why he/she believes that the treaty should still be ratified. As a result of this communication and from it, a new 21-day period of sitting opens, by which time the House of Commons can once again express its dissent. If the vote against ratification is cast by the House of Lords, the Government has only an obligation to justify the decision to proceed in any case with the ratification of the treaty.

Although these rules do not apply to treaties covered by section 5 of the 2008 European Union (Amendment) Act and Part 1 of the 2011 European Union Act, they are also quoted in *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 583.

On how the *Ponsonby Rule* has evolved over the years and the need for it to be followed by the proper response of MPs and some reforms of the parliamentary procedures see J. Barrett, *The United Kingdom and Parliamentary Scrutiny of Treaties: Recent Reforms*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 225.

39. The judgment is available at: http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/2019_tribunale_trapani_vos_thalassa.pdf [last accessed 23 March 2020].

Libya MoU can be considered an agreement for which Article 80 of the Constitution prescribes prior parliamentary authorisation for ratification, it was concluded in a simplified form, i.e. without the prior authorisation of the Italian Parliament. Therefore, it is a legally non-binding agreement, which has no legislative nature, and from whose obligations the Parties could always and freely escape[40].

2.2. The 2017 Cooperation Agreement with Niger

A few months after the signing of the Libya MoU, on 26 September 2017 a cooperation agreement was also signed between Italy and the Republic of Niger (hereafter the «Niger Agreement»). Although it provided the legal basis for the participation of Italian military personnel in the bilateral support mission in Niger – along with UN Security Council Resolution No. 2359/2017 – at first the contents of the act were not known, since the text was published neither in *Gazzetta ufficiale* nor on the website of the Ministry of Foreign Affairs. In this regard, the first question arises as to how the Chambers were able to authorise the continuation of an international mission, the legal basis of which was an international agreement unknown to them, and that could not even be known[41].

Albeit with some differences, this affair recalls what has already taken place for the Libya MoU[42] and the Memorandum of Understanding between the Department of Public Security of the Italian Ministry of the Interior and the National Police of the Sudanese Ministry of Interior (hereafter the «Sudan MoU»)[43], both for the way in which the Niger Agreement operates and for the strategy behind agreements of this type. Indeed, not only do external border control and migration management refer to bilateral agreements with third countries signed in a simplified form, but these international acts are also removed from parliamentary scrutiny and the appropriate forms of publicity.

40. In this regard, it should also be pointed out that on 23 March 2017 the Tripoli Court suspended the Libya MoU, as it had been signed by a Government without the confidence of the Tobruk Parliament.

41. Similarly, the mission in support of the Libyan Coast Guard was authorised in the 17th Legislature and has been renewed for 2019, having as a legal basis, among other things, the specific requests to Italy of the Presidential Council-Government of Libyan National Accord. Those requests were contained in President Al-Serraj's letters of 30 May and 23 July 2017, the contents of which were nevertheless kept secret.

42. Moreover, the text of the Niger Agreement consists of only six pages and is essentially a copying and pasting of agreements previously concluded by Italy. There are various inconsistencies to prove this, including the mention of «ship visits» as a form of cooperation between Italy and Niger, even if Niger is a country without access to the sea!

43. The Sudan MoU for the fight against crime, border management and migration flows, and repatriation, signed on 3 August 2016, has not been published by the Italian Government. The text of the agreement, on which three applications are now pending before the European Court of Human Rights (application no. 18911/17, *A.E. and T.B.* v *Italy*; application no. 18941/17, *A.D.* v *Italy*; application no. 18959/17, *O.A.* v *Italy*), is available at: http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/10/accordo-polizia-Italia-Sudan_rev.pdf [last accessed 23 March 2020].

Since there has been no publication of the Niger Agreement, *ASGI* (Association of Legal Studies on Immigration) and *CILD* (Italian Coalition for Freedoms and Civil Rights) filed an application for civic access to the Ministry of Foreign Affairs[44], asking for a copy of both letters of 1 November 2017 and 15 January 2018 sent by the Nigerian Government to the Italian Government and of the aforementioned Niger Agreement. The Ministry of Foreign Affairs had initially denied civic access to the letters, in view of the concrete prejudice that showing of them could have caused «to the public interests underlying defence, military issues and international relations». With regard to the text of the Niger Agreement, the Ministry had instead justified the denial of access by arguing that it would be freely available, once it was published in *Gazzetta ufficiale* at the conclusion of the legislative process for authorising ratification.

As a result of this denial, the appeal to *Tar Lazio* (regional administrative Court of Lazio) stemmed from the dispute that failure to show an international agreement already in place between the Parties and two letters which – in the applicant's opinion – would also have given rise to legal obligations in international law, would have resulted in the compression of the right to access data and documents held by public administrations and for which current legislation requires publication. In fact, there is a comprehensive strategy of *de facto* secrecy of many agreements and related international commitments, which contradicts the most basic guarantees of the rule of law and that, in the confusing overlap between the (un)questionableness of the acts and the accessibility of the documents that contain them, overwhelms the democratic claims involved in the Government's exercise of foreign power.

It is in this framework that the *Tar Lazio*[45] ordered the Ministry of Foreign Affairs to present the text of the agreement within thirty days of notification, or (if earlier) from the communication of the judgement. The appeal was rejected for the part relating to civic access to letters from the Nigerian Government, it having been ruled out that they can in themselves integrate – even in the form of an exchange of notes – the notion of an international agreement subject to the legislative obligation to publish. It was instead accepted for the part relating to the applicant's right to access the text of the Niger Agreement, resulting in an order for the Ministry of Foreign Affairs to display it.

In this regard, after the *Tar Lazio* ruling, on 28 November 2018 the Italian Government at first deemed it could supersede the order to show the text of the Niger Agreement, by deliberating on the presentation of the bill of «ratification and execution» of

44. The application was filed under Articles 5 and following of Legislative Decree no. 33/2013, also known as FOIA (Freedom Of Information Act).

45. See Tar Lazio, sez. III-*ter*, judgment no. 11125 of 16 November 2018.

that act[46]. But the agreement had already come into force between the Parties and on the basis of it – as previously mentioned – the Chambers had authorised the continued participation of Italian military personnel in the bilateral support mission in Niger.

The presentation of the bill of authorisation for ratification has been here a mere delaying act, by which the Government has procrastinated authorisation that could not be extended because it was later than the agreement's entry into force. The text of the agreement also clearly showed its political nature[47], touching on the fields of military cooperation, security and defence policy, peacekeeping and humanitarian assistance operations, participation in military operations (Article 2). This means that, in accordance with the constitutional dictum, there should have been the involvement of Parliament, not in the form of an *ex post* approval law of the agreement, but in the form of prior authorisation for ratification. Otherwise, the parliamentary scrutiny would result in an empty formal involvement.

This case shows that the adoption of a law of «approval» after the agreement came into force – instead of a law prior to ratification – would confine Parliament to a role of formalistic rubber-stamping of the Government's foreign policy choices. In so doing, however, not only would the Parliament be confronted with a *fait accompli*, which would place it in the political-institutional condition of no longer being able to withhold approval of the executive agreement, but it would be politically responsible for that agreement, with the consequent perverse effect of incentivising the degenerative practice of signing executive agreements even in the cases referred to in Article 80 of the Constitution, and of calling Parliament into question only when the agreement is already in force[48]. Therefore, what should be an instrument of political control of Parliament over the work of the Government would paradoxically turn into a weapon of Government blackmail against Parliament.

After all, the reduction of the Chambers to being a Parliament merely «ratifying» the international commitments made in other venues – instead of being the "diligent" and properly informed Parliament on foreign policy issues – responds fully to Italy's decades-old trend towards the divestment of parliamentary prerogatives, the demonisation of parliamentary debate, and more generally the dismantling of representative democracy.

46. This is Bill no. 1468, finally passed by Parliament last July 11 (Law no. 80/2019).

47. The political nature of the Niger Agreement has been, moreover, proved by the accompanying report to Bill no. 1468, which on the one hand has stated that the agreement is intended, among other things, to «improve mutual understanding of security issues (fighting irregular immigration, terrorism and illegal trafficking)», while on the other hand also recognising that the parliamentary legislative intervention is necessary to implement the agreement under Article 80 of the Constitution, since it «constitutes a specific political commitment made by the Italian Government with the Nigerian Government».

48. See especially A. Cassese, *Art. 80*, supra note 27, p.150.

3. The 2016 Statement between the EU and Turkey: on the way to deformalising border management and migration control

The EU has also embarked on the path of deformalised external action, with the aim of being a driving force in the externalisation of migration and asylum policies and to set the pace in the juxtaposition between cooperation with third countries and the need to contain migration flows. Consider the Joint Statement between the European Union and Turkey on 18 March 2016 (hereafter the «Statement»), following a meeting aimed at deepening relations between the two sides and addressing the so-called refugee crisis of 2015. The Statement marked significant step in the evolution of the EU's approach to migration through its external action, and this emerges both in terms of the content and purpose of the act, as well as in the form and manner in which this anomalous agreement was concluded.

With regard to the content and purpose of the Statement, it is first of all the language used in it that is striking, because no distinction is drawn between migrants, refugees and asylum seekers, as the levelling expression of irregular migration is preferred. As a temporary and extraordinary measure, the Statement stipulated that all new irregular migrants having crossed from Turkey into the Greek islands starting 20 March 2016 would be returned to Turkey, if not having applied for asylum, or whose application had been found unfounded or inadmissible in accordance with Directive 2013/32/EU. For Syrian migrants only (and, therefore, in discriminatory terms compared with those of other nationalities) the so-called «1:1 programme» was established[49]. Finally, there was Turkey's commitment to take any necessary measures to prevent new sea or land routes for illegal migration from Turkey to the EU, and to cooperate with neighbouring States as well as the EU to this effect.

One year later, the EU Commission was fully satisfied with the effectiveness of the Statement[50], having seen a 97% reduction in irregular landings and having subsequently found in it a sign of a turning point in the EU's approach to migration.

Nonetheless, beyond the formalistic reminder of the principle of *non-refoulement*, many doubts have been raised both as to the actual ability of the migrants involved to apply for international protection, and with respect to the guarantees of their fundamental rights[51].

49. This is the mechanism by which, for every (irregular) Syrian being returned to Turkey from the Greek islands, another Syrian (refugee) is to be resettled from Turkey to the EU, taking the UN Vulnerability Criteria into account.

50. See Commission Communication, *First Report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, COM(2016)231 final, 20 April 2016, available at: http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160420/report_implementation_eu-turkey_agreement_nr_01_en.pdf [last accessed 23 March 2020].

51. See O. Ulusoy, H. Battjes, *Situation of Readmitted Migrants and Refugees from Greece to Turkey under the EU-Turkey Statement*, 29 November 2017, VU Migration Law Series 15, available at

Turkey, in fact, signed the Geneva Convention, but it has a geographical reserve, under which it does not recognise refugee status to asylum seekers from countries that are not members of the Council of Europe[52]. What is more, this type of agreement puts the EU in a position of great vulnerability and blackmail in the face of the Government of a third country[53].

More generally, the Statement responds to a calculated strategy of the EU, which in the field of migration policies and control of external borders translates into an «experimentalist but not accountable»[54] governance, because it is tailored to *ad hoc* solutions and informal instruments which escape debate and parliamentary voting[55]. It also points to a more general escape from the democratic forms of political accountability, through informal agreements designed solely not to be subject to the oversight of representative bodies.

Moreover, the Statement lays itself open for multiple criticisms from the point of view of the instrument used and the form in which it is covered. Considerable concerns relate to its implications in terms of the relationship between EU law and international law, as it has been published on the European Council's and the Council of the EU's common website in the form of a (mere) press release[56]. This has raised many questions about whether this act could be described as an international agreement signed by the EU, since Article 218 TFEU prescribes a different and much more detailed procedure for the conclusion of agreements between the EU and third countries or international organisations.

---

http://rechten.vu.nl/en/Images/UlusoyBattjes_Migration_Law_Series_No_15_tcm248-861076.pdf [last accessed 23 March 2020]; S. Peers, *The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment*, 18 March 2016, available at: eulawanalysis.blogspot.com [last accessed 23 March 2020].

52. See L. Haferlach, D. Kurban, *Lessons Learnt from the EU-Turkey Refugee Agreement in Guiding EU Migration Partnerships with Origin and Transit Countries*, in *Global Policy,* 2017, p. 88.

The Statement specifies that asylum seekers can apply to Turkey for international protection guaranteed by the Geneva Convention, thus assuming that Turkey is a «safe third country». Nevertheless, it is a highly questionable presumption: see J. Poon, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in europeanpapers.eu, 1/2016, p. 1198; S. Peers, E. Roman, *The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What could possibly go wrong?*, 05/02/2016, available at: eulawanalysis.blogspot.com [last accessed 23 March 2020].

53. See S. Carrera, L. den Hertog, M. Stefan, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, in ceps.eu, April 2017, p. 12.

This blackmailing effect has been evidenced by the fact that on several occasions President Recep Tayyip Erdogan has first threatened to suspend the Statement and then not to fulfil the Turkish commitments.

54. J. Pollak, P. Slominski, *Experimentalist but not Accountable Governance? The Role of Frontex in Managing the EU's External Borders*, in *West European Politics*, 2009, p. 904.

55. See S. Carrera, et al., *The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crisis*, in S. Carrera et al. (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 11; S. Carrera, R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean. Sailing Away from Responsibility?*, in ceps.eu, June 2019.

56. See https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement [last accessed23 March 2020].

Although the Statement presents itself as a non-binding act[57], it appears to be an international agreement, with the consequences arising from avoidance of the procedure referred to in Article 218 TFUE and, in particular, from the European Parliament's lack of involvement. Nonetheless, the European Parliament[58], the EU General Court and, lastly, the EU Court of Justice have been of a different opinion, following the annulment appeals filed by two Pakistani nationals and an Afghan national. According to the applicants, the Statement is an international agreement concluded by the European Council with Turkey; therefore, it would be an illegitimate act, because it contravenes the TFUE's provisions relating to the conclusion of international agreements[59]. But the EU General Court has accepted the pleas raised by the European Council, stating that it is incompetent to hear of appeals and rejecting the complaints on the basis of Article 263, paragraph 1, TFUE[60].

Focusing on the "paternity" of the contested act, the EU General Court has came to conclusions that allowed the more problematic issues relating to the possibility for the EU to conclude informal agreements, and the legal constraints that would result from them, to be overlooked. Indeed, according to the judges, on the basis of the (controversial) elements provided by the European Council, «*independently of whether it constitutes*, as maintained by the European Council, the Council and the Commission, a political statement or, on the contrary, as the applicant submits, a measure capable of producing binding legal effects, the EU-Turkey Statement, as published by means of Press Release No 144/16, cannot be regarded as a measure adopted by the European Council, or, moreover, by any other institution, body, office or agency of the European Union, or as revealing the existence of such a measure that corresponds to the contested measure». In addition, «*even supposing*

57. See M. Gatti, *La Dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, 11 April 2016, available at: rivista.eurojus.it [last accessed 23 March 2020], who criticises the opinion that such an act would merely repeat existing obligations under other instruments, since it contains entirely original obligations, such as the so-called 1:1 programme, which is not covered by previous existing readmission agreements. See also C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 2016, p. 420.

58. See the opinion of the European Parliament's Legal Service, presented orally at the meeting of 9 May 2016 of the Commission on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (Legal Aspects of the EU-Turkey Declaration of 18 March 2016 LIBE/8/06399).

59. The applicants had travelled from Turkey to Greece, where they applied for asylum, saying they risked persecution if they were deported to their countries of origin. This would have happened if their applications were rejected because, under the EU-Turkey Statement, they could have been sent back first to Turkey and then, from there, repatriated to Pakistan and Afghanistan.

60. EU General Court, *NF, NG and NM* v *European Council*, orders of 28 February 2017, cases T-192/16, T-193/16, T-257/16.

The orders were appealed to the EU Court of Justice, to which the applicants asked to reverse these decisions, arguing that the EU General Court has made a mistake in declaring its incompetence. The EU Court of Justice, however, has declared the appeals manifestly inadmissible due to a lack of clarity and insufficient delimitation of the pleas: ECJ, *NF, NG and NM* v *European Council*, order of 12 September 2018, joined cases C-208/17 P, C-209/17 P, C-210/17 P.

that an international agreement could have been informally concluded during the meeting of 18 March 2016 [...], that agreement would have been an agreement concluded by the Heads of State or Government of the member states of the European Union and the Turkish Prime Minister»[61].

The General Court has thus concluded that, since the evidence provided by the European Council would show that it was not the EU, but its member states as subjects of international law that had conducted negotiations with Turkey in this area, the Statement is not an act of a EU institution, the lawfulness of which it could be able to rule on.

In the end, with those orders the EU General Court has carried out both an act of extreme laxity, which ended up sacrificing institutional balance in favour of effectiveness of EU external action[62], and a real act of *denialism*, in order to respond to the needs of a short-term realism. Faced with the dubious consistency of the Statement with international and EU law, «the General Court has bent the authority of the European judicial system to the demands of *realpolitik*. However, at the end of the analysis, and in light of the many logical, constitutional and political pitfalls entailed by its decision, the question lingers whether realism is the appropriate ingredient that a court of justice must include in its recipe, in particular when fundamental rights of individuals are potentially at stake. In more general terms, one may further wonder whether avoidance is the right technique to adopt *vis-à-vis* situations that touch upon the very essence of the EU and its constitutional identity»[63]. Furthermore, this judicial epilogue shows that coherent policies do not necessarily result in good policies in line with the rule of law and EU values, because the Statement «may be internally coherent in pursuing the objective of "closing" the Eastern Mediterranean Route, but it is arguably incoherent with some EU constitutional values»[64].

4. Conclusions: towards a rule of law that pretends to migrate elsewhere?

In the usual role-playing between the EU and member states, there are currently some (legal and political) obstacles to hold national and EU institutions accountable for «outsourcing agreements» with Libya and Turkey. This is demonstrated by the aforesaid judgment of the EU General Court, but also by order no. 163/2018 of the Italian Constitutional Court.

61. EU General Court, *NF, NG and NM* v *European Council*, at paras 71-72 (italics added).

62. See L.N. González Alonso, *Lost in Principles? Institutional balance and democracy in the ECJ case law on EU external action*, in J. Santos Vara, S.R. Sánchez-Tabernero (eds.), *The Democratisation of EU International Relations Through EU Law*, New York, Routledge, 2019, p. 27.

63. E. Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism. A Quick Comment on* NF v. European Council, in europeanpapers.eu, 2/2017, p. 257.

64. L. den Hertog, *In Defence of Policy Incoherence - Illustrations from EU External Migration Policy*, in S. Carrera et al. (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities. Intersecting Policy Universes*, Leiden, Brill, 2019, p. 378.

The Italian Constitutional Court has indeed declared inadmissible appeals for conflict of competence between branches of state, which some deputies proposed against the Italian Government, in relation to the failure to submit the draft law authorising the ratification of the Libya MoU. The appeals have been lodged after parliamentary questions and requests for clarification have been not sufficiently answered by the Government and the Chamber of Deputies has not taken action to restore parliamentary prerogatives undermined by the Government's omission. Nonetheless, according to the Court, the constitutional competences deducted by the applicants – such as the power to debate, amend and vote on the bills authorizing the ratification of international treaties (articles 72 and 80 of the Constitution) – can be traced back to the prerogatives of which the parliamentary assembly is the only holder, and not its individual members. Therefore, it is only up to the assembly to assess whether possible violations of those competences can arise and decide if and how to remedy them.

But if Parliaments show that they are no longer "moral tribunes" in international relations[65] and the EU or national judicial path proves difficult to pass, for reasons that are not only procedural, what alternatives remain?

In the short term, the choice of EU and member states to rely on informal and/or deformalised agreements with third countries could undergo the review of the European Court of Human Rights (hereafter «ECtHR»). Even if the road to Strasbourg is not able to meet many constitutional crucial needs and its deterrence force could then resolve in the search for new externalisation strategies (as it has in fact happened after the well-known *Hirsi* judgment[66]), it can be a further demonstration of the legal shortcomings that the externalisation strategy suffers from.

Strasbourg is a path already attempted, in the first case with the appeal of a Syrian citizen, of Christian and Armenian origin, who, following the rejection of his application for asylum in Greece and the subsequent decision of the Greek authorities to send him back to Turkey (as a «safe third country»), appealed to the ECtHR and invoked Articles 3 and 13 of the European Convention of Human Rights (hereafter the «ECHR»)[67]. In particular, to the extent of interest here and as concerns the possible indirect fallout from the Statement, the applicant invoked Articles 3 and 13 ECHR because, in his opinion, if he were sent back to Turkey, he would run the risk of *refoulement* in Syria.

65. See N. Reslow, *Human rights, domestic politics, and informal agreements: parliamentary challenges to international cooperation on migration management*, in *Australian Journal of International Affairs*, 2019, 547.

66. *Hirsi Jamaa and Others* v *Italy* (Grand Chamber), Application No 27765/09, Judgment of 23 February 2012.

67. *J.B.* c *Grèce*, requête n° 54796/16.

For Italy, an important front could open up as a result of the application filed on 3 May 2018 by seventeen Nigerian citizens[68], under the patronage of Global Legal Action Network (*GLAN*) and *ASGI*. The applicants directly call into question the Libya MoU and the operations of the Italian Coast Guard, in order to assert the Italian responsibility in the execution of the so-called *respingimenti per procura* (pushbacks by proxy) to Libya[69], resulting in indirect support for the violent actions of the Libyan Coast Guard and the inhumane detention of migrants pushed back to Libya[70]. Italy's involvement in this application resulted from one of the incidents of migrant rescue operations in international waters[71], in which the intervention of the Libyan Coast Guard was coordinated remotely by the Italian Maritime Rescue Coordination Centre (hereafter «IMRCC»). In the applicants' opinion, that episode is just one example of the «rescue at sea» practices that arose as a result of the agreements between Italy and Libya and that constitute a violation of Articles 2, 3, 4 and 13 ECHR and Article 4 of Protocol no. 4 of ECHR.

The Italian authorities are accused of implementing (with the declared support of the EU)[72] strategies to apparently outsource rescue operations at sea, aimed at disguising serious violations of fundamental rights and circumventing multiple responsibility for international law. In this regard, the Libya MoU and its enforcement acts are a sign of the gradual transition from the paradigm of deterrence and the closure of migration routes to that of consensual containment of flows, through instances of «(externalised) contactless control»[73] and co-operative practices of «non-entrée»[74]. And this new paradigm not only

68. *S.S. et autres* c *Italie*, requête n° 21660/18.

69. In the case of Italy's responsibility for collective expulsion, consider also that the ECtHR accepted the appeals lodged by five Sudanese citizens, concerning the collective repatriation measures to Sudan: *W.A. and Others* v *Italy*, application no. 18787/17. The repatriations were carried out as a result of the Sudan MoU, which provided for procedures and few guarantees for the migrants involved.

70. As to the situation of the migrant detention camps in Libya see, lastly, United Nations Human Rights Office, *Abuse Behind Bars: Arbitrary and unlawful detention in Libya*, 2018, available at: http://www.ohchr.org [last accessed 23 March 2020].

71. The appeal stemmed from an episode on 6 November 2017, when the ship belonging to the NGO *Sea Watch* and a Libyan Coast Guard patrol vessel (the latter being part of the four units delivered to Libya by Italy) headed simultaneously to a boat with about one hundred and thirty migrants on board, which was in difficulty in international waters. During a conflicting rescue operation, while *Sea Watch* was able to rescue fifty-nine migrants, at least twenty migrants (including two minors) died, while another forty-seven were brought back to Libya. During their detention in Libya, many of them suffered physical violence, and some were sold to another kidnapper and subjected to torture in order to demand ransom from the families.

72. See the *Malta Declaration of the Members of the European Council on external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route*, available at: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/ [last accessed 23 March 2020].

73. V. Moreno-Lax, Hirsi Jamaa and Others v Italy *or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 574.

74. T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, p. 248, but see also N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 591.

consists of replacing the (otherwise prohibited) practices of pushbacks at sea with measures to subsidise and support the detention of migrants (pull-backs), in this case subcontracted to the Libyan Coast Guard and militia forces, but it also consists in eschewing parliamentary scrutiny and the rule of law.

The considerations made thus far show that the EU-Turkey Statement, the Libya MoU and the Niger Agreement are only three pieces of plans (European and Italian) to contain migration flows through the outsourcing of the control of EU external borders. The implementation of these plans relies on a multiplicity of executive agreements and *soft law* instruments[75] that, avoiding the constitutional rules of democratic scrutiny, on the external level are aimed at transferring to third countries the operations of rejection or preventive detention of migrants (and asylum seekers) and internally (as in the EU) are intended to circumvent democratic controls and parliamentary guarantees[76].

However, relying on these instruments reveals a short-term strategy, because it feeds on the illusion of being able to stop or harness migration flows on the basis of rigidly predefined solutions, and neglects to consider how those agreements will not help to eliminate, but will only shift migratory routes. In fact, the apparent closure of one migration front inevitably leads to the opening (or the reinforcement) of another front, as a result of the evolution of broader geo-political *equilibria*[77]. Thus, while agreements are signed with third countries and the EU operations to reduce arrivals from Libya or Turkey are discussed, the flows of migrants in the area between the Sahara and the Sahel or in the Ténérè desert have never stopped.

The short-term nature of the actions taken so far at national and European levels is also demonstrated by the fact that, in the face of the structural deficiencies and the ineffectiveness of the Dublin III Regulation, the choice continues to fall on *ad hoc* measures, carved out on limited geographical areas or adopted on the wave of specific emergencies. This occurred, for example, with the hotspots system proposed by the EU Commission with the 2015 European Migration Agenda[78], and the establishment of temporary relocation

75. See P. Garcìa Andrade, *EU External Competences in the Field of Migration: How to Act Externally When Thinking Internally*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 192.

76. As to the side-effects of the externalisation strategies in terms of undermining accountability and democratic legitimacy in regions bordering Europe see V. Moreno-Lax, M. Lemberg-Pedersen, *Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization*, in *Questions of International Law*, 2019, p. 32.

77. See T. Gammeltoft-Hansen, N.F. Tan, *The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2017, p. 43.

78. COM(2015) 240 13 May 2015.

measures in the field of international protection, formally for the benefit of Italy and Greece[79].

These measures and the informal or deformalised guise of which they are covered testify to the disavowal of the structural and kaleidoscopic character of migratory phenomena, their inescapable constitutional side effects and the absence of a more demanding strategy, based on the combination of short-term solutions, medium-term agreements and long-term reforms. In this sense, there is a lack of a careful mix of elements, in which cooperation with third countries should be only one of the pieces and should not disregard the constitutional requirements related to external action.

In fact, if we look to the long term, a profound rethinking of the Dublin system seems essential and it cannot be superseded through bilateral and deformalised agreements. Its reform should be based on the permanent and structural actuation (not only financially) of that principle of solidarity and fair sharing of responsibility between the member states that should govern EU policies in the fields of border controls, asylum and migration (Article 80 TFUE)[80].

Although the EU Court of Justice has stated that this principle can result in concrete and legally binding obligations for the member states, which are therefore likely to be subject to judicial review[81], the not merely emerging implementation of solidarity in this area postulates institutional and political choices, that have profound constitutional implications for the EU as well as for the member states. Indeed, the systemic challenge stemming from migration flows embodies one of the many constitutional conflicts afflicting the EU integration project.

The constitutional dimension of this challenge[82] cannot be neutralised or simplified through a purely intergovernmental approach, aimed only at calibrating the strength of opposing national interests and tailored to avoid the rule of law, but must be valued and

79. Council of the European Union, Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece; Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece. See B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the "Dublin System". The Reasons for a Crisis*, in *europeanpapers.eu*, 1/2016, p. 106; E. Guild, C. Costello, V. Moreno-Lax, *Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece. Study for the LIBE committee*, 7 March 2017, available at: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583132/IPOL_STU(2017)583132_EN.pdf [last accessed 23 March 2020].

80. See V. Moreno-Lax, *Solidarity's reach: Meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740; S. Morano-Foadi, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223.

81. *Slovak Republic and Hungary* v *Council of the European Union*, (Grand Chamber) Joined Cases C-643/15 and C-647/15, Judgment of 6 September 2017.

82. See D. Thym, *The "Refugee Crisis" as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1573.

placed in a framework that, in not forgetting about the human lives involved, does not disregard the respect for the fundamental rights of migrants and the EU and member states constitutional principles. In this sense, the appearance of which those agreements have been covered can be a sign of a European project that risks selling its soul to the devil.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

STRANIERI, PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GARANZIE PARTECIPATIVE

di Annamaria Bonomo

Abstract: *Il lavoro attraverso l'analisi delle ipotesi di deroga adottate dalla nostra amministrazione come ragioni di esclusione della partecipazione nei procedimenti che interessano soggetti stranieri, si interroga, alla luce dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990, sull'adeguatezza di una presunzione normativa di vincolatività prevista per la gran parte dei provvedimenti in materia di immigrazione, al fine di misurare gli effetti che tale assunto produce in termini di garanzie partecipative degli stranieri. L'analisi evidenzia come l'adozione di formule standardizzate, confezionate in serie sulla base di parametri rigidi che vincolano il risultato finale, possa rivelarsi inefficace laddove modalità decisionali "su misura" consentirebbero all'amministrazione di modulare più adeguatamente la propria decisione, proprio con riferimento a provvedimenti i cui destinatari si trovano in una condizione di indubbia soggezione nei confronti del potere amministrativo e sono per questo maggiormente vulnerabili.*

Abstract: *The paper, through the analysis of exemptions applied by our administrative authorities as reasons for omitting the involvement of foreigners in administrative proceedings, enquires, in the light of art. 21-octies law no. 241/1990, on the adequacy of a statutory presumption of binding activity provided for most immigration measures, in order to evaluate the effects that this assumption produces in terms of foreigner's participation guarantees. The analysis shows that the adoption of standardized formulas, packaged in series on the basis of rigid parameters that bind the final result, can prove ineffective, where "tailored" decision-making methods would allow the administration to better calibrate its decision, precisely with regard to measures whose recipients are in a state of undoubted awe with the administrative power and are therefore more defenceless.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

STRANIERI, PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GARANZIE PARTECIPATIVE

di Annamaria Bonomo*

SOMMARIO: 1. Partecipazione e giusto procedimento: cenni introduttivi. – 2. Gli stranieri e il procedimento amministrativo – 3. Le deroghe alle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi in tema di immigrazione. – 4. La deroga relativa all'esigenze di celerità del procedimento. – 5. L'esclusione delle garanzie partecipative in base alla categoria dei vizi non invalidanti. – 6. La natura vincolata dei provvedimenti diretti agli stranieri come ragione di deroga alle garanzie partecipative. – 6.1. Sulla natura vincolata dei provvedimenti in materia di immigrazione. – 7. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento degli stranieri. – 8. Il rafforzamento delle garanzie partecipative dei cittadini stranieri: dal provvedimento in serie alla decisione "su misura".

1. Partecipazione e giusto procedimento: cenni introduttivi

Quando si parla di partecipazione ci si riferisce ad un fenomeno complesso. Nei rapporti tra amministrazione e privati il contenuto del partecipare è inteso come il prendere parte ad un determinato processo decisionale di cui il soggetto è destinatario, nella duplice dimensione di garanzia dell'interessato e di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa[1]. A partire dagli scritti di Mario Nigro[2] e Feliciano Benvenuti[3] il coinvolgimento del soggetto interessato nel procedimento che lo riguarda ha assunto nel nostro sistema una rilevanza progressivamente centrale, che ha portato parte della dottrina, rievocando il *due process* anglosassone[4], ad individuare con

* Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Bari.

1. Sulle diverse dimensioni della partecipazione, quella garantistica, quella collaborativa e quella, in senso lato, democratica si veda M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, Firenze University Press, 2016, p. 295 ss.

2. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5 ss. Su Mario Nigro e la sua opera si vedano gli scritti pubblicati sulla *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3. 2010, tra i quali S. Cassese, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, *ivi*, p. 685 ss.; A. Sandulli, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, *ivi*, p. 641 ss.; R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, *ivi*, p. 667 ss.

3. F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.

4. Secondo tale nozione il procedimento serve a far sì che la decisione amministrativa non sia imposta dall'alto, ma si formi in contraddittorio con il privato secondo lo schema del procedimento giurisdizionale, consentendo l'emersione di tutti gli interessi in gioco. Cfr. R. Caranta, *Introduction. The future of participation*, in ID (ed.), *Interest Representation in Administrative Proceedings*, Napoli, Jovene, 2008, p. 11 ss. Sull'evoluzione delle garanzie procedurali nei confronti dei pubblici poteri anche nella prospettiva dello spazio giuridico globale si vedano G. Della Cananea, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*

sempre con maggiore convinzione nel dialogo tra amministrazione e amministrati il fulcro dell'effettività della garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti delle amministrazioni pubbliche[5].

Nel nostro ordinamento l'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo, è stato, com'è noto, introdotto in via generale solo con la legge n. 241 del 1990, ma da allora ha ricevuto un graduale consolidamento ad opera del legislatore, della giurisprudenza amministrativa e dell'elaborazione dottrinale[6] che lo hanno consacrato come principio generale dell'ordinamento giuridico, in base al quale «ogni disposizione che limiti o escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare di vanificare o escludere il principio stesso»[7]. Il fondamento della partecipazione è stato ritrovato nel principio del giusto procedimento[8], inteso come diritto fondamentale dell'individuo ad una buona azione amministrativa[9], criterio tuttavia mai inserito in Costituzione, ma solo riconosciuto, dalla Corte costituzionale prima[10] e dalla giurisprudenza amministrativa poi,

---

a cura di G. Della Cananea, Napoli, Jovene, 2007, p. 11 ss.; A. Massera, *Il diritto del procedimento amministrativo tra vocazione alla protezione delle libertà e pressioni verso la democraticità delle decisioni*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2008, p. 73 ss.

5. Sull'evoluzione dei rapporti tra società civile e amministrazione, cfr. S. Cassese, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1998, p. 1015 ss.

6. Sul processo di graduale riconoscimento del diritto di partecipazione nel nostro ordinamento cfr. *ex multis* R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriques, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffré, 2005, p. 1 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 13 ss.; S. Cognetti, *«Quantità» e «qualità» della partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2000; A Valastro, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in Costituzionalismo.it, 2017, n. 1, p. 35 ss.; L.R. Perfetti, *Procedimento amministrativo e partecipazione-Report 2011*, in *Ius Publicum*, www.ius-publicum.com, 2011, p. 1 ss.

7. Cons. St., sez. IV, 25.9.1998, n. 569, in *Cons. di Stato*, 1998, p. 1281 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa relativa al principio di partecipazione cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriquez, *La partecipazione*, cit., p. 78 ss.; A. Cardone, *Procedimento amministrativo e partecipazione: giurisprudenza amministrativa e costituzionale e concezioni dell'idea di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 231 ss.

8. In base a tale principio, sotto il profilo sostanziale, la legge deve definire il procedimento attraverso cui l'amministrazione può limitare la libertà del privato e poi, sotto il profilo procedurale, i destinatari di decisioni della pubblica amministrazione potenzialmente lesive dei loro interessi devono sempre essere messi nella condizione di rappresentare tempestivamente le proprie ragioni, prima che tali decisioni vengano adottate. Cfr. A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, p. 509 ss.; G. Sciullo, *Il principio del «giusto procedimento» tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, p. 291 ss.; F. Saitta, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.,* 2013, p. 627 ss.; L. Buffoni, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss.

9. Il diritto ad una buona azione amministrativa è stato codificato nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In argomento D.U. Galetta, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, 133 ss.; R. Bifulco, *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (eds.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 290; sia consentito rinviare ad A. Bonomo, *The right to good administration and the administrative inaction: a troubled relationship*, in DPERonline, n.2/2015.

10. Il riconoscimento del «giusto procedimento» come principio di valore generale dell'ordinamento giuridico ha avuto una storia altalenante. Affermato, com'è noto, per la prima volta, dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza

come criterio di orientamento per il legislatore e l'interprete per garantire il diritto al contraddittorio in sede procedimentale[11].

Alla luce della progressiva valorizzazione del diritto di partecipazione procedimentale nel nostro sistema[12], diventa allora interessante verificare se l'applicazione delle garanzie partecipative sia davvero estesa a tutti i soggetti che si rapportano con i pubblici poteri, ovvero se, e in che misura, le stesse garanzie siano riconosciute anche ai soggetti che non appartengano al nostro Stato, ma a diverso titolo si trovino a confrontarsi con la nostra pubblica amministrazione. Il riferimento è in particolare al diritto dell'immigrazione[13], ovvero alla disciplina della condizione giuridica dello straniero, spesso caratterizzata da una legislazione di carattere emergenziale, che presenta dei connotati peculiari rispetto ai principî generali del diritto amministrativo, laddove le regole applicabili quando il destinatario dell'esercizio del potere è un soggetto straniero appaiono spesso derogatorie rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il rapporto tra il pubblico potere e i cittadini[14].

La disciplina normativa dell'ampia gamma di poteri di cui le amministrazioni dispongono per governare il fenomeno migratorio ha raggiunto oggi una dimensione tale

---

2.3.1962 n. 13 (in *Giur. cost.*, 1962, con commento di V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, p. 131 ss.), dalla giurisprudenza costituzionale successiva invece gli è stato assegnato al più «il ruolo di un criterio di orientamento», cfr. Corte cost., sent. 31.5.1995, n. 210, in cui la Corte afferma «se il principio del giusto procedimento non può, in quanto tale, dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia giurisdizionale, deve ad esso essere assegnato almeno il ruolo di "un criterio di orientamento"». In tal senso *ex multis* Corte cost., sent. 19.3.1993, n. 103 secondo la quale tra i principi costituzionali «non è compreso quello del "giusto procedimento" amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 della Costituzione»; Sul punto cfr. S. Mangiameli, *"Giusto procedimento" e "giusto processo". Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in associazionedeicostituzionalisti.it. Infine, nella seconda parte dello scorso decennio, gli è stata riconosciuta la dignità di principio costituzionale, cfr. Corte cost., 17.3.2006, n. 104; Corte cost., 25.3.2007, n. 103 e n. 104. Per una rassegna giurisprudenziale sul giusto procedimento cfr. F. Castiello, *Il principio del giusto procedimento dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, 2008, p. 269 ss.; G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 6. 2007. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento"*, cit., p. 281 ss.

11. Cons. St., A.P.,15.9.1999, n.14 in cui il Supremo Collegio affermò che alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse si sostituiva «il sistema della democraticità delle decisioni amministrative e della accessibilità dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in condizione di contraddire». In argomento M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 5, 2004, p. 1595 e ss.

12. Sulle trasformazioni della disciplina della partecipazione cfr. E. Chiti, *Il presente "ipotetico" della partecipazione al procedimento: la forza e i limiti delle trasformazioni in corso*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 149 ss.

13. Sulle specificità, ma anche promiscuità di tale disciplina cfr. M. Savino, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 381 ss.

14. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018.

da giustificare una sua autonomia nell'ambito del diritto amministrativo, il diritto amministrativo dello straniero appunto che, a causa della crescita esponenziale del fenomeno migratorio, ha assunto negli ultimi anni un interesse sempre più intenso per la scienza giuridica[15] e si definisce proprio in virtù del modo peculiare di atteggiarsi del rapporto tra autorità e libertà quando i destinatari dell'azione amministrativa siano soggetti stranieri[16].

Indagare sul riconoscimento delle garanzie partecipative ai soggetti stranieri assume interesse nella misura in cui è proprio nei confronti di tali soggetti che l'esigenza di partecipazione assume un peso ancora più rilevante, laddove si tratta spesso di individui che, in quanto formalmente esclusi dal circuito democratico[17], si trovano in una condizione di maggiore soggezione nei confronti di un'amministrazione che, tra l'altro, risponde a regole che sono stabilite da altri, i cittadini di quello stato[18].

2. Gli stranieri e il procedimento amministrativo

La disciplina normativa del rapporto tra gli stranieri, ossia secondo la definizione datane dal d.lgs. n. 286/1998 («*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*», d'ora in poi TU sull'immigrazione)[19], i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi che si trovino sul territorio italiano, e l'esercizio dell'azione amministrativa non presenta deroghe espresse rispetto a quella applicabile ai cittadini italiani e appartenenti all'Unione Europea[20].

15. Su questi temi per tutti M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 3, p. 739 ss.; Id., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012; G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza,* a cura di P. Morozzo della Rocca, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017, p. 15 ss. ove ult. riff.

16. M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit. p. 357, il quale sottolinea la forte specialità del diritto dell'immigrazione e dei connessi poteri riconosciuti all'Amministrazione.

17. Sulla portata della domanda di partecipazione degli immigrati finalizzata all'attraversamento del confine posto tra inclusione/esclusione dallo spazio, pubblico, della cittadinanza cfr. L. Lo Schiavo, *Immigrazione, cittadinanza, partecipazione: le nuove domande di inclusione nello spazio pubblico. Processi di auto-organizzazione e partecipazione degli immigrati*, in *Quaderni di intercultura*, 2009, p. 1 ss.

18. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?* in A.A.V.V., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale* (Convegno scientifico 19-20 maggio 2016), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 165, 168, il quale osserva come «Il processo deliberativo statale dal quale la legislazione sull'immigrazione trae origine è contrassegnato da un evidente squilibrio: le decisioni (della maggioranza) dei cittadini incidono sulle libertà di altri soggetti (i non cittadini)».

19. Art. 1, co. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.* Per la definizione, all'interno di tale categoria, delle differenti figure di regolare, irregolare, clandestino, asilante, cfr. E. Rosi, *Regolari, irregolari, clandestini. Le novità del testo sull'immigrazione*, in *D&G,* 2002, fasc. 3, p. 11 ss.

20. Sulla condizione giuridica degli stranieri nella costituzione e nel diritto dell'Ue cfr. A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2018. C. Corsi, voce *Straniero (diritto costituzionale)*, Enc. Dir., Annali VI,

All'interno della categoria degli stranieri intesi in via generale come non cittadini, in quanto privi della cittadinanza dello Stato sul cui territorio essi si trovino a titolo temporaneo o per soggiorno[21], occorre com'è noto distinguere tra la posizione del c.d. migrante volontario (o economico)[22] e quella del c.d. migrante involontario[23]. Tale distinzione non ha un carattere meramente descrittivo, ma incide sulla posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a tale soggetto assicurata nel nostro ordinamento, in quanto è principalmente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del TU dell'immigrazione relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia[24]. È a quest'ultima categoria che sono dedicate le riflessioni che seguono.

Sul piano del diritto positivo la posizione dei soggetti stranieri extra-comunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato italiano appare assimilabile a quella dei cittadini italiani od europei, e neanche l'amministrazione, in base ad una riserva di legge rinforzata in materia di «condizione giuridica dello straniero» (art. 10, co. 2 Cost.), ha la possibilità di disciplinare diversamente la materia introducendo trattamenti di tipo differenziato[25]. L'assenza della cittadinanza italiana od europea non dovrebbe quindi rappresentare un limite all'estensione della normativa relativa ai rapporti tra

---

Milano, Giuffrè, 2013, p. 861 ss., E. Grosso, voce «*Straniero (status costituzionale dello)*», in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 156 ss.

21. In realtà all'accezione negativa di non cittadino si affianca l'accezione positiva dell'essere cittadino di un altro Stato estero.

22. Il «migrante volontario» è colui che sceglie di lasciare volontariamente la propria residenza o il Paese di origine in cerca di lavoro e di migliori condizioni di vita. Questo termine comprende, di solito, tutti i casi in cui la decisione di migrare viene presa liberamente dal soggetto per ragioni di convenienza personale e senza l'intervento di fattori esterni che lo costringono. Un migrante volontario, a differenza di un migrante forzato o involontario, non è perseguitato nel suo proprio Stato e può tornare, in qualsiasi momento, al suo Paese o alla sua residenza in condizioni di sicurezza. In argomento cfr. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4 ss.

23. Per «migrante involontario» si intende una persona che abbandona involontariamente il luogo di origine o di residenza abituale, motivata dalla pressione o minaccia di fattori esterni quali persecuzioni, conflitti, violenza generalizzata o violazioni dei diritti umani. Sui rapporti tra amministrazione e migranti involontari si veda M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, *Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene, 2016, p. 206 ss.

24. Al migrante involontario invece si applica la disciplina dettata dal d. lgs. n. 251 del 2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d.lgs. n. 25 del 2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d.lgs. n. 142 del 2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo.

25. Osserva P. Bonetti, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 143 ss.: «si tratta di una riserva relativa di legge, sicché la riserva è da considerarsi violata sia qualora la disciplina sia lasciata totalmente a regolamenti o ad istruzioni amministrative, sia qualora vi sia norma legislativa che attribuisca alla pubblica amministrazione un potere discrezionale e non vincolato, di incidere su diritti soggettivi perfetti o comunque su posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate. Si tratta altresì di una riserva di legge "rinforzata", perché la legge che disciplina la condizione dello straniero deve essere conforme alle norme del diritto internazionale generale e convenzionale».

amministrazione e privati anche ai soggetti che appartengano per nazionalità ad un Paese non aderente all'Unione europea.

Coerentemente, la legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 disciplina l'esercizio della funzione amministrativa senza prevedere distinzioni tra i destinatari e ne rende formalmente pacifica la sua applicabilità anche ai soggetti che non siano cittadini italiani, ma che entrino in contatto con la nostra amministrazione[26].

Il TU sull'immigrazione assume una posizione ancora più chiara, sancendo la parità di trattamento tra cittadini e stranieri nei rapporti con la pubblica amministrazione relativamente alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi[27].

Il dato normativo dimostra dunque una formale parificazione dello straniero al cittadino per quanto concerne i rapporti con la pubblica amministrazione, senza che l'ordinamento abbia mai avvertito la necessità di prevedere interventi normativi differenziati con riferimento ai soggetti stranieri, salvo i limiti eventualmente espressamente previsti dalla legge[28].

Tale parificazione se è sicuramente riscontrabile nei procedimenti amministrativi comuni, non è tuttavia altrettanto scontata nei c.d. procedimenti tipici in materia di immigrazione, ovvero quelli che hanno come destinatari soggetti stranieri che aspirino ad entrare o a restare in territorio italiano[29].

Si tratta dei procedimenti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'allontanamento dal territorio dello Stato, i quali possono prevedere delle deroghe alla disciplina generale. Del resto, anche guardando alla normativa in tema di diritti umani, mentre è sancito il diritto di «ogni individuo di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio

26. Nell'art. 3 della l. 241/90 si fa infatti generico riferimento al «destinatario», negli artt. 7 e 10 si utilizza il termine di «soggetti», nell'art. 9 si fa riferimento a «qualunque soggetto», nell'art. 11 sugli accordi si parla di «interessati», nell'art. 22 sull'accesso agli atti di «chiunque abbia interesse». Solo all'art. 18 in tema di dichiarazioni sostitutive si fa riferimento al «cittadino». In argomento cfr. L. Gili, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. Crosetti, F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2002, p. 55 ss.

27. Il TU immigrazione all'art. 2, co. 5 prevede che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge».

28. La legge n. 241/1990 prevede deroghe espresse all'applicabilità dei meccanismi di semplificazione quando si tratti di provvedimenti in materia di immigrazione, cittadinanza ed asilo. Si veda ad esempio il termine di conclusione del procedimento che, a norma dell'art. 2, co. 4, per i «procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione» può superare i centottanta giorni, o l'art. 19 che esclude gli atti rilasciati dalle autorità preposte all'immigrazione dall'ambito di applicazione della SCIA, così come l'art. 20 che esclude l'operatività del silenzio-assenso per gli atti e i procedimenti riguardanti l'immigrazione.

29. Sulla disciplina dei provvedimenti tipici in materia di immigrazione cfr. F. Bartolini, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 3 ss.; G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 15 ss.

Paese»[30], non è previsto alcun obbligo per gli Stati di ammettere sul territorio se non i propri cittadini[31]. In questa prospettiva, ciascuno Stato conserva il potere di disciplinare l'ammissione degli stranieri sul proprio territorio e quindi di controllarne, limitarne o impedirne l'ingresso e il soggiorno o di disporne l'allontanamento anche con misure coercitive, configurandosi tale potere come strumento, fortemente discrezionale, di difesa dell'integrità nazionale che può esplicarsi attraverso la regolamentazione dei flussi migratori, da sempre prerogativa esclusiva di ogni Stato sovrano[32].

In quest'ottica, con riferimento alla qualificazione giuridica delle posizioni giuridiche coinvolte, il legislatore italiano ha ritenuto che a fronte del potere, riconosciuto alla competente amministrazione, di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, sulla base di taluni presupposti e in base a specifiche tipologie di permessi fissati dal legislatore, o di disporne l'espulsione in presenza di determinate condizioni, si configuri tendenzialmente una situazione di interesse legittimo. Sembrerebbe quindi che, salvo che si tratti di casi per i quali valgono disposizioni più favorevoli previste da norme costituzionali, europee o internazionali[33], ogni straniero sia titolare soltanto di

30. Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (San Francisco 1945) art. 13 co. 2 «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese». Convenzione europea dei diritti dell'uomo, (Roma, 4. 11.1950, Protocollo n. 4 – art. 2 Libertà di circolazione «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio».

31. Lo Stato territoriale mantiene un ampio margine di manovra per configurare la propria politica migratoria e la disciplina dell'ingresso e del soggiorno sul proprio territorio. Cfr. in argomento M. Di Filippo, *Contrasto dell'immigrazione irregolare e conseguenze negative sullo status del migrante: il caso del richiedente visto nel diritto dell'Unione europea*, in *Immigrazione, marginalizzazione, integrazione*, a cura di M.C. Amato, Torino, Giappichelli, 2018, il quale osserva che «possono essere (dagli Stati) previsti canali preferenziali per i cittadini di determinati Paesi, in un'ottica di reciprocità o nel contesto di relazioni bilaterali preferenziali; possono essere regolati con soluzioni restrittive gli ingressi finalizzati alla ricerca di lavoro onde tutelare la manodopera locale, oppure essere agevolati tali ingressi con riguardo a specifici settori produttivi caratterizzati da carenza di lavoratori; possono essere incentivati gli ingressi per soggiorni brevi a finalità turistiche stabilendo requisiti minimali per l'ammissione; *last but not least*, possono essere introdotti visti per determinate tipologie di ingressi e soggiorno, oppure per la generalità dei casi».

32. Come in più occasioni affermato dalla Corte costituzionale, il potere di disciplinare l'immigrazione è una manifestazione essenziale della sovranità dello Stato che comporta il controllo del territorio: «Lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione di un adeguato flusso migratorio vanno dunque rispettate, e non eluse [...] essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, di tutti coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (Corte cost., sent. 21.11.1997, n. 353; Corte Cost. sent. 14.7.2010, n. 250). In argomento C. Barbati, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, cit., p. 9 ss. 24; M.R. Spasiano, *Principi recenti e non in tema di immigrazione: gli orientamenti della Consulta*, in *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., p. 263 ss.

33. Hanno invece un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno sul territorio dello Stato alcune categorie di stranieri: a) i cittadini dell'Unione europea, in virtù della libertà di circolazione e soggiorno prevista dalle norme comunitarie e salvi i limiti consentite da quelle norme per ragioni di ordine pubblico, sicurezza o sanità, b) gli stranieri ai quali nel proprio Paese non è garantito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, co. 3 Cost.); c) gli stranieri che sono familiari di un italiano o di uno straniero soggiornante in Italia, per i quali

una posizione giuridica di interesse legittimo rispetto all'ammissione sul territorio statale, dal momento che essa può sottostare ad altri interessi pubblici ritenuti prevalenti e a limiti stabiliti dalla legge dello Stato, in conformità delle norme internazionali ed europee[34]. L'effettivo esercizio di molti diritti fondamentali appare di conseguenza fortemente condizionato per i soggetti stranieri extracomunitari[35], poiché nei confronti dello straniero comunque presente nel territorio dello Stato il legislatore può consentire all'amministrazione, in base al potere discrezionale di cui dispone per la difesa dell'integrità nazionale, di adottare, in presenza di determinati presupposti, provvedimenti anche di natura coercitiva che incidono sulla sfera giuridica del soggetto destinatario. Tale limitazione all'interesse del singolo è stata com'è noto giustificata dalla giurisprudenza costituzionale in ragione della difesa dell'interesse pubblico alla tutela dell'ordine pubblico e al controllo delle frontiere[36].

In ogni caso, infatti, ogni straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode di alcuni diritti fondamentali e garanzie previsti dalle norme internazionali quali *in primis* il diritto di circolare liberamente, di scegliere liberamente la sua residenza e di lasciare il territorio dello Stato[37], inoltre il diritto alle garanzie procedurali in caso di

---

il diritto al mantenimento o al ristabilimento dell'unità familiare previsto dalle norme comunitarie prevale su altri interessi.

34. La specialità riconosciuta allo statuto dello straniero non può tuttavia ignorare il rispetto dei diritti fondamentali che, sul piano del diritto internazionale, del diritto europeo e del diritto costituzionale interno, deve essere riconosciuto comunque e sempre allo straniero una volta che questi sia entrato nel territorio italiano. Sulla questione, dopo le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio nei confronti dell'Italia, si veda S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normate interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 431 ss.; F. Martines, *L'ordinamento italiano e il sistema di protezione internazionale degli stranieri*, in Democraziaesicurezza.it, n. 4.2015, p. 69 ss.; Sulla specialità del diritto amministrativo dell'immigrazione e i principali "tornanti" che hanno segnato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia cfr. M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. Cost.*, 2017, p. 41 ss.

35. Sulla condizione di svantaggio degli stranieri anche dal punto di vista processuale cfr. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, 2017, che osserva come «l'inadeguatezza dei rimedi processuali finisc[e], allora, per relegare lo straniero in una posizione che si colloca ai margini del diritto e che trova giustificazione unicamente nel suo *status* di "non cittadino"».

36. La disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato è espressione del potere discrezionale di ciascun Stato sovrano di difesa dell'integrità nazionale. Nelle parole della Suprema Corte: «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli»: Corte cost., 16.5.2008, n. 148; Corte cost., 26.5.2006, n. 206; Corte cost., ord., 31.10.2007, n. 361. Sul punto si veda C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in questa *Rivista*, 3.2012, p. 51 ss.; M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 165 ss.

37. Sui diritti connessi con lo *status* di cittadino che esercita la propria libertà di circolazione nell'ordinamento europeo cfr. V. Colcelli, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespressi a fronte dei diritti sanciti dall'Unione europe*a, in *Cittadinanze amministrative,* a cura di A. Bartolini, A. Pioggia, cit., p. 407 ss.

espulsione, infine il divieto di discriminazione nella garanzia dei diritti fondamentali della persona umana[38].

Con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, se la Costituzione, come noto, non discrimina la posizione giuridica dello straniero da quella del cittadino, limitandosi a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) ed a rinviare alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero (art. 10, co. 2, Cost.)[39], il legislatore ordinario, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale, sembra privilegiare i diritti dei cittadini (gli unici politicamente rappresentati)[40], tra cui *in primis* quello securitario al controllo dei confini nazionali, rispetto alle libertà individuali dei non cittadini quali l'ingresso e il soggiorno dello straniero qualificati come diritti non fondamentali privi, *ex se*, di tutela costituzionale[41]. L'ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'azione del legislatore sul versante «esterno» viene dunque giustificato dalla Consulta in considerazione delle valutazioni di tipo politico che inevitabilmente si manifestano quando è in gioco la difesa dei confini dello stato[42].

Diversamente sul versante «interno» dell'immigrazione, con riferimento alla tutela dei diritti sociali degli stranieri, il legislatore, com'è noto, sostenuto da una giurisprudenza costituzionale più coraggiosa, tende a salvaguardare l'eguale libertà e dignità degli individui in una prospettiva solidaristica che prescinde non solo dalla nazionalità, ma anche dal titolo di soggiorno[43]. Nelle parole della Corte «una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli

38. Cfr. C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 16, la quale, pur richiamando la giurisprudenza della Corte che ha ribadito che l'irregolarità del soggiorno dello straniero (e l'essere quindi passibile di un provvedimento di rimpatrio) non comporta un affievolimento nella tutela della libertà fondamentali (Corte cost., sentt. 24.2.1994, n. 62; 10.4.2001, n. 105; 15.7.2004, n. 222), evidenzia l'affievolimento delle garanzie che costituiscono la struttura stessa di quei diritti.

39. Cfr. P. Bonetti, *Articolo 10*, in *La Costituzione italiana - Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, & G.E. Vigevani, Bologna, il Mulino, 2018, p. 71 ss.

40. Sull'asimmetria tra *insiders* titolari di diritti politici e *outsiders* politicamente non rappresentati da cui deriva una legalità che può considerarsi "speciale" cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, cit., p. 170.

41. Si fa riferimento alla nota Corte cost., sent. 24.2.1994, n. 62. Sul punto cfr. L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. spec. 2/2019.

42. Nella sentenza n. 62 del 1994 la Suprema Corte affermò che «la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione». Tale ponderazione «spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli». Medesimo ragionamento nelle sentenze successive, cfr. *ex multis* Corte cost., sent. 250 del 2010. In argomento C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento*, cit., p. 16 ss.; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 41 ss.

43. Sulla giurisprudenza della Corte sul riconoscimento agli stranieri dei diritti sociali, vedi C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 3/2014.

stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»[44]. La mancanza di un'espressa copertura costituzionale in ordine ai diritti degli immigrati, anche nella visione della dottrina prevalente, non deve impedire al legislatore di estendere il novero dei soggetti titolari di posizioni giuridiche meritevoli di tutela con riguardo alle esigenze (sociali, economiche, politiche, culturali) via via emergenti[45]. Andrebbe in altri termini evitato che, proprio nel caso di procedimenti amministrativi volti nei confronti degli stranieri, là dove l'esercizio del diritto fondamentale di difesa nel procedimento si lega alla tutela di altri diritti fondamentali, di carattere sostanziale, si determini un ridimensionamento della protezione degli individui dal potere pubblico[46].

3. Le deroghe alle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi in tema di immigrazione

Se in linea di principio l'ordinamento legittima che il legislatore possa discrezionalmente regolare, sempre in conformità con le norme internazionali, europee ed interne sulla tutela dei diritti fondamentali, la condizione degli stranieri sul proprio territorio anche introducendo delle differenziazioni[47], assume interesse misurare in concreto la portata di questa differenziazione, se cioè la nostra amministrazione,

44. Corte cost., sent. n. 306 del 2008, § 10. L'orientamento della Corte a favore del riconoscimento dei diritti sociali agli immigrati extracomunitari si afferma a partire dalla sentenza n. 432 del 2005. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 179 ss.

45. Sulla condizione giuridica dello straniero in relazione alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. M. Immordino, *La salute degli immigrati irregolari tra "certezza" del diritto e "incertezza" della sua effettività*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 197 ss.; Id, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 19/2014O. O. Spataro, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della corte Costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, p. 269 ss.; A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 657 ss.; C. Corsi, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in *Cittadinanze amministrative*, cit., pp. 132 ss. Con riferimento in particolare alla tutela dei diritti sociali cfr. F. Astone, A. Lupo, V. Prudente, A. Romeo, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit., passim; C. Corsi, *Stranieri, diritti sociali e principio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit. p. 3 ss.

46. A. Canepa, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, in Amministrazioneincammino.it, 2010, p. 9, che osserva come in tale ambito esistano «soggetti che formalmente sono titolari dei diritti procedimentali pieni il cui esercizio appare però di fatto pregiudicato da ragioni organizzative o soggetti per i quali le garanzie previste appaiono minori in nome della sicurezza».

47. Come osserva la Corte cost., sent. n. 148 del 2008, «dall'art. 10 Cost. si può desumere, da un lato, che, per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini, dall'altro, che il legislatore, nelle sue scelte, incontra anzitutto i limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed eventualmente dei trattati internazionali applicabili ai singoli casi... ciò comporta il rispetto, da parte del legislatore, del canone della ragionevolezza, espressione del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive».

eventualmente supportata dalla giurisprudenza, applichi modalità disuguali di esercizio del potere quando i destinatari delle sue decisioni siano soggetti stranieri[48].

In quest'ottica si intende indagare sull'effettivo riconoscimento in capo ai soggetti stranieri delle garanzie partecipative riconosciute ai cittadini italiani dalla legge n. 241 del 1990, prerogative che, rientrando nella categoria degli interessi procedimentali, dovrebbero, in assenza di deroghe espresse, essere coerentemente garantite anche ai non cittadini.

Si può sin d'ora osservare che se l'analisi del dato normativo mostra una formale parità nelle garanzie procedimentali riconosciute dall'amministrazione allo straniero e al cittadino, analoga impostazione non sembra emergere dall'analisi della prassi amministrativa e giurisprudenziale. Il concreto godimento delle garanzie procedimentali di cui lo straniero è formalmente titolare risulta, infatti, talvolta negato dallo stesso ordinamento, non solo nell'applicazione concreta, in ragione delle modalità esecutive delle misure poste a suo carico (quando ad esempio provvedimenti a tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili come la sicurezza nazionale possano richiedere una riduzione delle garanzie al fine di favorire la tempestività dell'azione amministrativa)[49], ma anche nelle previsioni legislative, in virtù della possibilità riconosciuta all'amministrazione di derogare alle garanzie partecipative nel bilanciamento con altri interessi pubblici eventualmente pregiudicati dalla decisione.

L'analisi deve quindi concernere la "qualità" della partecipazione, intesa come intensità ed efficacia del coinvolgimento riconosciuto allo straniero nel procedimento amministrativo che lo riguardi[50].

Rispetto a quanto avviene sul piano dell'ordinamento generale, dove è ormai pacifico che la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati costituisca un principio generale dell'ordinamento giuridico, in materia di immigrazione la possibilità per lo straniero di esercitare efficacemente le proprie garanzie partecipative nell'ambito del procedimento può essere infatti, in concreto condizionata da diversi fattori che rischiano di neutralizzarne o ridurne fortemente l'efficacia.

In primo luogo, intervengono ostacoli di natura pratica. Si pensi, ad esempio, al problema della comprensione degli atti amministrativi, che rappresenta un presupposto essenziale per garantire una reale partecipazione degli interessati al procedimento

48. Come precedentemente accennato, con il termine straniero in queste riflessioni ci si riferisce ai migranti volontari: quei soggetti non cittadini italiani né dell'Unione europea che si trovano sul territorio italiano per libera scelta.

49. In argomento cfr. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, n. 2. 2017, pp. 393, 412 ss.

50. Sul punto si veda L. Gili, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 56; con riferimento ai cittadini italiani S. Cognetti, *«Quantità» e «qualità» della partecipazione*, cit., passim.

amministrativo che li riguardi. Di tale questione il legislatore si preoccupa sin dall'art. 2, co. 6 del TU immigrazione, prevedendo che «Ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato»[51]. Oppure al problema legato alla difficoltà per lo straniero di dichiarare la disponibilità di un luogo di dimora che risponda alle caratteristiche di idoneità previste dalla legge e quindi ad avere un indirizzo stabile per la ricezione delle comunicazioni dell'amministrazione[52].

In secondo luogo, in base ad un consolidato orientamento interpretativo nella prassi amministrativa, si registra, in linea generale, un depotenziamento delle garanzie procedimentali riconosciute agli stranieri sulla base di diverse giustificazioni tra le quali le più ricorrenti sono l'esigenza di celerità del procedimento o la sostanziale ininfluenza o inutilità, ai fini della decisione finale, della partecipazione dello straniero[53].

Tale lettura è condivisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che pur riconoscendo in linea di principio il diritto al contraddittorio del migrante[54], ne ha circoscritto la portata e precisato le modalità di esercizio, stabilendo che il principio del contraddittorio non debba essere garantito in maniera assoluta, ma vada bilanciato con quello di effettività della lotta all'immigrazione clandestina[55]. In quest'ottica i giudici di

51. Sulla questione che non può essere trattata in questa sede si rinvia a P. Bonetti, *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di P. Bonetti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 571 ss..

52. Sul punto la giurisprudenza amministrativa si mostra attenta. Cfr. Cons. St., sez. III, 13.9. 2018, n. 5381 dove il Supremo Collegio evidenzia che l'amministrazione avrebbe dovuto esperire tutte le modalità comunicative, anche il telefono, per informare il destinatario del provvedimento. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 13.9.2018, n. 5381 che afferma che l'irreperibilità del destinatario non giustifica il diniego del permesso di soggiorno per mancata sottoposizione ai rilievi dattiloscopici. In argomento cfr. P. Morozzo della Rocca, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 1 ss. Sulla questione recentemente Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4414, in cui si afferma che «l'irreperibilità non è circostanza sufficiente a far venir meno in capo alla Questura l'obbligo di adottare il preavviso *ex* art. 10-*bis* della l. 241 del 1990».

53. *Infra* parr. 4 e 5.

54. Sul riconoscimento del giusto procedimento quale principio generale europeo, M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, p. 1136 ss.; P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo: tra procedimento e processo*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*. Sui principi generali che regolano l'amministrazione europea, G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 86 ss. i quali osservano come il *due process of law*, riconosciuto dai giudici dell'Unione europea, non debba trovare applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti che si svolgono dinnanzi alle istituzioni comunitarie, ma, in qualità di principio generale, debba avere riconoscimento in tutti gli ordinamenti degli stati membri.

55. Corte giust., *Mukarubega*, causa C-166/13, 5.11.2014, par. 45 in cui si evidenzia l'esigenza di evitare che l'invocazione della violazione del diritto al contraddittorio possa essere «strumentalizzata per riaprire indefinitivamente la procedura amministrativa»; Corte giust., *Boudjlida*, causa C-249/13, 11.12.2014, par. 34 (e 36-38). Qui la Corte ha

Lussemburgo, sulla base di una lettura sostanzialistica, considerano ad esempio legittimo il rimpatrio in assenza di contraddittorio tutte le volte che la partecipazione procedimentale non avrebbe comunque potuto influire sulla decisione finale[56].

Passando ad osservare gli istituti della legge sul procedimento che ricevono nella prassi amministrativa e nell'applicazione giurisprudenziale una tutela depotenziata[57], uno degli ostacoli più ricorrenti all'esercizio delle garanzie partecipative da parte dello straniero è rappresentato dalla mancanza di informazioni relative alla propria pratica. Com'è noto, nell'obiettivo di rendere l'attività amministrativa più trasparente e partecipata, la legge sul procedimento n. 241/1990 prevede in capo all'amministrazione dei precisi oneri di comunicazione nei confronti degli interessati.

Si tratta, lo ricordiamo, dell'obbligo previsto dall'art. 7 in capo al responsabile del procedimento di effettuare la comunicazione di avvio, adempimento indispensabile per consentire agli interessati di apprendere che è in corso un procedimento amministrativo potenzialmente idoneo ad incidere nella loro sfera giuridica e del preavviso di rigetto introdotto con l'art. 10-*bis*[58], il quale prevede, nei soli procedimenti ad istanza di parte, un ulteriore obbligo di comunicazione a carico dell'amministrazione, con il quale, al termine della fase istruttoria, si devono rendere noti ai destinatari i motivi che ostano all'accoglimento della loro istanza.

---

stabilito che nell'ambito della procedura di rimpatrio istituita dalla Direttiva 2001/115 il diritto al contraddittorio non implica la preventiva comunicazione dell'intento di adottare una decisione di rimpatrio o dei motivi su cui questa sarà fondata, né la concessione di un termine di riflessione per rispondere alle contestazioni, salvo nei casi in cui i rilievi dell'autorità non siano ragionevolmente prevedibili o quando le difese richiedano obiettivamente verifiche o adempimenti successivi. In argomento S. Amadeo, F. Spilateri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 291 ss.

56. Corte giust., *Mukarubega*, cit., par. 71; In tal senso anche Corte giust. *G. e R.*, causa C-383/13, sentenza 10.9.2013 in cui la Corte ha ritenuto la violazione del diritto ad essere sentiti una mera irregolarità non in grado di incidere sulla legittimità della decisione di rimpatrio, poiché l'audizione degli interessati non avrebbe comunque potuto condurre ad un risultato diverso. Cfr. al punto 40: «Affinché sia constatata una tale illegittimità, spetta, infatti, al giudice nazionale, quando accerti un'irregolarità che incide sul diritto di essere sentiti, stabilire se, in funzione delle circostanze di fatto e di diritto del caso di specie, il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso in quanto i cittadini dei Paesi terzi interessati avrebbero potuto apportare elementi atti a giustificare la cessazione del loro trattenimento».

57. Nell'ambito della vasta gamma delle competenze amministrative previste dalla legge in materia di immigrazione ci si occuperà dei contenuti della partecipazione dello straniero nei procedimenti relativi alla richiesta di visto, rilascio, rinnovo, revoca del permesso di soggiorno, nonché all'allontanamento dal territorio dello Stato.

58. La legge n. 241/1990, all'art. 7 (Comunicazione di avvio del procedimento) è chiara nell'individuare i soggetti cui deve essere obbligatoriamente effettuata la comunicazione: essi sono solo i destinatari del provvedimento finale, i soggetti che per legge devono intervenirvi e i c.d. controinteressati, quei soggetti cioè che pur non essendo destinatari diretti del provvedimento potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento finale, a condizione che siano individuati o facilmente individuabili. Sul punto sia consentito rinviare a A. Bonomo, *L'accelerazione dell'attività amministrativa e gli oneri di comunicazione agli interessati*, in *L'alta velocità nell'amministrazione*, a cura di D. Mastrangelo, Roma, Aracne, 2009, p. 85 ss.

È noto, tuttavia, che la necessità di contemperare le esigenze partecipative con le esigenze di accelerazione e non aggravamento del procedimento ha motivato sin da subito la previsione normativa di alcuni limiti all'operatività di tali oneri comunicativi[59].

L'analisi della prassi applicativa e dell'interpretazione giurisprudenziale mostra come il ricorso alle cause di giustificazione al fine di escludere gli oneri di comunicazione, e di conseguenza indebolire le garanzie partecipative di cui queste rappresentano il presupposto, sia molto frequente nei procedimenti che coinvolgono gli stranieri. In particolare, le cause di giustificazione cui ricorrono più di frequente le amministrazioni per motivare la mancata osservanza degli oneri di comunicazione sono l'esigenza di accelerare i tempi delle procedure, che rappresenta un connotato tipico soprattutto nei procedimenti finalizzati all'allontanamento dei soggetti stranieri irregolari e la natura vincolata delle decisioni che renderebbe superfluo ed ininfluente l'apporto partecipativo dello straniero interessato[60].

Da un lato quindi, ai sensi dall'art. 7 co. 1, l'amministrazione giustifica il mancato rispetto dell'onere informativo quando, in base alla particolare esigenza di celerità del procedimento, l'espletamento della formalità della comunicazione possa comportare un rallentamento nell'emanazione del provvedimento finale tale da compromettere gli obiettivi prefissati[61]. Dall'altro, l'omissione della comunicazione può essere giustificata, in base alla disciplina dei vizi non invalidanti disciplinata dall'art. 21-*octies* co. 2, quando le osservazioni dell'interessato non sarebbero state in grado di incidere sul contenuto della decisione. Le stesse ipotesi di deroga previste dall'art. 7 e dall'art. 21-*octies*, parte

59. Sul punto si vedano *ex multis* F. Saitta, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 463 ss.; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 735 ss.; D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 87 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, 2005, n 1.

60. Le altre eccezioni riguardano: 1) le tipologie procedimentali sottratte all'operatività della l. 241/90 per effetto dell'art. 13 della stessa legge; 2) i provvedimenti cautelari e di urgenza "tipici"; 3) gli atti disciplinati da speciali normative di settore; 4) le altre deroghe espressamente formulate dal legislatore. Ulteriori eccezioni alla regola dell'art. 7 della legge 241/1990, si ritrovano negli orientamenti della giurisprudenza, allorquando il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza "in tempo utile" del procedimento, in ossequio ai principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa o quando il procedimento sia già noto al destinatario, in quanto derivante da una precedente attività amministrativa già conosciuta dallo stesso.

61. L'eccezione dell'art. 7, l. n. 241/1990 è, secondo giurisprudenza consolidata, di stretta interpretazione e quindi occorre un'urgenza "qualificata" di cui la P.A. deve dare idonea e specifica motivazione. Cfr. Tar Puglia-Bari, sez. I, 22.12.2008, n. 2927. Il Consiglio di Stato ha precisato che le ragioni di urgenza in grado di giustificare l'omissione di invio di avviso del procedimento debbano essere obiettive, concrete ed attuali, deve, cioè, trattarsi di ipotesi in cui emergano, in concreto, peculiari esigenze di speditezza del procedimento, le quali dovranno essere debitamente motivate nell'atto finale. Si veda Cons. St., sez. IV, n. 5061/2000. In argomento F. Gualandi, *Espulsione e comunicazione di avvio del procedimento: dalla teoria alla pratica*, in questa *Rivista*, 2001, p. 81 ss.

seconda, operano con riferimento al c.d. preavviso di rigetto[62] alle quali si aggiungono gli altri casi di esclusione previsti dall'art. 10-*bis*[63].

Se è evidente che l'adempimento dei doveri informativi rappresenti un passaggio essenziale affinché il soggetto interessato possa venire a conoscenza dell'avvio del procedimento che lo coinvolge e far valere le sue ragioni in sede procedimentale, ovvero, nei procedimenti ad istanza di parte, possa comprendere preventivamente i motivi della decisione di rigetto e presentare ulteriori osservazioni, occorre verificare se siano rinvenibili delle disparità, delle deroghe rispetto alla disciplina generale in relazione agli obblighi di comunicazione e quindi all'esercizio del diritto di partecipazione quando il destinatario dell'azione amministrativa è un soggetto straniero.

4. La deroga relativa all'esigenze di celerità del procedimento

Nei procedimenti tipici in materia di immigrazione l'omissione della comunicazione di avvio da parte delle amministrazioni, giustificata in base alla deroga contenuta nell'art. 7 della legge n. 241/1990, ovvero a «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», rappresenta una prassi ricorrente nell'ambito dei procedimenti avviati d'ufficio. L'amministrazione, sia nell'esercizio del proprio potere di autotutela demolitoria attraverso la revoca di provvedimenti ampliativi quali il visto di ingresso o il permesso di soggiorno, sia nell'esercizio del potere restrittivo di natura ablatoria con il quale può disporre l'allontanamento dal territorio dello stato italiano dei soggetti stranieri che non hanno titolo per soggiornarvi, quali i respingimenti e le espulsioni[64], è portata ad omettere il rispetto degli oneri di comunicazione in nome dell'esigenza di garantire una definizione del procedimento in tempi rapidi.

62. La giurisprudenza si divide sull'analoga configurazione, sotto il profilo sostanziale, della comunicazione di avvio al preavviso di rigetto ai fini dell'applicazione del 21-*octies*. In senso favorevole Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4413; Cons. Stato, sez. III, 7.8.2018, n. 4853; Tar Lazio, Roma, sez. III, 15.4.2009, n. 3811, ma non mancano indirizzi in senso contrario, che ritengono che l'art. 21-*octies* sia da considerarsi norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica (Tar Liguria, Genova, sez. I, 30.1.2009, n. 138; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 24.1.2012, n. 137.

63. A norma dell'art. 10-*bis* l'onere di preavviso di diniego è escluso per le procedure concorsuali e i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. La giurisprudenza è orientata verso un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di deroga e a ritenere non tassativo l'elenco dei casi di esclusione del preavviso di rigetto. Cfr. Cons. St., Commissione speciale, parere 26.2.2008 n. 2518/2007.

64. È appena il caso di ricordare che l'effetto tipico e lo scopo comune sia dei respingimenti che delle espulsioni è l'effetto ablativo, cioè l'obbligo dello straniero di lasciare il territorio dello Stato dal territorio nazionale e tale obbligo è, nel caso dei respingimenti, quasi sempre eseguito immediatamente in modo coercitivo, con il provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera da parte delle forze di polizia, disposto dal questore e convalidato entro 48 ore dall'autorità giudiziaria (respingimenti alla frontiera o immediati), mentre i provvedimenti amministrativi di espulsione intervengono quando l'ingresso irregolare si è perfezionato da tempo nei confronti di soggetti a diverso titolo irregolarmente soggiornanti nel territorio. Sul punto G. Savio e P. Bonetti *L'allontanamento dal territorio dello Stato*

Per quanto concerne i procedimenti di autotutela tuttavia, la motivazione legata all'esigenza di speditezza dell'azione amministrativa non viene ritenuta sufficiente ad escludere l'illegittimità del provvedimento. In particolare, con riferimento ai provvedimenti di diniego o di revoca di permesso di soggiorno emanati in mancanza della comunicazione di avvio, i giudici amministrativi tendenzialmente non accolgono l'esimente dell'esigenza di celerità[65], in quanto provvedimenti che, proprio perché di tipo afflittivo, necessitano di un'istruttoria approfondita da parte dell'amministrazione in relazione alla sussistenza di tutte le condizioni e i requisiti che la legge prescrive e per i quali l'apporto partecipativo del destinatario assume particolare utilità[66]. Le ragioni dell'urgenza, infatti, spesso non sono motivate in maniera esplicita dall'amministrazione, ma si basano sul tacito assunto che in questi procedimenti l'esigenza di accelerazione prevalga su quella della completezza dell'istruttoria[67].

La giurisprudenza amministrativa tende, dunque, a dare piena applicazione alle garanzie partecipative e la specialità del procedimento amministrativo relativo al permesso di soggiorno di cittadini stranieri non è ritenuta idonea ad escludere l'applicabilità o comunque a limitare il principio posto dall'art. 7 della l. 241, qualora non sussistano concrete e motivate esigenze di celerità[68]. Assume rilievo nelle argomentazioni del giudice amministrativo la dimensione collaborativa della partecipazione, dove la collaborazione del privato viene considerata in virtù dell'apporto favorevole che esso può dare all'efficienza e all'efficacia dell'agire amministrativo. Come è stato affermato, anche in materia di immigrazione sussiste l'interesse non solo dello straniero destinatario del provvedimento, ma anche della pubblica amministrazione che deve essere messa «nelle condizioni di

dello straniero extracomunitario in generale, in meltingpot.org.; sui provvedimenti amministrativi di allontanamento si veda anche M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 57 ss.

65. Cfr. Tar Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 27.2.2014, n. 479.

66. In tal senso *ex multis* Tar Lazio, sez. I-*ter*, sent. 11.11.2018, n. 11193 che ha annullato il decreto di revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo CE della questura della provincia di Roma, poiché era stata del tutto omessa la dovuta comunicazione di avvio, quando invece «il procedimento di revoca richiede di per sé una complessiva valutazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti che rende imprescindibile il coinvolgimento procedimentale del soggetto interessato».

67. Di interesse in tal senso una pronuncia del Tar Puglia che ritenne illegittima la revoca di una misura di accoglienza in quanto era stata omessa la comunicazione di avvio del relativo procedimento, senza che nel provvedimento ci fosse qualsiasi riferimento a ragioni di particolare urgenza, Tar Puglia, sez. Bari, sent. 20.2.2018, n. 243. Nello stesso senso, per l'annullamento della revoca del permesso di soggiorno per omessa comunicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis*, si vedano Tar Lazio, sez. di Latina, 12.7.2018, n. 401.

68. Come si osserva in Tar Toscana, sez. II, 20.1.2011, n. 228 l'omissione della comunicazione di avvio «può ritenersi giustificata solo in caso di particolari esigenze di celerità nella conclusione del procedimento, che tuttavia vanno esternate dall'Amministrazione. Le circostanze che incidono sulla possibilità di realizzare nel procedimento la partecipazione del privato vanno valutate in modo rigoroso al fine di non vanificare la portata stessa del principio». In senso conforme Cons. St., sez. VI, 8.4.2002, n. 1901; Cons. St., 3.2.2004, n. 330; Cons. St., sez. VI, 8.7.2009, n. 4382.

adottare le proprie determinazioni sulla base di tutte le conoscenze utili a tal fine, molte delle quali possono essere addotte solo dall'interessato, non essendo acquisibili d'ufficio»[69].

Per quanto concerne il ricorso alla giustificazione della celerità nei procedimenti diretti all'allontanamento degli stranieri, trattandosi di procedimenti che si collocano in una fase particolarmente delicata del percorso migratorio e che devono essere avviati dall'amministrazione in presenza di determinati presupposti previsti dalla legge (sia che si tratti di espulsione ministeriale o prefettizia, sia che si tratti di respingimenti[70]), si pone il problema di trovare il bilanciamento tra le esigenze di effettività delle garanzie procedimentali e quelle di efficacia della misura espulsiva[71].

Com'è noto, il provvedimento amministrativo di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato può essere emanato dal Ministro dell'interno e dal prefetto sulla base di presupposti (in parte) diversi. Se il Ministero dell'interno può adottare provvedimenti di espulsione quando ritenga che vi siano motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato o esistano ragioni fondate di ritenere che la permanenza sul territorio dello Stato agevoli attività od organizzazioni terroristiche (anche in ambito internazionale), l'espulsione ad opera del prefetto può invece intervenire in un numero decisamente maggiore di casi, previsti dal TU immigrazione[72], che non rientrano in una singola categoria generale

69. Così le motivazioni della sentenza del Tar Liguria, Genova, sez. II, 9.10.2007, n. 1721.

70. I respingimenti sono atti che raramente sono sottoposti al controllo giurisdizionale perché la maggior parte dei respingimenti sono immediati, non sono corredati da un divieto di reingresso e non comportano la segnalazione al SIS (Sistema informativo Schengen) e, conseguentemente lo straniero respinto non ha interesse processuale ad impugnare il relativo decreto. Ci si riferirà dunque all'ambito applicativo dei provvedimenti di espulsione che, in quanto frequentemente oggetto di impugnazione, presentano maggiore casistica giurisprudenziale. In argomento D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 2, 2019.

71. La giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni precisato che «alla necessità di notiziazione di un momento davvero cruciale ai fini partecipativi, quale l'atto di avvio del procedimento, non può essere certo sottratto il destinatario del provvedimento di rimpatrio, un provvedimento direttamente incidente su una posizione costituzionalmente tutelata come il diritto di circolazione; salva l'ipotesi – espressamente disciplinata con riferimento a tutte le tipologie procedimentali – in cui particolari esigenze di celerità risultino ostative a provvedere alla comunicazione di tale atto, non esclusa la possibilità di adottare *medio termine* quei provvedimenti di natura cautelare che sono consentiti dall'art. 7, co. 2, della legge n. 241 del 1990». Corte cost., sent. 31.5.1995, n. 210; Corte cost., sent. 19.3.1993, n. 103. Sull'esigenza di bilanciamento tra effettività della lotta all'immigrazione clandestina e giusto procedimento si veda anche la giurisprudenza delle Corti europee, cfr. Corte di giustizia *Mukarubega*, causa C-166/13, 5.11.2014, par. 45; *Boudjlida*, causa C-249/13, 11.12.2014 e Corte EDU (seconda sezione), *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), sentenza 21.10.2014.

72. Art. 13, co. 2, TUI. Si tratta di ipotesi quali l'irregolarità dell'ingresso (ossia l'essere entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera), l'irregolarità del soggiorno (ossia l'essersi trattenuto nel territorio nazionale in violazione delle norme sul soggiorno), la pericolosità sociale dello straniero (desunta dagli stessi indici previsti nella disciplina sulle misure di prevenzione, di cui all'art. 1, l. 1423/1956 e art. 1, l. 575/1965), ed altri casi specifici previsti dalla legge. Sulle circostanze per le quali l'autorità prefettizia dispone dell'espulsione si veda D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione*, cit., p. 45 ss.

omogenea e devono essere disposte caso per caso, in considerazione delle circostanze e della situazione personale dello straniero.

Alla luce dell'analisi giurisprudenziale, l'omissione della comunicazione di avvio in questa tipologia di misure viene spesso giustificata dall'amministrazione in base all'aprioristica urgenza insita in tale tipo di provvedimenti che, in quanto volti ad impedire o ad interrompere l'ingresso e la permanenza nel territorio dello stato agli stranieri non autorizzati, necessitano di un'accelerazione dei tempi procedimentali[73].

Nella prassi amministrativa dei procedimenti finalizzati all'allontanamento dello straniero, la cui iniziativa spetta all'amministrazione in presenza di determinate condizioni spesso di natura emergenziale prescritte dalla legge, l'esigenza di velocità è percepita come una connotazione implicita e giustifica a monte il venir meno dell'obbligo informativo in capo all'amministrazione.

La giurisprudenza, se in linea generale appare concorde nel riconoscere la prevalenza delle esigenze di celerità su quelle del contraddittorio, sembra, tuttavia, dividersi sul se sia necessario un accertamento volta per volta delle esigenze di velocità del procedimento o tale condizione possa riferirsi a tutta la tipologia di procedimenti di espulsione e quindi giustificare sempre l'omissione della comunicazione.

La Corte di cassazione, pur riconoscendo il carattere generale dell'obbligo dell'autorità procedente, *ex* art. 7 della legge 241/90, di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva e d'indagine, ha in più occasioni affermato che «il rispetto del giusto procedimento amministrativo ... non può considerarsi un principio assistito in assoluto da garanzie di difesa. Pertanto, in presenza di procedimenti particolari – come quelli diretti all'espulsione di cittadini extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, che sono regolati da norme

73. È appena il caso di ricordare che il controllo giurisdizionale sulle misure di espulsione cd. amministrative, disposte dall'amministrazione (ministero o prefetto) nei confronti di un soggetto che si trovi in una delle condizioni stabilite dalla legge è affidato a due differenti autorità giurisdizionali. Le espulsioni adottate dal ministero dell'interno, sono devolute nella loro interezza (tanto per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato quanto per fini di prevenzione del terrorismo) alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 13, co. 11, TUI (espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato) e art. 3, co. 4, d.l. 27.7.2005, n. 144 (espulsioni per motivi di prevenzione del terrorismo) mentre gli atti adottati dal prefetto, sono sottoposti al sindacato del giudice ordinario (art. 13, co. 8, TUI). In argomento cfr. A. Pugiotto, *«Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2009 che evidenzia l'insufficienza della tutela giurisdizionale riconosciuta agli stranieri avverso i provvedimenti di espulsione; sulla relazione tra qualificazione della situazione giuridica dello straniero e riparto di giurisdizione cfr. S. D'antonio, *Il riparto di giurisdizione in tema di ingresso, soggiorno e allontanamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 534 ss.; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 5. In tal caso quando il provvedimento espulsivo si fondi su un atto assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo, quale il provvedimento di diniego o revoca del permesso di soggiorno, il giudice ordinario può procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo qualora lo ritenga illegittimo. Sullo sdoppiamento della giurisdizione ed il difficile criterio di riparto, cfr. D. Zecca, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione*, cit., p. 45 ss.; F. Caricato, *Il riparto di giurisdizione in materia di immigrazione*, in *Pubblica amministrazione e fenomeno migratorio* a cura di A. Bonomo, Roma, Aracne, 2020.

che assicurano comunque il rispetto del giusto procedimento e sono caratterizzati da esigenze di celerità della procedura – si deve escludere che sussista l'obbligo da parte dell'autorità amministrativa procedente di dare comunicazione all'interessato»[74].

La giurisprudenza ordinaria è dunque orientata, in ragione dei tratti di celerità e speditezza che caratterizzano l'*iter* di tutti i procedimenti espulsivi, nel non ritenere indispensabile la comunicazione di avvio del procedimento di espulsione, attesa la specificità dimostrata dalle ragioni di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato sottesi all'espulsione dello straniero[75]. In alcuni casi, come nei provvedimenti prefettizi di espulsione, il giudice ordinario giustifica il sacrificio del diritto di partecipazione in base alla considerazione che le garanzie partecipative verrebbero comunque successivamente assicurate. Secondo il ragionamento della Cassazione, l'attività svolta dall'autorità amministrativa sarebbe solo funzionale al successivo provvedimento di allontanamento per il quale è prevista la possibilità di impugnazione e quindi l'esplicazione di un pieno diritto di difesa[76].

Con riferimento, invece, alla qualificazione dell'urgenza, i giudici amministrativi sono maggiormente orientati a prediligere un approccio caso per caso e a valutare l'esigenza di celerità che legittima l'omissione delle garanzie partecipative in relazione alle circostanze concrete del singolo procedimento. Soprattutto nel caso in cui il provvedimento impugnato consista nel ritiro o nella modificazione di un atto favorevole per i destinatari, con

74. Vedi Cass., sez. I, 29.12. 2005, n. 28858; Cass., sez. I, 6.12.2005, n. 44403.

75. Cass. sez. I, sent. 9.4.2002, n. 5050 in cui la Suprema Corte chiarisce che in tema di espulsione amministrativa dello straniero l'autorità procedente non ha nessun obbligo di comunicare allo straniero stesso, *ex* art. 7, l. 241/1990, l'avvio del procedimento in quanto trattasi di procedimento improntato da indubbie esigenze di celerità; Cass., sez. I, 9.11.2001, n. 13874; Cass., sez. I, 6.12.2005, n. 44403, ha ritenuto inapplicabile ai procedimenti di espulsione del cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno l'art. 7, co. 1 della legge 241/1990 che regola la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo; secondo la Suprema Corte «l'attività interna svolta dall'autorità amministrativa ha natura prodromica e si concretizza col provvedimento prefettizio soggetto a impugnazione attraverso la quale lo stesso può esercitare in concreto ogni attività necessaria ad assicurare il proprio legittimo diritto di difesa». Si veda recentemente Corte di cassazione, sez. I civ., ordinanza 18.3.2020, n. 7437, in cui la Suprema Corte ribadisce che la necessità di dare comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento amministrativo non si estende alla procedura di espulsione dello straniero. Tuttavia, in alcune decisioni più risalenti è stata rilevata l'illegittimità del provvedimento di espulsione non preceduto da comunicazione di avvio del procedimento, nel caso in cui si siano verificate non sussistenti le particolari esigenze di celerità del procedimento espulsivo, Pretura di Genova, sezione di Recco, 7.5.1998, in questa *Rivista*, 1.1999, p. 129; Trib. di Genova, decreto 5.8.1999; Pretura di Roma, decisione 19.2.1999, in questa *Rivista*, 2.1999, p. 124; Tribunale di Roma, sez. I civ., 4.7.2000, in cui si affermò che è consentito omettere la comunicazione concernente l'avvio del procedimento ai sensi della legge 241/90 solo quando l'urgenza dell'adozione del decreto di espulsione è nel concreto dimostrata e non semplicemente presunta.

76. La Corte ha ritenuto, in relazione a provvedimenti in materia di ingresso e soggiorno irregolare previsti dall'art. 13 co. 2 lett. a), b) e c), che l'amministrazione non ha l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento allo straniero, «rivestendo il relativo provvedimento (prefettizio) carattere obbligatorio e vincolato, onde può differirsi alla sede giurisdizionale il contraddittorio tra l'autorità che emette il provvedimento e il destinatario», Cass., sez. I, 19.12.2001, n.16030; Cass. civ, sez. I, 9.4.2002, n. 5050. In tal senso anche cfr. A. Canepa, *Immigrati e procedimenti amministrativi*, cit., p. 2.

conseguente venir meno di un effetto positivo[77], l'annullamento può intervenire solo in seguito ad uno scrutinio approfondito che trovi giustificazione in esigenze proprie e peculiari[78].

In linea generale emerge dunque come la giustificazione della celerità ed urgenza ricorra sovente nelle argomentazioni delle amministrazioni preposte alla gestione del fenomeno migratorio a sostegno della legittimità dei propri provvedimenti, quando impugnati per violazione degli obblighi di comunicazione. Nella giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, si riscontra un orientamento a favore dell'accoglimento di tale causa di esclusione in ragione della natura emergenziale delle decisioni che coinvolgono i soggetti stranieri. Tale orientamento se pur non si discosta da quello che avviene in altri ambiti dell'attività amministrativa, nei quali tendenzialmente l'annullabilità viene esclusa in presenza di ragioni di ordine pubblico e d'urgenza insite nel provvedimento impugnato, tuttavia si distingue per un sindacato molto più rigoroso sulle motivazioni offerte dalle amministrazioni che si richiede siano idonee a giustificare, di volta in volta e in base a delle circostanziate esigenze di urgenza, il sacrificio delle pretese partecipative dello straniero.

5. L'esclusione delle garanzie partecipative in base alla categoria dei vizi non invalidanti

Nei provvedimenti amministrativi in tema di immigrazione la categoria dei c.d. vizi non invalidanti disciplinata nell'art. 21-*octies*, co. 2, assume particolare interesse nell'applicazione concreta[79]. La norma, in accoglimento di una concezione antiformalistica delle regole procedimentali, introduce due ulteriori ipotesi di deroga all'annullabilità del

77. Tar Lazio Roma, sez. III-*quater*, 14.2.2013, n. 1663 in cui i giudici di primo grado chiariscono che «l'amministrazione, se ritenga esistenti i presupposti di celerità che legittimano l'omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento, deve dare contezza, nel provvedimento finale, dell'urgenza atteso che le ragioni della speditezza devono essere poste a raffronto con le esigenze di tutela del contraddittorio».

78. Si tratta di un orientamento consolidato con riferimento agli altri settori del diritto amministrativo Cons. St., sez. III, 4.6.2013, n. 3048; Cons St., sez. III, 5.07.2013, n. 3581 in cui il Supremo Collegio precisa che «il grado di urgenza ... va valutato, di volta in volta, in relazione alle circostanze ed alla conoscenza da parte dell'autorità amministrativa dei fatti, che risultino obiettivamente di tale gravità ed evidenza da non consentire di procrastinare ulteriormente l'adozione del provvedimento o di rendere necessario l'apporto collaborativo dell'interessato». Più recentemente nello stesso senso Tar Piemonte, 12.7.2017, n. 949 che annulla il provvedimento di revoca dell'accoglienza dallo SPRAR per mancata comunicazione di avvio del procedimento, in difetto di qualificate e motivate ragioni di urgenza.

79. Sull'art. 21-*octies, ex multis* D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 87 ss.; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies,* cit., p. 1 ss; Id, *Art. 21-octies, comma 2. Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005; L. Ferrara, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 11.1.2008.

provvedimento amministrativo entrambe utili a giustificare il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione[80]. Nella prima ipotesi, relativa solo ai provvedimenti di natura vincolata, l'elusione dell'obbligo comunicativo, e quindi delle garanzie partecipative, è giustificata in quanto rientra tra i vizi di procedura o di forma degli atti che non determinano l'annullamento del provvedimento finale. A tal fine si richiede che il giudice amministrativo accerti che, anche in seguito alle osservazioni dell'interessato, sia palese che «il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato». Ogni qual volta, quindi, l'intervento partecipativo dell'interessato non avrebbe potuto comunque modificare il contenuto del provvedimento finale vincolato, la mancata comunicazione non opera come causa di illegittimità[81]. Nella seconda ipotesi, prevista nella seconda parte dell'art. 21-*octies*, co. 2, si ammette l'irrilevanza del vizio dell'omissione di comunicazione di avvio anche per i provvedimenti discrezionali, quando l'Amministrazione dimostri in giudizio che, anche in caso di intervento del privato, il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In questo caso, il legislatore ammette la deroga anche per i provvedimenti che comportino scelte di natura discrezionale, addossando però sull'amministrazione l'onere di dimostrare in giudizio che il contenuto non sarebbe cambiato, anche in seguito alla partecipazione dell'interessato[82].

Tuttavia, com'è noto, l'art. 21-*octies*, co. 2, non legittima l'amministrazione a derogare alla partecipazione del privato sul presupposto della sua inutilità, ma al più

80. L'omissione degli oneri di comunicazione può essere giustificata dalle amministrazioni in base ad entrambe le ipotesi di deroga dal momento che il vizio derivante dalla mancata comunicazione rientra anche tra i vizi procedimentali. Da più parti è stato rilevato l'ambito eccessivamente ampio di irrilevanza della violazione dell'obbligo della comunicazione di avvio che rientra sia nella prima che nella seconda proposizione del comma 2 dell'art. 21-*octies*, cfr. R. Giovagnoli, *I vizi formali e procedimentali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010; D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 68. Tra le tante cfr. Cons. St., sez. IV, 21.5.2008, n. 2410; Cons. St., sez. IV, 10.12.2007, n. 6525; Cons. St., sez. IV, 9.10.2007, n. 5251.

81. Sul punto cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriquez, *La partecipazione*, cit., p. 66 ss.; D. Marrama, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc.amm.*, 2005, p. 359 ss.

82. Sebbene in base all'art. 21-*octies*, comma 2, gravi sull'amministrazione l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, tuttavia i giudici di appello hanno in più occasioni affermato che «onde evitare di gravare l'amministrazione di una *probatio* diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione, *a pena di inammissibilità della doglianza*». Così Cons. St., sez. V, 29.4.2009, n. 2737 dove il Supremo collegio osservava che «anche a seguito dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, che ormai pone l'onere della prova sulla P.A., è da ritenere inammissibile la censura con la quale il ricorrente deduce la omissione della comunicazione di avvio, senza allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'Amministrazione». In tal senso anche Cons. St., sez V, 5.6.2018, n. 3399; Cons. St., sez. IV, 9.12.2015, n. 5577. Cfr. R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriquez, *La partecipazione*, cit., p. 89 ss.; M.C. Romano, *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 283, 294.

consente al giudice di non annullare l'atto vincolato dopo aver in concreto verificato che la partecipazione dell'interessato non avrebbe comunque potuto influire sul contenuto della decisione adottata.

Si tratta di una norma di carattere processuale[83] che, come è stato in più occasioni affermato dai giudici amministrativi «non può essere utilizzata in sede amministrativa, violandosi altrimenti il principio di legalità, ma che deve essere utilizzata in sede giurisdizionale»[84]. Com'è noto, la norma non individua delle ipotesi in cui sia consentito all'amministrazione derogare alle garanzie procedimentali, ma piuttosto consente al giudice di valutare *ex post* l'inutilità dell'apporto partecipativo del privato a seguito di una valutazione della fattispecie concreta[85].

Ne consegue che «in caso di violazione degli oneri di comunicazione, sussiste l'illegittimità dell'atto, ma l'annullabilità del provvedimento è rimessa all'apprezzamento del giudice, che può superare il vizio procedimentale qualora sia palese che l'atto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato»[86]. Affinché il giudice possa "salvare" il provvedimento illegittimo in base all'art. 21-*octies*, co. 2, è necessaria la verifica dell'inutilità della partecipazione al procedimento, elemento questo che ricorre quando il privato ha comunque partecipato al procedimento o il provvedimento si configura come atto a carattere vincolato oppure, anche se di natura discrezionale, abbia superato la c.d. prova della resistenza[87]; al contrario, in tutti i casi in cui non sia certa ed evidente la totale inutilità della partecipazione al procedimento, l'amministrazione sarà tenuta a garantire il contraddittorio ai soggetti interessati[88]. L'utilità della comunicazione

83. Sulla natura processuale della disposizione nonostante la sua collocazione in un testo normativo di diritto sostanziale cfr. F. Midiri, *L'art. 21 octies dela legge sul procedimento amministrativo è una norma di carattere sostanziale o processuale*?, in *Foro amm.-CdS*, 2007, p. 254; L. Ferrara, *Partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103 ss.; F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 392 ss.

84. Cons. St., sez. VI, 17.10.2006, n. 6192; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 20.7.2011, n. 6548; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 19.1.2015, n. 90.

85. Cons. St., sez. VI, 2.2.2009, n. 552 in cui il Supremo Collegio precisò che «l'art. 21-*octies*, co. 2, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice circa il fatto che il provvedimento non poteva essere diverso». Esso aggiunse poi in modo esplicito che «errano quindi le amministrazioni che intendono l'art. 21-*octies* come introduzione della facoltà per la P.A. di non rispettare le regole procedimentali; in tal modo verrebbe violato il principio di legalità ...». Cfr. S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, cit., p. 150 ss.; M. D'Orsogna, *L'invalidità*, cit., p. 331 che osserva come il meccanismo del 21-*octies* operi come una sorta di sanatoria processuale.

86. Così Tar Lazio, sez. II-quater, 17.1.2012, n. 519. In tal senso, cfr. fra tra le tante Tar Lazio, sez. I, 9.9.2009 n. 8425; Cons. St., sez. V, 28.7.2008 n. 3707; Cons. St., sez. VI, 8.2.2008 n. 415; Cons. St., sez. VI, 16.5.2006, n. 2763; Cons. St., sez. VI, 7.7.2006, n. 4307.

87. Principio giurisprudenziale in base al quale l'atto impugnato non può essere annullato quando, pur emendato del vizio, avrebbe avuto identico contenuto.

88. Cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies*, cit., p. 5.

diventa, quindi, il parametro in base al quale valutare il contributo partecipativo del privato, che, se privo di tale carattere, è percepito come un aggravio per il corretto svolgersi della procedura, e quindi può – o addirittura deve – essere evitata[89].

Se la *ratio* della deroga introdotta dall'art. 21-*octies*, co. 2, a quella che rappresenta il presupposto indispensabile per l'esercizio della partecipazione procedimentale, va ricondotta all'esigenza di evitare pretestuosi ritardi procedimentali[90], nonché di ridurre il contenzioso amministrativo sulla presunta violazione delle norme sulla comunicazione[91], è evidente che la norma in questione assume particolare interesse nei procedimenti che riguardano soggetti stranieri, dove spesso il ricorso a formule standardizzate, insieme all'esigenza di dover provvedere ad un elevato numero di istanze, porta l'amministrazione ad eludere gli obblighi di comunicazione.

Prima dell'introduzione dell'art. 21-*octies*, dottrina e giurisprudenza si erano mostrate sensibili al problema della non annullabilità di provvedimenti caratterizzati da vizi di natura procedimentale, facendo riferimento alla regola del raggiungimento dello scopo[92]. Tale criterio consente, in una logica di legittimità sostanziale, di escludere la rilevanza del mancato rispetto degli oneri comunicativi, quando lo scopo sia stato comunque raggiunto avendo l'interessato avuto in ogni caso la possibilità di partecipare o avendone avuto conoscenza attraverso un atto equipollente alla comunicazione formale[93].

La regola del raggiungimento dello scopo, sia quando collegata all'esistenza di situazioni equivalenti alla formale comunicazione, sia quando collegata all'idea che il contenuto non potesse essere diverso al punto tale da vanificare l'interesse al giudizio, rappresenta tuttavia un ulteriore causa di esclusione elaborata dalla giurisprudenza che si distingue dalle ipotesi di applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2[94]. In base al criterio del

89. Cfr. E. Marenghi, *C'era una volta la partecipazione*, in *Dir proc. amm.*, n. 1/2007, pp. 45, 52, che osserva come con l'art. 21-*octies*, comma 2, la partecipazione procedimentale sia degradata da cardine della processualità partecipata ad un disvalore improduttivo. Sull'approccio antiformalistico nella valutazione del vizio di omessa comunicazione si veda M. C. Romano, *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, cit., p. 333 ss. ove ult. riff.

90. Cons. St., sez. V, 9.10.2013, n. 4969; Tar Lazio, sez. III, 15.3.2011, n. 2798.

91. *Amplius* D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*; F. Saitta, *L'omessa comunicazione*, cit., p. 449 ss.

92. Cons. St., sez. IV, 02.01.1996, n. 3; Cons. St. sez.VI, 20.01.2009, n. 258. Sulla giurisprudenza ante riforma del 2005 si vedano R. Giovagnoli, M. Fratini, *Le nuove regole dell'attività amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, Giuffré, 2007.

93. Sul raggiungimento dello scopo cfr. D.U. Galetta, *Provvedimenti irregolari, regola del «raggiungimento dello scopo», carenza dell'interesse a ricorrere e art. 21-octies l. 241/90: l'opinione della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1288 ss.; R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 609 ss.

94. D.U. Galetta, N*otazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *giustizia-amministrativa*, 2005; A. Romano Tassone, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, *ivi*, p. 7 che precisano come i due alinea dell'art. 21-*octies* si rifanno al raggiungimento dello scopo, ma in un senso più ampio riferita alla finalità di interesse pubblico che giustifica l'emanazione del provvedimento finale.

raggiungimento dello scopo, in presenza di lesione dei diritti di partecipazione, si esclude sul piano sostanziale l'esistenza del vizio procedimentale, laddove invece nella disciplina dell'art. 21-*octies* si presuppone che l'invalidità dell'atto sussista in astratto, ma che essa venga reputata in concreto irrilevante, in ragione del fatto che, da un'indagine operata *ex post* da parte del giudice, rispetto a quel singolo caso, emerge che lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto, nonostante il vizio riscontrato[95].

Quanto al primo profilo, relativo all'esistenza di situazioni equivalenti alla comunicazione che abbiano comunque consentito al soggetto interessato di essere informato, la questione si pone, evidentemente, solo nei procedimenti ad istanza di parte nei quali, com'è noto, il rispetto degli oneri di comunicazione, nonostante sia espressamente previsto sin dalla riforma legge sul procedimento del 2005, viene nella maggior parte dei casi ritenuto superfluo dalla giurisprudenza[96], in ragione della naturale cognizione dell'inizio del procedimento da parte del soggetto che presenta l'istanza[97].

Nei procedimenti diretti alla valutazione delle richieste di permesso di soggiorno, la giurisprudenza amministrativa tende a considerare non rilevante la violazione degli artt. 7 e 10-*bis*[98], tutte le volte che il soggetto portatore dell'interesse alla comunicazione abbia avuto comunque notizia dell'avvio del procedimento[99] e sia stato perciò posto in condizione di esercitare il suo diritto di partecipazione[100]. In questi casi il conseguimento *aliunde* delle

95. Cons. St., sez. I, 17.9.2012, n. 4925 ribadisce che «l'omissione di tale formalità non vizia il procedimento [...] tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione»; Cons. St., sez. V, 10.1.2013, n. 91; Cons. St, sez. VI, 7.3.2006, n. 2736; Cons. St., sez. VI, 29.5.2002, n. 2972.

96. La giurisprudenza, anche in seguito all'introduzione dei termini certi nei procedimenti ad istanza di parte avvenuta con la l. 69/2009, è orientata ancora a ritenerla un'inutile duplicazione di formalità. Cfr. e*x multis* Cons. St., sez. IV, 24.8.2017, n. 4060 in cui il Collegio afferma che la comunicazione di avvio «non può riferirsi al destinatario finale dell'atto, essendo nei suoi confronti un adempimento inutile, poiché questi è certamente a conoscenza della data di presentazione della propria istanza»; Cons. St., sez. IV, 7.8. 2017, n. 3958; Tar Basilicata, 22.11.2018, n. 769.

97. In tal senso Cons. St., sez. IV, 15.12.2000, n. 6687; Cons. St., sez. V, 22.5.2001, n. 2823 che definisce la comunicazione di avvio nei casi di procedimenti ad istanza di parte «una evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensato da particolari utilità per i soggetti interessati». Cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 2.5.2018, n. 4765; Tar Puglia, Bari, sez. III, 9.3.2017, n. 226.

98. Cons. St., sez. III, 13.9.2018, n. 5381 e Cons. St., sez. VI, 17.1.2011 n. 256 secondo il quale «il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno è un procedimento ad istanza di parte, cui si applica, quindi, l'art. 10-*bis*». Cons. St., 27.6.2013, n. 3525.

99. Con riferimento alla presentazione dell'istanza si veda l'art. 9 co. 7 del d.p.r. 31.8.1999, n. 394 «*Regolamento recante norme di attuazione del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, co. 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*», in G.U. del 3.11.1999, Supplemento ordinario n. 190/L che, relativamente al procedimento di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, prevede che allo straniero venga rilasciata solo copia della sua istanza, munita di timbro datario dell'ufficio e di sigla di addetto della ricezione, in cui è indicato il giorno di possibile ritiro del permesso, ma non individua a chi rivolgersi in quanto responsabile del procedimento. In argomento cfr. G. Savio, *La disciplina dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 15 ss.

100. Su questo punto recentemente, sia pure non con riferimento ai provvedimenti in materia id immigrazione, cfr. Cons. St., sez. V, 22.7.2019, n. 5168 «L'omissione dell'avviso di avvio del procedimento in autotutela, come nel caso di

informazioni relative al procedimento consente, secondo la giurisprudenza prevalente, di ritenere comunque raggiunto lo scopo delle norme [101], rendendo non illegittimo il provvedimento, anche quando il contenuto della decisione sia discrezionale[102].

I giudici amministrativi ritengono, tuttavia, che la possibilità dell'acquisizione delle informazioni sul procedimento in via alternativa alla formale comunicazione, non possa essere presunta dalle amministrazioni sulla base della natura del procedimento avviato ad istanza di parte. L'omissione della comunicazione nei provvedimenti di diniego alle istanze presentate dagli stranieri, non deve portare ad un'automatica sanatoria giurisprudenziale, ma la preclusione della partecipazione deve conseguire ad una rigorosa valutazione delle circostanze ed essere adeguatamente motivata.

Nell'ipotesi in cui si tratti di provvedimenti di natura discrezionale, invece, il legislatore affinché l'omissione del contraddittorio possa essere giustificata ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, parte seconda pretende dall'amministrazione la dimostrazione della scarsa incisività dell'apporto partecipativo dello straniero sul contenuto della decisione [103]. Secondo la norma, infatti, l'annullamento va escluso qualora l'amministrazione dia prova in giudizio che il contenuto dell'atto sarebbe stato lo stesso anche se la comunicazione omessa fosse stata effettuata. Se l'onere della prova dell'utilità del contributo del privato grava sull'amministrazione, tale dimostrazione, ancor più quando si tratta di provvedimenti che interessano soggetti stranieri, non è di facile adempimento e richiede al giudice amministrativo un faticoso giudizio prognostico sul potenziale diverso contenuto che avrebbe avuto il provvedimento finale in assenza del vizio[104].

L'apporto effettivamente utile della partecipazione ed il suo effetto sanante dovranno quindi conseguire ad una valutazione caso per caso, in relazione all'arricchimento conoscitivo ricevuto dall'amministrazione ed alla sua verosimile influenza sul contenuto del provvedimento finale[105]. Occorre, in sostanza, che l'amministrazione dimostri, e che il

una revoca o di un annullamento d'ufficio, non vizia il provvedimento finale se l'interessato è venuto comunque a conoscenza del procedimento, sì da potere intervenire e presentare le controdeduzioni».

101. Cons. St., sez. VI, 29.5.2002, n. 2972; Cons. St., sez. I, 17.9.2012, n. 4925 Cons. St., sez. V, 10.1.2013, n. 91 in cui si ribadisce che «l'omissione di tale formalità (la comunicazione di avvio) non vizia il procedimento [...] tutte le volte in cui la conoscenza sia comunque intervenuta, sì da ritenere già raggiunto in concreto lo scopo cui tende siffatta comunicazione».

102. Cons. St., sez. VI, 9.8.1996, n. 999; Cons. St., sez. VI, 13.2.2013, n. 888.

103. Cons. St., sez. VI, 2.3.2009, n. 1180.

104. Cfr. M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. Scoca, p. 311, 330 che evidenzia la pressoché inattuabilità del giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo nei provvedimenti discrezionali.

105. S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., p. 125 ss.; R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriquez, *La partecipazione*, cit., p. 63 ss.

giudice amministrativo accerti, in che misura la violazione degli oneri informativi e quindi la preclusione del diritto di partecipazione al procedimento, abbiano realmente influito sulla possibilità dello straniero di far valere le proprie ragioni ed eventualmente poter sovvertire l'esito del procedimento.

L'amministrazione nei procedimenti di natura discrezionale che interessano gli stranieri è in misura maggiore tenuta ad agevolare la partecipazione dei soggetti stranieri ed ogni omissione per essere giustificata, va verificata in concreto e deve essere dimostrato, la superfluità dell'intervento del privato. In tale prospettiva si è espresso il Tar Puglia che ha affermato che il provvedimento di revoca della misura dell'accoglienza per lo straniero deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del relativo procedimento, «poiché la revoca postula un apprezzamento discrezionale della gravità del fatto addebitato allo straniero ed è mancata la prova, gravante sulla P.A. ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 4 agosto 1990, che il procedimento, seppure il ricorrente vi avesse partecipato, com'era suo diritto, non avrebbe avuto esito diverso»[106].

Sempre in senso favorevole all'utilità della comunicazione il Consiglio di Stato ha ritenuto non superabile ai sensi dell'art. 21-*octies* l'omissione del preavviso di rigetto relativamente ad un provvedimento di irricevibilità della domanda di conversione di una richiesta di soggiorno, poiché, se effettuata, avrebbe consentito l'integrazione della documentazione da parte dello straniero istante[107].

Con riferimento all'onere della prova, non sempre la dimostrazione del diverso esito grava solo sull'amministrazione, ma anche sullo straniero interessato il quale può essere

106. Tar Puglia, sez. Bari, 20.2.2018, n. 243. In tal senso anche Tar Emilia-Romagna, sez. I, 12.3.2015, n. 30 che relativamente ad un provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno della questura di Modena impugnato per omissione del preavviso di rigetto, affermò non solo che tale provvedimento costituiva una *«violazione da parte dell'amministrazione dell'articolo 10-bis della legge 241 del 1990», ma anche che «nel caso concreto non potesse operare l'art. 21-octies della legge 241 del 1990 e s.m. in quanto la preventiva comunicazione dei motivi ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno avrebbe potuto consentire la presentazione di nuovi elementi che l'amministrazione avrebbe avuto l'obbligo giuridico di valutare»*; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 8.2.2018, n. 46 che annulla il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche, poiché «l'Amministrazione non fornisce alcun elemento idoneo a dimostrare che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, con conseguente non applicabilità, al caso di specie, dell'art. 21-*octies*, co. 2, della legge 241/1990».

107. Cons. St., sez. III, 19.2.2019 n. 1156. Cons. St., sez. III, 26.6.2019, n. 4414, in cui il Collegio annulla il diniego del permesso di soggiorno perchè «sull'amministrazione incombeva, comunque, ai fini della non annullabilità del provvedimento, *ex* art. 21-*octies*, co. 2, e art. 7, co. 1, l. 241 del 1990, l'onere di dimostrare in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere in concreto diverso». *Cfr. L. Pergolizzi, Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela "rafforzata" delle garanzie procedimentali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato, ADiM Blog, settembre 2019.*

chiamato a provare che attraverso il proprio intervento avrebbe avuto la possibilità di modificare il contenuto della decisione[108].

La svalutazione del vizio per omessa comunicazione sulla base dell'art. 21-*octies*, co. 2, se pure ricorrente nei procedimenti autorizzatori di natura discrezionale è, anche con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte che interessano altri ambiti del diritto amministrativo, sempre oggetto di uno scrutinio molto accurato e rigoroso ed esige non solo dalle amministrazioni, ma anche dagli interessati, la prova della resistenza che il contenuto, anche in caso di coinvolgimento del privato, non sarebbe cambiato[109].

6. La natura vincolata dei provvedimenti diretti agli stranieri come ragione di deroga alle garanzie partecipative

Il vizio derivante dall'omessa comunicazione di avvio del procedimento o dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è scusabile, e quindi non conduce all'annullamento dell'atto, anche in base alla prima preposizione dell'art. 21-*octies*, co. 2, in quanto vizio del procedimento[110]. In base a tale disposizione, quando si tratti di atti di natura vincolata, nei quali è la legge che ha definito a monte, in presenza di determinati requisiti, il contenuto della decisione[111], la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo può essere omessa ogni qual volta sia palese che il suo intervento non avrebbe potuto modificare il contenuto del provvedimento[112]. Secondo una concezione della partecipazione più collaborativa che garantistica, l'incapacità del privato di apportare alcun arricchimento

108. Cons. St., sez. V, 29.4.2009, n. 2737 sopra citata, in cui il Supremo Collegio precisa che l'interessato, a pena di inammissibilità della doglianza, debba quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

109. Cons. St., sez. VI, 7.7.2006, n. 4307. In argomento cfr. F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., p. 394 ss.

110. F.G. Scoca, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffé, 2004.

111. Tale condizione, tuttavia, non si pone in termini decisivi ai fini dell'operatività dell'illegittimità non invalidante, dal momento che il concetto di provvedimento vincolato non va inteso in maniera rigida, ma spesso presenta un apprezzamento discrezionale sul *quando* e sul *quomodo*, mentre i provvedimenti discrezionali, a loro volta, possono presentare anch'essi momenti vincolati, quanto meno con riferimento ai principi generali dell'ordinamento ed in particolare alla soglia massima della ragionevolezza. Su questo aspetto della questione si è diffusa la dottrina più autorevole, che ha sottolineato la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione netta fra attività discrezionale, da un lato, ed attività vincolata, dall'altro. Cfr. E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 506. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. F. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; E. Follieri, *Potere vincolato e potere discrezionale puro*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

112. Criticamente sulla presunta minore importanza delle garanzie procedimentali nei provvedimenti di natura vincolata si veda già D.U. Galetta, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 93 ss. ove ult. riff.

alla formazione della scelta amministrativa, essendo il provvedimento vincolato predeterminato dalla legge, giustifica la superfluità della comunicazione.

Nella logica del legislatore, la *ratio* di tale disposizione non contiene un intento discriminatorio sul piano delle garanzie, ma semplicemente ha l'obiettivo di evitare che la presenza di vizi formali o procedurali nel provvedimento di natura vincolata possa determinarne l'invalidità, a fronte di un atto di mero accertamento dei presupposti dell'esercizio del potere, alla luce dei quali all'amministrazione non resterebbe che dedurre la produzione degli effetti giuridici previsti dalla norma[113].

La presunta inutilità della partecipazione dello straniero, e conseguente superfluità della comunicazione di avvio, rappresenta una delle giustificazioni che più frequentemente le amministrazioni invocano quando le proprie decisioni nei confronti degli stranieri sono oggetto di contestazione in sede giurisdizionale con riferimento all'elusione delle garanzie partecipative. Secondo le amministrazioni, la natura vincolata dei provvedimenti che interessano i soggetti stranieri, il cui il contenuto è già astrattamente definito dalla norma, renderebbe improduttiva la partecipazione dell'interessato al procedimento, comportando solo un aggravio in termini di economia procedimentale.

L'applicazione giurisprudenziale, anche se tendenzialmente conferma tale impostazione e salva il provvedimento vincolato adottato in assenza della comunicazione di avvio, dimostra tuttavia di non ignorare il vantaggio pratico che può avere la partecipazione procedimentale anche nell'ipotesi di provvedimenti il cui contenuto è predeterminato dalla legge. La giurisprudenza amministrativa, già prima dell'inserimento dell'art. 21-*octies* con la riforma del 2005, affermava che anche laddove l'esistenza di determinati presupposti obblighi l'amministrazione, senza alcuno spazio per valutazioni di ordine discrezionale, ad esercitare un certo potere e a adottare un determinato provvedimento, l'inserimento del privato nel procedimento deve essere consentito tutte le volte in cui questi potrebbe, con le proprie argomentazioni, indurre l'amministrazione a riconoscere l'inesistenza di quei presupposti[114].

113. Sul contenuto decisionale anche dell'atto vincolato cfr. M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1996; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it, n.7.2017, p. 10 ss., che parla di «scetticismo della vincolatezza».

114. Come ad esempio ha affermato il Tar Puglia, Bari, sez. I, 15.1.2000, n.102, «Non esiste infatti alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, futuro destinatario di un atto asseritamente vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza, in fatto, dei presupposti ipotizzati dalla norma e quindi di chiederle di verificarne l'esistenza anche sulla base degli elementi di conoscenza che è in grado di offrire, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere con istanza di identico contenuto, ma rivolta al giudice in sede giudiziaria». Si vedano in tal senso anche Cons. St., sez. IV, 7.11.2001, n. 5718; Cons. St., 12.3.2001, n. 1381; Cons. St., sez. V, 23.4.1998, n. 474; Cons. St., 1.10.1996, n. 269; Tar Napoli ,7.6.2001, n. 2607; Tar Lazio, sez. II, 8.1.1998, n. 4.

Ebbene, molti dei provvedimenti tipici in materia di immigrazione, in base ad una scelta compiuta a monte dal legislatore e ad una svalutazione del processo decisionale che ne precede l'adozione, rientrano nell'ambito degli atti a contenuto doveroso e di conseguenza possono, grazie alla deroga prevista dall'art. 21-*octies*, co. 2, eludere legittimamente la partecipazione dello straniero al procedimento.

La disciplina dell'ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero configura, com'è noto, molte ipotesi di poteri di natura vincolata in capo alle autorità amministrative, la cui *ratio* giustificatrice è stata ritrovata dalla Corte costituzionale nell'esigenza di garantire il rispetto del principio di legalità, presidio ineliminabile dei diritti degli stranieri anche rispetto ai possibili abusi o discriminazioni da parte delle stesse amministrazioni[115].

Il dato di interesse non risiede nell'applicabilità di tale deroga nei confronti degli stranieri, nella misura in cui si tratta di un meccanismo applicabile a tutta la categoria dei provvedimenti di natura vincolata e quindi non rappresenta una discriminazione, né una particolarità rispetto alle tipologie di provvedimenti che coinvolgono anche i cittadini italiani, invero si vuole in questa sede riflettere sull'adeguatezza di una presunzione normativa di vincolatività prevista per la gran parte dei provvedimenti in materia di immigrazione, al fine di misurare gli effetti che tale assunto produce in termini di garanzie partecipative degli stranieri.

6.1. Sulla natura vincolata dei provvedimenti in materia di immigrazione

Ai fini della corretta applicabilità di tale causa di esclusione delle garanzie partecipative nei procedimenti amministrativi tipici in materia di immigrazione, occorre dunque riflettere sulla natura dell'attività esercitata dall'amministrazione nei confronti degli stranieri. In particolare, occorre interrogarsi sulla scelta dell'ordinamento di configurare i provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento dello straniero come decisioni di natura vincolata[116], che si pongono quindi come mero accertamento dei

115. Il gran numero di automatismi che caratterizzano taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno e dell'espulsione sono giustificati dalla Corte costituzionale, in quanto costituiscono «un riflesso del principio di legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione» e rappresentano «anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» Corte cost., ord. 3.5.2002, n. 146; Corte cost., sent. 6.7.2012, n. 172. Su questi temi cfr. C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 51 ss.

116. Per atto vincolato si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento; è vincolata, cioè, l'attività in cui non v'è margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere (sia esso apprezzamento tecnico o di interessi) e circa la scelta del contenuto del provvedimento, per effetto di norme cui l'amministrazione non può (legittimamente) derogare, quale che ne sia la fonte; cfr. *ex multis* A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006. Sulle contrapposte tesi secondo cui l'atto amministrativo è un mero atto, senza decisione e dunque senza potere ovvero l'atto vincolato sia in sé

presupposti predeterminati dalla legge, ovvero se in tali provvedimenti debbano residuare in capo all'amministrazione dei margini di discrezionalità[117] nella definizione del contenuto della decisione[118]. Nel momento in cui si condivida la scelta della natura vincolata di tali provvedimenti, la deroga delle garanzie partecipative andrà correttamente configurata e giustificata come una delle ipotesi applicative dell'istituto dei vizi non invalidanti in base all'art. 21-*octies*, co. 2, qualora, invece, si ritenga che essi debbano configurarsi come l'esito di un potere di scelta discrezionale che debba considerare anche altri elementi della fattispecie concreta, allora il mancato coinvolgimento dello straniero destinatario della decisione determinerebbe un'elusione non giustificabile delle sue garanzie partecipative.

In proposito è appena il caso di ricordare che, con riferimento all'azione amministrativa che incida sulla sfera giuridica dei soggetti stranieri, la giurisprudenza costituzionale ha in più occasioni ribadito che, se rappresenta una prerogativa di ciascun stato sovrano il potere di disciplinare discrezionalmente l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero dal proprio territorio in nome della difesa dell'integrità nazionale[119], tuttavia ciò non significa che tale obiettivo giustifichi l'adozione di meccanismi decisori che escludano quel contemperamento di interessi delle posizioni soggettive coinvolte dall'esercizio del potere[120]. In base a questo orientamento, la scelta del legislatore di configurare a monte come vincolata l'attività dell'amministrazione finalizzata a regolamentare l'ingresso e l'allontanamento degli stranieri, senza riconoscere in capo all'amministrazione un margine di apprezzamento per effettuare un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla difesa dei confini e l'interesse dello straniero all'ingresso o al soggiorno sul territorio, non rappresenterebbe una scelta costituzionalmente legittima per

una decisione perché senza la sua adozione l'effetto giuridico non si produce, cfr. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. Casetta, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 251; F. Follieri, *Decisione amministrativa*, cit., p. 16 ss.

117. La discrezionalità relativa all'*an* e al *quando* dovrebbe comunque sussistere dal momento che è con l'adozione dell'atto che si producono gli effetti prefigurati dalla norma, non da quando si verificano i presupposti per la sua adozione, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 34.

118. In generale sulla distinzione tra discrezionalità e vincolatezza, anche per i riferimenti, si vedano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 72 ss.; F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432 ss.

119. Dopo Corte cost., sent. n. 62 del 1994, cit., il riconoscimento dell'ampia discrezionalità legislativa è stato affermato sistematicamente, cfr. *ex multis* Corte cost, 16.5.2008, n. 148; Corte cost., 26.5.2006, n. 206; Corte cost., ord., 31.10.2007, n. 361. Principio stabilito anche da TFUE, art. 79, co. 1 e 5.

120. Corte cost. sent. 6.7.2012, n. 172 nella quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1-*ter*, co. 13, lett. c), del d.l. 1.7.2009, n. 78, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., «senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato».

lo meno quando possa comportare una compressione ingiustificata dei diritti fondamentali degli individui[121].

Coerentemente con questa prospettiva, osservando il dato normativo relativo ai poteri amministrativi volti a regolare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero nel e dal territorio dello Stato, l'attività amministrativa che incide nella sfera giuridica degli stranieri non è sempre disciplinata come vincolata, ma si registra la compresenza di misure affidate alla valutazione discrezionale dell'amministrazione con misure in cui la decisione è vincolata al mero accertamento dei presupposti stabiliti dalla legge.

Nella vigente disciplina relativa al permesso di soggiorno e all'espulsione, se quindi da un lato si registra la prevalenza degli atti configurati come espressione di poteri di natura vincolata nei quali i presupposti sono fissati dal legislatore in modo da non consentire alcuna valutazione discrezionale complessiva della posizione dell'interessato, dall'altro non mancano le ipotesi nelle quali il legislatore, a garanzia di situazioni meritevoli di particolari tutele, ha riconosciuto, alle autorità amministrative un più ampio margine di valutazione.

7. Discrezionalità e vincolatezza nei provvedimenti relativi all'ingresso e all'allontanamento degli stranieri

Osservando la disciplina delle ipotesi di revoca, rifiuto o annullamento del permesso di soggiorno tali provvedimenti comportano sia l'esercizio di poteri di natura discrezionale, sia di poteri totalmente vincolati. In alcune ipotesi, quando la decisione incida su aspetti attinenti la sfera individuale e coinvolga interessi meritevoli di particolari tutele, il legislatore preferisce lasciare all'amministrazione la possibilità di calibrare la propria misura sulla base di una valutazione comparativa. Si tratta dei casi in cui ricorrano la pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato[122], la rilevanza dei suoi legami familiari[123] o la considerazione di eventuali esigenze di protezione sociale o umanitaria[124], in cui è la stessa legge a richiedere all'autorità amministrativa di operare un

121. Corte cost., 12.12.2014, n. 277, Corte cost., 18.7.2013, n. 202. Orientamento già emerso nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 15.6.2010, n. 3760 e Cons. St., sez. III, 26.10.2011, n. 5757.

122. In materia di visto d'ingresso la giurisprudenza ricava dal riferimento all'ordine pubblico contenuto nell'art. 4, co. 3, TUI, la natura discrezionale del potere e ne fa discendere, nel silenzio della legge, la giurisdizione del giudice amministrativo: così Cass., SU, 27.1.2004, n. 1417, nonché Cass., SU, 25.3.2005, n. 6426. In argomento S. D'Antonio, *Il riparto*, cit., p. 551 ss. *Contra* cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit., p. 241 ss., secondo il quale le decisioni in tema di ingresso e soggiorno dello straniero fondate su motivi di ordine pubblico non sono propriamente discrezionali, mancando una ponderazione comparativa degli interessi.

123. Art. 5, co. 5, TUI.

124. Il permesso di soggiorno può essere discrezionalmente rilasciato dal questore allo straniero per motivi di protezione sociale in base all'art. 18 TUI e prima del d.l. n. 113/2018, conv. in l n. 132/2018 anche per motivi umanitari in base all'art. 5, co. 6, TUI (ora abrogato).

bilanciamento tra l'esigenza di allontanare lo straniero non in regola e la situazione concreta del soggetto istante. In queste fattispecie la valutazione dell'amministrazione dovrà necessariamente estendersi all'apprezzamento comparativo di tutti gli elementi (interessi e circostanze fattuali) coinvolti dalla decisione finale.

Nelle ipotesi di attività di natura vincolata, legate all'accertamento di requisiti oggettivi, quali i requisiti documentali e quelli relativi ad eventuali condanne [125] o espulsioni[126], invece il legislatore fa discendere l'effetto giuridico dal mero accertamento dei presupposti.

Può, infine, verificarsi l'ipotesi che un unico possibile provvedimento possa basarsi alternativamente su presupposti da accertare o da valutare, così da trovarsi in presenza di prescrizioni che in realtà configurano due o più fattispecie alternative, alcune delle quali possono prefigurare un provvedimento vincolato ed altre uno discrezionale. Ricordiamo il noto art. 5, co. 5 del TU sull'immigrazione, sulle condizioni di diniego o rilascio del permesso di soggiorno. Tale norma definisce una decisione di tipo vincolato in quanto condiziona l'accoglimento dell'istanza alla presenza dei requisiti richiesti dalla legge in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta. Tuttavia, nella seconda parte del periodo, prevede altresì che l'amministrazione debba valutare la possibilità «che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio»[127], così individuando una clausola di salvaguardia che impegna l'amministrazione a compiere una valutazione aggiuntiva della situazione concreta sui cui va a decidere, a prescindere dall'astratta presenza o assenza dei requisiti stabiliti dalla legge. Nel momento in cui lo stesso legislatore abilita l'amministrazione a valutare la presenza di nuovi elementi (si pensi all'integrazione o regolarizzazione dei documenti già prodotti) e quindi a non fermarsi di fronte alla mera presenza di requisiti che per legge legittimano l'adozione di determinate misure di rigetto o di accoglimento dell'istanza, è evidente che tale provvedimento presupponga una valutazione di tipo discrezionale[128]. Si tratta di una norma che è stata

125. É il caso ad esempio delle ipotesi di condanna per il reato inerenti gli stupefacenti ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in base al combinato disposto dell'art. 4, co. 3 e dell'art. 5, co. 5 del TU, riguardo alle quali il Consiglio di Stato ha in più di un'occasione affermato che «la natura vincolata del provvedimento negativo comporta il rigetto della censura relativa alle carenze partecipative e alla violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241 del 1990, non potendo essere diverso l'esito del procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno» Cons. St., sez. III, sent. 10.8.2018, n. 4908; Cons. St., sent. 2.3.2015, n. 1027.

126. Cfr. artt. 4 e 5 del TUI.

127. Art. 5, co. 5 d.lgs. 286/98: «Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'art. 22, co. 9, *e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi* che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili».

128. Sull'esigenza che l'amministrazione osservi una lettura dell'art. 5, co. 5, del TU n. 286/1998, ispirata ad un criterio di ragionevolezza, Cons. St, sez. III, n. 2013/2013; Cons. St, sez. III, 3.1.2014, n. 1.

oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale che, nella nota sentenza n. 202 del 2013, ha affermato la necessità di una «attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati»[129].

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confrontarsi con l'applicazione dell'art. 5, co. 5, proprio a causa del frequente riferimento, nei ricorsi presentati da soggetti stranieri avverso i provvedimenti negativi (di diniego o revoca) del permesso di soggiorno, all'esistenza di nuovi elementi che l'amministrazione avrebbe dovuto valutare prima di decidere[130]. Se l'amministrazione, richiamando l'art.-21 *octies*, co. 2, si è sempre tendenzialmente opposta all'annullamento per mancata valutazione dei nuovi elementi, obiettando che, trattandosi di provvedimenti di natura vincolata, il contenuto non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato, nella giurisprudenza amministrativa si registra un duplice orientamento.

Per un verso, soprattutto in una fase iniziale, il giudice amministrativo tende ad affermarne la natura vincolata e ad escludere l'annullamento, in base all'impostazione processuale-sostanziale della partecipazione, ogni qual volta il contenuto doveroso della decisione amministrativa avrebbe reso inutile il coinvolgimento del destinatario[131].

129. Corte cost., 18.7.2013, n. 202, punto 4.4. del Considerato in diritto. La Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 5, co. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che «abbia legami familiari nel territorio dello Stato», in *Giur. cost.*, 2013, 4, p. 2835, con nota di G. Sirianni, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare;* V. Picalarga, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio – rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014. Di nuovo recentemente Cass. civ., sez. I, ord. n. 7860 del 16.4.2020 sul divieto di espulsione automatica dello straniero con legami familiari nel territorio dello Stato senza un accurato scrutinio,

130. Cfr. in argomento M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 20, che osserva come «la cauta, ma comunque sensibile apertura della giurisprudenza amministrativa alla doverosa considerazione degli elementi sopravvenuti di cui all'art. 5, co. 5, TUI, in una lettura globale della posizione dello straniero, costituisce un esempio del *sindacato incrementale* che il giudice amministrativo è venuto costruendo in questa materia».

131. Cons. St., sez. VI, sent. 16.5.2006, n. 2736; Tar Veneto, sent. 2.4.2009, n. 1064 sulla legittimità del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno anche in mancanza di partecipazione stante la natura di atto dovuto; Tar Lazio, Roma, sez. I, sent. 19.3.2009, n. 3565 sulla illegittimità del provvedimento di diniego del visto di ingresso. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 26.2.2015, n. 689 che afferma il carattere vincolato del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno in presenza di condanne penali ostative (lesione del diritto di autore e contraffazione di marchi e brevetti); Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 27.6.2012, n. 443 che ritiene di natura vincolata il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno a seguito di una condanna penale ostativa. Cfr. però ancora Cons. St., sent. 26.6.2019, n.4412; Cons. St., sez. III, 21.1.2019, n. 494 per la natura vincolata del diniego di rilascio del permesso di soggiorno che quindi rende irrilevante il mancato coinvolgimento dello straniero nel procedimento conclusosi con l'impugnato diniego, trovando pacifica applicazione l'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990 perché il procedimento non avrebbe potuto avere esito diverso.

Secondo un diverso e successivo orientamento, la giurisprudenza amministrativa, abbandonando la logica del risultato sposata dall'amministrazione[132], gradualmente si orienta per il riconoscimento in capo all'amministrazione della possibilità di disporre un assetto di interessi diverso da quello prefigurato dal legislatore[133]. Si riconosce cioè che l'esclusione del permesso di soggiorno nella gran parte dei casi non debba avvenire automaticamente in base alla verifica dei requisiti stabiliti dalla legge, come accade nell'esercizio di attività vincolata, ma debba comportare una valutazione caso per caso, tesa a verificare la corrispondenza tra la fattispecie astrattamente prevista dalla norma e le circostanze della fattispecie concreta, per cui si rende necessario l'apporto partecipativo dell'interessato[134].

In tal senso una pronuncia del Consiglio di Stato relativa all'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro funzionale ad un'istanza di rinnovo di permesso di soggiorno[135]. Il diniego era stato impugnato per violazione dell'art. 10-*bis* e l'amministrazione aveva giustificato tale omissione ritenendo sussistenti le condizioni dell'art. 21-*octies* in considerazione della natura vincolata del provvedimento e l'assoluta immodificabilità del provvedimento nel suo contenuto. I giudici di Palazzo Spada chiarirono che non tutti i provvedimenti di accertamento dei requisiti, come quelli previsti nelle procedure di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, possono essere a priori considerati atti vincolati, ma spesso è necessario che l'amministrazione verifichi la

132. Secondo il già citato criterio del raggiungimento dello scopo *infra* par. 5. Sulle problematiche legate all'accoglimento di una concezione di amministrazione legata al risultato cfr. M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim*.

133. Recentemente il Consiglio di Stato è tornato sulla questione e confermando l'annullamento di un diniego di permesso di soggiorno per omesso preavviso di rigetto, ha ribadito che «il provvedimento di rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno è atto discrezionale, dovendo l'amministrazione valutare in concreto gli elementi istruttori» e secondo la clausola dell'art. 5, co. 5, del d.lgs. n. 268/1998, anche i nuovi sopraggiunti elementi favorevoli allo straniero, e pertanto non poteva ritenersi applicabile l'art. 21-*octies*, co. 2 della legge n. 241/90, cfr. Cons. St., sez. III, 7.5.2019, n. 2923. Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. III, 9.6.2016, n. 2459.

134. Cons. St., sez. III, 17.5.2012, n. 2856 in cui il Collegio afferma che il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno non costituisce atto vincolato ... ossia non deve limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa, ma occorre che siano valutati gli elementi sopravvenuti e rispetto ai quali l'interessato possa fornire in sede procedimentale opportuni chiarimenti. Cfr. anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20.4.2005, n. 6178 che dispone l'annullamento di un provvedimento di rigetto del questore della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, presentata da uno straniero, per travisamento dei presupposti di fatto, in quanto la circostanza di essere stato condannato per reato di ricettazione non costituiva di per sé un indice della pericolosità sociale del soggetto richiedente e chiarisce che è necessario supportare la valutazione di pericolosità con adeguati accertamenti istruttori.

135. Cons. St., sez. VI, 2.2.2009, n. 552. Confermata da Cons. St., sent. 17.1.2011, n. 256 in *giustizia-amministrativa.it* che ribadisce che in presenza di una istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, «sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio» (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 286/1998); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso».

sussistenza di sopravvenienze rispetto alle quali l'interessato possa fornire gli opportuni chiarimenti.

Analogamente, i giudici di primo grado, annullando la revoca di un permesso di soggiorno di un cittadino marocchino emanato in mancanza di comunicazione di avvio, hanno evidenziato che il «contraddittorio è necessario in generale per i provvedimenti di annullamento e revoca d'ufficio ed indispensabile nei procedimenti in parola proprio in quanto finalizzato a consentire all'amministrazione quell'apprezzamento complessivo della fattispecie, ed in particolare l'eventuale esistenza di nuovi elementi che potrebbero eventualmente consentire il mantenimento in capo al ricorrente del permesso di soggiorno che invece si intende revocare, sancita dall'art. 5, co. 5 d.lgs. n. 286 del 1998»[136].

Nelle ipotesi invece in cui è il legislatore a prevedere che le amministrazioni debbano operare una valutazione comparativa sulla ricorrenza di una causa tipizzata di esclusione[137], la giurisprudenza amministrativa pretende uno scrutinio più approfondito[138] ed è più severa nell'accoglimento dei temperamenti previsti dall'art. 21-*octies*, co. 2 relativamente all'inutilità del contraddittorio con l'interessato.

In materia di legami familiari, ad esempio, i giudici amministrativi hanno evidenziato la necessità che l'amministrazione tenga conto, in base all'art. 5, co. 5 del TUI, della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, perché «la valutazione di prevalenza delle esigenze di sicurezza sociale sull'esistenza di legami familiari nello Stato è frutto di una valutazione che rientra nella piena discrezionalità dell'amministrazione»[139]. È sempre necessario, precisa il Consiglio di Stato, riconoscendo in un'altra pronuncia la rilevanza giuridica dei rapporti familiari di fatto ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, operare un bilanciamento e accertare se l'allontanamento o l'interruzione della legalità del soggiorno provochi un sacrificio sproporzionato alla vita privata e familiare[140].

Su questa linea, il Supremo Collegio, richiamando anche i principi affermati dalla Corte costituzionale[141], dalla Corte di giustizia della UE[142] e dalla Corte EDU[143] e

136. Tar Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 27.2.2014, n. 479.

137. Si vedano le osservazioni di M. Savino, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in questa *Rivista*, n. 3.2013, p. 38, che parla di «bilanciamento effettuato *ex ante* dal legislatore».

138. Orientamento presente anche nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. sent. 6.7.2012, n. 172 nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1-*ter*, co. 13, lett. c), del d.l. 1.7.2009, n. 78, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., «senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato».

139. Tar Liguria, sez. II, 5.2.2016, n. 107.

140. Cons. St., sez. III, 31.10.2017, n. 5040.

141. Cfr. per tutte Corte cost., 18.7.2013, n. 202.

142. La Corte di giustizia UE si è sempre pronunciata per la necessità che le amministrazioni nazionali in materia di permesso di soggiorno procedano ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco quando si

confermando la propria meditata svolta giurisprudenziale nell'interpretazione dell'art. 5, co. 5, TU immigrazione, afferma sistematicamente la necessità che l'amministrazione proceda ad un confronto concreto, e non astratto, tra l'esigenza della sicurezza pubblica e l'effettiva tutela dei diritti umani fondamentali, quale quello alla salvaguardia del contesto familiare e della vita affettiva dei minori[144].

Analogo orientamento si riscontra con riferimento alla valutazione del requisito della pericolosità sociale il cui accertamento secondo i giudici amministrativi deve avvenire in base ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione, poiché «l'attività dell'amministrazione preordinata alla valutazione della pericolosità sociale rappresenta un'attività discrezionale della pubblica amministrazione» [145]. In quest'ottica sono sistematicamente ritenuti illegittimi i provvedimenti di revoca del permesso di soggiorno, nei quali l'amministrazione assume in maniera automatica la qualificazione di pericolosità sociale, omettendo di considerare la complessità della situazione familiare risultante dagli atti procedimentali[146].

Le pronunce successive in tema di provvedimenti di diniego o di rilascio del visto o permesso di soggiorno sono orientate a non ammettere la natura vincolata dei provvedimenti come giustificazione *tout court* per l'esclusione delle garanzie partecipative, e confermano che, indipendentemente dalla necessarietà della decisione[147], la garanzia del

---

tratta di accertare la solidità dei legami familiari, cfr. tra le tante Corte giust., sez. VI, 20.11.2019, in C-706/18, *X v. Belgio*; Corte giust., sez. II, 13.3.2019, in C-635/17, *E., Corte giust., sez. IV,*14.3.2019, in C-557/17, *Y.Z. e altri.*

143. Corte EDU, 4.12.2012, ric. n. 3156/05, *Hamidovic c. Italia*; Corte EDU, 17.12.2019, *Abdi Ibrahim c. Norvegia* non può essere vietato un ricongiungimento senza aver bilanciato tutti gli interessi in gioco.

144. Cfr. Cons. St., sez. III, 26.10.2011, n. 5757 in cui si afferma che la decisione sul permesso di soggiorno richiesto dallo straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare è discrezionale, nonostante la presenza a suo carico di una condanna penale ostativa. Si vedano tra le tante Cons. St., sez. III, 3.1.2014, n. 1; Id, sez. III, sent. 12.11.2014, n. 5570. Cons. St., sez. III, 23.5.2017, n. 2391, in cui il Supremo Collegio afferma l'illegittimità del diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per l'esistenza di precedenti penali, perché non erano state valutati gli elementi che connotavano l'inserimento familiare, sociale e lavorativo in Italia dello straniero.

145. Cfr. Tar Veneto, sez. III, 27.3.2003, n. 2110 in cui il Tar, pur confermando il diniego di permesso di soggiorno giustificato in base alla pericolosità sociale del ricorrente, desunta da una condanna a quattro anni di reclusione per tentato omicidio, afferma che «l'attività dell'amministrazione preordinata alla valutazione della pericolosità sociale rappresenta un'attività discrezionale della pubblica amministrazione, sindacabile unicamente in caso di illogicità, di carenza di presupposti, o di manifesta incongruità». In tal senso anche Tar Puglia, sez. Bari, sent. 20.2.2018, n. 243.

146. Tar Lombardia, sez. I, 31.12.2019, n. 2770. Cfr. anche Cons. St., sez. III, 30.5.2017, n. 2591, in cui il Supremo Collegio, pur confermando la legittimità del provvedimento fa riferimento all'avvenuta valutazione discrezionale, riferendo che «la questura aveva effettuato una attenta valutazione in concreto della sua pericolosità e del suo mancato inserimento sociale, esprimendo un apprezzamento discrezionale che non appare né manifestamente illogico né affetto da travisamento dei fatti, considerate le gravi condotte messe in luce dal provvedimento di diniego, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, con motivazione che va esente da censura».

147. L'affermazione dell'utilità della partecipazione anche nei provvedimenti vincolati è stata già accolta dalla giurisprudenza con riferimento ad altri settori dell'attività amministrativa. Si veda l'orientamento, sia pure minoritario, che ritiene la partecipazione non sia superflua anche nei provvedimenti di natura vincolata, ogni qual volta rimangano circostanze fattuali suscettibili di diverso apprezzamento che consentano al privato, intervenendo, di addurre ulteriori

contraddittorio si presenta come un valore non rinunciabile ogni volta che il contributo dell'interessato possa consentire all'amministrazione di conoscere tutti gli aspetti della fattispecie concreta sottoposta al suo esame[148].

Con riguardo alla disciplina dell'espulsione amministrativa, si rinviene la medesima coesistenza tra disposizioni che definiscono il potere di allontanamento come vincolato ed ipotesi in cui tale potere assume natura discrezionale. Sono infatti previste, accanto alle ipotesi eccezionali di competenza del Ministero degli interni caratterizzate da profili altamente discrezionali[149], le ipotesi ordinarie di competenza prefettizia nelle quali i presupposti sono fissati dal legislatore in modo da non consentire alcuna valutazione discrezionale complessiva della posizione dell'interessato[150]. I provvedimenti amministrativi di espulsione possono, ad esempio, essere emanati dal Prefetto in ragione dello *status* di clandestinità di soggetti stranieri sprovvisti di un valido titolo di ingresso o di permanenza sul territorio dello Stato[151], qualora lo straniero appartenga ad una delle categorie a cui si applicano le misure previste dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione[152], o ancora nei casi di espulsione prefettizia vincolata derivante dal

---

fatti ed interessi che potrebbero risultare vantaggiosi per la sua sfera giuridica, cfr. Cons. St., sez. V, 19.3.2007, n. 1307; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 17.2.2009, n. 25 che riconoscendo la necessità della partecipazione al procedimento per l'emanazione di un provvedimento di sospensione di una concessione edilizia osservava che «La natura vincolata del provvedimento di sospensione è in tal senso un argomento inconferente, [...]. Ed infatti, la partecipazione del privato consente spesso, nella fase istruttoria, di conoscere elementi e circostanze che in un procedimento di tipo indiziario qual è quello collegato ad una lottizzazione abusiva di tipo formale, evidenziano spesso una certa complessità e margini di valutazione discrezionale dei fatti da parte della pubblica amministrazione sui quali la partecipazione dei soggetti interessati potrebbe fornire un quadro chiarificatore utile ad escludere la sussistenza dell'abuso sospettato e quindi non necessario alcun provvedimento restrittivo».

148. Cfr. Cons. St., sez. III, 7.5.2019, n. 2923, in cui è stato confermato l'annullamento di un provvedimento di diniego di permesso di soggiorno per motivi inerenti alla insufficienza del reddito minimo necessario poiché la mancata partecipazione dell'interessato «ha concretamente impedito all'interessato di esporre anticipatamente le proprie argomentazioni difensive in una situazione caratterizzata da indubbie peculiarità, rispetto alle quali sarebbe stato certamente opportuno il confronto preventivo in sede procedimentale». Nello stesso senso anche Cons. St., n. 4414/2019, cit.; Cons. St., sez. III, 3.1.2014, n. 1; Id, sez. III, sent.12.11.2014, n. 5570.

149. Art. 13, co. 1 TUI (motivi di ordine pubblico e sicurezza) e art. 3, d.l. 27.7.2005, n. 144 convertito in l. 31.7.2005, n. 155 (contrasto del terrorismo internazionale). Cfr. C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 61, che evidenzia come si tratti di ipotesi in cui amplissima discrezionalità è lasciata alle autorità amministrative, tanto da far dubitare, per queste fattispecie, il rispetto del principio di legalità.

150. Art. 13, co. 2, TUI.

151. La misura espulsiva si applica allo straniero che sia entrato nel territorio dello Stato senza sottoporsi ai controlli di frontiera e non sia stato respinto secondo quanto previsto dall'art. 13, co. 2, lett. a) del Testo Unico. Inoltre, il provvedimento è disposto nei confronti dello straniero trattenutosi sul territorio dello Stato senza che il datore di lavoro abbia correttamente comunicato l'impiego e il trattamento contrattuale alla prefettura o all'Ufficio territoriale del Governo (per i lavoratori dipendenti), o che non abbia fatto richiesta del permesso di soggiorno entro i termini previsti, o in caso di revoca, annullamento o rifiuto del permesso di soggiorno, o ancora nel caso il permesso di soggiorno sia scaduto da oltre sessanta giorni e non sia stata presentata richiesta di rinnovo, o infine quando lo straniero si trattenga sul territorio dello Stato senza dichiarare la propria presenza all'autorità di frontiera o al questore competente per la provincia in cui si trovi oppure, avendola dichiarata, si trattenga oltre tre mesi.

152. Art. 13, co. 2, lett. c), TUI.

diniego o rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno da parte del questore. Tale impostazione riceve, com'è noto, il conforto della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione che da tempo hanno chiarito che il provvedimento di espulsione dello straniero, in quanto provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, implica che il giudice ordinario dinanzi al quale esso venga impugnato sia tenuto «unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione», trattandosi di un atto dovuto senza alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione[153]. La *ratio* della disciplina dell'espulsione nel nostro ordinamento si basa sul presupposto della presunta lesione *in re ipsa* dell'interesse pubblico al controllo delle frontiere, da cui consegue l'irrilevanza dell'interesse individuale che non giustifica l'esigenza di una adeguata attività istruttoria, né il contraddittorio con il titolare di quell'interesse[154].

Sussistono, tuttavia, così come nei provvedimenti autorizzatori, ipotesi nelle quali anche l'espulsione prefettizia può comportare una valutazione discrezionale, in particolare quando occorra accertare la presenza di condizioni di inespellibilità. Infatti, a fronte delle ipotesi di espulsione prefettizia disciplinate all'art. 13 TU, il legislatore prevede delle ipotesi di inapplicabilità della misura espulsiva, talvolta configurate in modo tassativo, su cui le autorità preposte non hanno margini di apprezzamento[155], talaltra invece dotate di più ampi spazi di valutazione da parte delle amministrazioni. La vincolatività del potere espulsivo viene dunque già in sede legislativa, attenuata nel suo ambito applicativo quando sia necessario garantire situazioni meritevoli di particolari tutele. A fronte della previsione di ipotesi di deroga all'applicabilità della misura espulsiva, lo spazio del cd. automatismo appare ridimensionato e coesiste con altre modalità di esercizio del potere[156].

Tra le ipotesi di deroga all'espulsione configurate dal legislatore e assai spesso all'esame dei giudici, vi è, anche nei provvedimenti di allontanamento, quello della presenza di legami familiari del soggetto destinatario della misura amministrativa, che

153. Cass., SU, 16.10.2006, n. 22217 e Cass., SU, 16.10.2006, n. 22221. Il principio si trova riaffermato nella giurisprudenza successiva (Cass., sez. I, ord. 7.2. 2008, n. 2973; Cass. 6.8.2010, n. 18432; Cass. 22.6.2016, n. 12976; Cass. 14.6.2018, n. 15676).

154. Cfr. M. Savino, *La Corte costituzionale e l'immigrazione*, cit., p. 190, che osserva come «il primato dell'interesse statale al controllo delle frontiere porta con sé un'attività amministrativa vincolata, con azzeramento delle garanzie procedimentali» così disconoscendo il *due process* amministrativo come diritto fondamentale.

155. A titolo esemplificativo basti citare l'art. 19, co. 1 del TU che esclude l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione; l'art. 31, co. 4, TU esclude quella degli stranieri minori di anni diciotto; l'art. 13, co. 2-*bis* nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto. Sugli ulteriori limiti al rimpatrio si veda C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 60 ss.

156. Sugli automatismi che caratterizzano la disciplina dell'espulsione si vedano M. Savino, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., p. 37 ss.; Id, *La Corte costituzionale*, p. 188 ss.; C. Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 51 ss.

com'è noto, in base all'art. 13, co. 2-*bis*, TUI[157], deve essere valutata dal prefetto prima di procedere all'espulsione. Con riferimento al diritto al ricongiungimento familiare[158], giurisprudenza consolidata richiede che l'amministrazione non possa procedere ad un'applicazione automatica e standardizzata dei parametri normativi, ma dovrà provvedere caso per caso, valutando la situazione personale del richiedente ed operando un delicato bilanciamento tra il sacrificio del diritto individuale e la tutela dell'ordine pubblico statuale[159]. Secondo la Cassazione, l'amministrazione quando è chiamata a valutare il ricorrere di limiti all'esercizio vincolato del proprio potere espulsivo, deve effettuare un giudizio prognostico della situazione complessiva del soggetto passibile di espulsione attraverso l'acquisizione di tutti gli elementi utili[160] – anche attraverso la partecipazione dell'interessato – a verificare la presenza di legami familiari «soggettivamente qualificati ed effettivi»[161], dei quali, come precisa la Corte in un'altra pronuncia, sarà onere dello straniero fornire adeguata prova[162].

Si rileva come a fronte di una amministrazione che appare orientata a giustificare la preclusione della partecipazione dello straniero con l'esimente della natura vincolata del provvedimento espulsivo impugnato, anche la giurisprudenza ordinaria, così come quella

157. Introdotto in sede di recepimento della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare con d.lgs. 8.1.2007, n. 5 l'art. 13, co. 2-*bis* prevede che «Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

158. In argomento si veda P. Morozzo Della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020; Id, *Ricongiungimento familiare*, in *Ricongiungimento familiare, housing sociale, mobilità lavorativa. Quali buone pratiche per l'integrazione dei migranti*, a cura di F. Marcelli, A. Crescenzi, S. La Rocca, V. Noviello, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

159. Cfr. tra le tante Cass., sez. I., ord. 9.12.2019, n. 32041 in cui la Corte rileva che il giudice di merito avrebbe dovuto operare un contemperamento tra i vari interessi in gioco e dar prevalenza a quello, preminente, di preservazione del legame tra padre e figlio; Cass., sez. I, ord. 22.2.2019, n. 5359; Cass., sent. 16.1.2019, n. 5597 in cui la Corte afferma che «è onere dell'autorità amministrativa e, successivamente, dell'autorità giurisdizionale, al fine di non incorrere nel vizio di motivazione, esplicitare in concreto le ragioni dell'attuale pericolosità sociale del richiedente il permesso di soggiorno, che siano tali da giustificare il rigetto dell'istanza. [...] infatti, in caso di richiesta del rilascio di permesso per motivi di coesione familiare non è più prevista l'applicabilità di automatismo espulsivo, in precedenza vigente, che scattava in virtù della sola condanna del richiedente per i reati identificati dalla norma (nella specie, in materia di stupefacenti), sulla base di una valutazione di pericolosità sociale effettuata *ex ante* in via legislativa». Cass., ordinanza n. 5360 del 22 febbraio 2019 in cui la Corte afferma che l'amministrazione deve effettuare lo scrutinio previsto dall'art. 13, co. 2-*bis* indispensabile ai fini della valutazione della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato.

160. Cass., ord, 27.7.2017, n. 18689 che ha statuito che «... qualora debba adottarsi un provvedimento espulsione nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ... si deve tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato e della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale».

161. Cass. civ. sez. I, ord. 31.1.2019, n. 2954.

162. Cass. civ., sez. I, ord. 31.1.2019, n. 3031 «è onere dello straniero fornire adeguata prova dei qualificati legami familiari, in assenza della quale è legittimo il rigetto del ricorso da parte del Giudice di pace».

amministrativa nei provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno, non accoglie tale giustificazione in ogni caso, ma pretende uno scrutinio approfondito della situazione concreta. La Cassazione infatti, si mostra orientata a non riconoscere al carattere della vincolatezza l'idoneità a giustificare l'esclusione delle garanzie partecipative, quando la decisione dell'amministrazione implichi valutazioni di tipo discrezionale in relazione alle ipotesi di inespellibilità previste dal legislatore.

Sollevando lo sguardo a livello europeo, l'attenzione verso il rispetto da parte degli Stati delle garanzie procedurali nelle procedure di espulsione più complesse, rappresenta una costante anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[163]. La Corte EDU con riferimento al divieto di espulsioni collettive, stabilito dall'art. 4 del protocollo 4 allegato alla CEDU, ha in più occasioni condannato il nostro Paese per mancato rispetto del *due process*, in quanto non era stato assicurato a ciascun migrante parte del gruppo la possibilità di un contraddittorio, in particolare un esame della posizione individuale e la possibilità di esporre le argomentazioni che si oppongono alla misura di allontanamento[164]. Solo nella sentenza *Khlaifia* nel 2016 la Grande Camera ha ridimensionato il criterio procedurale dell'art. 4 del Protocollo n. 4, affermando che il colloquio individuale con il singolo migrante nelle espulsioni collettive non è obbligatorio, ma l'obiettivo della norma sia raggiunto, se comunque allo straniero siano state garantite le condizioni minime ovvero l'identificazione, la comprensione della decisione e la mera possibilità di esporre all'autorità i motivi che si oppongono alla sua espulsione[165].

163. Su questi temi cfr. S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2007; Id, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542 ss.

164. Corte EDU (Grande Camera), causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ricorso n. 27765/09), sentenza 23.2.2012. P. Bonetti, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 447 ss. Corte EDU (seconda sezione), *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), sentenza 21.10.2014, par. 223. Su tale pronuncia P. Bonetti, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 1, p. 219 ss.

165. Corte EDU (seconda sezione), *Khlaifia e altri c. Italia* (ricorso n. 16483/12), sentenza 1.9.2015, in argomento M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, 3-4.2015; A. Saccucci, *I «ripensamenti» della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 2, p. 552. A. Muccione *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017. Di recente la Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 13.2.2020, *N.D. e N.T c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15 è tornata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 e dell'art. 13 CEDU in materia di respingimenti "a caldo". La Corte ha concluso per la non violazione del divieto di espulsione collettive senza esame individuale, affermando che l'assenza di provvedimenti individuali di espulsione fosse da imputare non allo Stato spagnolo, ma ai ricorrenti, in virtù della loro condotta colposa. Cfr. A. Fazzini, *La sentenza N.D. e N.T. e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrismo tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020; cfr. nello stesso senso Corte EDU (terza sezione), sentenza 24.3.2020, *Asady and Others v. Slovakia*, ric. n. 24917/15.

8. Il rafforzamento delle garanzie partecipative dei cittadini stranieri: dal provvedimento in serie alla decisione "su misura"

L'analisi della prassi amministrativa e dell'applicazione giurisprudenziale rivela, dunque, come la decisione delle amministrazioni preposte al governo del fenomeno migratorio non consista sempre in un mero accertamento dei requisiti previsti dalla legge, ma comporti più spesso una valutazione caso per caso, estesa ad altri elementi che possono alterare l'esito finale aprioristicamente stigmatizzato dalla legge.

La previsione di un numero elevato di limiti normativi posti all'esercizio dei poteri di natura vincolata in materia di ingresso, soggiorno e all'allontanamento degli stranieri, insieme al riconoscimento giurisdizionale che l'azione amministrativa nei confronti dello straniero per alcune categorie di interessi dovrebbe preferibilmente adottare modalità discrezionali di esercizio del potere, rappresentano il segnale della consapevolezza del legislatore e della giurisprudenza che nelle decisioni amministrative che incidono nella sfera giuridica di soggetti stranieri la scelta non possa essere affidata a meccanismi decisionali di tipo necessitato, ma debba invece comportare una valutazione discrezionale di tutti gli interessi in gioco nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame. Sembra si sia acquisita ormai la consapevolezza che, trattandosi di provvedimenti dall'elevata portata lesiva che spesso coinvolgono diritti fondamentali di individui con situazioni fra loro fortemente differenziate [166], si renda opportuno accordare all'amministrazione maggiore flessibilità nell'individuazione della soluzione più adeguata al caso concreto[167].

L'inadeguatezza avvertita dal legislatore in ordine alla configurazione come vincolata dell'attività amministrativa che ha come destinatari gli stranieri è rinvenibile anche nelle pronunce delle Corti che in diversi ambiti, costituzionale[168], ordinario, amministrativo[169], hanno più o meno esplicitamente manifestato un disagio verso tale configurazione e

166. Cfr. C. Corsi *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero*, cit., p. 60 che osserva con riferimento alle fattispecie tassative di espulsione come tale previsione possa portare ad una omogeneizzazione di trattamento di casi che possono avere valenze anche assai differenti, «... e la mancanza di spazi di discrezionalità non è più funzionale ad un sistema di accoglienza coerente e non rappresenta neppure più una garanzia per i soggetti, ma diviene una corazza che tiene forzatamente unite ipotesi differenti».

167. Come osserva M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 25, il giudice amministrativo attraverso il riespandersi della discrezionalità amministrativa, cede il passo ad una nozione di legalità sostanziale, tesa ad assicurare i diritti fondamentali del singolo straniero.

168. La giurisprudenza costituzionale inizia a riconoscere nell'attività amministrativa in tema di immigrazione l'esigenza di un approccio caso per caso, incompatibile con una dimensione vincolata del potere, cfr. Corte cost. n. 202/2013.

169. La giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa è orientata a non ammettere l'applicabilità dell'esimente legata alla natura vincolata del provvedimento in base all'art. 21-*octies*, co. 2, come deroga al contraddittorio procedimentale esigendo, invece, uno scrutinio più approfondito dall'amministrazione, molto vicino ad un apprezzamento di tipo discrezionale. Cfr. par. 7.

dimostrato un *favor* per un approccio caso per caso, incompatibile con una dimensione vincolata del potere.

È evidente che nei procedimenti in materia di immigrazione si avverte, in maggior misura rispetto ad altri settori, l'esigenza di modulare più accuratamente l'azione amministrativa in relazione alla realtà concreta nella quale è chiamata a produrre effetti giuridici. Più correttamente, dunque, l'esercizio del potere amministrativo quando coinvolge le posizioni soggettive degli amministrati-stranieri dovrebbe essere liberato da vincoli stabiliti a monte dal legislatore che impediscono un trattamento personalizzato[170] e affidato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione che è garanzia di più accurata ponderazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi dei destinatari della decisione.

Il riscontrato ridimensionamento di meccanismi vincolati di esercizio del potere nelle decisioni amministrative che incidono sulle posizioni giuridiche degli stranieri, a favore di una valutazione che tenga conto della sussistenza, consistenza, o lesione di tali posizioni apre lo spazio verso l'adozione di modalità decisionali più flessibili che consentono una decisione amministrativa più sartoriale, "su misura", invece che affidata a formule standardizzate, confezionate in serie sulla base di parametri rigidi che ingessano il risultato finale.

In questa opera di bilanciamento tra interesse pubblico al controllo del territorio e situazioni giuridiche soggettive dei migranti, la partecipazione dello straniero riacquista legittimamente la sua centralità: il suo rafforzamento si pone come indispensabile per consentire all'amministrazione di calibrare al meglio la propria decisione, proprio con riferimento a provvedimenti, come quelli in discorso, destinati a soggetti che si trovano in una condizione di indubbia soggezione nei confronti del potere amministrativo e sono per questo maggiormente vulnerabili.

L'opzione verso una modalità "su misura" di esercizio del potere, si potrebbe porre come una modalità più adeguata con riferimento alle decisioni che coinvolgono gli stranieri, laddove consentirebbe di "cucire" il provvedimento in base alla situazione concreta del destinatario e si configurerebbe come una valida soluzione in termini sia di completezza dell'istruttoria, grazie al non più eludibile contributo partecipativo del privato,

170. Non condivisibile l'orientamento della Corte costituzionale che individua invece nel modulo vincolato dell'esercizio del potere un freno al possibile arbitrio dell'amministrazione, in nome del principio di legalità Ci si riferisce alla motivazione adoperata dalla Corte per giustificare gli automatismi che caratterizzano taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno e dell'espulsione ritenuti «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa». Corte cost., sent. 21.5.2008, n. 148, punto 5; Corte cost., ord. 3.5.2002, n. 146.

sia in termini di effetto deflattivo sul contenzioso a fronte della prevedibile riduzione dei margini di errore.

Alla luce di questa lettura, la tutela delle garanzie partecipative dei soggetti stranieri, la cui rilevanza è emersa dall'analisi giurisprudenziale, orientata ad opporsi ai comportamenti pretestuosi delle amministrazioni tesi a depotenziarne la portata, ne esce rafforzata. La deroga al contraddittorio procedimentale, legata alla natura vincolata del provvedimento in base all'art. 21-*octies*, co. 2, diventerebbe non più invocabile dalle amministrazioni in sede giurisdizionale per giustificare la compressione degli oneri di comunicazione, laddove la partecipazione, come condizione elettiva di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità, potrà essere esclusa solo laddove l'amministrazione riesca a fornire la difficile dimostrazione della sostanziale ininfluenza o inutilità, ai fini della decisione finale, della partecipazione dello straniero.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

LA CREDIBILITÀ DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE INTERNAZIONALE TRA CULTURA DEL SOSPETTO, INTUIZIONI E DILEMMI ETICI. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DA UN'INDAGINE SULLE PRASSI OPERATIVE DELLE COMMISSIONI TERRITORIALI

di Fabio Quassoli e Cristina Uboldi

Abstract: *La procedura italiana di richiesta di protezione internazionale prevede che il richiedente venga intervistato da una specifica Commissione territoriale, che ha il compito di esaminare la fondatezza della richiesta d'asilo. Oggetto del nostro articolo è proprio il modus operandi delle Commissioni territoriali. Più precisamente, ci concentreremo sui criteri che informano il processo decisionale, sui saperi e sulle competenze che vengono mobilitate da coloro che ne fanno parte, sulle strategie adottate dai commissari per discernere le singole istanze e sui dilemmi etici che accompagnano l'esercizio delle loro funzioni. Ci basiamo su una ricerca condotta tra il 2012 e il 2014 nel corso della quale abbiamo intervistato 13 componenti di cinque Commissioni territoriali, 6 avvocati specializzati nell'assistenza ai richiedenti asilo, 4 operatori sociali e 9 richiedenti asilo. Come vedremo, nell'attività quotidianamente svolta dalle Commissioni si gioca una partita fondamentale nel governo dei processi migratori e si evidenzia la profonda tensione tra il rispetto del diritto d'asilo e il sospetto sempre più diffuso nei confronti dei richiedenti protezione internazionale.*

Abstract: *The Italian procedure to apply for international protection requires that the applicant is interviewed by a competent territorial commission which has the task of evaluating the validity of the asylum application. Our article analyses the modus operandi of the territorial commissions. More precisely, we will focus on the criteria that inform the decision-making process, on the knowledge and skills that are mobilized by those who are part of it, on the strategies adopted by the commissioners to discern the individual requests and on the ethical dilemmas that accompany the exercise of their functions. We draw on a research conducted between 2012 and 2014 during which we interviewed 13 members of five territorial commissions, 6 lawyers specialized in assisting asylum seekers, 4 social workers and 9 asylum seekers. As we will see, in the daily activity carried out by the committees a fundamental game is played in the management of migratory processes and the tension between the respect of the right of asylum and the increasingly widespread suspicion towards applicants for international protection is highlighted.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA CREDIBILITÀ DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE INTERNAZIONALE TRA CULTURA DEL SOSPETTO, INTUIZIONI E DILEMMI ETICI. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DA UN'INDAGINE SULLE PRASSI OPERATIVE DELLE COMMISSIONI TERRITORIALI

di Fabio Quassoli* e Cristina Uboldi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Caratteristiche e paradossi del regime europeo dell'asilo. – 3. La protezione internazionale nell'operare quotidiano delle Commissioni territoriali. – 3.1. Al vaglio della Commissione: documenti e dinamiche di categorizzazione. – 3.2. Incoerenze, contraddizioni ed omissioni. – 3.3. Credibilità, intuizione ed esperienza. – 3.4. Dilemmi etici dei commissari: dubbi e certezze. – 3.5. Rifugiati puri e meno puri. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dopo una pausa di circa cinque anni – dal 2011 alla fine del 2015 – in cui i temi salienti del dibattito politico in Italia hanno riguardato le cause e le conseguenze della – assieme ai possibili rimedi alla – crisi economico-finanziaria che ha colpito le economie della zona euro, l'immigrazione è stabilmente al centro delle preoccupazioni, se non degli italiani, almeno dei politici che li rappresentano. Rispetto agli anni Novanta e agli anni Dieci del Duemila, la declinazione più frequente con cui tale questione è stata posta nel dibattito pubblico ha riguardato la gestione dei flussi di potenziali richiedenti protezione internazionale che dalle coste libiche cercano di raggiungere l'Europa.

Non è la prima volta che le cosiddette "crisi umanitarie" giungono a monopolizzare l'attenzione di politici e media italiani: basti ricordare l'esodo dall'Albania nel 1991 e nel 1996[1], la gestione scomposta di IDP e sfollati a seguito della guerra in Ex-Jugoslavia[2], o l'Emergenza Nordafrica, tra il 2011 e il 2012[3]. È però con il 2016 che il "problema" dei richiedenti asilo si è imposto prepotentemente nel dibattito pubblico: in un primo tempo, a seguito della crisi europea dei rifugiati che ha messo a nudo alcune caratteristiche

* Prof. Associato, Università di Milano-Bicocca.

** Collaboratrice di ricerca, Università di Milano-Bicocca.

1. A. Dal Lago, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

2. C. Hein, *Rifugiati. Vent'anni del diritto d'asilo in Italia*, Roma, Donzelli editore, 2010.

3. C. Marchetti, *Rifugiati e migranti forzati in Italia. Il pendolo tra emergenza e sistema*, in *REMHU. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, n. 43. 2014, pp. 53-70.

costitutive e paradossali del regime europeo dell'asilo[4]; in un secondo tempo e con un'intensità crescente, quando, nella primavera del 2017, a seguito della chiusura della rotta balcanica e dell'acuirsi della guerra civile in Libia, la questione centrale è tornata a essere la controversa gestione della frontiera mediterranea[5].

Questa sorta di fibrillazione del discorso politico-mediatico ha spianato la strada, nel novembre 2018, all'approvazione del primo decreto sicurezza (d.l. n. 133/2018, poi legge 132/2018), con il quale è stata abrogata la forma più debole di protezione prevista dall'ordinamento italiano – la protezione umanitaria – ed è stato smantellato il sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) che, secondo molto osservatori, costituiva il pezzo più importante, innovativo ed efficiente del sistema di accoglienza nel nostro Paese[6].

Qualche mese prima dell'approvazione del decreto, il ministro dell'interno aveva fatto emanare una circolare ministeriale con la quale, tramite i prefetti, esortava le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale a valutare con «assoluto rigore e scrupolosità» le domande, in costante aumento, di asilo al fine di garantire «la salvaguardia degli interessi primari della collettività oltre che dei diritti dei richiedenti». Nella circolare, inoltre, si soffermava su un uso eccessivo della protezione umanitaria che avrebbe «legittimato la presenza sul territorio nazionale di richiedenti asilo non aventi i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale»[7].

Per la prima volta nella storia dell'applicazione del diritto di asilo in Italia si è dunque determinata una frizione tra il Ministero dell'interno e gli organismi indipendenti che dovrebbero dare applicazione alle normative internazionali, sottoscritte anche dall'Italia, sull'asilo.

Oggetto del nostro articolo è proprio il *modus operandi* delle Commissioni territoriali. Più precisamente, ci concentreremo sui criteri che informano il processo decisionale, sui saperi e sulle competenze che vengono mobilitate da coloro che ne fanno parte, sulle strategie adottate dai commissari per discernere le singole istanze e sui dilemmi etici che accompagnano l'esercizio delle loro funzioni[8].

4. Ci riferiamo a quanto accaduto all'inizio del 2016, quando alcune centinaia di migliaia di persone, dopo aver attraversato il confine tra la Turchia e la Grecia, si sono dirette verso l'Europa del Nord, lungo la cosiddetta "Balkan Route", alla ricerca di protezione internazionale. Per una accurata ricostruzione si veda Guild et al. 2016.

5. M. Maneri, F. Quassoli, *Humanity and security under siege. European discursive politics on immigration and asylum*, in *DIJALOG*, n. 1-2.2016, pp. 69-81.

6. C. Hein, *op. cit.*; M. Calloni, S. Marras, G. Serughetti, *Chiedo asilo. Essere rifugiato in Italia*, Milano, Egea, 2012.

7. Cfr. Il Sole 24 Ore, 5 luglio 2018. https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-07-04/migranti-arriva-direttiva-salvini-stretta-protezione-umanitaria-220201.shtml?uuid=AE1nrEHF.

8. C. Kobelinsky, *Sont-ils des vrais réfugiés? Les tensions morales dans la gestion de l'asile*, in *Économies morales contemporaine*, a cura di D. Fassin, J.S. Eideliman, Paris, La Découverte, 2012.

Ci basiamo su una ricerca condotta tra il 2012 e il 2014 nel corso della quale abbiamo intervistato 13 componenti di cinque Commissioni territoriali, 6 avvocati specializzati nell'assistenza ai richiedenti asilo, 4 operatori sociali e 9 richiedenti asilo[9]. Abbiamo intervistato i membri delle Commissioni di Milano, Gorizia, Roma e Bari, come casi particolarmente significativi in virtù della loro peculiare posizione geografica, e quelli della Commissione nazionale di Roma, in considerazione del ruolo e della funzione specifica che quest'ultima è chiamata a svolgere[10].

2. Caratteristiche e paradossi del regime europeo dell'asilo

Prima di entrare nel merito della nostra analisi è utile richiamare alcuni aspetti di fondo che si sono consolidati nell'arco di almeno tre decenni nella governance europea delle migrazioni. Come aveva mostrato a metà degli anni novanta Fabienne Brion[11], fin dai primi incontri interministeriali che hanno gettato le basi per la creazione dello spazio Schengen era stato istituito un nesso chiaro e stringente tra le priorità a livello europeo relative al controllo delle migrazioni internazionali (incluse quelle riguardanti il riconoscimento del diritto di asilo) e i dispositivi polizieschi e di intelligence che avrebbero dovuto rafforzare la lotta alle organizzazioni criminali transnazionali[12]. Il rafforzamento della sicurezza mediante l'intensificazione dei controlli sui confini esterni, la cui migliore esemplificazione era rappresentata dal Schengen Information System, è stato, infatti, da subito, considerato come il corollario necessario dell'abolizione delle frontiere al fine di contrastare una riorganizzazione su scala transnazionale delle organizzazioni criminali e del terrorismo[13].

9. Le interviste sono state effettuate alcuni anni prima che la gestione delle domande di asilo tornasse al centro del dibattito politico e grazie ad esse è stato possibile vedere come le Commissioni operassero in un momento di relativa "calma politico-mediatica".

10. La Commissione nazionale per il diritto d'asilo, svolge una funzione di orientamento, coordinamento e formazione dei membri delle Commissioni territoriali, si occupa direttamente dei casi di cessazione e revoca dello *status*. A causa della forte riluttanza mostrata dalle Commissioni, è stato possibile effettuare soltanto 13 interviste. Nella selezione dei soggetti da intervistare abbiamo tenuto conto dei diversi enti che costituivano le Commissioni (Prefettura, Polizia, Anci, Unhcr) in modo che fossero tutti rappresentati (4 interviste a rappresentanti della Prefettura, 5 dell'Anci, 2 della polizia e 2 componenti dell'Unhcr).

11. F. Brion, *Les Menaces d'une Forteresse: Citoyenneté, Crime et Discrimination Dans La Construction de l'Union Européenne*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. Tulkens, H.D. Bosly, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 253-286.

12. D. Bigo, *Enjeux Du Troisième Pilier Du Traité Sur l'Union Européenne*, in *Politique Étrangère*, n. 1.1996, pp. 125-138.

13. J. Huysmans, *The European union and the securitization of migration*, in *Journal of common market studies*, vol. 38, n. 5.2000, pp. 751-777.

I lavori di Huysmans[14], Bigo e Guild[15], Mountz[16] e Andersson[17] hanno illustrato come, nel corso degli ultimi tre decenni, l'Unione europea abbia predisposto un sofisticato e capillare sistema di controlli delle frontiere esterne [18] , che ha trovato una sistematizzazione, in anni recenti, tramite la definizione dell'Agenda Europea per l'Immigrazione (EAM), in cui si sottolinea l'importanza di: 1) affrontare le cause profonde degli spostamenti forzati e irregolari nei Paesi terzi; 2) rafforzare la gestione del controllo delle frontiere dell'UE grazie alle operazioni coordinate da Frontex ed Europol e volte a combattere contrabbandieri e trafficanti di esseri umani; 3) sostenere «i progetti di rientro nel Paese d'origine dei migranti irregolari o di coloro le cui domande di asilo siano state rifiutate»; 4) salvare vite umane assicurando, al contempo, una crescente militarizzazione del controllo delle frontiere esterne[19].

A fronte di una sempre più complessa articolazione di apparati di prevenzione della mobilità, che fa pensare a una vera e propria tecnologia politica della governamentalità[20], i confini dell'Unione europea si sono, tuttavia, rivelati abbastanza porosi: più che a una rigida esclusione dei migranti, infatti, la panoplia di dispositivi di controllo approntati negli ultimi due decenni sembra aver promosso una "inclusione differenziale", tramite la produzione di una molteplicità di categorie normative (asilo, protezione umanitaria, protezione sussidiaria, soggiorno economico, irregolarità, clandestinità), cui corrispondono traiettorie esistenziali differenziate[21] e una serie di *status* giuridici che funzionano come veri e propri confini mobili (portatili) in grado di generare forme cristallizzate di inclusione/esclusione[22].

Parallelamente a questa trasformazione, ha avuto luogo un cambiamento radicale nella definizione del richiedente asilo, che viene rappresentato non più come un dissidente politico proveniente da un Paese autoritario che rischia di essere perseguitato,

14. Id, *op. cit*.

15. D. Bigo, E. Guild E., *Controlling frontiers: Free movement into and within Europe*, Aldershot and Burlington, Ashgate, 2005.

16. A. Mountz, *Seeking Asylum: Human Smuggling and Bureaucracy at the Border*, Minneapolis, University Of Minnesota Press, 2010.

17. R. Andersson, *Illegality, Inc.: Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe*, Oakland, University of California Press, 2014.

18. M. Maneri, F. Quassoli, *op. cit.*

19. R. Zaiotti, *Cultures of Border Control: Schengen and the Evolution of Europe's Frontiers*, Chicago, Chicago University Press, 2011.

20. D. Bigo, *Sicurezza e immigrazione. Il governo della paura*, in *I confini della globalizzazione. Lavoro, culture, cittadinanza*, a cura di S. Mezzadra, A. Petrillo, Roma, Manifestolibri, 2000.

21. N. De Genova, N. Peutz, *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duhram, Duke University Press, 2010.

22. F. Rahola, *La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti globali*, 4.2007, pp. 17-31.

imprigionato e torturato per la sua attività politica, ma come un migrante proveniente da un Paese povero/sottosviluppato e che fugge da regimi autoritari, guerre o catastrofi ambientali. La distinzione tra migranti economici e richiedenti asilo tende, di conseguenza, a evaporare, poiché entrambe le figure vengono sempre più percepite come parte di una popolazione eccedente che minaccia la stabilità dei paesi occidentali[23]. Il tema dell'asilo, inoltre, si inserisce in un "campo semantico e pragmatico" definito, da un lato, dalla disperazione, dall'afflizione e dal rischio estremo che caratterizzano coloro che fuggono dalla fame, dalla guerra, dalla violenza di regimi dispotici e criminali e, dall'altro lato, dall'idea che il sistema di accoglienza non possa reggere a tale urto e che i diritti di cittadinanza e le forme consolidate di protezione sociale debbano essere considerate un privilegio esclusivo di coloro che, in quanto cittadini di uno stato sovrano, già ne beneficiano[24]. È in questo frame che prende forma e si sostanzia la preoccupazione relativa all'identificazione del "vero rifugiato", sempre più difficilmente riconoscibile e avvolto da una peculiare opacità.

3. La protezione internazionale nell'operare quotidiano delle Commissioni territoriali

Un contesto nevralgico per l'analisi della politica dell'asilo, in cui si sostanzia una parte non piccola dell'odierno "governo" dei processi migratori[25] e in cui si può cogliere uno snodo fondamentale del *border regime*[26], è costituito dalle commissioni che nei vari stati dell'Unione sono incaricate di valutare le domande di protezione internazionale.

Nel caso italiano, le Commissioni sono attualmente presiedute da un funzionario prefettizio e composte da funzionari amministrativi e da un membro dell'Unhcr[27]. Di norma, le interviste ai richiedenti asilo sono condotte dai singoli componenti della Commissione con l'ausilio di un interprete, mentre le decisioni vengono adottate

23. R. Zetter, *More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 20, n. 2.2007, pp. 172-192.

24. F. Vacchiano, *Discipline della scarsità e del sospetto: rifugiati e accoglienza nel regime di frontiera*, in *Lares*, vol. LXXVII, n. 1.2011, pp. 181-198.

25. A. Mountz, *Human Smuggling, the Transnational Imaginary, and Everyday Geographies of the Nation-State*, in *Antipode*, vol. 35, n. 3.2003, pp. 131-165; C. Hoag, *The Magic of the Populace: An Ethnography of Illegibility in the South African Immigration Bureaucracy*, in *Polar. Political and Legal Anthropology Review*, vol. 33, n. 1.2010, pp. 6-25; D. Fassin, *Policing Borders, Producing Boundaries. The Governmentality of Immigration in Dark Times*, in *Annual Review of Anthropology*, n. 40.2011, pp. 213-226.

26. V. Tsianos, S. Karakayali, *Transnational Migration and the Emergence of the European Border Regime: An Ethnographic Analysis*, in *European Journal of Social Theory*, vol. 13, n. 3.2010, pp. 373-387.

27. Al momento della ricerca e sino al 2017 la composizione della Commissione territoriale era leggermente differente; essa era presieduta da un rappresentante della Prefettura e composta da un componente designato dall'Unhcr (Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati); uno dall'Anci e da un membro della Polizia.

collegialmente nel corso di una riunione nella quale i singoli commissari presentano i casi che hanno analizzato proponendo una decisione[28].

Nei prossimi paragrafi, vedremo, come nell'attività quotidianamente svolta dalle Commissioni si giochi una partita fondamentale nel governo dei processi migratori e si evidenzi la tensione tra il rispetto del diritto d'asilo e il sospetto sempre più diffuso nei confronti dei richiedenti protezione internazionale[29]. Ci focalizzeremo sui i criteri concretamente impiegati nello *screening* quotidiano tra "veri" e "falsi" rifugiati e sui "vocabolari di motivi" a cui i commissari ricorrono per rendere conto del loro operato[30], in quello che si configura come un «lavoro permanente di produzione, appropriazione e reinterpretazione del diritto»[31].

3.1. Al vaglio della Commissione: documenti e dinamiche di categorizzazione

Varie ricerche hanno evidenziato come la valutazione delle richieste di protezione internazionale avvenga in un contesto caratterizzato da una forte incertezza, dove le informazioni di cui dispongono i commissari sono estremamente limitate, lacunose e carenti[32]. In tale prospettiva, i documenti che accompagnano e sostanziano una domanda d'asilo possono configurarsi come una risorsa tanto preziosa quanto rara; nella maggioranza dei casi si tratta di una documentazione estremamente varia che include certificati di nascita, tessere di partito, ritagli di quotidiani, denunce, sentenze di tribunale, ecc.

I commissari da noi intervistati, in prima battuta, sottolineano l'importanza di tale documentazione, in quanto elemento cruciale che può contribuire a suffragare la credibilità

28. Gli esiti possibili, nel momento in cui abbiamo effettuato le interviste, erano quattro: il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che si traduce in un permesso di soggiorno di cinque anni il cui rinnovo è *pro forma*, e che di fatto riconosce diritti analoghi a quelli di un qualunque cittadino italiano; il riconoscimento della protezione sussidiaria, che dà luogo al rilascio di un permesso di cinque anni, revocabile nel caso in cui la situazione nel Paese di provenienza subisca un miglioramento; la concessione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari della durata di due anni (possibilità abrogata dal d.l. n. 133/2018, poi legge 132/2918); diniego di qualunque forma di protezione.

29. A. Mountz, *Human Smuggling, the Transnational Imaginary, and Everyday Geographies of the Nation-State*, cit.; G. Noiriel, *Réfugiés et sans-papiers: La République face au droit d'asile XIXe XXe siècle*, Paris, Hachette, 2006; C. Hoag, *op. cit.*; J. Probst, *Entre faits et fiction: l'instruction de la demande d'asile en Allemagne et en France*, in *Cultures & Conflits*, n. 84.2011, pp. 63-80; D. Fassin, *The Precarious Truth of Asylum*, in *Public Culture*, vol. 25, n. 1.2013, pp. 39-63.

30. O. Jubany, *Constructing truths in a culture of disbelief: Understanding asylum screening from within*, in *International Sociology*, vol. 26, n. 1.2011, p. 75.

31. A. Spire, *Histoire et ethnographie d'un sens pratique: le travail bureaucratique des agents du contrôle de l'immigration*, in: *Observer le travail*, a cura di A. M. Arborio, Y. Cohen, P. Furnier, Paris: La Découverte, 2008, p. 69.

32. A. Good, *Anthropologists as Experts: Asylum Appeals in British Courts*, in *Anthropology Today*, vol. 19, n. 5.2003, p.4; M. Manocchi, *Richiedenti asilo e rifugiati politici. Percorsi di ricostruzione identitaria: il caso torinese*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

del richiedente e della sua narrazione, e dunque come fondamento della decisione che sono chiamati a prendere:

> Chiaramente, a fondamento diciamo di tutte le nostre decisioni ci sono innanzitutto i documenti che provengono o informazioni che provengono dai Paesi d'origine, innanzitutto; dopodiché si valuta, si deve fare una valutazione della credibilità della persona, di quello che ci racconta, se è comprovata, se i fatti che ci raccontano sono comprovati da documentazioni. (Commissario, Ente locale, 1)

L'esistenza di una documentazione a sostegno del racconto, tuttavia, non costituisce un elemento risolutivo poiché il sospetto che ci si trovi di fronte a documenti falsi o poco attendibili emerge continuamente:

> Però se lei mi parla di autenticità, di genuinità io a quel punto le dico (ride) per me quella è documentazione che va presa proprio col beneficio dell'inventario insomma, detto chiaramente. (Commissario, Polizia, 1)

> E poi la documentazione [...] è nel 90 per cento dei casi falsa. Documentazione falsa sì, [...] e quindi, ripeto, l'attendibilità, la genuinità della documentazione prodotta, che sulla scorta della nostra esperienza nel 90 per cento dei casi è falsa. (Commissario, Prefettura, 3)

Una diffidenza minore, e un conseguente maggior potere probante, riguarda un particolare tipo di documentazione, che spesso accompagna le richieste di protezione internazionale, ossia i certificati medici attestanti gli esiti di traumi e violenze subite dal richiedente. A fronte del crescente scetticismo con cui le autorità statali guardano alle narrazioni dei richiedenti asilo, i certificati medici sono divenuti, come hanno affermato Fassin e d'Halluin, «la migliore delle prove»[33]: cicatrici, amputazioni, lesioni permanenti, in quanto verità biologica iscritta nel corpo[34], costituiscono delle "prove" in grado di donare oggettività ad un racconto, quello del richiedente, altrimenti avvolto da una forte incertezza. Dalle nostre interviste, tuttavia, emerge comunque una riserva di fondo anche in merito alla veridicità di tali certificazioni: alcuni commissari, infatti, ne parlano più come di una prova, da richiedere in un secondo momento, in grado di rivelare la falsità

33. D. Fassin, E. D'Halluin, *The Truth from the Body: Medical Certificates a Ultimate Evidence for Asylum Seekers*, in *American anthropologist*, vol. 107, n.4.2005, pp. 333-344.

34. D. Fassin, *Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procedures de regularization des étrangers*, in *Sciences sociales et santé*, vol. 19, n. 4.2001, pp. 5-34.

delle affermazioni del richiedente, suggerendo così la pervasività di quella che è stata definita come "cultura del sospetto"[35]:

> Quindi verificare se ciò che dichiara la persona è compatibile con la tipologia di ferita di cui è rimasta traccia sul corpo. Una persona può dire: io questa ferita l'ho ricevuta perché sono stata bastonata con un bastone fatto in un certo modo e quindi si verifica se la cosa può essere compatibile, poi magari gli è caduto un tronco sulla gamba. (Commissario, Ente locale, 2)

> Anche in questo caso, in questo campo ci sono le falsificazioni perché non dobbiamo negarci che quel che accade qui è molto noto nel campo dei trafficanti, degli scafisti, eccetera. E quindi sono già loro che danno le indicazioni alle persone di dichiararsi minori. (Commissario, Prefettura, 3)

Il sospetto diffuso circa l'attendibilità della documentazione presentata si rafforza in relazione ad alcune caratteristiche specifiche del richiedente, rivelando così l'esistenza di dispositivi condivisi di categorizzazione che orientano preliminarmente l'atteggiamento dei commissari.

Un primo elemento di questo sistema è costituito dall'appartenenza nazionale che, come sottolinea Noiriel, rappresenta da sempre un elemento decisivo nel lavoro giuridico-burocratico di classificazione e trattamento dei cittadini stranieri da parte delle istituzioni dello stato[36]. Dalle parole dei commissari, infatti, emerge una forte correlazione tra nazionalità e presunta fondatezza della domanda di asilo. I richiedenti asilo provenienti dal Pakistan e dall'Afghanistan, ad esempio, sono ritenuti essere in possesso di una documentazione ricca, ma poco pertinente e spesso contraffatta:

> Non tutta la documentazione presentata è autentica solitamente riscontriamo che, questo gliel'avranno già detto gli altri compagni, a seconda della nazionalità c'è una facilità maggiore o minore a procurarsi dei documenti o a viaggiare diciamo già con dei documenti dal Paese di origine [...] i pakistani molta documentazione, a volte talmente tanta che la maggior parte è indifferente o comunque valutabile fino ad un certo punto e solitamente invece gli afghani tendo a viaggiare con o a procurarsi documenti che attestino l'esatta

35. O. Jubany, *op. cit.*; J. Probst, *op. cit.*; V. Robinson, *Cultures of Ignorance, Disbelief and Denial: Refugees in Wales*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 12, n. 1.1999, pp. 78-87; A. Spire, *op. cit.*; C. Hoag, *op. cit.*; M. Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2017; B. Sorgoni, *The Location of Truth: Bodies and Voices in the Italian Asylum Procedure*, in *Polar. Political and Legal Anthropology Review*, vol. 42, n. 1.2019, pp. 161-176.

36. G. Noiriel, *op. cit.*, p. 193.

> provenienza dall'Afghanistan certificati di nascita, certificazione di nascita, questo è più degli afghani e magari di alcuni afghani. (Commissario, Ente locale, 3)

> Dipende molto spesso anche dalle nazionalità ad esempio ci sono pakistani che arrivano con cartelle piene di documentazione: dalle fotografie che ritraggono, non so, delle manifestazioni di piazza piuttosto che articoli di giornale oppure, ancora, le dichiarazioni di fantomatici partiti a cui dichiarano di appartenere, in cui l'esponente del partito scrive a chi di competenza che questa persona è perseguitata che è scappata per quest'altro motivo. Questi documenti sono palesemente o anche falsi articoli di giornale o anche giornali dove è indicato nell'articolo, ma si vede poi palesemente che l'articolo è falso. (Commissario, Ente locale, 2)

Inoltre, coloro che dichiarano di provenire da Paesi in cui siano in corso particolari eventi bellici e conflitti possono talvolta essere guardati – paradossalmente – con maggior sospetto, poiché vi è la possibilità che mentano addirittura sulla propria provenienza nazionale:

> per esempio per il Mali in considerazione della guerra che c'è stata gli ultimi 15 giorni scorsi, [...] la Commissione nazionale ha disposto che venga concessa la protezione sussidiaria a tutti i richiedenti di origine maliana, sempre che ne sia accertata l'effettiva provenienza, infatti, le dico una cosa: stiamo assistendo a cambi di nazionalità a seguito di questo provvedimento avevamo tante persone che in una certa epoca si erano dichiarati della Costa d'Avorio perché in quel periodo in Costa d'Avorio c'era una situazione difficile [...] e alle quali era stato negato oggi vengono a dire no vi avevo mentito io sono del Mali perché oggi il Mali ha provvedimenti più favorevoli. (Commissario, Prefettura, 3)

L'aver presentato prima della domanda di asilo una richiesta di regolarizzazione in occasione di una sanatoria è un elemento che, assieme alla nazionalità, può rafforzare la convinzione che ci si ritrovi di fronte ai «classici migranti economici»:

> In questo momento specifico momento tantissimi hanno fatto la rinuncia perché hanno fatto la sanatoria quindi ora sono quasi tutte persone che hanno il riconoscimento perché il bengalese, classico migrante economico, o il kosovaro fa la sanatoria. (Commissario Prefettura, 1)

In questi casi, nazionalità e domanda di sanatoria pregressa si confermano a vicenda e minano alla radice la credibilità del richiedente e la veridicità della sua narrazione.

In una prospettiva analoga si collocano le riflessioni di un'altra intervistata che stabilisce un nesso diretto tra la strumentalità della domanda e la presentazione tardiva della stessa, magari dopo essere stati oggetto di un controllo di polizia:

> Molto spesso la questione che si evidenzia è una questione molto legata a problemi economici quindi si va via per problemi economici, si rimane su un territorio, in Europa o sul territorio italiano, per diverso tempo e poi perché fermati dalla polizia, piuttosto che per altri motivi, si presenta la domanda d'asilo. (Commissario, Ente locale, 2)

Per contro, e in accordo con quanto osservato da Jubany[37], un livello d'istruzione elevato sembra giocare a favore della credibilità del richiedente: i commissari, infatti, lo associano generalmente a una maggiore probabilità che il richiedente abbia svolto attività politica e, di conseguenza, ad una maggiore fondatezza della richiesta d'asilo:

> Lì dipende, anche dalla tipologia delle persone, ovviamente, più le persone sono istruite sono in grado anche di, come dire, di parlare e, come dire, di raccontarla la loro storia, di presentarsi e di dare dei riferimenti spazio temporali relativamente precisi. (Commissario, Ente locale, 2)

> Il rifugiato dal punto di vista politico, il livello d'istruzione è molto alto: quanto più una persona è istruita, consapevole e aperta diciamo, non solo col mondo nazionale ma internazionale, tanto più è facile che nel Paese di origine abbia delle difficoltà dovute invece a regimi, imposizioni di pensiero unico, a partiti unici diciamo che sono al potere diciamo. (Commissario, Ente locale, 3)

Un richiedente in possesso di un basso titolo di studio, invece, viene più facilmente associato ad una migrazione riconducibile a motivi squisitamente economici, e dunque ad una richiesta di protezione non fondata:

> Cosa vuole che le dica, se prendiamo uno che viene dalla miseria o dal Sudan o che so io, dal Mali il livello d'istruzione generalmente molto basso, classe sociale molto bassa e anche sono poveri e vengono via in gran parte per motivi di lavoro. (Commissario, Ente locale, 2)

Anche il genere, infine, sembra influenzare significativamente l'orientamento dei commissari. Nelle loro parole, infatti, ritorna costantemente l'immagine della richiedente donna con figli, a cui accordare un permesso per motivi umanitari, in quanto figura

37. O. Jubany, *op. cit.*, p. 82.

dipendente, apolitica e confinata a un ruolo di accudimento[38]: una raffigurazione in ultima analisi depoliticizzata[39] della donna richiedente asilo come vittima indifesa, di cui si sottolinea la vulnerabilità:

> Non so una donna sola con un bambino che è stata assente per anni dal suo Paese, non ha una rete parentale, allora si ritiene, per esempio, in questo caso che prevalgano motivi appunto, così, umanitari. (Commissario, Prefettura, 2)

> Le donne che erano incinte, o che avevano partorito, è stato preso questo, diciamo, questa decisione di riconoscere comunque una protezione umanitaria, ecco, quindi questo è un po' il caso. (Commissario, Ente locale, 2)

Al contrario, il fatto stesso che il richiedente sia un uomo fa sorgere il sospetto che ci si trovi di fronte a un migrante irregolare, spinto da motivazioni esclusivamente economiche:

> Dunque anagrafiche: un'età media tra i venti, trent'anni, fascia media, venti trent'anni; livello culturale: medio basso, con famiglia alle spalle, sicuramente tutti con famiglia alle spalle rimasta nel Paese e con difficoltà economiche quindi con la speranza di poter riuscire a trovare un lavoro che, per quanto possa essere sottopagato in Italia, comunque nel cambio costituisce una buona fonte di reddito per il Paese d'origine. (Commissario, Prefettura, 3)

> Adesso tendenzialmente maschile e relativamente giovane perché è chiaro che si tende poi a fare uscire soprattutto dai Paesi asiatici forze giovani che comunque possano lavorare e poi mantenere [...] quindi è maschio ed è giovane. (Commissario, Prefettura, 1)

Emerge, dunque, una rappresentazione sostanzialmente dicotomica che vede, da un lato, una donna richiedente asilo per motivi umanitari, di cui viene messa in luce la vulnerabilità, e, dall'altro lato, richiedenti asilo maschi che, avendo presumibilmente calcolato i vantaggi relativi del presentare domanda di asilo, vanno considerati come "falsi rifugiati"[40].

38. P. Mascini, M. Van Bochove, *Gender Stereotyping in the Dutch Asylum Procedure: Independent Men versus Dependent Women*, in *International Migration Review*, vol. 43, n. 1.2009, pp. 112-133.

39. J. Freedman, *Mainstreaming gender in refugee protection*, in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 23, n. 4.2010, pp. 589- 607.

40. P. Mascini, M. Van Bochove, *op. cit.*, p. 122.

Al di là dell'effetto che i vari dispositivi di categorizzazione possono esercitare, le nostre interviste evidenziano un approccio alla valutazione delle domande che procede, almeno in parte, per semplificazioni e generalizzazioni, grazie alle quali i commissari riescono a convincersi dell'esistenza di criteri oggettivi per distinguere le richieste ammissibili da quelle prive di fondamento[41].

3.2. Incoerenze, contraddizioni ed omissioni

A fronte della «miseria della prova scritta» di cui ha parlato Noiriel[42] e della messa in campo di dispositivi di categorizzazione che aiutano a ridurre la complessità del processo decisionale, i commissari, nel momento in cui devono comunque dare una valutazione della credibilità complessiva del singolo richiedente asilo[43], si ritrovano continuamente a valutare il peso che deve essere attribuito a contraddizioni, omissioni e incoerenze che, spesso, emergono nel corso dell'audizione.

La presenza di tali elementi incide ovviamente in modo negativo sulla valutazione di una richiesta d'asilo, rischiando di minare sia la coerenza interna sia quella esterna del racconto. La prima rimanda alle dichiarazioni precedentemente rilasciate dal richiedente, la seconda si riferisce invece all'assonanza della storia con i dati relativi al contesto generale e ai singoli eventi di cui i commissari, anche sulla scorta[44] delle fonti COI, ossia i rapporti stilati da diversi enti sulle situazioni nei vari Paesi, sono a conoscenza:

> Parlare un po' del contesto più generale e poi vedere se corrisponde alle informazioni che ho. E poi posso dire: ma mi risulta che nel mese di maggio 1997 c'è stato un'incursione importante di ribelli, lei che ne dice e così cercare di capire no? Chi non c'è stato proprio. (Commissario, Unhcr, 1)

41. F. Greslier, *La Commission des Recours des Réfugiés ou l'intime conviction face au recul du droit d'asile en France*, in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 23, n. 2.2007, pp. 107-133.

42. G. Noiriel, *op. cit.*, p. 239.

43. Il d.lgs. 251/2007 che recepisce la Direttiva qualifiche 2004/83/CE afferma, infatti, esplicitamente che le dichiarazioni del richiedente per il riconoscimento di una protezione devono poter essere «ritenute coerenti e plausibili» e il richiedente stesso nel complesso debba risultare «attendibile».

44. La rilevanza delle COI è espressamente richiamata dal d.lgs. 25/2008 che recepisce la Direttiva procedure 2005/85/CE (poi modificati dalla direttiva 2013/32/UE e dal d.lgs. 142/2015) nonché dal decreto 251/2007 attuativo della Direttiva qualifiche 2004/83/CE. L'utilizzo da parte delle Commissioni dei documenti COI, redatti dalla Commissione nazionale, dall'EASO (European Asylum Support Office), dall'UNHCR e da altre organizzazioni internazionali, è risultato, tuttavia, ancora per molti versi problematico. A tal proposito si veda E. Busetto, A. Fiorini, E. Pieroni, S. Zarrella, *Le informazioni sui paesi di origine nella procedura di asilo: sempre più rilevanti, ancora poco considerate*, in questa *Rivista*, 1.2017.

> Si fa anche con un interprete: se vieni da una certa zona, sicuramente parli la lingua di quella zona e se mi dici che vieni da una certa città, devi anche indicarmi se in questa città c'è un fiume, ci sono delle vie, delle zone: che noi abbiamo i riferimenti e sappiamo. (Commissario, Ente Locale, 2)

In sintesi, nelle interviste è possibile rintracciare due posizioni. Per alcuni commissari discordanze e contraddizioni sono in grado di inficiare l'esito dell'intervista e mostrare l'infondatezza della richiesta, venendo a costituire il principale motivo di diniego.

> Se poi c'è coerenza tra quello che loro ci raccontano e quello che hanno scritto al momento della richiesta d'asilo [...] Perché se qualcuno scappa da un pericolo grave questo ci deve dev'essere riportato nella memoria, deve essere riportato a noi no? [...] non ci devono essere contraddizioni. (Commissario, Prefettura, 1)

> Ecco che questo potrebbe essere un motivo di diniego: cioè l'incredibilità e la non coerenza nelle cose. (Commissario, Ente locale, 1)

Per altri commissari, invece, le incongruenze devono essere soppesate, in considerazione della rilevanza che possono o meno avere in rapporto al cuore della domanda e/o delle cause che possono averle determinate.

Non sempre poi espongono in maniera chiara, quindi la valutazione più difficile da fare, per quanto mi riguarda, è: quanto è venuto fuori di quello che c'è di buono in una storia di cui è portatore il richiedente? (Commissario, Ente locale, 3)

> Soprattutto per le persone che non sono in grado perché traumatizzate: arrivano ad un certo punto della storia e poi c'è un buco [...] cambiano completamente discorso, piuttosto che fanno, appunto, dei salti temporali o ci sono delle incongruenze proprio molto evidenti. (Commissario, Ente locale, 2)

> Si se c'è una contraddizione si chiede perché, ma l'intervista in questura è talmente sbrigativa poi è talmente influenzata da vari fattori: dall'interprete, da consigli dati da amici, trafficanti, eccetera che alla fine spesso ha contraddizioni [...] di per sé non dovrebbe essere un motivo di diniego. (Commissario, Unhcr, 1)

Se contraddizioni e incoerenze nel racconto costituiscono, sul piano interpretativo e valutativo, un enigma, la stessa cosa accade in relazione al carattere più o meno generico e lacunoso della storia narrata. Sia le storie ben costruite e articolate sia quelle vaghe e prive di dettagli, infatti, possono insospettire i commissari:

> Però la maggior parte dei casi la storia è magari costruita a tavolino perché pensano di avere più possibilità di un rilascio di permesso. (Commissario, Ente locale, 3)

> Se poi la vicenda rappresentata come innescante la fuga è di tipo, ha l'apparenza di essere costruita. (Commissario, Unhcr, 2)

> Effettiva (con enfasi) partecipazione agli eventi perché (...) se io ho acquisito solo una notizia del fatto non sono in grado di dare indicazioni concrete se non l'ho vissuto, se non ho partecipato e quindi l'intervista a quel punto comincia ad andare, a scendere più nel dettaglio per vedere l'effettiva partecipazione del richiedente a qual fatto. (Commissario, Prefettura, 3)

> Fanno riferimento a quanto successo ad altri allo stesso gruppo etnico, successo ad altri nel senso che diciamo [...] ruba la storia tra virgolette di qualcun altro e, quindi, poi cade in contraddizione, perché non avendola vissuta lui stesso mancano dei pezzi. (Commissario, Unhcr, 1)

L'impressione, da parte dei commissari, di trovarsi di fronte a delle affermazioni non veritiere, a delle contraddizioni ripetute o a dei silenzi ostinati può tradursi in differenti reazioni. Si tratta di un aspetto che lascia intravedere una peculiare forma di «dimensione emotiva della burocrazia»[45] e che suggerisce come anche una relazione burocratica possa essere influenzata nel suo dispiegarsi da fattori eminentemente soggettivi ed estemporanei. È possibile sottolineare come l'unico tipo di coinvolgimento emotivo a cui i membri delle Commissioni hanno fatto riferimento nel corso delle interviste, paradossalmente se si considera che le storie che quotidianamente sono chiamati a valutare sono spesso intrise di sofferenza, violenza e sopraffazioni, è stato proprio quello suscitato dall'impressione di trovarsi di fronte a della documentazione falsa o a delle dichiarazioni non attendibili.

Una prima reazione è rappresentata da una sostanziale impazienza, come quella descritta da questo nostro intervistato che prende le distanze dalla tendenza dei colleghi a reagire in misura eccessiva a fronte di dichiarazioni contraddittorie o ritenute non veritiere:

> Siccome poi noi facciamo le audizioni tutte nella stessa stanza, e non è bello e secondo me non serve a molto quando capita che qualche collega perda le staffe o abbia un momento

45. M. Graham, *Emotional Bureaucracies: Emotions, Civil Servants, and Immigrants in the Swedish Welfare State*, in *Ethos*, vol. 30, n. 3.2003, pp. 199-226.

> di.., perché io ritengo sempre che non serva [...] non sempre è facile, diciamo a me è successo solo una volta però è stata memorabile. (Commissario, Ente locale, 3)

Altri commissari invece sottolineano come la conduzione di interviste in cui compaiano delle incongruenze, in cui le omissioni siano colmate con elementi a prima vista discordanti o nelle quali emergano in continuazione nuovi fatti e situazioni, finisca per suscitare una sorta di stanchezza, di «esaurimento emotivo»[46], ma anche cognitivo, nell'intervistatore:

> Entrando sempre più nella storia, la persona poi si aggroviglia e quindi, come dire, si innescano degli elementi che, appunto, inventati evidentemente che rendono poi più complicato. Si finisce un po' per arrampicarsi sui vetri e diventa difficoltosa la gestione di questo tipo di audizione: perché sono lunghissime e perché si tenta sempre di inserire degli elementi nuovi. (Commissario, Ente locale, 2)

Infine, un ultimo atteggiamento assunto dai commissari intervistati a fronte di possibili contraddizioni ed omissioni è rappresentato da una sorta di compiacimento e di soddisfazione, che deriverebbe dalla capacità di essere riusciti a far cadere in errore il richiedente. In un frame di forte diffidenza nei confronti del richiedente, la capacità di trovare delle incongruenze è percepita come una sorta di sfida, che mette alla prova le conoscenze e la capacità analitica dell'intervistatore:

> Ecco il caso di ieri sera: certificato di cittadinanza, non di nascita, il Paese del richiedente prevede che il certificato rechi l'impronta dell'indice e, allora, questo bel certificato rilasciato, data di rilascio: ottobre 2012 domanda: scusi ma se lei è entrato in Italia a giugno del 2012 come ha fatto ad apporre la sua impronta a ottobre del 2012 su questo certificato. (Commissario, Prefettura, 3)

> La scorsa settimana un richiedente dichiara: «io mi ero allontanato di giorno dalla mia abitazione ed ero andata a pesca e ad un certo punto ho sentito gli spari, degli spari provenire, provenienti dalla mia casa». Domanda: [...] Sei solito andare a pesca?» «Si sì sì». «E quanto tempo impieghi di solito per andare da casa tua al luogo dove tu?» «Un'ora di cammino a piedi». E qui, immediatamente, scatta la domanda: «in un'ora di cammino a piedi come hai fatto a sentire gli spari che venivano da casa tua?» [...] e quindi questo è uno degli aspetti che consente di valutare o meno la genuinità. (Commissario, Prefettura, 3)

46. *Ivi*, p. 211.

3.3. Credibilità, intuizione ed esperienza

Sulla scorta di queste considerazioni è possibile sottolineare la rilevanza cruciale che assume il racconto del richiedente al momento dell'intervista in Commissione, nonché la dimensione puramente soggettiva ed intuitiva, nella valutazione dello stesso da parte dei commissari[47]. Come ha affermato Jubany: «Paradossalmente, forse il criterio più potente applicato dai commissari è anche il più ambiguo: quello che gli ufficiali chiamano intuizione o sensazione»[48]. Il richiamo ad un criterio soggettivo e intuitivo è, in alcuni casi, esplicito, come quando si fa riferimento alla capacità di calarsi nella storia e di cogliere il reale «vissuto personale»:

> La realtà è che nella pratica succede un fenomeno che ho riscontrato, su cui ci siamo anche confrontati con la Commissione, quando un richiedente ha una storia autentica, genuina, chiara, che fa parte di un vissuto personale da un certo punto di vista è così metabolizzata la storia, così viva nella sua, nel suo modo di raccontarla, che riesce a farti calare nella sua realtà. Cioè come se tu, mentre lui racconta, hai attorno a te tutti gli elementi che sta descrivendo in quel momento. (...) Che, nel complesso, creano un mondo intorno a te, che ti fa capire che c'è un vissuto personale dietro quella storia. (Commissario, Ente locale, 3)

Lo stesso intervistato, poco dopo, spiega in che modo giunge a soppesare i diversi fattori secondo un metodo «empirico», che rimanderebbe ad una valutazione complessiva, capace di cogliere le diverse sfumature, ma che, tuttavia, lui stesso non riesce ad esplicitare chiaramente:

> Poi chiaro è un metodo empirico, poi ci sono i metodi più scientifici, che poi quello che conta, alla fine, è verificare le affermazioni che vengono fatte, che devono essere coerenti. Non voglio che pensi che uso una metodologia non scientifica diciamo, però, in qualche modo non è un lavoro in cui è tutto bianco o tutto nero [...] la valutazione più difficile perché comporta un esame non solo vicino tra virgolette a quello che succede ma in

47. Su questo punto, J. Probst *op. cit.*; H. Cabot *Rendere un rifugiato riconoscibile: performance, narrazione e intestualizzazione in una ong ateniese*, in *Lares*, vol. LXXVII, n. 1.2011, pp. 113-134; J. Souter, *A Culture of Disbelief or Denial? Critiquing Refugee Status Determination in the United Kingdom*, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, vol. 1, n. 1.2011, pp. 48-59; E. d'Halluin, *Les épreuves de l'asile. Associations et refugiés face aux politiques du soupçon*, Paris, Editions Ehess, 2012; C. Kobelinsky, *Judging Intimacies at the French Court of Asylum*, in *Polar. Political and Legal Anthropology Review*, vol. 8, n. 2.2015, pp. 338-355; E. Puumala, R. Ylikomi, H. Ristimäki, *Giving an Account of Persecution: The Dynamic Formation of Asylum Narratives*, in *Journal of Refugee Studies*, vol. 31, n. 2. 2017, pp. 197-215; J. Dahlvik, *Asylum as construction work: Theorizing administrative practices*, in *Migration Studies*, vol. 5, n. 3.2017, pp. pp. 369-388; K. Schittenhelm, S. Sneider, *Official standards and local knowledge in asylum procedures: decision-making in Germany's asylum system*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n. 47.2017, pp. 1696-1713.

48. O. Jubany, *op. cit.*, p. 86.

> prospettiva [...] allora devi giocare un po' e capire, fare una valutazione [...] c'è sempre una, mi viene vorrei dire una logica, ma non so se è la parola corretta, c'è sempre una coerenza di base. (Commissario, Ente locale, 3)

La giustificazione di questo criterio, così soggettivo e impressionistico, rappresenta una sorta di "comune sentire" condiviso tra i commissari: legittimo, in primo luogo, proprio perché condiviso. Sembrerebbe possibile interpretare in tal senso i frequenti rimandi ad un sapere professionale[49], ad una «conoscenza tacita»[50] o al «buon senso», tutti appresi mediante l'esercizio quotidiano delle proprie funzioni e che trovano nell'esperienza la propria legittimazione.

> Alla fine crei anche una valutazione di plausibilità che non consiste nel verificare l'impossibilità assoluta, ma, sommando valutazione a buon senso, se c'è una ragionevole possibilità che questa cosa possa essere o non essere accaduta nei modi e tempi descritti. (Commissario, Unhcr, 2)

> È necessario valutarne l'attendibilità, con l'esperienza degli anni [...] dicevo, con l'esperienza e con gli anni vengono fuori storie false. (Commissario, Prefettura, 2)

La credibilità del richiedente asilo non riposa unicamente, dunque, sulla coerenza della narrazione o sull'autenticità dei documenti prodotti, ma sembra rimandare anche a elementi meramente intuitivi e soggettivi, difficili da esplicitare e chiarire nel corso di un'intervista. Ecco, ad esempio, come uno dei nostri intervistati giustifica con un «si capisce» la capacità di individuare richieste d'asilo fraudolente:

> Ma anche differenze di genere, quando sono autentiche, ovviamente, perché molti tentano quella strada ma si capisce. (Commissario, Ente locale, 3)

> L'ho sentito io e francamente non ho, cioè, mi sento sicura nel dire che non è omosessuale, (...) insomma sono cose che si riesce anche un pochino no? eh un pochino di sensibilità, cercare di e no. (Commissario, Prefettura, 4)

Il riferimento ad un sapere ricavato dall'esperienza consente di dare un'aura di oggettività ai criteri adottati per giungere alla propria decisione, in un contesto

49. L. Mayblin, *Imagining asylum, governing asylum seekers: Complexity reduction and policy making in the UK Home Office*, in *Migration Studies*, vol. 7, n. 1.2017, pp. 1-20.

50. K. Schittenhelm, S. Sneider, *op. cit.*, p. 1704.

caratterizzato da un'informazione necessariamente ambigua e lacunosa. La centralità della componente soggettiva, nella valutazione dei casi, emerge anche in relazione all'importanza che l'immagine proiettata dal richiedente è in grado di suscitare nell'intervistatore:

> Questo richiede da parte dell'intervistatore anche uno, una certa sensibilità, cioè, di interpretazione se effettivamente la storia possa avere il crisma della credibilità, quindi è importante l'interpretazione, tanto è vero che noi spesso ci muoviamo molto sulla valutazione del relatore (...) chiaramente c'è l'impressione diretta e personale (...). L'impressione diretta e personale quando si può creare solo col rapporto diretto, non certo con i principi delle norme, su cui chiaramente noi ci muoviamo, però tutto viene calato nell'intervista perché poi è il cuore diciamo poi da lì esce il frutto delle valutazioni insomma [...] in qualche modo esalta al massimo il principio della soggettività, insomma ecco della sensazione diretta, insomma ecco. (Commissario, Polizia, 1)

L'irrompere dell'elemento soggettivo, in una procedura che invece si vorrebbe "asettica" e trasparente – informata da principi di equità e correttezza nella mera applicazione giuridica delle norme – è testimoniato anche dalla rilevanza che il contegno tenuto dai soggetti intervistati ha sull'esito della valutazione [51] . L'importanza dell'atteggiamento del richiedente viene sottolineata dai nostri intervistati, che riconducono la possibilità di riconoscere la genuinità di un vissuto, e la conseguente fondatezza della domanda d'asilo, alle modalità espressive del richiedente:

> A volte sono storie che, veramente drammatiche che, veramente lasciano, toccano anche sul piano emotivo. (Commissario, Polizia, 2)

> Ci sono i richiedenti che hanno delle richieste di protezione internazionale di asilo politico ma fatte per ragioni di genere: lì quando c'è un vissuto familiare viene fuori, in qualche modo viene fuori. (Commissario, Ente locale, 3)

> Un caso di una persona che era, faceva il giornalista, e quindi era molto, anche una persona molto energica, quando è andato in Commissione gli hanno contestato la troppa sicurezza e

51. T. Ordóñez, *The state of confusion. Reflections on Central American asylum seekers in the Bay Area*, in *Ethnography*, vol. 9, n.5. 2008, pp. 35-60; L. Johannesson, *Performing Credibility: Assessments of Asylum Claims in Swedish Migration Courts*, in *Retfærd*, vol. 138, n. 3.2012, pp. 69-84; A. Wettergren, H. Wikström, *Who Is a Refugee? Political Subjectivity and the Categorisation of Somali Asylum Seekers in Sweden*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol.40, n. 4.2014, pp. 566-583; K. Jensen, *The epistemic logic of asylum screening: (dis)embodiment and the production of asylum knowledge in Brazil*, in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 41, n. 15.2017, pp. 2615-2633.

gli hanno detto: non è vero, tu stai inventando perché non hai manifestato nessuna emozione e quindi stai raccontando una bugia. (Operatore legale, 1).

3.4. Dilemmi etici dei commissari: dubbi e certezze

Nel riferimento all'esperienza professionale come fondamento di una «impossibile obiettività»[52], la maggior parte dei commissari non sembra lasciare trasparire nessun dubbio circa la correttezza delle decisioni adottate, offrendo l'immagine di «una burocrazia weberiana ideale in cui le decisioni sono prese in modo razionale e coerente sulla base di prove e sul diritto»[53]. Se è vero che la normativa[54] prevede, in mancanza di prove, la possibilità di accordare il cosiddetto «beneficio del dubbio», ciò che si può osservare è proprio la scarsa propensione a ricorrere ad esso.

Dove, come dire, non c'è la possibilità di prevedere di dare il beneficio del dubbio quindi, perché in caso di dubbio si riconosce senz'altro, ma se non sussistono proprio i requisiti di [...] ecco la prova della persecuzione per i motivi della convenzione. (Commissario, Ente locale, 2)

Anche quando i commissari segnalano dei dubbi circa le valutazioni effettuate o delle perplessità di ordine etico riguardo le implicazioni delle proprie decisioni, mantengono, abbastanza paradossalmente, un forte scetticismo nei confronti della possibilità di presentare un ricorso presso il Tribunale contro la decisione presa dalla Commissione[55].

Però, ecco, la difficoltà è quella di conciliare la perfezione tra virgolette dell'audizione. Che, ti ripeto, dovrebbe essere perfetta in tutti i sensi, proprio perché ne va della vita di una persona, [...] tutti fanno ricorso, tutti quelli che hanno non solo che hanno una risposta negativa, ma anche addirittura anche chi ottiene l'umanitario spesso fa ricorso: perché non è sufficiente (con tono sarcastico). (Commissario, Ente locale, 5)

52. F. Greslier, *op. cit.*, p. 5.

53. Z. Whyte, *Miopia, incertezza e potere nel sistema d'asilo danese*, in *Lares*, vol. LXXVII, n. 1.2011, pp. 35-64.

54. Il riferimento è all'art. 3 del d.lgs. 251/2007, che recepisce la Direttiva qualifiche 2004/83/CE (poi sostituita dalla Direttiva 2011/95/UE) e che prevede la possibilità di ritenere veritiere le affermazioni del richiedente nel caso in cui egli: abbia compiuto «ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda»; abbia fornito tutti gli elementi in suo possesso; le sue affermazioni siano «ritenute coerenti e plausibili» e non in contrasto con le informazioni generali di cui si dispone; abbia presentato istanza di protezione il prima possibile; e risulti dunque «attendibile».

55. Avverso la decisione della Commissione è possibile entro 30 giorni presentare ricorso al Tribunale. Fino al decreto Minniti-Orlando del 2017 era possibile ricorrere prima al Tribunale, poi alla Corte d'appello ed infine in Cassazione. Il d.l. n. 13/2017 ha invece eliminato il doppio grado di giudizio e ha istituito presso i Tribunali delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea.

In un contesto caratterizzato dalla messa in discussione radicale delle parole del richiedente asilo, è largamente diffusa la convinzione che il procedimento sia legittimo e le decisioni prese siano eque e corrette.

> D'altra parte, senza criminalizzare nessuno, però è un dato oggettivo che il numero delle istanze sono aumentate, sono cresciute in misura esponenziale. Allora non è concettualmente possibile che in questo ultimo decennio siano aumentati gli atti persecutori nei confronti delle persone [...] e quindi e anche gli esiti dei colloqui dimostrano, anzi, le Commissioni, parlo per me, [...] ma più o meno guardando anche le statistiche delle altre Commissioni. (Commissario, Prefettura, 3)

L'appropriatezza delle proprie decisioni, in questo caso, è dimostrata in modo quasi tautologico: a sostegno dell'elevato numero di esiti negativi, infatti, vengono richiamate le statistiche nazionali relative ai dinieghi, che rappresenterebbero la prova inconfutabile del fatto che lo strumento della richiesta di protezione sia sempre più spesso utilizzato in modo fraudolento.

Questi elementi evidenziano la centralità assunta dalla dimensione etica nell'attività delle Commissioni. In termini più generali, Feldman[56] ha mostrato come i funzionari delle agenzie operanti nel campo del controllo delle migrazioni nell'Europa contemporanea forniscano spesso una valutazione ambivalente, sul piano etico, delle implicazioni che le decisioni da loro quotidianamente prese hanno per le vite dei migranti. Anche i commissari da noi intervistati sperimentano questo tipo di dilemma morale[57]: uno di essi, ad esempio, a proposito di un richiedente appena "colloquiato" e caduto molte volte in contraddizione, afferma: «Ti togli così il gusto un po' meschino di dargli il diniego, ma poi ti chiedi: sì ma la sua storia qual è? Non la saprai mai» (Commissario, Unhcr 2, nota sul campo).

Una sorta di ambivalenza etica si intravede poi nel riferimento di un altro commissario alla propria professionalità di «tecnico», chiamato in quanto tale a mantenere una distanza, anche emotiva, che consenta di non cedere alla «pietà»:

> Certo io non sono la Caritas, le dico molto chiaramente, quindi non posso nemmeno fare un discorso di *pietas*, per cui lei deve abbinare l'aspetto solidaristico, che ci deve ispirare, all'aspetto tecnico. Chiaro che io rimango un tecnico alla fine, insomma. (Commissario, Polizia, 1)

56. G. Feldman, *The specific intellectual's pivotal position: action, compassion and thinking in administrative society, an Arendtian view*, in *Social Anthropology*, vol. 21, n. 2.2013, p. 136.

57. J. Heyman, *Respect for outsiders? Respect for the law? The moral evaluation of high-scale issues by us immigration officers*, in *Journal of Royal Anthropological Institute*, n. 6.2000, pp. 635-652.

In queste affermazioni sembra trovare espressione quella tensione tra compassione e repressione[58], inscritta così profondamente nella politica dell'asilo contemporanea, che si manifesta nella convinzione circa il carattere sostanzialmente fraudolento della maggior parte delle domande e nell'immagine di un "falso rifugiato" al quale è possibile tutt'al più offrire assistenza, ma a cui è sempre più difficile riconoscere dei diritti.

3.5. Rifugiati puri e meno puri

Un aspetto molto interessante che emerge dall'analisi delle interviste riguarda la difficoltà incontrata dai commissari nel fornire una descrizione di che cosa sia per loro un vero rifugiato politico. In generale, propongono un'immagine duplice: da un lato, evocano il rifugiato puro – una figura poco definita, fortemente idealizzata, appartenente al passato e richiamata in virtù della sua assenza, senza una qualificazione articolata di che cosa la caratterizzi; dall'altro lato, sono fermamente convinti delle ragioni per le quali i richiedenti asilo che vedono quotidianamente non siano dei veri rifugiati politici, ma si confondano con chi migra spinto da ragioni economiche e vadano, dunque, classificati come migranti economici "cammuffati":

> La maggior parte di queste persone si muove dal proprio Paese per motivi economici, se non la totalità, la stragrande maggioranza si muove per motivi economici, parliamoci chiaramente, ehm ... poi questo è anche un escamotage; di veri rifugiati, di persone che siano davvero andate via dal proprio Paese perché oggetto di persecuzione, quindi i rifugiati nel senso puro (con enfasi) del termine, nel senso cristallino del termine, sono davvero, si possono contare davvero sulle dita di una mano. (Commissario, Prefettura, 3)

> La concessione dello *status*, in particolare, l'appartenenza a determinati gruppi di persone e quindi gruppi etnici o minoritari negli stati Paesi d'origine, ma anche differenze di genere, (...) Quindi autentici e i motivi religiosi; solitamente queste sono le tre casistiche: i motivi politici sono molto meno frequenti, stranamente perché trattandosi di asilo politico; è un anno e mezzo che me lo domando. A parte qualche forse *ex* militare iracheno, afghano autentico. (Commissario, Ente locale, 3)

> È gente che (...) anche analfabeta, ma diciamo con un minimo di scolarizzazione e generalmente le classi sociali sono basse. Molti, guardi, sono spinti da motivi di natura

58. D. Fassin, *The Precarious Truth of Asylum*, cit.

economica e quindi chiaramente non è che possono essere di classe sociali elevate. (Commissario, Ente locale, 1)

Quando i commissari descrivono la progressiva scomparsa dei rifugiati nel senso «puro» e «cristallino» del termine, sembrano riferirsi ad un'immagine che rimane sullo sfondo, non tematizzata ed esplicitata, uno sfondo cognitivo rispetto al quale vengono valutati e squalificati i casi reali. Analogamente a quanto descritto da Marchetti[59] nella sua analisi delle rappresentazioni degli operatori che si occupano dell'assistenza ai richiedenti asilo, si può supporre che anche i commissari si riferiscano ad un immaginario legato al contesto storico nel quale la Convenzione di Ginevra è stata emanata e ad una figura del rifugiato politico come dell'intellettuale dissidente e combattente per la libertà[60]. Anche quando le richieste di asilo riguardano giovani che sono sfuggiti al carcere – e forse alla morte – ad opera di un potere totalitario (come nel caso dei richiedenti provenienti dall'Eritrea che adducono la renitenza alla leva obbligatoria a tempo indeterminato come causa della fuga), gli intervistati lasciano intravvedere una sorta di reticenza a riconoscerne fino in fondo l'autenticità:

Perché dopo la guerra che c'era stata per l'Eritrea sono altissimi i numeri di protezione sussidiaria; ma perché in Eritrea la renitenza alla leva è un reato, un reato grave (...) Quindi il richiedente per il semplice motivo che dichiara, perché elementi non ne abbiamo (...) di essere scappato perché non si è arruolato è in una condizione di pericolo, di potenziale pericolo perché se torna nel suo Paese è, è a rischio e, quindi, per questo sono motivo di chiedere una protezione sussidiaria. (Commissario, Prefettura, 3)

Rifugiato eritreo uomo, con un *claim* disertore, giovane penso che questo sia il più frequente dopo sempre uomo afghano [...] Perché anche se sono poche per esempio le donne rifugiate afghane che fuggono per un timore di un delitto d'onore no? Sono poche, però rappresentative la donna iraniana con, che fugge per una questione politica solo perché ha partecipato a questa manifestazione: è rifugiato. L'uomo colombiano transessuale: è rifugiato. Il minore afghano: è rifugiato. (Commissario, Unhcr, 1)

Quando i commissari descrivono dei casi particolari, sottolineando la irriducibile diversità delle storie e delle narrazioni dei richiedenti asilo ed enfatizzando la variabilità e la complessità delle situazioni, è come se tratteggiassero delle figure che in fondo

59. C. Marchetti, *Operatori e beneficiari: sguardi incrociati*, in *Cittadini possibili. Un nuovo approccio all'accoglienza e all'integrazione dei rifugiati*, a cura di M. Ambrosini, C. Marchetti, Milano, FrancoAngeli, 2008.

60. *Ivi*, p. 131.

sembrano definite – e accomunate tra loro – da ciò che le rende diverse rispetto ad una figura stilizzata e pura di rifugiato. Una figura che, tuttavia, permane come riferimento implicito e dato per scontato in quello che sembra configurarsi come un senso comune professionale largamente condiviso da tutti i commissari. Un elemento, dunque, centrale di uno schema di «ragionamento pratico»[61] che consente, proprio in virtù del fatto che rimane non esplicitato, di mettere in discussione la legittimità delle richieste di protezione avanzate da richiedenti che appaiono necessariamente "meno puri" rispetto a quell'immagine fissa ed ipostatizzata.

Spesso, inoltre, nei confronti dei richiedenti asilo "meno puri" viene esercitata una sorta di indulgenza che si esprime nell'adozione di provvedimenti di riconoscimento dello *status* di rifugiato grazie a un'interpretazione flessibile delle norme:

> Perché se si dovessero applicare rigidamente i criteri eh rientrano nell'ordine di poche decine i casi di riconoscimento di *status* [...] Eh, sì tutt'oggi se (con enfasi) si volesse operare con criteri veramente rigidi con accertamenti sulle nazionalità di provenienza [...] sarebbero davvero pochi i casi. (Commissario, Prefettura, 3)

> Perché, tutto sommato, c'è un atteggiamento piuttosto aperto per quanto riguarda l'ipotesi di inclusione in forme legali associate a forme di protezione: una disponibilità anche maggiore che in altri Paesi a riconoscere come riferibili all'art. 1 della Convenzione di Ginevra anche situazioni apparentemente di carattere privato o apparentemente non immediatamente, non associabili a cause di persecuzioni convenzionali. (Commissario, Unhcr, 2)

Si può qui leggere in filigrana l'idea – largamente discussa dalla letteratura[62] – che l'asilo, in quanto riconoscimento di un diritto fondamentale della persona, debba essere riservato a un'esigua minoranza di richiedenti, mentre fanno capolino le ragioni della crescente applicazione di provvedimenti alternativi – decisi sulla base di criteri essenzialmente morali e rimessi alla discrezionalità e alla generosità dei funzionari – che

61. H. Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, London, Prentice-Hall, 1967.

62. R. Zetter, *op. cit.*; S. Marras, *Falsi rifugiati? Pratiche di etichettamento di richiedenti asilo alla Frontiera*, in *Mondi Migranti*, n. 3.2009, pp. 79-98; C. Marchetti, *op. cit.*; M. Ticktin, *Where ethics and politics meet: The violence of humanitarianism in France*, in *American Ethnologist*, vol. 33, n. 1.2006, pp. 33-49; G. Noiriel, *op. cit.*; C.Kobelinsky, *Sont-ils des vrais réfugiés? Les tensions morales dans la gestion de l'asile*, cit.; A. Wettergren, H. Wikstrom, *op. cit.*

sanciscono lo slittamento e in ultima istanza la traduzione della legge in benevolenza[63] e il passaggio dal diritto alla compassione[64].

4. Considerazioni conclusive

Una consolidata letteratura internazionale ha evidenziato come le Commissioni per il riconoscimento della protezione internazionale costituiscano un osservatorio molto interessante per cogliere le tendenze attuali nelle politiche nazionali ed europee sull'asilo.

In primo luogo, l'attività delle Commissioni non si svolge in un «vuoto politico»[65], ma entro un preciso contesto che con Palidda[66] possiamo definire di «gestione neoliberale delle migrazioni»: un frame all'interno del quale prende forma il sospetto sempre più pervasivo nei confronti dei richiedenti asilo, la cui percezione oscilla costantemente tra l'immagine di "falsi rifugiati", di coloro che abuserebbero del sistema dell'asilo, e quella di vittime, alle quali è possibile offrire assistenza, ma a cui è sempre più difficile riconoscere dei diritti.

In secondo luogo, le Commissioni costituiscono uno dei contesti in cui – tramite un processo dialettico di conformità ed etichettamento[67] – la categoria stessa di rifugiato prende forma. Regolamenti applicativi, direttive di varia fonte, leggi e decreti, peraltro, trovano in questa peculiare forma di *street level bureaucracy*, una concreta attuazione e producono conseguenze di rilievo sulle vite di coloro che con essa entrano in contatto.

Nel corso della nostra analisi abbiamo mostrato come la diffidenza e la chiusura che permeano tali politiche e che danno forma al discorso pubblico dominante, ad esempio, pervadano in molti casi l'operare quotidiano delle Commissioni. È possibile in tal senso rintracciare il configurarsi di una forma peculiare di ingiustizia epistemica[68], ossia di un'ingiustizia testimoniale[69] che trova espressione proprio nell'indebolimento della credibilità dei singoli richiedenti asilo.

Abbiamo inoltre visto come nella valutazione delle domande di protezione internazionale, a fronte della carenza di prove documentali e della difficoltà di soppesare le possibili incongruenze, incida fortemente una dimensione prettamente intuitiva e

63. M. Ticktin, *Policing and humanitarianism in France: immigration and the turn to law as state of exception*, in *International Journal of Postcolonial Studies*, vol. 7, n. 3.2005, p. 350.

64. D. Fassin, *Policing Borders, Producing Boundaries. The Governmentality of Immigration in Dark Times*, in *Annual Review of Antrhopology*, n. 40.2011, pp. 213-226.

65. D. Fassin, *The Precarious Truth of Asylum*, cit. p. 60.

66. S. Palidda, *Mobilità umane. Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2008.

67. R. Zetter, *op. cit.*; M. Calloni, S. Marras, G. Serughetti, *op. cit.*

68. M. Fricker, *Epistemic Injustice. Power and the ethics of knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

69. Fricker nella sua riflessione sull'ingiustizia epistemica ha mostrato come l'ingiustizia testimoniale occorra quando un pregiudizio conduce ad attribuire all'interlocutore un minor grado di credibilità, M. Fricker, *ivi*, p. 1.

soggettiva. Ben lungi dal configurarsi come una sorta di burocrazia weberiana, chiamata a dare applicazione alle norme in maniera oggettiva e neutrale – *sine ira et studio* –, l'attività delle Commissioni territoriali si delinea piuttosto come un ambito di valutazione e decisione permeato di passioni, sentimenti e stereotipi[70]. Lo stereotipo più importante, infine, allude a una figura idealizzata e ipostatizzata di "vero" rifugiato politico che, rimanendo sotto traccia e non essendo esplicitamente tematizzata, funziona in termini pratici come un dispositivo retorico in grado di delegittimare le istanze degli attuali richiedenti asilo per poi rilegittimarle, in molti casi, in via subordinata. È in questa prospettiva, infatti, che è possibile rendere conto della larga applicazione che lo statuto della protezione umanitaria ha trovato sinora ad opera delle Commissioni.

A questo proposito, si apre ora uno scenario nuovo per il lavoro delle Commissioni. A fronte, infatti, di una sempre maggiore politicizzazione del tema dell'asilo e dell'abrogazione della protezione umanitaria – grazie alla quale è stata garantita una tutela a tutti coloro che sembravano collocarsi troppo distanti da una figura idealizzata del "vero rifugiato" – sarà interessante analizzare se e come si modificherà l'operato delle Commissioni, verosimilmente sottoposte ad una pressione crescente e private dello strumento, al contempo normativo e interpretativo, che ha in parte attenuato la severità con cui sono state valutate negli ultimi anni le domande di protezione internazionale[71].

70. D. Fassin, *Compassion and Repression: The Moral Economy of Immigration Policies in France*, in *Cultural Anthropology*, vol. 20, n. 3.2005, pp. 362-387.

71. Nell'ultimo decennio la percentuale di dinieghi sul totale degli esiti delle Commissioni ha conosciuto complessivamente un aumento, a fronte di valori particolarmente bassi riportati nel 2012 (17%), 2013 (29%) e 2014 (28%), a partire dal 2015 la percentuale di domande rifiutate è incrementata fino a giungere al 59% nel 2018 e toccare l'81% nel 2019 (dati della Commissione nazionale per il diritto d'asilo).

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

IL DECRETO-SICUREZZA IMPEDISCE I «TRASFERIMENTI DUBLINO»?

di Marco Magri

Abstract: *Il Tribunale Amministrativo Federale svizzero, nella sentenza 19 dicembre 2019, n. 962, chiamato ad applicare l'art. 3, co. 2 del regolamento europeo n. 604/2013 (Dublino III), nega che, in Italia, la protezione dei richiedenti asilo denoti vere e proprie «carenze sistemiche». Ciononostante, dubita che il sistema italiano di protezione, dopo la riforma introdotta dal decreto-legge n. 113 del 2018 (decreto Salvini), esponga le persone vulnerabili e le famiglie al rischio di trattamenti inumani e degradanti. Il TAF applica quindi l'art. 3 comma 2 seconda parte del regolamento di Dublino, che deroga alla regola generale della competenza dello Stato di primo ingresso all'esame della domanda di protezione internazionale, in conformità ai principi stabiliti dalla Corte EDU (sentenza Tarakhel c. Svizzera) e dalla Corte di giustizia UE. Viene annullata la decisione del Servizio Sta-tale delle Migrazioni svizzero che aveva disposto l'accompagnamento in Italia di una richiedente asilo, con rinvio al SSM affinché ottenga «assicurazioni diplomatiche» prima del trasferimento.*

Abstract: *The Swiss Federal Administrative Court, in its judgment of 19 December 2019, no. 962, under Article 3, paragraph 2 of the European Regulation no. 604/2013 (Dublin III), denies that, in Italy, the protection of asylum seekers denotes «systemic flaws». Nevertheless, it doubts that the Italian system of protection, after the reform introduced by Decree-Law no. 113 of 2018 (Salvini Decree), exposes vulnerable persons and families to the risk of inhuman and degrading treatment. The Court therefore complies with art. 3 paragraph 2 second part of the Dublin Regulation, which derogates from the general rule of responsibility of the Member State of first entry to examine the application for international protection, pursuant to the principles established by the EDU Court (Tarakhel v. Switzerland judgment) and the EU Court of Justice. The decision of the Swiss Migration Service, which had ordered the accompaniment of an asylum seeker to Italy, is annulled, with referral to the SSM to obtain diplomatic assurances before the transfer.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL DECRETO-SICUREZZA IMPEDISCE I «TRASFERIMENTI DUBLINO»?

di Marco Magri*

SOMMARIO: 1. I trasferimenti Dublino e la «clausola di sovranità». – 2. La pronuncia del giudice svizzero: una prima sintesi. – 3. I fatti all'origine del ricorso e le risultanze processuali. – 4. Come il Tribunale elvetico vede l'accoglienza dei richiedenti asilo in Italia. Un sistema difettoso, ma privo di «carenze sistemiche». – 5. Il rovesciamento della presunzione di conformità alla CEDU. L'obbligo dell'autorità svizzera di ottenere dall'Italia «informazioni precise» sulle condizioni di assistenza. – 6. L'annullamento con rinvio e la raccomandazione di ottenere «assicurazioni diplomatiche» prima del trasferimento Dublino: il vero vincitore è il «decreto Salvini»?

1. I trasferimenti Dublino e la «clausola di sovranità»

L'art. 3, co. 2 del regolamento (UE) n. 604/2013 (Dublino III) vieta agli Stati membri di procedere al trasferimento dei richiedenti asilo nello Stato membro competente all'esame della domanda, quando vi siano fondati motivi di ritenere che ivi sussistano «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti», tali da implicare «il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (identico principio è stabilito dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo). In tal caso, a meno che non esista un altro Stato membro competente, lo Stato dinanzi al quale è stata presentata la richiesta di asilo «diventa lo Stato competente». Scopriamo così una comunicazione o una continuità, forse neppure voluta in origine dal legislatore europeo, tra l'art. 3, co. 2 e l'art. 17 del regolamento di Dublino (clausola di sovranità)[1], che permette a uno Stato membro di esaminare una domanda di protezione internazionale anche quando tale valutazione non gli spetterebbe in base a criteri generali stabiliti dalle norme del capo III (articoli 7 ss.)[2].

Nel regolamento Dublino III viene meno, in sostanza, l'assolutezza della presunzione per cui «gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono

* Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Ferrara.

1. A. Liguori, *Clausola di sovranità e regolamento "Dublino III"*, in *Il diritto di asilo in Europa*, a cura di G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori, Napoli, UniversityPress, 2014, p. 43 ss.

2. M. Marchegiani, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali. Il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2014, p. 159 ss.; A. Del Guercio, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, in *Rivista AIC*, *Osservatorio costituzionale*, settembre 2014.

considerati Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi», proclamata nel secondo considerando del regolamento (UE) n. 343/2003 (Dublino II), dopo che il Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999) aveva deciso di basare l'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo sul rispetto della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato e, appunto, sul principio del *non refoulement*.

La fiducia che il regolamento Dublino II riponeva sulla presunzione di inoffensività dello «spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia» è testimoniata proprio dal favore incondizionato verso i trasferimenti dei richiedenti asilo all'interno dell'area Schengen, finalizzate a rendere più efficace il procedimento di determinazione dello Stato membro competente.

Questa è la ragione alla quale deve essere ricondotta l'istituzione della banca dati EURODAC per il confronto delle impronte digitali[3], funzionale all'esercizio del potere dello Stato incompetente di rinviare il richiedente nello Stato membro competente (con quest'ultimo consenziente). Ma la stessa radice supporta anche gli istituti che tolgono efficienza a quel procedimento e permettono a uno Stato membro di appropriarsi della competenza che non ha. Tale è la «clausola di sovranità», appena ricordata. Lo stesso dicasi per la decadenza dello Stato membro dal potere di far valere la propria incompetenza se, entro tre mesi dalla ricezione di una domanda di asilo, non rivolge al diverso Stato membro da lui ritenuto competente una formale istanza di presa in carico del richiedente. Ancora, il meccanismo del silenzio-assenso sull'istanza di presa in carico, che può imporre l'esame della domanda a uno Stato incompetente solo perché non ha comunicato all'altro il diniego di accettazione entro un termine perentorio. Tutte queste fattispecie hanno in comune il presupposto che, in qualunque luogo dell'Unione, i richiedenti beneficino di condizioni di tutela equivalenti.

Si deve alla successiva giurisprudenza della Corte EDU[4] e della CGUE[5] il merito di aver chiarito che una esigenza di rispetto del principio di *non refoulement* può presentarsi anche all'interno della zona Schengen. In due sentenze che traevano origine dalla situazione greca, allora fortemente critica e anzi contraddistinta da un collasso conclamato del sistema di accoglienza, è stata introdotta, in via interpretativa, la fondamentale eccezione alla regola della «mutua fiducia» tra Stati membri, sintetizzata nella formula dei

3. Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

4. Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 2011, *M.S.* contro *Belgio* e *Grecia* (ricorso n. 30696/09).

5. Corte giust., 21 dicembre 2011, C-411/10 e 493/10, *N.S.* c. *Secretary of State for the Home Department*, su cui G. Morgese, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso* N.S. e altri, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 147 ss.; Corte giust., 16 febbraio 2017, C-578/16, *C.K., H.F. e A.S.* c. *Repubblica di Slovenia*; 19 marzo 2019, C-163/2017, *Abubacarr Jawo* v. *Germania*. Sulle diverse prospettive della Corte di giustizia UE rispetto alla Corte EDU; C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 28 ss.

«fallimenti sistemici» o delle «carenze sistemiche» delle attività di accoglienza dello Stato competente, poi anche positivamente sancita dall'art. 3, comma 2 del regolamento Dublino III. Ma le Corti camminano sempre un passo avanti alle istituzioni, giacché anche rispetto al regolamento Dublino III, a partire dalla sentenza *Tarakhel* c. *Svizzera*[6], i giudici di Strasburgo e di Lussemburgo hanno assunto indirizzi tali da convergere sostanzialmente[7] su un ulteriore innalzamento della soglia di ammissibilità del trasferimento: entrambi hanno affermato che il pericolo di trattamenti inumani o degradanti può essere dedotto, in concreto, anche se non si registrano «carenze sistemiche» nei servizi dello Stato membro competente. Perciò lo Stato trasferente, qualora percepisca un rischio siffatto, dovrà, prima di procedere, adottare specifici accorgimenti e chiedere allo Stato membro competente tutte le informazioni necessarie ad accertarsi che il richiedente asilo, nelle strutture in cui sarà alloggiato, ottenga servizi adeguati alle sue esigenze.

2. La pronuncia del giudice svizzero: una prima sintesi

La sentenza del Tribunale Amministrativo Federale svizzero, Cour V, 19 dicembre 2019, n. 962 si rifà espressamente alla sentenza *Tarakhel*, con la quale «la Grande Camera della Corte EDU ha ritenuto che la situazione in Italia non fosse paragonabile a quella della Grecia e che la struttura e la situazione generale del sistema di accoglienza in Italia non costituisse di per sé un ostacolo al ritorno dei richiedenti asilo in quel Paese. Tuttavia, aveva constatato che esistevano «seri dubbi sulla capacità del sistema italiano» e aveva quindi richiesto alle autorità svizzere di ottenere dall'Italia la garanzia che i richiedenti – una famiglia con figli – sarebbero stati accolti in strutture e condizioni adeguate all'età dei figli e che l'unità del nucleo familiare sarebbe stata preservata».

Il giudice elvetico non nega l'evoluzione favorevole della capacità del sistema di accoglienza italiano dopo il 2014, ma nota che «la situazione delle famiglie nei primi Centri di accoglienza e nei CAS non differisce affatto da quella descritta dalla Corte EDU nella sua sentenza *Tarakhel*...: la grande disparità degli standard di accoglienza nei Centri di accoglienza esiste ancora nella pratica e si manifesta in particolare nella mancanza di personale e di un'adeguata formazione del personale, nel sovraffollamento di alcuni Centri, nel limitato spazio disponibile per i servizi di assistenza e nelle condizioni sanitarie».

6. A. L. Valvo, *Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Tarakhel c. Svizzera, n. 29217 del 4 novembre 2014*, in www.koreuropa.it.

7. È stato notato un approccio più altalenante della Corte di giustizia rispetto alla Corte EDU (L. Panella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di immigrazione a confronto: un contrasto insanabile?*, in *Ord. int. e dir. umani*, 2018, p. 276 ss.), che tuttavia, a parte ogni considerazione, non sembra denotare un disaccordo di fondo sull'interpretazione di cui si tratta.

Inoltre, il nuovo capitolato per i servizi di accoglienza (approvato con d.m. 20 novembre 2018[8]), «ha smantellato i servizi e ridotto drasticamente i sussidi statali nei Centri».

A prima lettura, il profilo più interessante della sentenza in esame è la pesante condanna della riforma del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo[9]. Ma non é per questo che il giudice elvetico annulla il trasferimento in Italia di una donna con i suoi due bambini, demandando alla Segreteria di Stato della Migrazione (SSM) una nuova valutazione del caso. Si tratterà, precisa il Tribunale, di capire se l'Italia, obbligata alla presa in carico della famiglia e all'esame della domanda di asilo, non essendo la Svizzera competente a farlo in base al regolamento Dublino III, sia ancora un paese sicuro oppure se, dopo il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, cosiddetto «decreto sicurezza» – che il TAF chiama «decreto Salvini» – i richiedenti asilo in Italia, in particolare le persone vulnerabili, siano esposti al rischio di trattamenti inumani e degradanti; nel qual caso la SSM non potrà procedere al trasferimento e dovrà prendere in esame la domanda.

3. I fatti all'origine del ricorso e le risultanze processuali

La ricorrente, nigeriana, aveva lasciato il suo Paese nel 2010 per recarsi in Italia, dove aveva vissuto fino al 2015 senza presentare domanda di asilo. Nel 2015 era tornata un mese in Nigeria per unirsi in matrimonio secondo le tradizioni locali; dopodiché era rientrata in Italia e aveva contratto matrimonio civile, dal quale era nato un primo figlio. Nel 2018 la donna, percossa e accoltellata al braccio dal marito, aveva chiesto l'intervento della polizia ed era stata portata in ospedale. Curata e dimessa, non aveva presentato denuncia per paura di essere separata dal figlio. Il 25 luglio 2018 era fuggita con il figlio in Svizzera e là aveva presentato domanda di protezione internazionale, pur essendo in possesso del solo permesso di soggiorno ottenuto in Italia.

L'articolo 21 comma 1 del Regolamento di Dublino, al quale la Svizzera è assoggettata in forza di specifico accordo con l'Unione europea, prevede che lo Stato membro che riceve una domanda di protezione internazionale e ritiene che un altro Stato membro sia competente per l'esame della stessa, può chiedere a quest'ultimo di prendere in carico il richiedente, sempre che lo faccia entro il termine tre mesi dalla ricezione della domanda di asilo, altrimenti la competenza resta in capo allo Stato in cui la domanda è stata presentata (art. 21 comma 1 par. 3).

In conformità a tale disposizione, il 15 agosto 2018 la Segreteria di Stato della Migrazione svizzera aveva tempestivamente inoltrato una formale domanda di presa in

8. https://www.interno.gov.it/sites/default/files/schema_capitolato.pdf.

9. A. Brambilla, *Il diritto all'accoglienza dei richiedenti asilo in Italia: quali sfide dopo la legge 132/2018*, in *Quest. giust.*, 8 maggio 2019.

carico della donna nigeriana e del figlio alle autorità italiane, ritenute competenti in base all'art. 12 regolamento di Dublino, che attribuisce la cognizione della domanda di protezione internazionale allo Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno di cui il richiedente risulta titolare.

Le autorità italiane (Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno) non avevano dato alcun riscontro alla richiesta, lasciando scadere il termine di due mesi previsto dall'articolo 22, comma 1 del regolamento Dublino III. Condotta che, secondo l'art. 22 comma 7, equivale ad accettazione della domanda e comporta l'obbligo dello Stato interpellato di prendere in carico il richiedente asilo (siamo nell'ottobre del 2018).

Nel frattempo la donna aveva avuto in Svizzera la sua seconda figlia e la SSM ne aveva informato le autorità italiane, trasmettendo copia del certificato di nascita.

A fine gennaio 2019, tardivamente, le autorità italiane avevano accettato di prendere in carico la donna con i suoi due figli, lasciando intendere che sarebbero stati considerati come una famiglia e accolti in conformità alla «circolare dell'8 gennaio 2019». Avevano altresì indicato l'aeroporto italiano presso il quale avrebbe dovuto essere previsto l'arrivo.

La SSM, ottenuta la disponibilità italiana, aveva comunicato alla richiedente, con provvedimento esecutivo, che la sua domanda non sarebbe stata esaminata e che la donna sarebbe stata trasferita insieme ai suoi due figli in Italia. Da qui il ricorso al Tribunale Amministrativo Federale svizzero, per l'annullamento della decisione della SSM, ritenuta contraria agli obblighi internazionali della Svizzera, non essendo le condizioni di accoglienza in Italia conformi ai requisiti dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti). Ciò era dedotto, in particolar modo, per le restrizioni intervenute, proprio nelle more dell'accettazione della presa in carico da parte dell'Italia, per effetto del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, che la ricorrente individuava quale causa di un grave peggioramento delle condizioni di accoglienza per i richiedenti protezione internazionale. La ricorrente sosteneva di soffrire di problemi di salute, per cui era sotto supervisione medica, alla quale non avrebbe più avuto accesso se fosse tornata in Italia. Inoltre, in assenza di garanzie individuali conseguenti alla sua particolare situazione di madre single con due figli piccoli, un trasferimento in Italia avrebbe esposto lei e la sua famiglia a vivere permanentemente al di sotto del minimo vitale, in condizioni indegne di un essere umano. Mancandole i mezzi di sussistenza, sarebbe stato inoltre pronosticabile un elevato rischio di essere separata dai suoi figli; circostanza dalla quale essa deduceva la violazione dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare).

Convenuta in giudizio, la SSM, invitata dal Tribunale Federale a esaminare le argomentazioni del ricorso e citare le fonti delle informazioni presentate nella decisione impugnata, aveva rilevato che, sebbene il decreto-legge n. 113 del 2018 avesse di fatto

limitato l'accesso ai Centri di accoglienza di secondo livello per i richiedenti asilo, ciò non significava che in Italia non esistessero strutture di accoglienza per le famiglie. Nella circolare dell'8 gennaio 2019, le autorità italiane avevano precisato che le strutture designate erano adeguate per l'accoglienza di tutti i beneficiari e che si poteva quindi ritenere che le famiglie trasferite in Italia sarebbero state accolte in una struttura adeguata all'età dei figli, pur preservando l'unità familiare, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per quanto riguarda i servizi offerti nei Centri di accoglienza di primo livello, il Ministero dell'interno italiano aveva risposto alla SSM precisando che si tratta di un'assistenza essenziale e che la principale differenza tra i servizi offerti nei Centri di secondo livello e quelli offerti nei Centri di prima accoglienza riguarda principalmente gli interventi di integrazione (ad esempio, i corsi di lingua italiana), che non sono offerti in questi ultimi. La SSM aveva comunque ribadito che le autorità italiane avevano identificato i ricorrenti come membri di una stessa famiglia e garantito che saranno stati assistiti secondo la circolare dell'8 gennaio 2019.

La tesi difensiva della SSM era quindi che non vi fossero prove che un ritorno in Italia avrebbe messo la ricorrente e i suoi figli in una situazione esistenziale critica.

4. Come il Tribunale elvetico vede l'accoglienza dei richiedenti asilo in Italia. Un sistema difettoso, ma privo di «carenze sistemiche»

Agli occhi del TAF – ma si tratta di un fatto notorio – il «decreto Salvini» ha cambiato notevolmente l'organizzazione del sistema di accoglienza italiano. L'accoglienza di secondo livello, che prima era fornita attraverso il sistema SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) e prevedeva misure di accoglienza specifiche per i richiedenti asilo vulnerabili, comprese le famiglie, è stata abolita per i richiedenti asilo e trasformata in un sistema di protezione riservato ai soli titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI). La legge italiana opera quindi adesso una chiara distinzione tra il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e quello dei beneficiari di protezione internazionale. I Centri SIPROIMI sono destinati alle persone che beneficiano di protezione internazionale e solo i minori non accompagnati vi hanno accesso immediato già durante la procedura di asilo. Restano inoltre presso lo SPRAR i richiedenti asilo che vi siano stati ospitati prima dell'entrata in vigore del «decreto Salvini», ma possono rimanervi soltanto fino alla fine del progetto di integrazione. Gli altri richiedenti asilo, compresi quelli trasferiti ai sensi del regolamento di Dublino, possono ora essere ospitati solo in strutture di accoglienza «di primo livello», cioè in grandi Centri collettivi governativi, come i Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) o i Centri di accoglienza straordinari (CAS), anche se avevano già presentato domanda di asilo prima dell'entrata in vigore del decreto Salvini. Identico trattamento è

riservato alle persone vulnerabili o le famiglie per le quali è cessato il progetto di integrazione. A tale proposito, il TAF sottolinea che la Corte di cassazione italiana ha ritenuto che il decreto Salvini non sia applicabile retroattivamente, ma solo per le disposizioni del suddetto decreto relative alla soppressione dello *status* umanitario (circolare Ministero dell'interno 27 dicembre 2018).

Secondo i rapporti delle ONG, i servizi forniti in questi Centri, che erano già limitati a servizi minimi o essenziali secondo la vecchia legislazione, sono ora quasi inesistenti a causa delle nuove condizioni di aggiudicazione dei contratti per la gestione di questi Centri. Il TAF allude allo Schema di Capitolato per la gestione dei Centri di accoglienza adottato nel novembre 2018 dal Ministero dell'interno a seguito dell'entrata in vigore del decreto Salvini, che, come si è accennato in precedenza, ha ridotto il contributo statale quantificato per persona e destinato al sostegno dei richiedenti asilo, commisurandolo solo ai bisogni primari. Ha inoltre abolito tutti i servizi di integrazione e il finanziamento del sostegno psicologico per i richiedenti asilo nei CAS e nei Centri di accoglienza «di primo livello». Questi ultimi non forniscono servizi specifici per le persone vulnerabili; tal che le misure speciali per il sostegno e la protezione di queste persone dipendono quindi da contributi puramente volontari dei gestori dei Centri di accoglienza[10]. I Centri risultano inoltre, al giudice svizzero, sovraffollati; con qualità dei servizi variabile in funzione delle dimensioni dei Centri e a seconda delle organizzazioni private che li gestiscono in appalto.

Eppure, dopo tante critiche, il TAF deve riconoscere che in Italia non vi siano carenze strutturali di dimensioni tali da far ritenere che i richiedenti asilo siano «esposti ad una situazione di precarietà e di privazione materiale e psicologica» tale che «il loro trasferimento ... costituirebbe, in linea di massima, un trattamento vietato» dalla CEDU. «L'accesso a una procedura d'asilo conforme ai requisiti del sistema di Dublino, che consente un adeguato esame della domanda, è in linea di principio garantito in Italia, anche se nella pratica è spesso ritardato. Lo stesso vale per l'accesso generale alle condizioni minime di vita durante la procedura, anche se le condizioni di accoglienza nei Centri variano notevolmente. Non si può quindi concludere che vi siano carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nel sistema di accoglienza in Italia, anche a seguito dei grandi cambiamenti introdotti nel sistema italiano di asilo». Di conseguenza, a giudizio del TAF

10. Questo secondo il TAF. Cfr. Ministero della salute, *Linee guida per la programmazione degli interventi di assistenza e riabilitazione nonché per il trattamento dei disturbi psichici dei titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale*, Roma, 22 marzo 2017; in dottrina, anche su alcuni problemi di effettività dell'accesso al sistema, F. Saitta, *Prendersi cura degli "altri": breve analisi giuridica dell'assistenza sanitaria dei migranti in Italia*, Relazione al Convegno su «I diritti sociali al tempo delle migrazioni», Messina, 28-29 giugno 2018, in www.astrid-online.it, n. 10/2018.

«resta presunto il rispetto da parte dell'Italia dei suoi obblighi in materia di diritti dei richiedenti asilo» e l'applicazione dell'articolo 3, comma 2 del regolamento Dublino III «non è giustificata».

5. Il rovesciamento della presunzione di conformità alla CEDU. L'obbligo dell'autorità svizzera di ottenere dall'Italia «informazioni precise» sulle condizioni di assistenza

Che il sistema di accoglienza italiano non manifesti carenze sistemiche, tuttavia, non conduce il TAF a convincersi della legittimità del trasferimento impugnato. Al contrario, è la premessa logica di un ribaltamento della presunzione di rispetto della CEDU, operata dal TAF a partire dalla «condizione particolarmente svantaggiata» e vulnerabile della ricorrente e dei suoi due bambini. Il segmento della sentenza *Tarakhel* che interessa al giudice elvetico è quello in cui la Corte EDU attesta che le famiglie con bambini meritano un approfondito esame, da parte dello Stato trasferente, volto ad acquisire informazioni dettagliate e affidabili sulla struttura della destinazione, sulle condizioni materiali di alloggio, sulla conservazione del nucleo familiare e sull'adeguatezza delle condizioni di accoglienza dei minori; soprattutto allorché i richiedenti asilo abbiano problemi di salute dei quali si possa prevedere il peggioramento in caso di interruzione del trattamento[11].

Servono insomma quegli accorgimenti che, *mutatis mutandis*, si possono qualificare alla stregua di «assicurazioni diplomatiche»[12]. Nel caso di specie la SSM ha ritenuto di avere sufficienti garanzie da parte delle autorità italiane accontentandosi di sapere che la ricorrente e i suoi due figli sarebbero stati sistemati in una struttura adeguata all'età dei figli e che sarebbe stato preservato il nucleo familiare. Ma il riferimento delle autorità italiane era, come si è visto (*retro*, par 3), la circolare del Ministro dell'interno 8 gennaio 2019, che per il Tribunale elvetico non può essere considerata garanzia sufficientemente concreta ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La nuova circolare, infatti, eseguendo il nuovo «decreto Salvini» e considerando dunque la nuova collocazione dei richiedenti asilo in strutture di prima accoglienza, non contiene più, a differenza di altre emanate sotto il vigore del "vecchio" sistema di accoglienza (SPRAR), un elenco aggiornato dei posti riservati specificamente ai nuclei familiari, che permetterebbe alle autorità svizzere di verificare effettivamente la disponibilità di un alloggio per i richiedenti. Se poi si aggiunge che alcuni Centri di primo livello rimangono

11. M. Ferri, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali; riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A, S.A., A.Z., sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osserv. fonti*, 2019, p. 1 ss., 14.

12. S. Bolognese, *Il ricorso a garanzie individuali nell'ambito dei cd. "trasferimento Dublino"*; *ancora sul caso* Tarakhel, in *Dir. um. e dir. int.*, 2015, p. 233 ss.; A. Tancredi, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcuni recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, 2010, p. 41 ss.

sovraffollati (nonostante il calo del numero di nuovi richiedenti asilo arrivati negli ultimi anni), che la circolare dell'8 gennaio 2019 si limita a fare riferimento alle varie strutture di prima accoglienza senza tuttavia specificare in quali tra queste, e a quali condizioni, le famiglie saranno ospitate; che secondo il rapporto dell'*Asylum Information Database* (AIDA), «accade regolarmente che le famiglie siano separate nelle prime strutture di accoglienza», si hanno sufficienti elementi, secondo il TAF, per concludere che la SSM non dispone, in questo momento, delle garanzie necessarie per trasferire la donna e i suoi due figli in Italia.

Di conseguenza, la decisione impugnata viene annullata per «accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti», ai sensi dell'art. 106 comma 1 lettera b) della legge 26 giugno 1998 sul diritto di asilo e il caso è rinviato alla SSM affinché emetta una nuova decisione una volta «ottenute informazioni precise sulle condizioni reali e concrete dell'assistenza alle famiglie in Italia nei primi Centri di accoglienza e nei CAS (strutture di destinazione, numero di posti disponibili, condizioni materiali di alloggio e garanzie previste per il mantenimento dell'unità familiare)».

6. L'annullamento con rinvio e la raccomandazione di ottenere «assicurazioni diplomatiche» prima del trasferimento: il vero vincitore è il «decreto Salvini»?

Prima d'ora, soltanto una volta, a quanto risulta, il TAF aveva giudicato in questo modo provvedimenti di rinvio in Italia di richiedenti asilo in Svizzera[13]. È vero che oltralpe la solidità del sistema italiano di accoglienza era già stata oggetto di importanti controversie. Su tutte, la più volte citata sentenza *Tarakhel* c. *Svizzera* della Corte EDU, che traeva origine proprio da un trasferimento Dublino di una famiglia verso l'Italia. Ma a parte il caso *Tarakhel*, non è la prima volta che il rinvio in Italia di richiedenti asilo viene bloccato dal giudice di uno Stato membro della UE (di cui la Svizzera non fa parte, ma è obbligata, per accordo con l'Unione, al rispetto del regolamento Dublino III)[14], a causa di sospette violazioni dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tempo fa, ad esempio, operò in tal senso una serie di pronunce dei giudici tedeschi[15]. E anche la Commissione dell'ONU contro la tortura, che pure non è organo giurisdizionale, si è espressa contro un trasferimento Dublino ordinato dalla Svizzera verso l'Italia[16].

13. TAF, Cour IV, 15 aprile 2019, D-1689/2019; di segno opposto TAF, Cour IV, 27 luglio 2015, D-4394.

14. Come nell'art. 17 del regolamento UE n. 343/2003 (Dublino II).

15. F. Vassallo Paleologo, *L'Italia non è un Paese sicuro per richiedenti asilo*, in *Quest. giust.*, 7 ottobre 2013, http://www.questionegiustizia.it/articolo/l-italia-non-e-un-paese-sicuro-per-richiedenti-asilo_07-10-2013.php.

16. Commissione ONU contro la tortura, 3 settembre 2018, comunicazione n. 742/2016.

Del resto, l'esistenza di un contenzioso non episodico sul rinvio in Italia di richiedenti asilo protagonisti di movimenti secondari, non può stupire, se si considera che le istanze di presa in carico per trasferimenti Dublino, soprattutto da parte della Germania e della Svizzera, costringono al ritorno in Italia un numero di persone ormai maggiore di quello dei migranti che arrivano via mare. Che l'Italia sia dipinta come paese insicuro, dunque, non è una novità.

Semmai, a rendere la sentenza in commento diversa dalle altre, è il fatto che, mentre in passato le ragioni della minaccia di trattamenti inumani e degradanti e della tutela conseguentemente accordata ai "Dublinanti" erano da ricercare nei fattori contingenti delle "crisi" migratorie che avevano colpito l'Italia a diverse ondate, provocando il sovraffollamento delle strutture di accoglienza, ora, dinanzi a un drastico e persistente calo dei flussi e, per altro verso, all'adattamento dell'Italia alle direttive europee sul diritto di asilo[17], la minaccia viene fatta derivare direttamene dalla politica migratoria italiana e dalle nuove leggi in cui essa si è tradotta.

Sull'analisi dello smantellamento del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo per effetto del decreto sicurezza, c'è davvero poco da ribattere; la ricostruzione operata dal Tribunale svizzero è condivisibile, al pari di quella delle organizzazioni che hanno denunciato il peggioramento, nel nostro Paese, delle condizioni delle persone bisognose di protezione internazionale. Non che, intendiamoci, prima del decreto Salvini il sistema italiano fosse perfetto, ma l'intento di restringere il regime di accoglienza dei richiedenti asilo era uno dei principali obiettivi, anche pubblicamente dichiarati, del decreto-legge n. 113 del 2018, e non poteva passare inosservato.

L'impressione tuttavia è che la sentenza del TAF, in punto di diritto, meriti una disamina un poco più approfondita prima di essere segnalata come un caso clamoroso. Esistono, anzi, almeno due ordini di argomenti capaci di riportare la pronuncia su binari di assoluta normalità e, in qualche misura, di evidenziare anche i limiti connaturati al ragionamento dei giudici svizzeri. Primo: non si tratta di un blocco o di un diniego assoluto di trasferimento, come invece alcuni siti *web* hanno titolato; e neppure di una sonora lezione per l'ex ministro Salvini (si consentano termini espliciti). In realtà, la pronuncia del TAF incide sul potere della SSM meno di quanto sembri. La prassi delle «assicurazioni diplomatiche» inaugurata dalla sentenza *Tarakhel*, imponendo al giudice di annullare il trasferimento Dublino con rinvio all'autorità amministrativa, rischia infatti di rendere meno efficiente, piuttosto che rafforzare, il controllo giurisdizionale sui provvedimenti limitativi dei diritti dei richiedenti asilo. Un regolamento come quello di Dublino, nato per

17. P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 13 ss.

garantire «un trasferimento (quasi) automatico»[18] del richiedente asilo, diviene ancora più precario, fonte di incertezza o di diseguaglianze, se il giudice, dopo che ha ribaltato la presunzione di «tutela equivalente» dei richiedenti asilo negli Stati membri, non va fino in fondo nella tutela di quei diritti individuali, rimettendone il destino a un atto discrezionale della pubblica amministrazione. Si perde così di vista anche l'esigenza di garantire al singolo uno *standard* di protezione adeguato ai principi della CEDU, giacché si scioglie l'autorità della sentenza in un giudicato debole: uno sterile contrappunto tra giudice amministrativo e amministrazione, in cui la parte forte non è certo il giudice. Per averne la riprova, basti passare al setaccio con le categorie dell'ordinamento italiano la pronuncia del TAF: la quale non accerta, diremmo noi, il "diritto soggettivo" della richiedente a ottenere asilo in Svizzera, né si spinge fino a dichiarare, sia pure incidentalmente, che l'Italia sia venuta meno agli obblighi internazionali di protezione dei rifugiati. È invece una sentenza che, sempre ragionando con i nostri schemi, ubbidirebbe piuttosto alla logica di tutela dell'interesse legittimo: il giudice elvetico annulla un provvedimento della SSM che ordinava il rinvio in Italia di un nucleo familiare, senza aver ottenuto dal nostro Paese sufficienti garanzie umanitarie, «per incompleta e inesatta determinazione dei fatti rilevanti», rinviando il caso all'autorità amministrativa «per ulteriori indagini e una nuova decisione». La sentenza del TAF è pertanto da iscrivere nel quadro di una tecnica di tutela (quella stabilita dalla legge svizzera sull'asilo) molto meno incisiva di quella prestata in Italia, dove le controversie sullo *status* di rifugiato, incluse quelle sui trasferimenti Dublino[19], sono devolute alla cognizione del giudice ordinario[20]. Nel nostro Paese la sentenza di annullamento ha valore di accertamento, giacché statuisce "sul rapporto" e non rimanda il caso all'autorità amministrativa per una nuova decisione. Impossibile, sapere cosa succederà se la SSM, soddisfatta delle informazioni delle autorità italiane, disporrà di nuovo il trasferimento in Italia. È verosimile che la richiedente asilo fugga nuovamente dall'Italia in Svizzera con i figli, presentando in territorio elvetico una nuova domanda di asilo e poi cercando di tornare la seconda volta davanti al TAF per riproporre la medesima questione di insufficienza o incompletezza dell'attività informativa. Dovremmo dunque chiederci anche se la prassi delle «assicurazioni diplomatiche», quando ha come esito concreto il trasferimento, non renda più probabile la "navetta" (e i pericoli) del richiedente tra uno Stato e l'altro.

18. S. Bolognese, *op. cit.*, p. 234.

19. Trib. Venezia, sez. immigraz., 20 aprile 2018, n. 1623 R.G.

20. Più precisamente, alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, di cui agli articoli 1 e 4, comma 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito in l. 13 aprile 2017, n. 46 (cfr. Cass., sez. VI, 12 luglio 2019, ord. n. 18755, n. 18756, n. 18757).

Veniamo ora al secondo ordine di argomenti. L'effetto conformativo della sentenza in commento è alquanto vago e coglie solo in parte le necessità di tutela della richiedente asilo. Il TAF, è vero, ammonisce le autorità a «ottenere informazioni precise ... sulle condizioni reali e concrete dell'assistenza alle famiglie in Italia nei primi Centri di accoglienza e nei CAS (strutture di destinazione, numero di posti disponibili, condizioni materiali di alloggio e garanzie previste per il mantenimento dell'unità familiare)». Non viene però stabilito quali atti dovrà emettere la Segreteria di Stato della Migrazione svizzera, nel caso in cui, svolto il supplemento di istruttoria, decida di disporre di nuovo il trasferimento, allo scopo di assicurarsi specificamente che le autorità italiane trattino la condizione di vulnerabilità della richiedente asilo in modo pari a quello garantito dalla Svizzera. Che i funzionari italiani di polizia sappiano di tale condizione solo perché il Dipartimento libertà civili e immigrazione del Ministero dell'interno (in cui è incardinata l'Unità Dublino italiana) ha in precedenza rilasciato informazioni standard alla Segreteria di Stato elvetica, è auspicabile, ma non si può presumere ed è anzi piuttosto improbabile. Come ha stabilito la Commissione del'ONU contro la tortura[21], un modulo standard per lo scambio di dati sanitari prima di un trasferimento Dublino non vale a stabilire che la richiedente è vittima di tortura. Né possono bastare, tornando alla sentenza in commento, mere «informazioni», quantunque «precise», sulle «condizioni reali e concrete dell'assistenza alle famiglie in Italia nei primi Centri di accoglienza e nei CAS». Questo atteggiamento è tipico di chi immagina un *report*, mentre l'art. 3 CEDU esige, secondo la Commissione ONU, «una valutazione individualizzata del rischio personale e concreto» che il richiedente asilo si troverebbe ad affrontare nello Stato di destinazione. Ora, posto che il TAF non ha giurisdizione sui comportamenti delle autorità italiane – e che, d'altra parte, non dovrebbe ostare al trasferimento Dublino il fatto, piuttosto ovvio, che le autorità italiane conservino un margine di autonomia sul *quomodo* della prestazione da erogare al richiedente – ciò di cui il giudice si dovrebbe preoccupare, quando (come nel caso di specie) decide di disporre direttamente in sentenza le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, è che la pubblica amministrazione certifichi in modo individualizzato le necessità terapeutiche della persona interessata e i trattamenti a essa prestati nello Stato trasferente. Ciò dovrebbe essere specificato in un atto rivolto alle autorità riceventi, così da agevolare, tra l'altro, l'intervento dei giudici dello Stato di destinazione, per il caso in cui la condizione di vulnerabilità non sia adeguatamente trattata. Il mancato accenno a questo modulo collaborativo dà, alla sentenza in commento, un contenuto prescrittivo del

21. *Retro*, nota 15.

tutto vago[22]. E mentre fin dal principio la motivazione della sentenza percorre in lungo e in largo la vicenda italiana, sottolineando le gravi falle umanitarie del decreto Salvini, riduce poi le modalità esecutive dell'annullamento a formule di circostanza, indifferenti alla cooperazione amministrativa e giudiziaria, che finiscono col restituire proprio a quel decreto, tanto criticato, una discreta probabilità di successo.

Più ombre che luci – per terminare – in una sentenza che, senza impartire una protezione particolarmente intensa ai richiedenti asilo, non rende neppure un buon servizio al regolamento Dublino III. Chissà se l'unico a uscirne vincitore non sia proprio quel decreto Salvini che ha smantellato il sistema italiano di assistenza dei richiedenti asilo e che, ora, riesce anche a tenerli lontani dai confini, mantenendosi nei ranghi delle sue carenze «non sistemiche». In fondo, per il Dipartimento libertà civili e immigrazione italiano, sarebbe sufficiente non dare «informazioni precise» alle richieste del SSM per trovare, nella sentenza del Tribunale Amministrativo Federale svizzero, Cour V, 19 dicembre 2019, n. 962, un inconsapevole alleato "politico".

22. Il difetto è dato anche, forse – ma qui il discorso dovrebbe essere molto ampio del consentito – dalla circostanza di aver trasposto acriticamente e frettolosamente, il TAF, in sentenza, l'obbligo della SSM svizzera di acquisire precise informazioni dalle autorità italiane descrivendolo con le stesse parole della sentenza *Tarakhel*, che è appunto una sentenza della Corte EDU e come tale non esclude, anzi dovrebbe suggerire al giudice nazionale di assumere una prospettiva più concreta e di addivenire a più approfondite elaborazioni contenutistiche della tutela da impartire al diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti; sul punto, più ampiamente, A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 9 ss., 21.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

LA BANALITÀ DEI PORTI CHIUSI PER DECRETO. OSSERVAZIONI SUI PROFILI DI LEGITTIMITÀ DEL DECRETO INTERMINISTERIALE 150/2020

di Andrea Maria Pelliconi e Marco Goldoni

Abstract: *Il decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020 ha dichiarato i porti italiani «non sicuri» per le navi battenti bandiera estera e per tutta la durata dello stato di emergenza sanitaria da Covid-19. La ragione di questo tardivo provvedimento risiede nella richiesta della nave tedesca Alan Kurdi di attraccare a Lampedusa e far sbarcare 150 migranti. Il decreto, che costituisce un atto amministrativo di rango secondario, incide su norme di carattere costituzionale e pone dubbi circa la sua necessità e proporzionalità. La sezione 2 di questo contributo propone una disamina dei profili domestici del decreto circa le conseguenze su alcuni diritti costituzionali, sul dovere di soccorso delle persone in mare e sulla forma giuridica scelta per l'intervento. Nella sezione 3 l'attenzione si sposterà sul profilo ancora più problematico degli effetti sul diritto di asilo e il principio di non-respingimento.*

Abstract: *The inter-ministerial decree n. 150 of April 7, 2020 declared Italian ports «unsafe» for ships flying foreign flags and for the entire duration of the health emergency due to Covid-19 outbreak. The reason for this late legislative measure lies in the request by the German ship Alan Kurdi to land in Lampedusa with 150 rescued migrants. The decree, which is an administrative act of secondary rank, contradicts norms and principles of constitutional value; its necessity and proportionality are also doubtful. Section 2 of this contribution examines the domestic implications of the decree, i.e. its consequences on some constitutional rights, the duty to rescue people at sea and the legal form chosen for the intervention. In Section 3, attention will shift to the even more problematic profile of its effects on the right to asylum and the principle of non-refoulement.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA BANALITÀ DEI PORTI CHIUSI PER DECRETO. OSSERVAZIONI SUI PROFILI DI LEGITTIMITÀ DEL DECRETO INTERMINISTERIALE 150/2020

di Andrea Maria Pelliconi[*] e Marco Goldoni[**]

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Il piano costituzionale e l'obbligo di soccorso. – 3. I diritti umani e le tutele relative alla protezione internazionale. – 3.1. Il diritto di asilo. – 3.2. Il principio di non-respingimento. – 3.3. Il diritto di sbarco in un posto sicuro. – 4. Conclusione.

1. Il contesto

In data 7 aprile 2020, il Ministro delle infrastrutture e trasporti, di concerto con quello degli esteri, della sanità e degli interni, ha adottato un decreto interministeriale (n. 150) con il quale ha dichiarato i porti italiani «non sicuri» per le navi battenti bandiera estera e per tutta la durata dello stato di emergenza sanitaria deliberato il 31 gennaio[1]. In pratica, a quasi 70 giorni dalla deliberazione dello stato di emergenza, il Ministro delle infrastrutture ha preso l'iniziativa di dichiarare l'Italia, nel corso della pandemia Covid-19, Paese privo di quei requisiti necessari per ritenere i suoi porti definibili e classificabili come «luogo sicuro» (*place of safety*)[2].

La ragione della tardiva adozione del provvedimento rispetto all'inizio dello stato di emergenza va rinvenuta in un motivo molto concreto, rappresentato dalla richiesta della nave Alan Kurdi (battente bandiera tedesca), dopo aver raccolto 150 migranti nell'area SAR libica, di poter attraccare nel più vicino porto sicuro italiano (Lampedusa). Il decreto interministeriale, facendo leva sulla situazione d'emergenza dovuta alla pandemia, interviene per negare tale possibilità, ma vista la situazione oggettivamente complicata sulla Alan Kurdi, il Dipartimento per la Protezione Civile emette, nei giorni successivi (ossia, il 12 aprile), un decreto con il quale, per le persone soccorse in mare, «il soggetto attuatore [il Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno], nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare

[*] Andrea Maria Pelliconi è ricercatrice dottoranda in diritto internazionale e diritti umani alla City, University of London e fa parte dell'International Law and Affairs Group (ILAG).

[**] Marco Goldoni è Senior Lecturer in Legal Theory alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Glasgow e ricercatore per l'Accademia delle Scienze della Republica Ceca

1. Il decreto non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

2. Queste sono le parole usate nel primo dei due articoli dei quali si compone il decreto.

navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria»[3]. Di fatto, i migranti sono trasferiti su altra nave, battente bandiera italiana, per essere monitorati e passare ivi un periodo di confinamento. Il decreto interministeriale ha suscitato la reazione di parte della società civile, tra cui ASGI, che ne ha prontamente chiesto la revoca sottolineando la persistenza dei vincoli circa l'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare e la generale illegittimità, abnormità e irragionevolezza dell'atto[4].

Nei suoi effetti, l'intervento interministeriale di aprile 2020 sembra in continuità politica con le misure adottate dal precedente governo con il cd. decreto sicurezza *bis*[5], il quale aveva trasferito al Ministro degli interni l'impulso decretizio con cui decidere la chiusura dei porti o il divieto di sbarco, erodendo una facoltà propria del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti[6]. Il nuovo decreto ha visto la restituzione di tale competenza all'originario titolare, sebbene di concerto con altri Ministri, e da un punto di vista formale non trova il proprio fondamento giuridico nel decreto del precedente governo bensì nella previgente legislazione. Inoltre, il nuovo decreto cerca legittimazione politica nell'ulteriore presupposto giustificativo della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, differendo in questo dal decreto sicurezza *bis*, la cui attivazione prevedeva una semplice valutazione discrezionale da parte del Ministro degli interni sulla necessità di salvaguardare sicurezza e ordine pubblico. Come si è detto, però, i decreti risultano identici negli effetti.

Come si può intuire, si tratta di un provvedimento delicato per le modalità e le tempistiche con le quali è stato adottato e che quindi merita una disamina costituzionale e giuridica molto attenta. La sezione seguente (2) si concentrerà sui profili domestici del decreto, ossia sulle sue conseguenze su alcuni diritti costituzionali, sul dovere di soccorso delle persone in mare e sulla forma giuridica scelta dai ministri per intervenire. Nella sezione 3 l'attenzione si sposterà sul profilo ancora più problematico degli effetti sul diritto di asilo e il principio (incomprimibile) di non-respingimento. Infine, nella sezione conclusiva verrà fatto riferimento alla decisione del giudice monocratico Tar sulla richiesta di sospensione cautelare degli effetti del decreto.

3. Decreto Direttore Dipartimento Protezione Civile n. 1287 (12 aprile 2020).

4. ASGI, *Comunicato: ASGI chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. L'Italia è sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare*, 15 aprile 2020, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/Nota-ASGI-porti-e-accoglienza-porti-sicuri-COVID14-4-2020-def.pdf.

5. D.l. del 14.6.2019, n. 53, convertito nella l. n. 77/2019.

6. R.d. del 30.3.1942, n. 327 (Codice della navigazione), art. 83.

2. Il piano costituzionale e l'obbligo di soccorso

L'analisi del decreto interministeriale deve tenere conto, anzitutto, di due livelli: uno formale, relativo alla fonte utilizzata dai ministri; l'altro sostanziale, legato alla giustificazione del provvedimento e della sua ragionevolezza. I due livelli sono strettamente intrecciati e possono essere affrontati uno alla volta solo per ragioni analitiche.

In continuità con i decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, utilizzati copiosamente durante la gestione della pandemia, il governo è ricorso ad un atto formalmente amministrativo per un intervento che ha un impatto su diritti fondamentali. Come è noto, il decreto interministeriale è fonte secondaria nell'ordinamento italiano[7]. Dato che non è atto collegiale del governo, esso va notificato prima della sua adozione al Presidente del Consiglio dei Ministri e non è soggetto al controllo della Presidenza della Repubblica. Dal punto di vista della giurisdizione, va ricordato che *ex* art. 134 Cost., gli atti amministrativi, in quanto fonti di diritto secondario, non sono soggetti a sindacato di costituzionalità. Pertanto la giurisdizione competente rimane quella dei Tribunali amministrativi.

Come si può intuire, la scelta di un tale tipo di decreto lascerebbe presupporre che il contenuto di un provvedimento non possa comprimere principii e diritti fondamentali, e ancor meno derogare ad obblighi di diritto internazionale. Tuttavia, vi sono almeno due profili estremamente delicati che vengono investiti dal decreto interministeriale. Il primo di questi è il diritto alla salute (art. 32), diritto fondamentale ed esteso a tutti gli individui, quindi non solo limitato ai cittadini[8]. La permanenza su una nave nelle condizioni della Alan Kurdi non garantisce, a lungo termine, la tutela di aspetti fondamentali di tale diritto. Il trasferimento su altra nave, dopo un periodo trascorso nella nave di salvataggio, è a sua volta misura insufficiente, soprattutto in tempi di pandemia, per garantire tale diritto. Così come la giustificazione che mantenendo i porti aperti tale diritto sarebbe meno garantito per i residenti è praticamente un *non sequitur*.

Ancora più stringenti sono gli obblighi internazionali tutelati dall'art. 10 Cost. co. 1 e co. 2. Lo *status* giuridico di tali obblighi, siano essi di origine consuetudinaria o pattizia, è equivalente a norme di rango sub-costituzionale[9]. Fra questi molteplici obblighi va menzionato, per la sua rilevanza nel caso in questione, il dovere di prestare soccorso, come

7. Per un inquadramento generale, si veda A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 136; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, p. 227.

8. Cfr. G. Bianco, *Persona e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2018.

9. La Corte costituzionale italiana si è espressa in tal senso in Corte cost., sent. 15.5.2001, n. 131; si veda, inoltre, Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349.

stabilito dalla Convenzione internazionale SAR di Amburgo [10], assolutamente incomprimibile da atti amministrativi[11]. Di recente, la Corte di cassazione ha ribadito che l'obbligo di prestare soccorso non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo in mare, ma di condurli in un luogo sicuro[12]. Nel caso qui in discussione, è decisivo aggiungere una ulteriore specificazione della Corte di cassazione circa la determinazione del luogo sicuro: «non può quindi essere qualificato «luogo sicuro», per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi metereologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse»[13].

Dal punto di vista sostanziale, le motivazioni addotte dal decreto risultano alquanto deludenti se non, in alcuni passaggi, addirittura contro-intuitive. L'insieme dei «considerato» e «visto», invece di chiarire, moltiplica le perplessità sullo strumento usato. Dal momento che in questione sono diritti e principi fondamentali dell'ordinamento, si potrebbe porre in dubbio che anche una legge ordinaria avrebbe potuto comprimerli in tal modo[14]. L'aspettativa era quindi di trovare una giustificazione solidissima per il ricorso ad uno strumento di legislazione secondaria della cui urgenza si può dubitare vista la distanza temporale dall'inizio dell'emergenza e i cui effetti sui diritti delle persone soccorse non sono trascurabili. Non aiutano la qualità degli argomenti il richiamo generico alla CEDU – senza alcuna specificazione di quali diritti siano presi in considerazione – e alla Convenzione di Ginevra sui diritti dei rifugiati che precedono le disposizioni del provvedimento, così come sorprende l'assenza di qualsiasi riferimento ai diritti costituzionali.

Questo probabilmente avviene perché il fulcro dell'argomentazione dei Ministri sta nell'idea che sia impossibile fornire un luogo sicuro durante l'emergenza sanitaria poiché, fondamentalmente, le strutture sanitarie, le forze dell'ordine e la gestione delle infrastrutture coinvolte verrebbero messe in condizioni di eccessiva, e nel lungo termine

10. Per un'analisi esaustiva si rinvia a C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, pp. 185-214.

11. *E.g.* cfr. Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare, 2 luglio 2019: «in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative... nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3... potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di "porti chiusi"».

12. Sull'obbligo di soccorso si rinvia alla recente analisi di I. Panicolopulu, G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, pp. 42-47.

13. Cass., sez. III pen., n. 06626/2020, p. 12.

14. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitario e la chiusura dei porti: i sommersi e i salvati*, in *Questione Giustizia*, 2020, http://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php.

insostenibile, pressione. Tali giustificazioni si ritrovano, all'interno del decreto, nella tutela della «funzionalità delle strutture sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19». I Ministri fanno intendere che sia il sistema nazionale sanitario sia le forze di polizia, impegnate a controllare il rispetto delle misure emergenziali sul territorio, verrebbero messe in condizioni di gravissimo disagio se dovessero provvedere a far sbarcare le persone soccorse e a porli in confinamento. Le perplessità sulla ragionevolezza di tale stima, visto i numeri recenti dei tentativi di attraversamento del Mediterraneo, sono molto forti. Lascia ancora più interdetti la giustificazione che riguarda la salute dei migranti, ai quali «deve essere assicurata l'assenza di minaccia per la propria vita, il soddisfacimento delle necessità primarie e l'accesso a servizi fondamentali sotto il profilo logistico, sanitario e di sicurezza». In altre parole, viene notato che gli stessi migranti sarebbero posti in condizioni di pericolo se i porti rimanessero aperti. Ma tale giudizio non viene sostenuto da alcuna comparazione e sembra quindi potersi inferire l'illogica conclusione che sarebbe più sicuro, per i migranti, rimanere sulla nave di soccorso.

3. I diritti umani e le tutele relative alla protezione internazionale

Nel caso, come quello di specie, in cui i naufraghi soccorsi in mare esprimano l'intenzione di chiedere asilo in Italia, il provvedimento assume ulteriori profili di illegittimità per contrarietà alle norme relative alla protezione internazionale. In seguito a ciò infatti essi assumono la qualifica di richiedenti asilo e tale circostanza innesca le ulteriori tutele previste dal diritto alla protezione internazionale.

Di particolare rilievo assumono il diritto di asilo costituzionalmente previsto e le regole di tutela di rifugiati e asilanti nella normativa nazionale e sovranazionale, incluso i divieti di non respingimento e di espulsioni collettive. Occorre quindi analizzare il decreto alla luce del diritto di asilo e del principio di non respingimento, nonchè dello stretto rapporto tra quest'ultimo e il già menzionato dovere di prestare soccorso.

3.1. Il diritto di asilo

Il diritto di asilo ricade tra i diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione. L'art. 10, co. 3 Cost. prevede che lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica. Tale norma ha carattere precettivo ed immediata operatività e attribuisce direttamente allo straniero un vero e proprio diritto

soggettivo all'ottenimento dell'asilo, qualora sia accertata la sussistenza del requisito[15]. Questo istituto non coincide esattamente con quello del riconoscimento dello *status* di rifugiato, introdotto nell'ordinamento italiano tramite la ratifica della Convenzione di Ginevra del 1951, ma ha una portata più ampia[16]. Se infatti lo *status* di rifugiato viene riconosciuto quando il richiedente ha subito, o ha il fondato timore di poter subire, specifici atti di persecuzione nel proprio Paese natio, per essere beneficiari dell'asilo politico è sufficiente che siano generalmente denegate le libertà fondamentali.

Il riferimento al «territorio della Repubblica» contenuto nel dettato costituzionale non richiede che l'istante vi si trovi nel momento della presentazione della domanda di protezione; al contrario, esso indica solo il luogo dove lo straniero potrà effettivamente beneficiare del diritto. È stato autorevolmente argomentato che non solo il richiedente asilo, per essere considerato tale ai fini dell'applicazione dell'art. 10, co. 3 Cost., possa trovarsi ancora al di fuori dell'Italia, ma anche debba essere messo in grado di raggiungerla, così che i pubblici poteri non possano ostacolare tale obiettivo, ma anzi debbano attivarsi per agevolarlo[17]. Ciò è dimostrato, da un lato, dalla lettera della norma, che non prevede la presenza in Italia quale prerequisito del diritto all'asilo, e dall'altro dalla sua frequente estensione extraterritoriale nella storia repubblicana italiana, costellata di esempi di riconoscimento di tale diritto in capo a soggetti non presenti sul territorio italiano, in seguito a cui le autorità italiane si sono adoperate per il successivo arrivo in Italia.

Tra l'altro, questa interpretazione è stata confermata dal Tribunale di Roma nel celebre caso Öcalan, che ha affermato incontrovertibilmente che «la presenza del richiedente il diritto di asilo non è condizione necessaria per il conseguimento del diritto stesso»[18], e più recentemente nella sentenza n. 22917/2019, con cui è stata accolta la «domanda di accertamento del diritto ad inoltrare domanda di protezione internazionale» presentata da un gruppo di stranieri che, dopo essere stato salvato in acque internazionali dalla Guardia Costiera italiana, era stato poi respinto verso la Libia. Il Tribunale ha illustrato come «il diritto di asilo di cui all'art. 10, co. 3, Cost. possa essere declinato nei termini di *diritto di accedere* nel territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale (in questi termini anche Cass. civ., sez. I, n. 25028/2005) e che in tale sede possa essere poi accertata la titolarità della

15. Cass., SU civ., sent. 26.5.1997, n. 4674; Cass., SU civ., sent. 17.12.1999, n. 907.

16. *Ibidem*.

17. M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018.

18. Trib. civ. Roma, sent. del 1.10.1999.

situazione giuridica soggettiva»[19]. Per questo motivo, sebbene manchi una disciplina legislativa specifica per casi del genere, il Tribunale ha ordinato l'ingresso dei ricorrenti in Italia tramite la diretta applicazione dell'art. 10, co. 3, Cost.

Questa ricostruzione indica chiaramente che impedire l'ingresso in Italia agli asilanti è contrario al diritto costituzionalmente previsto. Tale impedimento sarebbe legittimo solo qualora si avesse avuto modo di accertare che i richiedenti non soddisfano i requisiti soggettivi per beneficiare del diritto, attraverso una procedura condotta extraterritorialmente; ciò, però, certamente non può avvenire su una nave in mare, specialmente quando si tratti di imbarcazioni non governative e straniere. L'impossibilità di condurre questo accertamento determina innanzitutto l'obbligo per l'Italia di far sbarcare i richiedenti asilo, per poi procedere in un secondo momento al vaglio della domanda nel merito: l'art. 10 co. 3 costituisce al minimo un diritto soggettivo perfetto, in capo allo straniero presente alla frontiera o in qualche modo connesso alla giurisdizione italiana, ad entrare nel territorio dello Stato per presentare domanda di asilo.

3.2. Il principio di non-respingimento

Quanto espresso in tema di asilo *ex* art. 10 co. 3 Cost. è applicabile alle tutele internazionali per i rifugiati, vincolanti per l'Italia. L'automatismo del provvedimento interministeriale contrasta con il principio di non-respingimento (*non-refoulement*) di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, che costituisce una norma di *jus cogens* non derogabile in alcuna circostanza – neppure in virtù dell'emergenza sanitaria da Covid-19, come confermato dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)[20]. Tale principio è compreso anche negli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura e trattamenti disumani o degradanti) della CEDU, così come interpretati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). Il *refoulement* è proibito non solo verso il Paese di origine, ma anche verso un Paese di transito, ed è attivato ogni qualvolta vi siano fondati motivi di ritenere che respingimento, espulsione o estradizione possano comportare rischi di tortura, trattamenti inumani o degradanti, persecuzione o altre negazioni di libertà fondamentali nel territorio di quello Stato, tenendo conto anche dell'esistenza di gravi e sistematiche violazioni di diritti umani[21]. Inoltre, il divieto di respingimento agisce anche quando, nel caso concreto, la persona interessata non abbia

19. Trib. civ. Roma, sent. del 4.11.2019, n. 22917. Enfasi non presente nel testo originale.

20. ACNUR, Considerazioni giuridiche sull'accesso al territorio per le persone richiedenti protezione internazionale nel contesto della risposta al Covid-19, 16.3.2020.

21. Si veda l'art. 19, co. 1.1 del decreto legislativo 25.7.1998 n. 286 (Testo Unico per l'Immigrazione).

diritto al riconoscimento della protezione internazionale e persino quando la relativa domanda non sia stata presentata[22].

Il principio di non-respingimento ha anch'esso applicazione extraterritoriale. Come chiarito dalla Corte EDU in *Hirsi Jamaa c. Italia*, l'Italia è obbligata a rispettarlo quando effettua soccorsi in acque internazionali, in quanto i richiedenti si trovano sotto il suo controllo effettivo[23]. Tuttavia, si pone la questione dell'applicabilità o meno del principio di non-respingimento quando i naufraghi vengono salvati in alto mare da navi non battenti bandiera italiana.

La risposta va ricercata nella intrinseca extraterritorialità del principio stesso, che non viene attivato solo con l'ingresso fisico nel territorio dello Stato, bensì ha un ambito di applicazione più ampio. L'art. 33 della Convenzione di Ginevra vieta agli Stati parte di effettuare espulsioni o respingimenti «in qualsiasi modo». Un'interpretazione letterale non giustifica limitazioni della portata del divieto al solo interno del territorio dello Stato interessato, come confermato da ACNUR; infatti con la parola respingimento (*refoulement*, nell'originale francese) si intende anche l'atto del «mandare indietro» qualcuno che si presenti ai confini dello Stato, e non vi è alcuna indicazione che tale termine fosse inteso restrittivamente dagli autori della Convenzione[24].

Difatti, è stato più volte ribadito che il principio di non-respingimento comporta anche il divieto di «rifiuto di ingresso» o di «non ammissione» alla frontiera[25]. Pertanto questo principio, inderogabile anche in presenza di gravissime circostanze, si estende anche agli asilanti che si trovano nei pressi delle frontiere. È stata ad esempio chiarita l'illegittimità – per contrarietà alla Costituzione e agli obblighi internazionali in tema di respingimento – della prassi del trattenimento nelle zone di transito alla frontiera, inclusi negli *hotspot* e negli aeroporti internazionali, per un periodo prolungato e senza dare possibilità effettiva di presentare domanda di protezione internazionale[26]. Agli stranieri presenti alla frontiera devono essere riconosciuti i diritti fondamentali previsti dalle norme di diritto interno e dal diritto internazionale, incluso quelli di chiedere asilo e di non essere respinti verso territori

22. R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti,* in questa *Rivista,* n. 3.2019, pp. 40-41.

23. Corte EDU, *Hirsi Jamaa c. Italia*, appl. n. 27765/09, sent. del 23.2.2012.

24. ACNUR, Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di *non-refoulement* derivanti dalla Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967, Ginevra, 26.1.2007.

25. Si veda ad esempio ACNUR, Conclusioni adottate dal comitato esecutivo per la protezione internazionale dei rifugiati (1975-2017), 2017 [HCR/IP/3/Eng/REV. 2017].

In particolare, Conclusione n. 22 (XXXII) del 1981, secondo cui i richiedenti asilo dovrebbero essere ammessi nello Stato in cui prima cercano rifugio, almeno su base temporanea, nello scrupoloso rispetto del principio di non-respingimento, che comprende il non-rifiuto alla frontiera.

26. R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito,* cit.

pericolosi per la vita e le libertà[27]. In questo senso si è pronunciata anche la Corte d'appello di Milano, secondo la quale quando lo straniero si trova nell'area di transito al di là della frontiera è già nel territorio nazionale, con tutto ciò che ne deriva in ordine al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali[28].

Ad ulteriore conferma, ACNUR ha recentemente emesso delle considerazioni riguardanti la situazione dei richiedenti protezione internazionale in tempo di Covid-19, adducendo che sebbene gli Stati possano legittimamente mettere in atto misure preventive quali screening sanitari, test o quarantena, tali misure non possono in nessun modo comportare il diniego del diritto di chiedere asilo nè tantomeno risultare in un *refoulement*, incluso il rifiuto di ingresso alle frontiere o la non-ammissione sul territorio nazionale[29].

Le medesime considerazioni valgono per i soccorsi in mare, in quanto il concetto di frontiera comprende anche i confini marittimi[30]. I richiedenti asilo sono protetti dal *refoulement* anche quando si trovano su una nave in prossimità delle acque territoriali italiane, e non a caso è stato osservato che la frontiera italiana in mare è la «soglia ove si compie il respingimento in senso stretto»[31]. I richiedenti asilo salvati in mare dovrebbero essere sempre ammessi all'interno del territorio nazionale, almeno su a base temporanea, e gli Stati dovrebbero facilitare il loro sbarco nel porto più vicino per poi procedere all'esame della richiesta, o al ricollocamento dei migranti[32]. In definitiva, il decreto in esame viola il principio di non-respingimento.

Da ultimo, il decreto è anche in aperto conflitto con il divieto di espulsioni collettive sancito dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 19) e dal Protocollo n. 4 della CEDU (art. 4), come elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU a partire da *Hirsi Jamaa c. Italia*: le domande di protezione internazionale devono essere esaminate individualmente e caso per caso. Il decreto, al contrario, prevede un rifiuto automatico e indiscriminato per tutte le persone soccorse in mare in determinate circostanze, individuate sulla base di criteri del tutto casuali, quali il luogo di soccorso e la bandiera della nave che li ha tratti in salvo. Questo aspetto pone seri dubbi circa la ragionevolezza della parte motiva del decreto, laddove dichiara di non potere assicurare i requisiti di sicurezza dei porti italiani, ma solo per i casi menzionati.

27. Art. 2, co. 1, TU immigrazione,

28. Corte d'appello di Milano, sent. n. 1292/2018.

29. ACNUR, 16.3.2020, cit.

30. ACNUR, 2017, cit.

31. M. Malena, *Respingimenti, rinvii forzati e politiche di "non arrivo"*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione*, a cura di F. Angelini *et al.*, Napoli, Jovene Editore, 2011, p. 48.

32. Conclusione n. 23 (XXXII) del 1981.

Infine, va rilevato che vi sono anche altre fonti di diritto vincolanti per l'Italia, quali ad esempio il Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici e la normativa europea, che sebbene non analizzati in questa sede espandono e rafforzano ulteriormente le tutele connesse alla protezione internazionale e le relative responsabilità dell'Italia. Appare chiaro che in virtù degli univoci standard domestici e internazionali in tema di respingimento ed espulsioni collettive gli Stati dovrebbero garantire l'ammissione dei richiedenti asilo nel loro territorio, almeno su base temporanea, per determinare il loro *status* e le loro eventuali esigenze di protezione. Come minimo, gli Stati dovrebbero garantire adeguate procedure presso le frontiere per consentire la richiesta di asilo, operazione che non può certo essere effettuata su navi (in particolare quelle private e straniere), come rilevato dalla Cassazione. Ciò significa che il meccanismo automatico di respingimento previsto dal decreto viola il principio perentorio di *non-refoulement*.

3.3. Il diritto di sbarco in un posto sicuro

Il diritto di asilo e il divieto di non respingimento sono strettamente interconnessi al dovere di prestare soccorso in mare, già affrontato nella sezione 2 di questo contributo, e al conseguente obbligo degli Stati di cooperare affinché i profughi siano sbarcati in un posto sicuro, sulla base norme di diritto internazionale consuetudinario positivizzate dalle principali Convenzioni di diritto marittimo.

Questa connessione è stata evidenziata in numerose decisioni della Corte EDU e dei Tribunali italiani[33]. Da ultimo, è stata confermata dalla Cassazione nel caso concernente la *Sea Watch 3*, la nave umanitaria battente bandiera straniera che nel giugno 2019, dopo aver chiesto l'assegnazione di un «posto sicuro» in cui far sbarcare 53 persone soccorse in acque internazionali, si era vista negare l'ingresso nelle acque territoriali italiane. Dopo settimane di attesa e alla luce di problematiche crescenti, il Capitano dell'imbarcazione Carola Rackete decideva di violare il divieto formale di ingresso ed entrava nel porto di Lampedusa. Da tale inadempimento scaturiva un procedimento penale a carico del Comandante Rackete, che si concludeva poi nel gennaio 2020 con la conferma del proscioglimento da parte della Cassazione.

La Suprema Corte nella sua decisione assolutiva ha ricostruito l'impianto normativo relativo al «dovere di salvataggio» nell'ambito del diritto del mare e del diritto internazionale consuetudinario, dovere che implica l'obbligo accessorio per gli Stati di

33. Si vedano ad esempio: Trib. pen. di Agrigento, sent. del 7.10.2009, n. 954 (*Cap Anamur*); GIP di Ragusa, decr. 16.4.2018, n. 1182 (*Proactiva Open Arms*); richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero di Palermo del 28.5.2018, RGNR n. 9039/17; GIP di Trapani, decr. del 23.5.2019, n. *omissis* (*Vos Thalassa*).

«consentire lo sbarco in un posto sicuro». In tale ottica le autorità governative devono cooperare con i Comandanti delle navi soccorritrici al fine di sollevarli al più presto dagli oneri conseguenti al salvataggio, e devono adoperarsi per individuare e rendere disponibile un «posto sicuro» nel quale far sbarcare le persone soccorse. Questo «posto sicuro» è un luogo nel quale siano rispettati tutti i diritti fondamentali dell'uomo, incluso quello di chiedere asilo. In particolare, la Corte ha ricostruito, argomentando a partire dalle tutele del diritto marittimo lette congiuntamente a quelle dei diritti umani e del diritto di asilo, un vero e proprio diritto di sbarco dei migranti salvati al fine di poter inoltrare la domanda di protezione internazionale. Nelle parole della Suprema Corte, «[non] può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave»[34]. Sostanzialmente, dal diritto di essere soccorsi in mare deriva il diritto di essere fatti sbarcare in un posto sicuro, dove cioè sia garantito il «diritto a presentare domanda di protezione internazionale»; dalla violazione di tali diritti discende l'illegittimità del decreto con cui era stato vietato alla *Sea Watch 3* l'ingresso in acque nazionali, in quanto incompatibile con obblighi costituzionali e internazionali.

Appare evidente che il concetto di «luogo sicuro» menzionato nei consideranda del decreto non possa essere interpretato come elemento giustificativo della previsione di un generico divieto di sbarco; al contrario, l'impianto normativo del diritto marittimo stesso interviene a rafforzare le tutele delle persone salvate in mare, richiedendo che esse vengano sbarcate al più presto in un luogo ove siano garantite le loro libertà fondamentali e i diritti umani, incluso quello di richiedere la protezione internazionale. Nè può valere come giustificazione l'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, anch'esso citato nella premessa decretizia, che regola la possibilità di impedire il passaggio di navi straniere in acque nazionali quando esso sia pregiudizievole per la pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero in quanto violi, *inter alia*, norme nazionali sanitarie o sull'immigrazione. L'eccezione prevista dall'art. 19 infatti è stata erroneamente invocata; per *ratio* e collocazione sistematica essa si applica a fattispecie diverse, mentre non può derogare il dovere di salvare (e di conseguenza far sbarcare in sicurezza) persone alla deriva in mare, che è una norma di diritto consuetudiario sovraordinata, nonchè inderogabile secondo la Convenzione stessa. Tale fonte di rango superiore prevale tra

34. Cass., n. 06626/2020 *supra*, p. 12.

Per un approfondimento sul procedimento penale a carico del Capitano Rackete e le conclusioni della Suprema Corte, v. C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit.

l'altro sulle stesse leggi e regolamenti domestici, specialmente su un decreto amministrativo quale quello in esame.

In conclusione, vi è grande coerenza tra il dovere di salvare e far sbarcare i naufraghi in un posto sicuro, il divieto di *refoulement* e il diritto di chiedere asilo. Il decreto interministeriale in questione incide gravemente su materie coperte da riserva di legge e disciplinate da Convenzioni internazionali inderogabili e dalla Costituzione. È già stata evidenziata *supra* l'inadeguatezza dello strumento decretizio, atto di natura amministrativa, a derogare obblighi internazionali; *a fortiori* tale decreto non può essere idoneo a comprimere norme di *jus cogens* quali il principio di non-respingimento, nè diritti soggettivi di rango costituzionale quale il diritto di richiedere l'asilo politico.

4. Conclusione

Nel complesso, il decreto interministeriale banalizza la prassi di chiudere i porti con un provvedimento che risulta *ad hoc* (*rectius*, *ad navem*) e che non tiene in conto né i profili costituzionali né gli obblighi internazionali dell'Italia. Il rischio è quello di consolidare una prassi nefasta di gestione degli sbarchi con atti amministrativi e senza alcun rispetto per diritti inderogabili.

Su ricorso dell'ARCI Roma, il Tar del Lazio sezione terza in composizione monocratica è stato recentemente chiamato ad esprimersi sulla richiesta urgente e in via cautelare di sospensione degli effetti del decreto. Con decreto monocratico, in data 22 aprile 2020[35], il giudice delegato ha respinto il ricorso, sostenendo che l'atto adottato dai ministri «è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l'attuale situazione di emergenza da Covid-19, e la conseguente impossibità di fornire un "luogo sicuro", senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio». Il Tar quindi recepisce in pieno le motivazioni a sostegno del decreto in base ad un automatismo per il quale durante una emergenza come quella da Covid-19 non si può mettere in discussione la valutazione sulla sostenibilità presentata, con superficialità, dai ministri. Il Tar ha poi confermato il rigetto della medesima istanza cautelare nell'udienza collegiale tenutasi in Camera di Consiglio il 20 maggio 2020[36], rinviando la trattazione sostanziale all'udienza di merito fissata per il 20 luglio 2020 e riservando a tale sede la valutazione circa la rispondenza del decreto alle norme internazionali.

35. Tar Lazio (terza sezione), decreto n. 3066/2020.
36. Tar Lazio (terza sezione), ordinanza n. 02855/2020.

La scelta di respingere la richiesta di sospensione cautelare degli effetti del decreto appare forse condivisibile, considerando l'insussistenza attuale del *fumus boni juris* e del *periculum in mora* nel caso *de quo*; da non dimenticare è però che il decreto impugnato non ha valenza solo per il caso di specie, trattandosi di un atto generale valido per tutti i casi futuri sino al termine dell'emergenza sanitaria, peraltro potenzialmente prorogabile.

È importante quindi ricordare come il decreto abbia l'effetto pratico di limitare diritti, quali quelli di chiedere asilo, di non essere respinti verso situazioni di pericolo e di essere soccorsi in mare e poi sbarcati in un posto sicuro, che sono giuridicamente incomprimibili e inderogabili anche in situazioni di emergenza. A ciò si aggiunga che, considerati gli esigui numeri degli sbarchi negli ultimi mesi e i limitati casi di contagio tra i richiedenti asilo arrivati negli ultimi, la misura adottata appare abnorme e non rispondente ai criteri di proporzionalità e necessarietà. La speranza è quindi che, nell'udienza di merito, venga effettuata una valutazione conforme agli obblighi nazionali e internazionali, onde evitare "deroghe di fatto" per mezzo di uno strumento, quello decretizio, inidoneo a regolare (tantopiù violare) diritti di rango costituzionale e sub-costituzionale.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

MISURE ALTERNATIVE AL TRATTENIMENTO E GARANZIE DIFENSIVE: COMMENTO ALLA SENTENZA N. 280/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Guido Savio

Abstract: *La direttiva 115/2008/CE consente agli Stati membri di disporre il trattenimento degli stranieri il cui soggiorno è irregolare sempre che non possano essere adottate altre misure meno coercitive. Per questo motivo il legislatore italiano è stato costretto a prevedere misure alternative al trattenimento in occasione della trasposizione nel diritto interno della citata direttiva. Trattandosi di misure limitative della libertà personale il legislatore ha previsto la convalida giurisdizionale tuttavia senza udienza, limitandosi ad un contraddittorio meramente cartolare ed eventuale, della cui legittimità – con riferimento agli artt.13 e 24 Cost. – ha dubitato la Corte di cassazione. La Consulta ha ritenuto infondate le questioni dedotte ritenendo che il contraddittorio cartolare, senza celebrazione di un'udienza, fosse sufficiente a garantire sia la riserva di giurisdizione che il diritto di difesa, potendo quest'ultimo modularsi in modo differente a seconda dell'intensità della limitazione della libertà personale. La disamina critica della sentenza, svela però la possibilità di individuare altri profili di illegittimità che si auspica verranno sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale.*

Abstract: *Directive 2008/115/EC allows Member States to place in detention third country nationals illegally staying if less coercive measures cannot be implemented. With its implementation in the Italian legal order, the legislator was forced to provide alternative measures to detention. As these measures limit personal freedom, the legislator provided for judicial review without a hearing, a system whose legality was put in question by the Corte di Cassazione (Italian Supreme Court) with reference to art.13 and art.24 of the Constitution. The Constitutional Court found the provision in full respect with the Constitution, saying that the review without a hearing is without prejudice to both the jurisdiction reserve and the right of defence, as the latter could be balanced with the limitation of personal freedom in line with the principle of proportionality. The critical examination of the judgment pointed out to new potential grounds of illegality for future scrutiny by the Constitutional Court.*

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

MISURE ALTERNATIVE AL TRATTENIMENTO E GARANZIE DIFENSIVE: COMMENTO ALLA SENTENZA N. 280/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Guido Savio*

SOMMARIO: 1. Cosa sono le misure alternative al trattenimento e quando si applicano. – 2. La procedura applicativa delle misure alternative. – 3. La questione di legittimità costituzionale. – 4. La decisione della Corte costituzionale e le sue conseguenze. – 5. Brevi note conclusive.

1. Cosa sono le misure alternative al trattenimento e quando si applicano

L'art. 15, § 1, della direttiva n. 115/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini dei Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (meglio nota come «direttiva rimpatri»), stabilisce che gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, quando sussiste un rischio di fuga ovvero il cittadino del Paese terzo evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Tale previsione è però preceduta dalla precisazione «salvo che nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive», e ciò a riprova del carattere residuale del trattenimento che deve essere effettuato solo se nessuna altra misura meno restrittiva possa essere in concreto applicata, al fine di evitare che il cittadino del Paese terzo si sottragga all'obbligo di rimpatrio.

Prima della riforma conseguente al tardivo recepimento, nel diritto interno, della direttiva rimpatri, l'ordinamento italiano non prevedeva misure alternative al trattenimento: l'esecuzione dei provvedimenti ablativi doveva essere effettuata immediatamente con accompagnamento coattivo alla frontiera e, solo se questo non fosse subito attuabile per indisponibilità di idoneo vettore o per necessità di procedere alla compiuta identificazione dello straniero – con riguardo alla sua identità e nazionalità – la legge prevedeva esclusivamente il trattenimento amministrativo, per il tempo necessario a superare gli ostacoli che si frapponevano all'esecuzione dell'atto ablativo, con limiti temporali massimi la cui durata variava secondo le ondivaghe opzioni – più o meno

* Avvocato.

securitarie – dei governi che si sono succeduti nel tempo. Tuttavia, il legislatore del 2002 (l. 189/2002, c.d. Bossi-Fini) essendo ben conscio sia dell'impossibilità oggettiva di effettuare sempre accompagnamenti alla frontiera con immediatezza, che dei limiti di capienza dei Centri di trattenimento, insufficienti a trattenere tutti i destinatari di misure ablative, aveva previsto – con l'art. 14. co. 5-*bis*, d.lgs. 286/98 – che, ove non fosse possibile effettuare né l'accompagnamento immediato alla frontiera né il trattenimento, il questore ordinasse allo straniero di allontanarsi *motu proprio* dal territorio nazionale entro il termine perentorio di cinque giorni; l'inottemperanza – senza giustificato motivo – a tale ordine era sanzionata penalmente con la reclusione da uno a quattro anni, con previsione di arresto obbligatorio in flagranza e procedimento con rito direttissimo (art. 14 co. 5-*ter* e *quater*, d.lgs. 286/98), cui seguiva l'adozione di una nuova espulsione.

Quindi, prima del recepimento della direttiva rimpatri nell'ordinamento interno, avvenuto con l. 129/2011, l'esecuzione di espulsioni e respingimenti poteva avvenire solo con l'accompagnamento immediato e coattivo alla frontiera, eventualmente previo trattenimento nei Centri di detenzione amministrativa, ovvero, ove le due opzioni principali non fossero percorribili, con l'ordine di allontanamento impartito dal questore; non erano dunque previste diverse misure *sufficienti ma meno coercitive* rispetto al trattenimento.

Fu così che, al dichiarato fine di adeguare l'ordinamento interno a quello unionale, l'art. 3, co. 1, lett. d) n. 2, d.l. 23.6.2011 n. 89, convertito, con modificazioni, nella l. 2.8.2011, n. 129[1], introdusse, nel corpo dell'art. 14, d.lgs. 286/98 (rubricato «esecuzione dell'espulsione»), il nuovo comma 1-*bis*, disciplinante, appunto, le misure alternative al trattenimento.

Ai sensi dell'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98 il questore – autorità di pubblica sicurezza deputata alla esecuzione di tutte le espulsioni[2] – in luogo del trattenimento amministrativo ha facoltà di disporre, a suo insindacabile giudizio, una o più delle seguenti misure:

a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento dell'accompagnamento coattivo verso il Paese di destinazione dello straniero;

1. Per una disamina dell'impatto del recepimento della direttiva rimpatri nel sistema espulsivo italiano si rinvia a A. Liguori *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia* e G. Savio *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri* in questa *Rivista* n. 3.2011, p. 30.

2. La Corte di cassazione ha precisato che le misure alternative al trattenimento attengono alla fase dell'esecuzione coattiva dell'espulsione amministrativa e hanno, di conseguenza, la finalità di garantire, mediante la graduazione della libertà personale, l'attuazione dell'ordine di allontanamento dal territorio. Cass. civ., sez. I, sent. 27692/2018, pubblicata il 30.10.2018.

b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, ove lo straniero possa essere agevolmente rintracciato al momento in cui si riesce ad organizzare l'accompagnamento;

c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente per il tempo necessario all'esecuzione del rimpatrio.

Si tratta di misure, com'è intuitivo notare, potenzialmente illimitate nel tempo, perché la legge non determina limiti temporali massimi, che determinano restrizioni aventi un diverso grado di intensità coercitiva, che tuttavia, secondo la discrezionalità esclusiva dell'autorità questorile, può variare a seconda che si applichino singolarmente o cumulativamente. Discrezionalità assoluta, posto che la legge non indica né i criteri cui deve attenersi il questore nell'individuazione di quali misure disporre nell'ambito della terna legislativamente prevista, né quelli che ne suggeriscono il cumulo.

La facoltà di applicare le misure in questione non è però assoluta, essendo normativamente vincolata a due presupposti, uno positivo – lo straniero deve essere in possesso di passaporto o altro documento equipollente valido, e l'altro negativo – l'espulsione non deve essere disposta per motivi di pericolosità sociale ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98, né nei casi di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato di cui all'art. 13, co. 1, l. cit. e nemmeno in quelli per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale, previsti dall'art. 3, co. 1, d.l. n. 144/2005 convertito, con modificazioni, nella legge n. 155/2005[3]. Consegue che dette misure possono essere applicate solo nei confronti di uno straniero identificato con passaporto[4] ed espulso per motivi di ingresso o soggiorno illegale (art. 13, co. 2, lett. a) e b), d.lgs. 286/98), con esclusione, quindi, dei *soi disants* e di quanti sono considerati pericolosi dall'autorità emanante il provvedimento ablativo[5].

L'applicazione dell'istituto in esame è stata successivamente estesa ai casi di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale disciplinato all'art. 6, co. 5, d.lgs.

3. Vedi G. Mentasti, *La Cassazione civile esclude che le misure alternative al trattenimento siano applicabili per mere ragioni di pubblica sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo* 23.1.2019, commento a Cass. civ., sez. I, sent. n. 27692/2018 pubblicata il 30.10.2018. Cfr. altresì G. Savio, *Il trattenimento amministrativo dello straniero nei centri per i rimpatri non può avere finalità di prevenzione e di ordine pubblico, pena la sua radicale illegittimità*, in *Questione giustizia* 6.12.2018.

4. La mancanza di passaporto o di altro documento valido per l'espatrio impedisce l'adozione di misure alternative, così Cass. civ., sez. I, sent. n. 7829/19, pubblicata il 20.3.2019.

5. Cass. civ., sez. VI, ord. n. 5582/2018, pubblicata in data 8.3.2018, ha escluso che le misure alternative possano essere applicate nei confronti dello straniero condannato per gravi reati e sottoposto a misure di prevenzione.

142/2015 di attuazione delle direttive 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza)[6] e 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure).

2. La procedura applicativa delle misure alternative

Le misure in esame sono adottate con provvedimento motivato che dispiega la sua efficacia dal momento della notifica al destinatario che deve essere disposta con le modalità di cui all'art. 3, co. 3 e 4 del regolamento di attuazione del Testo unico immigrazione (d.p.r. 394/99), cioè con consegna a mani proprie dell'atto contenente le modalità di eventuale impugnazione, la sua traduzione in lingua a lui comprensibile e l'informazione del diritto di essere assistito da un difensore (officioso o fiduciario), nonché della possibilità di ammissione al patrocino a spese dello Stato.

Il citato art. 14, co. 1-*bis* prevede che queste misure, essendo incidenti sulla libertà personale, debbano esser convalidate dall'autorità giudiziaria, infatti, stabilisce che il provvedimento che le dispone sia comunicato entro 48 ore dalla sua notificazione al Giudice di pace competente territorialmente (ovvero alla sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale, nel caso di richiedente protezione internazionale) che si deve pronunciare sulla convalida[7] entro le successive 48 ore[8].

La peculiarità di questa convalida è la sua dimensione esclusivamente cartolare, senza fissazione di udienza, sicché il contraddittorio è meramente eventuale, secondo queste cadenze: il provvedimento questorile che dispone la misura reca l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni[9] al giudice della convalida (senza previsione di alcun termine, ma si suppone in tempo utile prima della decisione sulla convalida), successivamente alla concessione della convalida, su

6. L'art. 8, §2, direttiva 2013/33/UE prescrive che «Ove necessario e sulla base di una motivazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo che non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive».

7. La Cassazione ritiene che in sede di convalida delle misure alternative non possono essere valutate le circostanze personali (nella specie la presenza di un figlio minore disabile) del destinatario, che, invece, possono costituire oggetto di cognizione del giudice investito dell'impugnazione del decreto di espulsione, Cass. civ., sez. I, ord. n. 3007/2018 del 7.2.2018. La Corte ha dunque ribadito l'orientamento consolidato della c.d. doppia tutela, incentrato sul sindacato a cognizione piena in sede di ricorso contro l'espulsione, e su quello solo limitato alla mera esistenza formale ed efficacia dell'atto presupposto in sede di convalida.

8. Il termine di 48 ore per la convalida decorre dal momento della comunicazione del provvedimento da parte del questore al giudice, senza considerare il massimo lasso temporale consentito alla P.A. per l'invio degli atti che decorre dal momento della loro adozione. Cfr. Cass. civ., sez.VI, ord. n. 24604/2017, pubblicata il 18.10.2017 e ord. 26123/2017 pubblicata il 2.11.2017.

9. Se il destinatario della misura con apposita memoria lamenta la mancata concessione del termine per la partenza volontaria (ai sensi dell'art. 13, co. 5 e 5.1, d.lgs. 286/98), il giudice ha l'obbligo di pronunciarsi sulla questione, così Cass. civ., sez. VI., ord. n. 26125/2017, pubblicata il 2.11.2017.

richiesta dell'interessato, il giudice può modificare o revocare le misure disposte,[10] sentito il questore.

Infine, occorre precisare che la violazione di anche una di tali misure è sanzionata penalmente con la multa da 3.000 a 18.000 euro e si procede ad espulsione immediata con accompagnamento coattivo alla frontiera, previo eventuale trattenimento o ordine questorile di allontanamento. L'effetto dell'inottemperanza alle misure alternative è pertanto duplice: sanzione penale ed espulsione coatta.

3. La questione di legittimità costituzionale

È proprio con riferimento alla procedura applicativa sopra descritta e, in particolare, alle modalità con cui si perviene alla convalida delle misure alternative al trattenimento, che la prima sezione civile della Corte di cassazione, con due ordinanze di identico tenore (entrambe del 7.9.2018)[11], ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida della misura dell'obbligo di presentazione presso l'ufficio della forza pubblica, si svolga in udienza, con la partecipazione necessaria del difensore dell'interessato, per preteso contrasto con gli artt. 13 e 24, co. 2 Cost.

Nel caso al vaglio della Corte remittente, il destinatario ricorre avverso il decreto di convalida delle misure alternative della consegna del passaporto e dell'obbligo di presentazione all'ufficio di polizia, censurandolo sotto il profilo della mancata celebrazione di un'udienza dinnanzi al giudice, con la necessaria partecipazione del difensore. Assume parte ricorrente che, anche se la celebrazione dell'udienza non è prevista dalla legge, conviene giungere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, atteso che il contraddittorio orale, con la presenza di un difensore – nominato d'ufficio, in assenza di difesa fiduciaria – costituisce un profilo essenziale del diritto di difesa e del giusto processo in tema di libertà personale, anche in considerazione del fatto che le misure in questione sono funzionalmente preordinate all'espulsione dello straniero e, quindi, dovrebbero godere delle medesime garanzie costituzionali previste per il trattenimento.

Ad avviso della Corte, non è tuttavia possibile addivenire ad un'interpretazione conforme, atteso l'insuperabile dato letterale della norma che prevede espressamente la

10. La possibilità di chiedere al giudice la revoca o la modifica delle misure in questione, esclude la possibilità di proporre il riesame, né è prevista dall'ordinamento la richiesta di revoca della convalida, che è cosa diversa dalla revoca della misura, Cass. civ., sez. VI, ord. n. 26126/2917, pubblicata il 2.11.2017.

11. Si tratta delle ordinanze interlocutorie n. 21930/2018 e 21931/2018 di cui si era data notizia nella rassegna di giurisprudenza italiana «Allontanamento e trattenimento» di questa *Rivista*, n. 3.2018.

facoltà di presentare memorie come alternativa alla celebrazione dell'udienza di convalida con la necessaria assistenza del difensore, sicché non si ravvisano alternative alla dichiarazione di non manifesta infondatezza della questione d'incostituzionalità.[12]

La motivazione dell'ordinanza muove da un precedente analogo (relativo all'art. 6, co. 3, l. 13.12.1989, n. 401[13]) che prevede la facoltà del questore di prescrivere – per determinate persone distintesi per comportamenti violenti in occasione di manifestazioni sportive – l'obbligo comparizione presso gli uffici di polizia negli orari coincidenti con tali manifestazioni, al dichiarato fine di impedirne la partecipazione. Con la sentenza n. 144/1997, la Corte costituzionale escluse l'incompatibilità di tale istituto con gli artt. 13 e 24 Cost. salvo nella parte in cui non prevedeva che la notifica del provvedimento questorile non conteneva l'avviso che l'interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo del difensore, memorie o deduzioni al giudice, allo scopo di garantire all'interessato l'esercizio delle sue facoltà difensive. In quella occasione la Consulta osservò come il diritto di difesa «ammette una molteplicità di discipline, in rapporto alla varietà dei contesti, delle sedi e degli istituti processuali ... al punto che la stessa assistenza del difensore può e deve trovare svolgimento in forme adeguate sia alla struttura del singolo procedimento o dell'atto che va adottato, sia alle esigenze sostanziali del caso sottoposto all'attenzione del giudice».

Inoltre, sempre con riferimento all'obbligatorietà della difesa tecnica in materia di libertà personale, la Corte remittente ricorda altra decisione della Consulta – sent. n. 160/1995 – secondo cui «l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva, con conseguente necessità che il giudice provveda alla nomina di un difensore d'ufficio in mancanza di un difensore di fiducia, opera con riferimento al processo penale ... in cui viene in rilievo il valore fondamentale della libertà personale».

Tuttavia, pur nella consapevolezza che, secondo la pregressa giurisprudenza costituzionale, l'obbligatorietà della difesa tecnica è stata modulata sulla base del criterio del grado, maggiore o minore, di incidenza concreta di ogni misura sul diritto fondamentale alla libertà personale, la Suprema Corte ritiene che l'obbligo di presentazione ad un ufficio di polizia (non anche la consegna del passaporto, evidentemente) previsto dall'art. 14, co. 1-*bis* cit. differisca significativamente dall'analogo obbligo di presentarsi al posto di polizia in occasione di aventi sportivi, sotto molteplici profili. Innanzitutto v'è una significativa differenza funzionale: una cosa è

12. Per la diretta applicabilità delle garanzie previste per la convalida del trattenimento anche alle ipotesi di applicazione delle misure alternative si veda S. Casciaro, *La detenzione amministrativa e la convalida*, pubblicata il 3.12.2018, sul sito on line www.magistraturaindipendente.it.

13. Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche.

impedire di andare alla partita, altra cosa è impedire di sottrarsi ad un'espulsione con accompagnamento coattivo, cui consegue un divieto di reingresso per un periodo da tre a cinque anni (corredato da grave sanzione penale in caso di sua violazione); il livello di intensità dell'incidenza della analoga misura sulla libertà personale in posizione prospettica è evidentemente differente, se si considera che solo in sede di convalida possono efficacemente farsi valere eventuali condizioni di inespellibilità.

Inoltre, secondo i remittenti, occorre considerare la peculiarità del destinatario dell'avviso di partecipazione meramente cartolare alla convalida: nel caso in questione trattasi di persone straniere «presumibilmente inibite da limiti culturali e sociali che ne ostacolano le consapevolezze, nonché le capacità di autodifesa».

Di qui la considerazione della rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale.

4. La decisione della Corte costituzionale e le sue conseguenze

Con la sentenza n. 280/2019, pubblicata il 27 dicembre scorso, la Corte ha dichiarato l'infondatezza delle questioni.

Dopo un'esauriente ricostruzione del quadro normativo, obiettivamente complesso, nel quale si inseriscono le dedotte questioni ed una puntigliosa ricostruzione delle stesse, la Corte conviene con i remittenti circa l'impossibilità di pervenire, in via interpretativa, alla previsione della necessità di celebrare l'udienza di convalida delle misure alternative al trattenimento, con la partecipazione necessaria del difensore. Invero, ad avviso della Consulta, dal tenore della disposizione scrutinata è inequivoca la volontà del legislatore di prevedere due distinte forme di convalida: una con svolgimento dell'udienza, per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera, e l'altra, meramente cartolare e a contraddittorio eventuale.

Tanto premesso, la questione è infondata con riferimento ai parametri evocati (artt. 3 e 24 Cost.) che definiscono il perimetro della questione (quasi a lasciare intendere che qualora fossero evocati altri profili la soluzione potrebbe essere diversa), proprio sulla base della sentenza n. 144/1997, peraltro richiamata – come sopra esposto – dalla stessa Corte remittente. Così come la Consulta affermò che a fronte del provvedimento del questore che impone l'obbligo di presentazione agli uffici di polizia in concomitanza con lo svolgimento di manifestazioni sportive le garanzie di cui agli artt. 3 e 24, co. 2, Cost. sono rispettate dalla facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore all'uopo nominato, osservazioni o deduzioni scritte al giudice, analogamente deve ritenersi per le misure alternative al trattenimento, sia pure con alcune precisazioni. Ed è proprio su queste ultime che conviene soffermarsi perché è in quelle pieghe che si disvelano la chiave di lettura della sentenza, e, come si dirà, anche i suoi limiti.

In effetti, la sentenza pone l'accento su due profili specifici della disciplina delineata dal legislatore, entrambi previsti da una norma regolamentare (pur espressamente richiamata dalla disposizione censurata): si tratta dell'obbligo di traduzione del provvedimento del questore e della possibilità, per lo straniero privo di difensore fiduciario, di esser assistito da un difensore d'ufficio, di cui all'art. 3, co. 3 e 4, d.p.r. 394/99.

La sottolineatura di queste disposizioni è strettamente correlata alle difficoltà, paventate dalla Corte remittente, relative alla piena comprensione dell'avviso di presentare memorie o deduzioni al giudice della convalida da parte di destinatari che, verosimilmente, hanno poca dimestichezza con la lingua italiana, versano in condizioni di marginalità sociale e, pertanto, difettano di capacità di autodifesa.

Quanto al diritto all'assistenza linguistica, la decisione in esame richiama la sentenza n. 257/2004, con cui la Corte affermò la possibilità, per il giudice penale, di assolvere dal reato d'inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto dal questore, previsto dall'art. 14, co. 5-*ter*, d.lgs. 286/98, il trasgressore che avesse assunto a sua discolpa la mancata conoscenza del provvedimento presupposto in conseguenza dell'omessa traduzione in lingua a lui nota. Tale riferimento lascia intendere, anche se la sentenza in commento non lo dice espressamente, che anche il trasgressore ad una o più misure alternative, ove dimostrasse che la violazione fosse conseguente ad ignoranza incolpevole del provvedimento notificatogli – in ragione della omessa o insufficiente traduzione in lingua a lui nota – dovrebbe essere assolto dallo specifico reato previsto dall'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98. Il che, sia detto a chiare lettere, incide concretamente assai poco sulle sorti del trasgressore, posto che l'eventuale procedimento penale, di competenza del Giudice di pace, verrebbe celebrato dopo parecchio tempo dall'accertamento della violazione, quando invece, nelle more, troverebbe immediata applicazione l'espulsione coattiva con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (che, come abbiamo precisato alla fine del secondo paragrafo, è l'altra conseguenza della violazione di queste misure). Espulsione per la cui esecuzione – per espressa previsione normativa[14] – non è richiesto il nulla osta del giudice che procede per la specifica fattispecie delittuosa, che pertanto emetterà sentenza d'improcedibilità per intervenuta espulsione, a mente dell'art. 13, co. 3-*quater*, d.lgs. 286/98. E così l'ignaro contravventore non avrà neanche modo di giustificare la violazione dinnanzi al suo giudice naturale, con conseguente menomazione del suo diritto di difesa. Inoltre, anche ammettendo che l'ignaro contravventore proponesse tempestivo ricorso avverso il secondo decreto di espulsione

14. Art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98.

(emanato in conseguenza della violazione di una o più misure alternative disposte a garanzia dell'adempimento dell'espulsione originariamente disposta), allegando a sua discolpa l'ignoranza incolpevole della violazione delle misure alternative, in ragione dell'immediata esecutività del provvedimento ablativo vedrà deciso il suo ricorso ad espulsione eseguita, cioè a cose fatte. Infine, costui nemmeno avrà molte *chances* di far valere l'ignoranza incolpevole in sede di convalida dell'accompagnamento immediato, posto che – com'è noto – la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che i poteri del giudice della convalida (sia del trattenimento che dell'accompagnamento) sono limitati a valutare l'esistenza e l'efficacia del decreto espulsivo, salvo i casi di manifesta illegittimità dello stesso[15]: ipotesi che, a rigore, non ricorre nel caso qui ipotizzato, perché trattasi di illegittimità non propria del secondo decreto espulsivo, bensì derivata dall'illegittimità dell'omessa o insufficiente o errata traduzione del provvedimento che ha disposto le misure alternative al trattenimento, che sta all'origine dei successivi provvedimenti adottati a cascata.

Ed allora, l'ovvia considerazione, riportata nella motivazione della sentenza in commento, secondo cui «la traduzione del provvedimento del questore, in lingua nota all'interessato o in una delle lingue "veicolari", risponde a criteri ragionevolmente funzionali, e nella loro necessaria astrattezza idonei a garantire che, nella generalità dei casi, gli atti della pubblica amministrazione concernenti questa materia siano conoscibili dai destinatari, nel loro contenuto e in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla loro violazione», si scontra, e per così dire s'infrange, contro il contorto marchingegno espulsivo delineato dal legislatore: una sorta di "scatole cinesi" dalle quali è assai difficile uscirne. La necessaria astrattezza, cui fa forse inconsapevole cenno la Consulta, si svela in tutta la sua evidenza, senza che nessuno l'avverta, se non i destinatari di queste norme.

Il secondo aspetto della questione riguarda, come detto, la previsione della possibilità di beneficiare sia dell'assistenza di un difensore d'ufficio che dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato. A fronte di tali previsioni, dice la Corte, la convalida cartolare è più che sufficiente a garantire l'effettività del diritto di difesa, per la verità con una condizione ulteriore non prevista dalla normativa cui sarà opportuno prestare attenzione.

La norma regolamentare cui far riferimento è l'art. 3, co. 4, d.p.r. 394/99 che conviene richiamare brevemente: «nel provvedimento di espulsione ... lo straniero è altresì informato del diritto di essere assistito da un difensore di fiducia ... ed è avvisato che, in

15. Per una disamina dei poteri del giudice della convalida, sia consentito il rinvio a *Il trattenimento nei CIE alla prove delle giurisdizioni nazionale ed europea: i poteri del giudice della convalida e condizioni per la proroga del trattenimento* di G. Savio in questa *Rivista*, n. 2.2014, p. 73. Cfr. Cass. civ. 30.7.2014, n. 17407 e, per quanto concerne i richiedenti protezione internazionale, Cass. civ. 20.3.2019, n. 7842.

mancanza di difensore di fiducia sarà assistito da un difensore d'ufficio designato dal giudice [e non dal questore] tra quelli iscritti ... e che le comunicazioni dei successivi provvedimenti saranno effettuate con l'avviso al difensore nominato dallo straniero o a quello nominato dal giudice». Secondo la Consulta questa previsione è «funzionale a consentire allo straniero di determinarsi, con sufficiente consapevolezza, in ordine allo svolgimento di attività difensiva e al ricorso alla difesa tecnica».

A questo proposito occorre considerare che il difensore d'ufficio è designato dal giudice e non certo dalla questura all'atto dell'adozione della misura alternativa e della sua notificazione, ragion per cui quando la misura limitativa della libertà personale inizia ad essere efficace – cioè dal momento della sua comunicazione al destinatario – non v'è alcuna designazione di un difensore, né è previsto normativamente che l'autorità di pubblica sicurezza abbia l'obbligo di raccogliere l'eventuale nomina di un difensore fiduciario (a differenza delle ipotesi di arresto in flagranza e fermo di polizia giudiziaria, che possono essere utilizzate come *tertium comparationis*).

Entro 48 ore dall'adozione della misura gli atti vengono inviati al giudice, il quale, entro le successive 48 ore deve decidere sulla convalida. Consegue che l'instaurazione del contraddittorio cartolare dovrebbe necessariamente avvenire prima dell'inizio del temine concesso al giudice per la convalida, posto che, non essendo prevista un'udienza, non è dato sapere quando il giudice deciderà; inoltre, il destinatario della misura (ed il difensore di fiducia eventualmente nominato) non può nemmeno sapere quando gli atti sono stati inviati al giudice e, quindi, quando inizierà a decorre il termine di 48 ore a sua disposizione[16]. In un siffatto contesto, è di solare evidenza che la possibilità di far pervenire in tempo utile memorie e deduzioni è questione affidata al caso: la conseguenza non è solo quella dell'instaurazione di un contraddittorio eventuale, ma pure aleatorio, in ragione della mancata previsione di termini procedurali, predeterminati per legge, entro cui far pervenire eventuali difese.

Ad analoghe, se non peggiori, conclusioni si perviene se l'interessato – come avviene normalmente nella prassi – non nomina alcun difensore: atteso che quello d'ufficio verrà nominato dal giudice, è fisiologico che tale designazione non potrà che avvenire dopo la trasmissione degli atti alla Cancelleria del giudice procedente, quindi in tempo non più utile alla instaurazione del contraddittorio, posto che alcuna disposizione impone al giudice di

16. Cass. civ., sez. VI, ord. 2997/2018, pubblicata il 7.2.2018, cassa senza rinvio un provvedimento applicativo di misure alternative al trattenimento perché all'interessato non era stato nominato un difensore d'ufficio, né gli era stata data comunicata la data dell'udienza di convalida sicché costui non aveva potuto inoltrare al giudice memorie o deduzioni difensive.

concedere un termine alla difesa per l'inoltro di memorie o deduzioni difensive, prima della decisione sulla convalida.

L'assenza di termini procedurali, derivanti dal combinato disposto dell'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/98 e dall'art. 3, co. 4, d.p.r. 394/99, pare violare il diritto di difesa, inteso come rimedio effettivo ed efficace. Forse è proprio sotto questo aspetto che potrebbero essere sollevati ulteriori profili di illegittimità che esulano dal perimetro di quelli prospettati dai remittenti nella vicenda che ci occupa.

Né il quadro muta se si prendono in considerazione le ultime righe della sentenza 280/2019. Si legge che la norma è costituzionalmente conforme «naturalmente a condizione che all'avviso [relativo al diritto di essere assistito da un difensore di fiducia o d'ufficio in futuro designato] 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». Evidentemente la Corte è ben consapevole che alcuna norma prevede la nomina di un difensore d'ufficio da parte delle questure e, pertanto, suggerisce che *naturalmente* le questure comunichino ai destinatari di misure alternative non il difensore d'ufficio, ma *i recapiti dei difensori d'ufficio* cui rivolgersi, cioè l'elenco degli avvocati iscritti nella tabella di cui all'art. 29, d.lgs. 271/1989. Con l'ausilio dei mediatori culturali – che l'Avvocatura generale dello Stato garantisce esser presenti in ogni questura – i destinatari di misure alternative potranno così essere aiutati a districarsi in elenchi contenenti centinaia di nominativi e recapiti di potenziali difensori d'ufficio.

Com'è noto, però, il difensore d'ufficio non è un elenco di professionisti abilitati al relativo ministero, ma è una funzione che l'ufficio procedente assegna ad un avvocato, scegliendolo dagli elenchi previsti dalla legge e secondo criteri determinati, nel caso in cui la parte privata sia priva di difensore, ove la legge preveda l'obbligatorietà della difesa tecnica. Consegue che, per quanto il suggerimento della Corte sia mosso da comprensibile buon cuore, sia concretamente inattuabile non foss'altro perché al momento della notifica del provvedimento restrittivo della libertà personale (e, quindi della comunicazione dell'avviso in questione) gli atti non sono ancora stati trasmessi al giudice della convalida

che, pertanto, non può ancora avere nominato alcun difensore allo straniero che ne sia privo.

5. Brevi note conclusive

In realtà, le misure alternative al trattenimento trovano scarsissima attuazione nella prassi[17], attesa la poca fiducia che la P.A. ripone circa la loro concreta utilità, al pari della concessione del termine per la partenza volontaria che, pur prevista come soluzione prioritaria dalla direttiva rimpatri, è stata recepita nel diritto interno in termini a dir poco omeopatici. È nota l'atavica avversione dell'Amministrazione italiana, e del legislatore domestico, verso misure non connotate dal ricorso alla forza ed alla restrizione piena della libertà personale degli stranieri da espellere. Cionondimeno, il legislatore, con il tardivo recepimento della direttiva rimpatri nel diritto interno, non ha potuto esimersi dal prevedere l'adozione di «altre misure sufficienti ma meno coercitive» rispetto al trattenimento. Con le sconfortanti modalità che sono state messe in rilievo dalla stessa Corte di cassazione nelle ordinanze di remissione che hanno sollevato le questioni considerate dalla sentenza in esame. Attesa la loro scarsa applicazione, si potrebbe anche dubitare dell'utilità di queste misure e, conseguentemente, dell'utilità e dell'interesse di un'analisi defatigante come quella che si è proposta al lettore. È però francamente deludente constatare come si sia ormai radicato un orientamento apparentemente efficientista secondo cui, pur di non consentire una semplice e veloce Camera di Consiglio nel pieno contraddittorio tra le parti, ci si arrampichi per tortuosi sentieri che, inesorabilmente, inciampano in un complicato e inefficiente marchingegno diabolico, qual è il sistema espulsivo italiano, con l'unico effetto pratico di obiettivamente ledere e limitare le garanzie difensive degli stranieri.

La sentenza in commento non pare convincente per le ragioni esposte, tuttavia ha l'indubbio pregio di lasciare – tra le righe – la porta aperta ad altre sollecitazioni di costituzionalità, che, verosimilmente, ruotano attorno alla mancata previsione di termini, sia strettamente procedurali, come abbiamo tentato di dimostrare, che, soprattutto, di durata massima di applicazione delle misure scrutinate. Pertanto, e conclusivamente, auspichiamo che presto ci si potrà interrogare sulla compatibilità di queste misure restrittive della libertà personale (sia pure con diversi livelli di afflittività) previste a

17. Secondo i dati riportati dall'Osservatorio sulla giurisprudenza dei Giudici di pace dell'Università Roma tre, nell'anno 2015 nessuna misura alternativa è stata emessa dagli uffici di Torino, Bari e Roma, mentre trenta casi si sono riscontrati a Roma nel periodo novembre 2015 - marzo 2016 in seguito alla temporanea chiusura della sezione maschile del locale CIE. https://borderlandscapes.law.ox.ac.uk/sites/default/files/2019-11/Ufficio-del-Gdp-di-Roma_update1.pdf.

tempo indeterminato, sia con il principio di legalità che con la prescrizione del diritto unionale (art. 15, §4, direttiva 115/2008/CE) secondo cui «quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento ... il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata». Se il mantenimento della misura principale non è più giustificato, pare arduo che lo possa essere quello della misura sostitutiva.

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani[1]

Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Il caso *M.A. e altri c. Bulgaria* (Corte Edu, sentenza del 20.02.2020) riguarda cinque richiedenti asilo cinesi uiguri che temevano, in ragione della loro origine etnica, violazioni degli artt. 2 e 3 Cedu se allontanati in Cina. Dopo aver vissuto in Turchia, i ricorrenti erano arrivati in Bulgaria dove le autorità competenti rigettavano le loro domande di asilo non ritenendo sussistenti, o quantomeno non specifici ed individuali, i rischi da essi lamentati. Poco dopo, a causa dei contatti rilevati tra i ricorrenti e una sospetta associazione terroristica, l'*East Turkistan Islamic Movement*, ne veniva ordinato l'allontanamento per il pericolo da loro posto alla sicurezza nazionale. Nell'esaminare il caso rispetto a solo tre ricorrenti, la Corte Edu nota che la situazione degli Uiguri in Cina desta particolare preoccupazione a livello internazionale con numerosi fonti che riportano arresti e sparizioni arbitrari, torture, maltrattamenti, rieducazioni forzate e, perfino, omicidi (cfr. Comitato delle Nazioni Unite sull'eliminazione della discriminazione razziale, *Concluding observations on China's combined fourteenth to seventeenth periodic reports*, Agosto 2018, doc. CERD/C/CHN/ CO/14-17; Home Office del Regno Unito, *Country Policy and Information Note on "China: Opposition to the state"*, Novembre 2018; Dipartimento di Stato degli USA, *2018 Country Report on Human Rights Practices in China*, Marzo 2019). Simili trattamenti sono riservati anche agli Uiguri che vengono allontanati verso la Cina. Pertanto, tenuto conto anche delle carenze dell'ordinamento bulgaro rispetto alla valutazione dei rischi lamentati dai ricorrenti e all'esecuzione degli allontanamenti, per la Corte Edu sussistono motivi di ordine generale e individuale, quali individui sospettati di terrorismo per legami con associazioni rivolti a Ugiuri, per ritenere che essi possano essere esposti in Cina a trattamenti vietati dagli artt. 2 e 3 Cedu. Il loro allontanamento darebbe quindi luogo alla violazione di tali disposizioni.

Con il caso *A.S.N. e altri c. Paesi Bassi* (Corte Edu, sentenza del 25.02.2020) cinque cittadini afghani di religione Sikh, le cui domande di asilo erano state rigettate per mancanza di credibilità, lamentavano una violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura nel caso in cui venissero allontanati in Afghanistan. Ritenendo appropriato esaminare il caso solo sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, la Corte Edu ricorda innanzitutto come la situazione generale in Afghanistan non sia così grave che ogni allontanamento comporterebbe una violazione della Cedu. Inoltre, essa nota come i Sikh costituiscano effettivamente una minoranza emarginata in Afghanistan (cfr., tra gli altri, EASO, *Country Guidance: Afghanistan*, 2019; Home Office

del Regno Unito, *Country Policy and Information Note "Afghanistan: Hindus and Sikhs"*, Maggio 2019), tanto da subire limitazioni significative rispetto alla loro libertà di religione, nonché abusi e discriminazioni in svariati ambiti, compreso nel lavoro e nell'istruzione. Ciononostante, dalle stesse fonti emergono alcuni miglioramenti come il tentativo delle autorità afghane di migliorare l'accesso dei Sikh ai servizi essenziali o rispetto all'istruzione, con l'apertura di una scuola dedicata parzialmente finanziata con risorse pubbliche a Kabul. Ciò fa dire alla Corte Edu che i Sikh non sono sistematicamente esposti a torture o altri maltrattamenti ma che tale rischio dipenda piuttosto dalle circostanze personali (cfr. anche Corte Edu, *A.A. c. Svizzera*, 5.11.2019, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020). Venendo proprio alla situazione dei ricorrenti, la Corte ricorda come le autorità nazionali siano meglio situate per verificare la credibilità in questi contesti (cfr. Corte Edu, Grande Camera, *F.G. c. Svezia*, 23.03.2016, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017) e, nel caso dei ricorrenti, le autorità olandesi avevano condotto un esame rigoroso, a più livelli, del resoconto degli eventi che sarebbero accaduti in Afghanistan prima del loro arrivo in Europa. Quanto al rischio di subire maltrattamenti futuri, la Corte focalizza l'attenzione sia sul fatto che i ricorrenti siano adulti e in buona salute sia sulla presunta non ostilità della popolazione mussulmana e delle autorità afghane nei confronti dei Sikh, anche alla luce dei miglioramenti sopra menzionati. Pertanto, anche se i ricorrenti subissero discriminazioni una volta allontanati, non si può affermare che questi trattamenti raggiungano una severità tale da farli rientrare tra quelli vietati dall'art. 3 Cedu. Quindi, secondo la Corte Edu, nel loro caso l'allontanamento non darebbe origine a una violazione di tale disposizione.

In *D. e altri c. Romania* (Corte Edu, sentenza del 14.01.2020) un cittadino iracheno con moglie e tre figli cittadini rumeni lamentavano una violazione degli artt. 2 e 3 Cedu nel caso in cui il primo venisse allontanato in Iraq. In seguito ad alcune condanne per aver favorito l'ingresso in Romania di persone sospettate di aver legami con Al Qaeda, il sig. D. veniva ritenuto un pericolo per la sicurezza nazionale e trattenuto in attesa di allontanamento, con contestuale divieto temporaneo di re-ingresso in Romania. Anche la sua domanda di protezione internazionale veniva rigettata. Per i giudici interni i rischi lamentati dal primo ricorrente, tra cui la possibilità di essere condannato a morte in Iraq per terrorismo, non erano stati sufficientemente provati. Nè vi erano impedimenti all'allontanamento legati alla sua vita familiare tenuto conto che il sig. D. aveva divorziato dalla moglie, la quale aveva anche ottenuto l'affidamento esclusivo dei figli. La Corte Edu osserva innanzitutto come la situazione del primo ricorrente sia stata adeguatamente esaminata dalle autorità interne, in particolare nell'ambito della valutazione della domanda di asilo. Esse avevano puntualmente verificato come l'Iraq non processi nuovamente o applichi la pena di morte a persone già condannate all'estero per reati legati al terrorismo internazionale. Se tale situazione non appariva mutata rispetto alla data in cui la Corte Edu ha esaminato il caso, la Corte nota altresì che le circostanze individuali del sig. D. non lo espongono a rischi particolari in caso di allontanamento. Oltre a essere stato condannato sostanzialmente per favoreggiamento

all'immigrazione clandestina e non per terrorismo, il primo ricorrente non ha fornito prove che l'Iraq non rispetti il principio del *non bis in idem* o che le autorità irachene siano in qualche modo interessate nei suoi confronti. Pertanto, ritenuta ragionevole la conclusione cui erano giunte le autorità rumene (in senso contrario, ad es., Corte Edu, 14.11.2019, *N.A. c. Finlandia*, in questa *Rivista*, XXII, 1, 2020), per la Corte Edu l'allontanamento del sig. D. non darebbe origine a una violazione degli artt. 2 e 3 Cedu. Tenuto conto che le autorità interne avevano anche esaminato la presunta violazione dell'art. 8 Cedu in caso di allontanamento alla luce dei criteri stabiliti nella giurisprudenza della Corte (Corte Edu, 6.06.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2, 2013, p. 89), specie rispetto alla gravità dei reati commessi, all'assenza di particolari legami tra il primo ricorrente e la sua famiglia e dalla mancata produzione di elementi da parte dei ricorrenti sufficienti a contestare le decisioni interne, la Corte Edu ha rigettato questa parte del ricorso come manifestamente infondata (come pure quella relativa alla presunta violazione dell'art. 6 Cedu per aspetti legati al suo processo penale). Tuttavia, poichè il primo ricorrente non ha avuto accesso a un mezzo di ricorso avente carattere sospensivo per lamentare i rischi di violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, vi è stata comunque una violazione dell'art. 13 Cedu letto in combinato al diritto alla vita e al divieto di tortura.

Il caso *B.L. e altri c. Francia* (Corte Edu, decisione del 9.1.2020) riguarda richiedenti asilo che, arrivati in Francia, non avevano avuto accesso a misure di accoglienza tanto da essere costretti a stabilirsi in alcuni campi di fortuna in condizioni che avrebbero, a loro avviso, originato violazioni degli artt. 3 e 8 Cedu. Dopo aver radiato dal ruolo quasi tutti i ricorsi per mancanza di contatti tra i ricorrenti e il loro avvocato, la Corte Edu esamina il caso della prima ricorrente che aveva lamentato una violazione dell'art. 3 notando come essa abbia fornito indicazioni vaghe sulle effettive condizioni di vita in questi campi di fortuna e, comunque, di essere stata presa successivamente in carico da un'associazione. In tali circostanze, la Corte Edu non può ritenere che il trattamento riservato alla ricorrente abbia raggiunto il livello di gravità richiesto per applicare l'art. 3 Cedu e, pertanto, ha rigettato il ricorso come manifestamente infondato.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

Il caso *Bilalova e altri c. Polonia* (Corte Edu, sentenza del 26.03.2020) riguarda una cittadina russa e i suoi cinque figli provenienti dalla Cecenia che, dopo aver visto negata ogni forma di protezione internazionale e essere stati trasferiti in Polonia ai sensi del Regolamento Ue "Dublino II", venivano trattenuti in un centro per stranieri in vista del loro allontanamento. Prima di essere allontanati, i ricorsi volti a far valere l'illeggittimità del trattenimento, specialmente per la mancata considerazione dell'interesse dei minori coinvolti, veniva rigettati. La Corte Edu ha preso innanzitutto atto che lo Stato convenuto e i ricorrenti avevano raggiunto un regolamento amichevole circa la lamentata violazione dell'art. 8 Cedu, in ragione della mancata individuazione di alternative al trattenimento subito. Dopo aver ritenuto manifesta

infondata la parte del ricorso relativa alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu, per la mancata dimostrazione del raggiungimento della soglia di severità richiesta da tale disposizione, la Corte Edu si concentra sulla presunta violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza personale generata dalla decisione delle autorità polacche di prolungare il trattenimento. A tal fine, la Corte nota come, nonostante il trattenimento fosse previsto dalla legge e fosse avvenuto in condizioni materiali del tutto soddisfacenti (diversamente, ad es., da Corte Edu, 28.02.2019, *Khan c. Francia*, in questa *Rivista,* XXI, 2, 2019; 24.05.2018, *N.T.P. e altri c. Francia*, in questa *Rivista,* XX, 3, 2018; 21.06.2018, *S.Z. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XX, 3, 2018), i minori erano pur sempre stati privati della loro libertà e mantenuti in una struttura simile a un istituto penitenziario per una durata significativa, pari a oltre cinque mesi. Peraltro, le autorità interne non avevano dato prova nè di aver profuso ogni sforzo per identificare un'alternativa ragionevole al trattenimento nè di aver agito con la dovuta diligenza per limitare il periodo di privazione della libertà a quanto strettamente necessario allo scopo perseguito. Pertanto, nei confronti dei ricorrenti minori, vi è stata una violazione dell'art. 5 Cedu.

In *Jeddi v. Italy* (Corte Edu, sentenza del 9.01.2020) la Corte ha esaminato la presunta violazione dell'art. 5 Cedu lamentata da un cittadino tunisino, giunto in Italia nel 2011, al quale veniva riconosciuto dal Tribunale di Napoli il diritto a un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Prima di ottenere tale permesso, però, il ricorrente raggiungeva la Svizzera da dove, ai sensi del Regolamento Ue "Dublino", veniva nuovamente trasferito in Italia. Giunto a Milano, veniva trattenuto in un CIE in vista del suo allontanamento. Dinanzi i giudici italiani, il ricorrente aveva lamentato il fatto che l'ordine di trattenimento era stato adottato senza una previa verifica della sua situazione personale, in particolare della titolarità a ricevere un permesso di soggiorno. Condividendo le argomentazioni dei giudici interni, la Corte Edu nota come, oltre a essere fuggito clandestinamente in Svizzera prima di ottenere l'esecuzione della decisione del Tribunale di Napoli, il ricorrente stesso fosse tenuto a dimostrare, al suo arrivo a Milano, un titolo di soggiorno valido. Mentre il trattenimento appariva necessario data la situazione personale del sig. Jeddi, non essendo in grado di dimostrare la sua identità e avendo fornito riferimenti vaghi su quanto era accaduto precedentemente in Italia, la buona fede delle autorità italiane era dimostrata dal suo rilascio immediato, dopo 14 giorni di trattenimento, un volta ottenuta copia della decisione del Tribunale di Napoli. Pertanto, non potendosi ritenere arbitrario, per la Corte Edu il trattenimento del ricorrente non ha dato origine a una violazione dell'art. 5, para. 1, Cedu.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

In *Makdoudi c. Belgio* (Corte Edu, sentenza del 18.02.2020) un cittadino tunisino veniva allontanato nel suo Paese di origine in seguito a varie condanne per reati gravi. Nonostante i legami familiari stabiliti in Belgio dopo il riconoscimento di una minore come sua figlia, il ricorrente vedeva rigettati tutti i suoi ricorsi in quanto, per i giudici interni, l'allontanamento non era una misura sproporzionata rispetto a esigenze familiari ritenute non provate. Dopo

aver ricordato come si possa stabilire una vita familiare anche in assenza di coabitazione e in seguito a riconoscimento, anche tardivo, di un minore al di fuori del matrimonio, la Corte Edu ritiene che il sig. Makdoudi abbia subito, attraverso l'allontanamento, un'interferenza nel godimento del suo diritto al rispetto per la sua vita familiare. Essendo tale interferenza prevista dalla legge e volta a perseguire un obiettivo legittimo, come la difesa dell'ordine pubblico, la Corte concentra il suo esame sulla necessità dell'allontanamento in una società democratica. A tal fine, essa nota come nell'ambito dei ricorsi interni non sia stato effettuato un vero e proprio bilanciamento tra gli interessi collettivi e gli interessi del ricorrente. In assenza di argomentazioni specifiche e sufficientemente circostanziate, basate sui criteri stabiliti dalla stessa Corte Edu (Corte Edu, 6.06.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2, 2013, p. 89), per quest'ultima vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu. Inoltre, nel caso del sig. Makdoudi, vi è stata anche una violazione dell'art. 5, para. 4, Cedu poiché il ricorrente non ha avuto a disposizione un mezzo di ricorso effettivo per far valere l'illegittimità di una delle detenzione subite e, di conseguenza, di ottenere la sua liberazione in tempi rapidi.

Con il caso *Hudorovič e altri c. Slovenia* (Corte Edu, sentenza del 10.03.2020), la Corte Edu viene chiamata dai ricorrenti, tutti di origine Rom e residenti in campi situati in alcune periferie cittadine, a stabilire se lo Stato convenuto avesse violato varie disposizioni della Cedu per non aver posto in essere le infrastrutture necessarie volte a garantire loro un eguale accesso a servizi pubblici essenziali, quali acqua potabile e raccolta rifiuti. In particolare, se il governo sloveno riteneva di aver fatto quanto possibile per assicurare tale accesso, per i ricorrenti le misure adottate dalle autorità pubbliche risultavano inadeguate. Ritenendo che il caso sollevasse aspetti rilevanti sotto il profilo degli artt. 8 e 14 Cedu, la Corte Edu afferma che, per quanto l'accesso all'acqua potabile non è protetto come tale dal diritto al rispetto per la vita privata, un prolungato periodo senza accesso all'acqua potabile può comunque avere un impatto sulla salute e sulla dignità personale tale da incidere sul diritto di cui all'art. 8 Cedu. Pertanto in talune situazioni, alla luce delle circostanze individuali, come l'appartenenza a un gruppo minoritario, e delle condizioni economiche e sociali generali, uno Stato parte può essere chiamato a osservare obblighi positivi anche in materia di accesso a servizi di pubblica utilità, pur in presenza di un ampio margine di apprezzamento. Tenuto conto che la Slovenia dimostra di essere consapevole della particolare condizione vissuta dalla minoranza Rom, tanto da prevedere strategie e programmi specifici per migliorare la loro condizione di vita, la Corte Edu osserva come i ricorrenti non versano in condizioni di estrema povertà ma, al contrario, ricevono adeguati benefici sociali che permettevano loro di avviare iniziative private per migliorare le loro condizioni di vita. Inoltre, le autorità locali avevano cercato soluzioni pratiche, come l'acquisto di grandi serbatoi e l'invio periodico di acqua, per permettere loro l'accesso all'acqua potabile, che talora rimaneva impossibile per comportamenti o scelte imputabili agli stessi ricorrenti e non allo Stato convenuto. Infine, il sig. Hudorovič e gli altri non avevano avanzato informazioni sufficienti che potessero far pensare che le autorità dessero priorità nell'accesso ai servizi a zone abitate da comunità non Rom, nè avevano sostenuto che

le misure adottate avessero messo in pericolo la loro salute. Pertanto, in assenza di conseguenze significative rispetto al nucleo essenziale del diritto di cui all'art. 8 Cedu, nel caso dei ricorrenti non vi è stata violazione di tale disposizione o del divieto di discriminazione (art. 14 Cedu) letto in combinato con l'art. 8. Infine, anche assumendo che l'art. 3, letto isolatamente o in combinato con l'art. 14 Cedu, risulti applicabile in una situazione siffatta (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 21.01.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in questa *Rivista*, XIII, 2, 2011, p. 111), non vi è stata violazione di tale disposizione nel caso dei ricorrenti.

Art. 2, Protocollo 4: libertà di circolazione e diritto di lasciare il proprio Paese

Il caso *Torresi c. Italia* (Corte Edu, decisione del 16.01.2020) riguarda un cittadino italiano che non aveva ricevuto il passaporto a causa del mancato consenso della moglie, alla quale non versava quanto pattuito per il mantenimento delle loro figlie dopo una separazione di fatto. Per parte dei giudici intervenuti nell'ambito dei ricorsi presentati dal sig. Torresi, il mancato rilascio del passaporto risultava giustificato anche sulla base dell'interesse delle figlie poiché una volta stabilitosi in Cina, dove aveva una nuova famiglia, sarebbe stato difficile ottenere gli assegni alimentari non corrisposti. Qualificando il rifiuto di rilasciare un passaporto come un'interferenza nel godimento del diritto di lasciare il proprio Paese, protetto dall'art. 2, para. 2, del quarto Protocollo addizionale alla Cedu, la Corte Edu nota come siffatta interferenza, oltra a essere prevista dalla legge interna, avesse lo scopo di tutelare gli interessi delle figlie del ricorrente. Quanto alla necessità di tale misura in una società democratica, la Corte concentra l'attenzione sul periodo relativamente breve in cui il ricorrente aveva subito la restrizione della sua libertà di circolazione e sulla valutazione periodica assicurata dai giudici interni circa la necessità e la proporzionalità di tale limitazione, che era venuta meno al raggiungimento di un accordo con la ex moglie. Pertanto, ritenendo il ricorso del sig. Torresi manifestamente infondato, la Corte Edu lo ha dichiarato inammissibile.

Art. 4, Protocollo 4: divieto di espulsioni collettive

Con *N.D. e N.T. c. Spagna* (Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 13.02.2020), la Grande Camera è chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione del divieto di espulsioni collettive, sancito dall'art. 4 del quarto Protocollo addizionale alla Cedu, lamentata da due migranti provenienti rispettivamente dal Mali e dalla Costa d'Avorio. Se per la Camera che aveva esaminato il caso in precedenza le autorità spagnole avevano violato tale disposizione (Corte Edu, sentenza del 3.10.2017, in questa *Rivista*, XX, 1, 2018), la Grande Camera giunge a una conclusione opposta. Ricordando nuovamente i fatti alla base del ricorso, entrambi i ricorrenti erano giunti in Marocco e, dopo aver soggiornato per mesi nell'accampamento situato nei pressi del monte Gourougou, tentavano più volte di attraversare con altri migranti le tre recinzioni poste a protezione del confine tra Marocco e la città spagnola di Melilla. Nel 2013, scavalcata la terza recinzione, entrambi i ricorrenti venivano fermati dalla *Guardia Civil* spagnola e respinti direttamente verso il Marocco, senza prima procedere ad alcuna

identificazione o garantire loro assistenza medica e/o legale. L'anno successivo, pur riuscendo a entrare nel territorio spagnolo, ne veniva ordinato l'allontanamento verso i Paesi di origine. Dopo aver rigettato le obiezioni del Governo spagnolo, in particolare quella relativa alla giurisdizione basata sull'esistenza di circostanze eccezionali legate alla gestione dell'immigrazione che limiterebbero il suo effettivo esercizio di potere sul territorio intorno al confine di Melilla, la Grande Camera precisa come questo sia il primo caso in cui è chiamata ad applicare l'art. 4 del quarto Protocollo addizionale all'allontanamento immediato di migranti arrivati attraverso un confine terrestre nel contesto di un più ampio tentativo di attraversamento irregolare del confine in massa (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 23.02.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIV, n. 1, 2012, p. 104; Corte Edu, 21.10.2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154; Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, n. 1, 2017). La Corte ribadisce innanzitutto la necessità che la protezione dei diritti sanciti nella Cedu sia effettiva e non illusoria, ricorda l'importante legame tra il divieto di espulsioni collettive, la Convezione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il divieto di *refoulement* anche nell'attuale difficile contesto della gestione dei flussi migratori, nonché stabilisce che la nozione di "espulsione", di cui all'art. 4 del Prot. 4, copre anche casi di allontanamento forzato e immediato come quello subito dai ricorrenti. Quanto alla natura collettiva di tale allontanamento, la Grande Camera osserva come il criterio principale per comprendere se sia avvenuta o meno una violazione dell'art. 4, Prot. 4 rimanga quello legato alla possibilità data alle persone interessate di presentare in modo effettivo la loro situazione prima dell'allontanamento, a cui si aggiungono sostanzialmente l'esistenza di un rischio di subire maltrattamenti nel Paese di destinazione e i tipo di condotta adottata da tali persone che può perfino giustificare l'assenza di ogni preventiva identificazione o adozione di decisioni individualizzate. Proprio su tale aspetto si concentra di fatto la valutazione della Corte. Per quanto la Spagna garantisse all'epoca dei fatti canali di accesso legali, compresa la possibilità di presentare domanda di protezione internazionali presso le rappresentanze diplomatiche in Marocco o nei Paesi di origine dei ricorrenti o al confine tra Marocco e Spagna presso Beni Enzar, i sigg. N.D. e N.T. non vi avevano fatto ricorso e non avevano tantomeno sollevato elementi da cui si può dedurre che tali possibilità fossero solo illusorie. A tal proposito, per rispondere a taluni dubbi sollevati dai ricorrenti, la Corte Edu ha ritenuto che non è possibile attribuire alle autorità spagnole la responsabilità per eventuali politiche di controllo da parte del Marocco che non avrebbero permesso ai migranti di raggiungere il punto di raccolta delle domande di asilo presso Beni Enzar. I ricorrenti, i quali comunque non lamentavano rischi particolari in caso di allontanamento, avevano scelto di entrare forzosamente in territorio spagnolo approfittando dell'arrivo in massa di migranti al confine così da giustificare, per la Corte, la reazione delle autorità spagnole. In tali circostanze, nonostante l'allontanamento immediato e la mancata identificazione, per la Grande Camera non vi è stata violazione dell'art.

4, Prot. 4. Per le stesse ragioni legate alla condotta dei ricorrenti, non vi è stata nemmeno violazione del diritto a un ricorso effettivo letto in combinato al divieto di espulsioni collettive. Il caso *Asady e altri c. Slovacchia* (Corte Edu, sentenza del 24.03.2020) riguarda diaciannove cittadini afghani che, dopo essere giunti al confine slovacco nascosti in un camion ed identificati in una stazione di polizia, venivano allontanati lo stesso giorno in Ucraina. Lamentavano quindi una violazione dell'art. 4, Prot. 4, ritenendo di aver subito un'espulsione collettiva in assenza di un preventivo esame individuale delle loro circostanze personali, e dell'art. 13 Cedu, per non avere avuto accesso a un mezzo di ricorso effettivo per lamentare l'illegittimità di siffatto allontanamento. Esaminando il caso unicamente rispetto ai ricorrenti che avevano mantenuto un contatto significativo con il loro avvocato, anche attraverso la creazione su Facebook di un account dedicato, la Corte Edu nota come questi siano stati condotti nei locali di polizia al loro arrivo per essere identificati e, dopo un colloquio individuale durato all'incirca dieci minuti, abbiano ricevuto una decisione amministrativa redatta quasi in modo identico. Richiamando la sua giurisprudenza (ad es., Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017), la Corte osserva come la similitudine delle decisioni possa trovare una spiegazione plausibile nel fatto che le interviste non avessero fatto emergere alcun rischio di maltrattamenti in caso di allontanamento in Ucraina. Proprio in relazione a tali interviste, la Corte pone l'attenzione sul fatto che le relative trascrizioni siano state firmate dagli interessati alla presenza di un interprete e, per quanto fanno pensare che la polizia abbia posto domande standardizzate, dimostrano che sia comunque stata data loro l'effettiva opportunità di sollevare eventuali argomenti contro il loro allontanamento. Non a caso le autorità interne hanno segnalato per ognuno dei ricorrenti un ammontare diverso di denaro in loro possesso al momento dell'arrivo in Slovacchia, denotando così un approccio in sostanza individualizzato. Inoltre, se da un lato la Corte non ritiene di avere prove che tali trascrizioni non corrispondano al vero, dall'altro i ricorrenti non avevano lamentato rischi di persecuzione per giustificare il loro viaggio in Europa ma avevano riportato motivi essenzialmente economici. Per la Corte appare anche significativo che altre persone giunte nello stesso momento dei ricorrenti avevano avuto la possibilità di presentare domanda di asilo dopo aver manifestato tali rischi, venendo trasferiti in un apposito centro di accoglienza. Pertanto, rigettando il resto del ricorso come manifestamente infondato, per la Corte Edu non vi è stata violazione dell'art. 4, Prot. 4 alla Cedu.

[1] *La rassegna relativa agli artt. 2-3 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 5-4, Prot. 4 è di C. Danisi.*

Corte di giustizia dell'Unione europea[2]

Protezione internazionale: domanda inammissibile

Nel caso *LH* (CGUE, C 564/18, 19 marzo 2020), sono stati affrontati alcuni profili relativi alla tutela sostanziale e giurisdizionale del richiedente protezione internazionale in procinto di essere rimpatriato causa domanda inammissibile. LH, cittadino siriano, aveva raggiunto l'Ungheria attraverso una zona di transito e aveva depositato una domanda di protezione internazionale. Le autorità competenti rigettavano la richiesta e disponevano il rimpatrio di LH. Va detto che le autorità ungheresi non eseguivano alcun esame di merito circa la domanda, dichiarandola inammissibile; ciò, in particolare, perché ritenevano che il richiedente fosse giunto in Ungheria dopo avere attraversato un Paese in cui non sarebbe stato esposto a persecuzioni o al rischio di danno grave, o in cui è garantito un adeguato livello di protezione. LH impugnava il provvedimento e il giudice adito rilevava due problemi. Primo: a suo modo di vedere, la normativa interna applicata dalle autorità competenti apparirebbe in contrasto con l'art. 33, par. 2, della direttiva 2013/32, che stabilisce tassativamente in quali casi la domanda del richiedente protezione internazionale debba essere considerata inammissibile. Secondo: per le ipotesi di ricorso avverso una decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale, il diritto ungherese impone al giudice di pronunciarsi entro 8 giorni, termine che sembra insufficiente per effettuare un esame appropriato delle circostanze di fatto del caso concreto (come previsto dall'art. 46, par. 3, della direttiva, letto anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali). Il giudice *a quo* decideva quindi di rivolgere tali quesiti alla CGUE. La sentenza della Corte conferma la fondatezza dei dubbi del giudice remittente. La Corte rileva che la normativa oggetto di causa non può essere considerata disciplina di attuazione dell'art. 33, par. 2, della direttiva 2013/32. Questa disposizione, infatti, contiene un numero chiuso di ipotesi nelle quali le autorità competenti possono dichiarare inammissibile una domanda. Ora, sebbene l'art. 33, par. 2, conceda questa possibilità nel caso in cui lo Stato terzo che viene in rilievo sia un «Paese sicuro», la Corte ricorda che tale espressione è subordinata al rispetto di tutti gli accorgimenti dettati dall'art. 38, par. 1, della direttiva 2013/32. Nella fattispecie, la normativa interna è molto vaga ed è evidente che in questo modo il legislatore nazionale ha aggirato le garanzie dell'art. 38, par. 1 della direttiva in esame. Vi è poi la questione del legame tra interessato e Stato terzo nel quale si intende rimpatriarlo. Gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a valutare il merito della domanda di protezione internazionale qualora si possa ragionevolmente prevedere che il richiedente, per un legame sufficiente con un Paese terzo definito nel diritto nazionale, chieda protezione in questo Paese e vi sia motivo di ritenere che lì sarà ammesso o riammesso: si tratta di un elemento espressamente menzionato dal considerando 44 e richiamato dal secondo paragrafo dell'art. 38 (lett. a). Ebbene, la CGUE chiarisce che il solo fatto che il richiedente sia transitato in un determinato Stato terzo non è di per sé sufficiente ad integrare l'esistenza di un simile legame

con quello Stato. Quanto al secondo quesito, la Corte dichiara che il suddetto termine di 8 giorni potrebbe rendere irrealizzabile un esame completo della situazione riguardante il richiedente. La CGUE ricorda che l'art. 46, par. 3, della direttiva, che attua il diritto a un ricorso effettivo e al giudice imparziale sancito dall'art. 47 della Carta, obbliga gli Stati membri a prevedere che il proprio diritto garantisca al richiedente che il ricorso da questi proposto contro una decisione relativa alla domanda di protezione internazionale sia deciso previo esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto. Questa tutela può certamente riguardare anche i ricorsi aventi ad oggetto l'ammissibilità della domanda di protezione internazionale. Se un termine così ristretto ben può essere inidoneo a fare sì che il giudice possa rispettare in concreto tali garanzie, poste a presidio del richiedente, sarebbe altresì intaccato il principio di effettività del diritto UE: l'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32 diverrebbe a tratti molto difficile o addirittura impossibile.

Ricollocazioni di richiedenti protezione internazionale: procedura di infrazione

La Corte ha statuito definitivamente sulla procedura di infrazione attivata dalla *Commissione europea contro Polonia, Slovacchia e Ungheria* (CGUE, cause riunite C-715/17, C-718/17, C-719/17, 2 aprile 2020) in merito alla presunta violazione delle decisioni sulle ricollocazioni adottate dal Consiglio nel 2015 per alleviare la pressione su Italia e Grecia: ci si riferisce alle decisioni 2015/1523 e 2015/1601, misure temporanee adottate utilizzando l'art. 78, par. 3, TFUE come base giuridica. In particolare, agli Stati si imputava di non avere indicato a intervalli regolari, e almeno ogni tre mesi, un numero adeguato di richiedenti protezione internazionale da potere ricollocare rapidamente nei rispettivi territori. La CGUE ha rigettato tutte le difese degli Stati coinvolti nella procedura. Con la prima obiezione tutti e tre gli Stati membri rilevavano che il periodo di attuazione delle decisioni era ormai scaduto e chiedevano che il ricorso fosse dichiarato irricevibile, in quanto lo scopo delle procedure di infrazione sarebbe, a loro dire, quello di fare cessare una violazione in essere, non contestare una condotta antigiuridica ormai irreversibile. La Corte ribatte che se fosse accettabile questa tesi ogni Stato membro potrebbe evitare una procedura di infrazione quasi sempre, facendo venire meno il ruolo di guardiano dei trattati della Commissione europea. In seconda battuta, l'Ungheria lamentava la violazione della parità di trattamento, visto che la Commissione aveva introdotto il giudizio solo contro una parte degli Stati membri inadempienti. La risposta della Corte è che i trattati assegnano alla Commissione un potere discrezionale al riguardo e che comunque le violazioni commesse dai tre Stati convenuti erano particolarmente gravi e persistenti. In terzo luogo, l'Ungheria riteneva di avere subito una violazione del diritto di difesa, perché nelle fasi in cui si era strutturato il procedimento in sede stragiudiziale la Commissione avrebbe concesso un termine di replica inferiore a due mesi. Ancora una volta, la Corte spiega che la Commissione non è vincolata in tutto e per tutto al rispetto di quel termine, ben potendo accorciarlo in situazioni specifiche, specialmente per ragioni di urgenza o quando lo Stato membro interessato è al corrente del punto di vista della Commissione già prima dell'avvio del

procedimento. La quarta eccezione è stata sollevata dalla Repubblica Ceca, che considerava contraria al diritto UE l'omessa specificazione degli addebiti da parte della Commissione. La Corte ammette che l'atto introduttivo del giudizio aveva delle carenze, ma aggiunge che dalla sua motivazione vi era modo di ricavare indicazioni sufficientemente chiare e corrispondenti alle contestazioni elencate nella lettera di messa in mora e nel parere motivato. Passando ai motivi di merito, tutti gli Stati convenuti giustificavano la loro scelta di non osservare gli atti contestati per garantire il mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardare la sicurezza interna, facendo leva sull'art. 72 TFUE; in aggiunta, veniva fatto presente che il sistema congeniato con le due decisioni anzidette si era rivelato inefficace. Quanto agli argomenti dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, la CGUE non mette in discussione che, in linea generale, gli Stati Membri restino competenti ad adottare misure per salvaguardare la sicurezza interna e l'ordine pubblico. Tuttavia, la Corte annota che ciò non presuppone l'esistenza di una riserva generale tale da escludere dall'ambito di applicazione del diritto UE in queste situazioni, che per inciso sono eccezioni alla regola e come tali vanno interpretate restrittivamente. Le deroghe sopraindicate possono essere validamente invocate «solo in presenza di elementi concordanti, oggettivi e precisi, che consentano di sospettare che il richiedente in questione rappresenti un tale pericolo attuale o potenziale ... e solo dopo che le autorità abbiano proceduto, per ciascun richiedente di cui viene proposta la ricollocazione, a una valutazione dei fatti di cui esse sono a conoscenza al fine di stabilire se, alla luce di un esame globale di tutte le circostanze proprie del singolo caso di cui trattasi, esistano simili fondati motivi». Sostanzialmente, il sistema di ricollocazione approntato dalle decisioni del 2015 consente alle autorità competenti dello Stato membro interessato di invocare seri o fondati motivi relativi al mantenimento della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico nel proprio territorio solo previo esame casistico del pericolo attuale o potenziale che il richiedente protezione internazionale interessato rappresentava per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Circa l'asserito malfunzionamento del meccanismo, la Corte afferma che una valutazione di questo tipo, fatta *ex post*, non può inficiare la validità di un atto per la cui elaborazione le istituzioni si affidano ad analisi aprioristiche e prospettiche. Per giunta, la teoria in questione finirebbe per inibire la portata del principio di solidarietà *ex* art. 80 TFUE, che plasma ambedue le decisioni. Infatti, gli oneri derivanti dalle misure temporanee istituite dalle decisioni del 2015 devono essere ripartiti tra tutti gli Stati Membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra essi.

Estradizione di cittadino di uno Stato dello Spazio economico europeo

Nel caso *I.N.* (CGUE, C-897/19 PPU, 2 aprile 2020) la Corte si è confrontata con i limiti all'estradizione verso uno Stato terzo di un rifugiato che non è cittadino dell'Unione e che si trova nel territorio di uno Stato membro per trascorrere le vacanze. È quanto era accaduto a I.N., una volta raggiunta la frontiera croata. Su di lui pendeva una richiesta di estradizione emessa dal suo Pese di origine, la Russia. Sennonché, proprio a causa del procedimento attivato

a suo carico e delle possibili conseguenze negative che avrebbe potuto subire in Russia, I.N. era da tempo fuggito in Islanda. Lì aveva ottenuto lo *status* di rifugiato e la cittadinanza nazionale. La questione di fondo era capire se la Croazia avrebbe dovuto attenersi alla Convenzione europea sull'estradizione e dare seguito alla richiesta della Russia, oppure rivolgersi prima all'Islanda per riferire alle autorità competenti ed eventualmente trasferire ad esse l'interessato in forza di un accordo di consegna tra UE e Islanda. La CGUE, sollecitata a questo proposito dal giudice croato, rileva che alla situazione del sig. I.N. si applica il diritto UE. È vero, né l'art. 18, né l'art. 21 TFUE (e decisione quadro 2002/584 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri) potrebbero essere validamente invocati, perché non tutelano cittadini di Stati terzi; tuttavia, è possibile attivare l'accordo sullo Spazio economico europeo (accordo SEE), di cui è parte anche l'Islanda. Pertanto, la Repubblica di Croazia è tenuta a esercitare la propria competenza in materia di estradizione in maniera conforme all'accordo SEE. In particolare, rileva l'art. 36, che copre la libera prestazione dei servizi. In effetti, I.N. si stava recando in Croazia per le vacanze, cosa che gli avrebbe consentito di usufruire di servizi in tale Stato; e nella fattispecie l'esistenza di una attività di libera prestazione dei servizi a livello transfrontaliero non è in discussione, secondo una giurisprudenza risalente della Corte che include nell'ambito di questa libertà anche l'ipotesi in cui a spostarsi sia solo il fruitore della prestazione. Perciò, la Croazia dovrà innanzitutto esercitare la propria competenza in materia di estradizione nel rispetto del divieto discriminazione in base alla nazionalità, come si ricava dall'accordo SEE. Inoltre, potrà apportare restrizioni alla libera prestazione dei servizi solo se, sulla base di considerazioni oggettive, si possa concludere che tutto ciò sia adeguato ai fini della tutela degli interessi da garantire (scongiurare il rischio di impunità) e che non sarebbe possibile raggiungere il fine individuato mediante misure meno invasive. Rimane poi il fatto che se la situazione di I.N. rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta sono idonee a essere applicate a una domanda di estradizione che lo riguardi e che sia stata presentata da uno Stato terzo. Tale disposizione afferma che «(n)essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Per soddisfarla appieno, il giudice del rinvio dovrà accertare che il sig. I.N. non rischi simili conseguenze in caso di estradizione in Russia. Allo scopo, la Corte spiega che se I.N. ha ottenuto asilo in Islanda (nonché la cittadinanza islandese) proprio in virtù del procedimento che ha in corso in Russia e delle conseguenze che potrebbero da ciò derivargli, il giudice croato ha già un indicatore attendibile da utilizzare. Si tratta, insomma, di una circostanza molto importante, che dovrebbe indurlo a non effettuare l'estradizione di I.N. in Russia senza prima avere preso alcuni accorgimenti. Invece di ottemperare direttamente a quanto previsto dalla Convenzione europea sull'estradizione di cui è parte anche la Russia, il giudice remittente dovrà informare preliminarmente le competenti autorità islandesi e, se del caso, a consegnargli l'interessato a richiesta, conformemente alle disposizioni dell'accordo di

consegna tra UE e Islanda. Ciononostante, per non frustrare l'obiettivo sotteso all'estradizione verso lo Stato richiedente, quanto appena visto potrà (e dovrà) essere realizzato solo se il diritto islandese permette di perseguire un proprio cittadino per fatti commessi in altro Stato.

Concetto di "uscita" dallo spazio Schengen

In un altro caso (*J. e a*, CGUE, C-341/18, 5 febbraio 2020), la Corte è stata investita di un rinvio pregiudiziale di interpretazione da un giudice olandese che voleva sapere come interpretare l'art. 11, par. 1, del regolamento 2016/399 (Codice frontiere Schengen), che recita «(s)ui documenti di viaggio dei cittadini di Paesi terzi viene sistematicamente apposto un timbro al momento dell'ingresso e dell'uscita». Il problema ruotava attorno alla definizione del momento di uscita dal porto di uno Stato membro di marittimi cittadini di Stati terzi che avevano svolto lavori a bordo di una nave ormeggiata da lungo tempo in quel luogo. Per i marittimi l'uscita coincideva con il loro imbarco e a loro giudizio era proprio in quell'occasione che avrebbe dovuto essere apposto il timbro dalle autorità competenti; per la controparte nel procedimento interno, il Segretario di Stato, si avrebbe uscita vera e propria (e il timbro sarebbe da apporre) solo quando il capitano della nave informa le autorità competenti che è pronto a partire. La Corte separa due momenti concettualmente diversi, che peraltro corrispondono ad espressioni autonome di diritto UE: la presentazione al valico di frontiera e l'attraversamento della frontiera esterna. Invero, chi si presenta al valico per i controlli previsti dal Codice frontiere Schengen non può ancora dirsi uscito da tale spazio. Ciò vale a maggior ragione se, come nel caso di specie, chi si presenta al valico non intende nemmeno abbandonare l'area Schengen in tempi rapidi. In sostanza, occorre distinguere tra il valico di frontiera, inteso come zona nella quale i controlli possono essere espletati in maniera logicamente più efficace, dall'attraversamento della frontiera esterna, che implica l'allontanamento materiale dal territorio di uno Stato Schengen. Ammettere il contrario significherebbe pregiudicare le regole di carattere temporale dettate dal Codice (art. 6, par. 2) ai fini del calcolo della durata massima che deve avere il soggiorno del cittadino di Stato terzo. In effetti, tale calcolo va eseguito tenendo come parametri di riferimento le date di entrata e di uscita dallo spazio Schengen; ma la seconda data, come detto, presuppone l'incipiente realizzazione dell'allontanamento effettivo. Sulla base di questa ricostruzione, la Corte conclude che nel caso in esame l'art. 11, par. 1, del Codice sottintende che il timbro di uscita deve essere apposto non tanto quando i marittimi si imbarcano, ma quando il capitano della nave informa le competenti autorità nazionali della partenza imminente.

Ricongiungimento familiare a beneficio del cittadino europeo che non si avvale della libertà di circolazione

La Corte è tornata ad occuparsi del diritto accessorio di soggiorno del familiare straniero di un cittadino europeo nel caso *RH* (CGUE, C-836/18, 27 febbraio 2020). Il cittadino marocchino RH ha sposato una donna spagnola a Ciudad Real, con l'intenzione di continuare a vivere con

lei in Spagna. Le autorità nazionali gli avevano però negato il permesso di soggiorno, perché sua moglie non aveva risorse sufficienti per entrambi. Si precisa che nel caso in commento la normativa che traspone l'articolo 7 della direttiva 2004/38 si applica anche alle domande di ricongiungimento familiare introdotte da un cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino spagnolo che non abbia mai esercitato la propria libertà di circolazione. RH impugnava il provvedimento di diniego, ma il giudice competente si rivolgeva alla CGUE per sapere come interpretare l'art. 20 TFUE nella fattispecie. La Corte si riallaccia al suo filone più garantistico e afferma che in casi eccezionali l'art. 20 TFUE tutela il diritto di soggiorno derivato del cittadino di Stato terzo che sia familiare di cittadino di Stato membro, anche se quest'ultimo non si è mai spostato verso uno Stato membro diverso. In pratica, la norma osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti da questo loro *status*. Ciò che conta è il grado di intensità del legame di dipendenza tra gli interessati. In particolare, se il cittadino europeo, a causa del diniego subito dal suo familiare cittadino di Stato terzo, dovesse essere anch'egli costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione, ecco che allora l'art. 20 TFUE gli verrebbe in soccorso, offrendo una tutela aggiuntiva al familiare. La Corte fa presente che pure questa interpretazione estensiva della copertura dell'art. 20 TFUE può avere dei limiti. Tuttavia, una simile evenienza può verificarsi, a parere della Corte stessa, solo se il cittadino di Stato terzo costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, tenuto conto, in particolare, dei reati commessi. L'assenza di risorse sufficienti del nucleo familiare, invece, non è una condizione sufficiente per impedire all'art. 20 TFUE di concedere al cittadino di Stato terzo di rimanere in territorio UE laddove sia individuabile la relazione anzidetta; diversamente, la misura nazionale sarebbe sproporzionata rispetto all'interesse (economico) perseguito. Allo stesso tempo, onde evitare di pregiudicare l'effetto utile dell'art. 20 TFUE, il giudice nazionale non potrà omettere di indagare la sussistenza del rapporto di stretta dipendenza tra cittadino UE e cittadino di Stato terzo se uno di essi o entrambi presentano elementi a tale proposito. Resta il fatto che il legame peculiare menzionato dalla Corte è piuttosto difficile da instaurare (e da dimostrare), specialmente se lo straniero di cui si parla non è un minore. Ad esempio, la CGUE nega che, ai fini del giudizio *a quo*, gli obblighi di convivenza previsti dal diritto interno per i coniugi bastino per affermare l'esistenza di questo legame.

Libertà di circolazione dei cittadini europei: divieto di doppia imposizione sulle pensioni

Nel caso *HB e IC* (CGUE, C-168/19 e C-169/19, 30 aprile 2020) alla CGUE è stato chiesto di valutare se gli artt. 18 TFUE (non discriminazione basata sulla nazionalità) e 21 TFUE (libertà di circolazione dei cittadini europei) possano limitare la facoltà di due Stati membri di decidere, in apposita convenzione internazionale sul divieto di doppie imposizioni, di ripartire la rispettiva competenza tributaria in materia di imposta sulle pensioni in base a criteri specifici. Nella fattispecie, Italia e Portogallo hanno stabilito fattori di collegamento diversi a

seconda che i contribuenti siano stati occupati nel settore privato o nel settore pubblico: in linea di principio, questi ultimi sono soggetti a imposizione nello Stato debitore della pensione, a meno che essi non possiedano la cittadinanza dell'altro Stato contraente in cui risiedono. La CGUE, adita dalla Corte dei conti – Sezione Giurisdizionale per la Regione Puglia, conferma il proprio orientamento, per cui gli Stati membri sono liberi, nell'ambito di convenzioni bilaterali tendenti a evitare le doppie imposizioni, di stabilire i fattori di collegamento ai fini della ripartizione tra di loro della competenza tributaria: possono convenire che per i soli contribuenti occupati nel settore pubblico questi fattori decisivi siano lo Stato debitore della pensione e la cittadinanza. Tra l'altro, lo schema della convenzione italo-portoghese rispecchia il modello di convenzione fiscale concernente il reddito e il patrimonio elaborato dall'OCSE. Non vi è quindi alcun contrasto tra la formula stabilita nella convenzione e le norme di diritto primario UE di cui sopra.

[1] *La rassegna è curata da M. Borraccetti.*

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

In questa rassegna diamo conto degli orientamenti giurisprudenziali emersi nei primi mesi del 2020 in tema di espulsioni, allontanamenti e trattenimenti. L'emergenza dovuta alla pandemia ha influenzato alcune decisioni di merito relative alle convalide e proroghe dei trattenimenti nei C.P.R., laddove, evidentemente, l'impossibilità di dare esecuzione alle espulsioni in conseguenza della chiusura di gran parte delle frontiere con i Paesi terzi e l'interruzione dei collegamenti aerei, ha determinato alcuni provvedimenti di mancata convalida. Analogamente, sul versante dei trattenimenti dei richiedenti asilo, la sospensione delle attività delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale ha determinato il venir meno delle esigenze cautelari in attesa delle decisioni delle procedure amministrative. Pressoché nulla, invece, è stata l'incidenza dell'impossibilità di garantire il c.d. distanziamento sociale nei Centri di detenzione amministrativa, anche se si è verificata un tendenziale diminuzione delle persone trattenute.

ESPULSIONI

L'incidenza del diritto alla protezione internazionale su respingimenti ed espulsioni

La violazione dell'obbligo d'informazione

Un cittadino tunisino, sbarcato sulle coste siciliane, veniva fatto oggetto di provvedimento di respingimento differito lo stesso giorno dell'arrivo, con ordine di allontanamento del questore, avverso il quale proponeva ricorso *ex* art. 702-*bis* c.p.c. al Tribunale di Palermo lamentando il mancato accesso alla procedura di protezione internazionale.

Con ordinanza 20.1.2020, il Tribunale di Palermo accoglieva il ricorso e, per l'effetto, dichiarava la nullità tanto del decreto di respingimento quanto del conseguente ordine di allontanamento. Nella parte motiva, il Tribunale innanzitutto affermava la propria competenza per materia a conoscere la controversia in questione, richiamando la nota sentenza delle SU 17.6.2013 n. 15115 che chiarì come il provvedimento di respingimento del questore incidesse su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo riguardando, da un lato, l'accertamento positivo dei presupposti di fatto previsti dalla legge e, dall'altro, l'accertamento negativo dei presupposti per accedere alla protezione internazionale: il che determina la giurisdizione del giudice dei diritti. Quanto al merito, il giudice, dopo avere richiamato la Direttiva 2013/32/UE in merito alle garanzie previste a tutela del diritto di informazione dei migranti finalizzate all'esercizio della facoltà di chiedere protezione internazionale, opportunamente citava la giurisprudenza di legittimità che sanziona – a pena di nullità del decreto di respingimento – la violazione del dovere di informazione circa la possibilità di accesso alla protezione, informazione che deve essere fornita dall'Amministrazione prima dell'adozione di provvedimenti ablativi.

L'espulsione disposta prima della decisione giurisdizionale relativa alla sospensione dell'efficacia esecutiva del rigetto della domanda di protezione internazionale

Com'è noto, l'art. 35-*bis*, co. 3, d.lgs. 25/2008 indica i casi in cui la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso la decisione negativa della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale non sospende automaticamente l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato. Ai sensi del successivo comma 4, il giudice, ove richiesto, può però accordare la tutela cautelare, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni, con decreto motivato pronunciato entro cinque giorni dalla presentazione della relativa istanza.

Il Giudice di pace di Messina ha annullato un decreto di espulsione emesso nei confronti di uno straniero richiedente asilo, che aveva dimostrato sia la pendenza del ricorso avverso la decisone negativa che la contestuale proposizione dell'istanza di sospensiva, prima della decisione del Tribunale sulla domanda cautelare. A tanto perviene il giudicante con la corretta interpretazione sia del citato art. 35-*bis* che dell'art. 46, §8, della dir. 2013/32/UE a mente del quale gli Stati membri autorizzano il richiedente a rimanere sul loro territorio nell'attesa dell'esito della procedura volta a decidere se questi possa rimanere nel territorio nei casi in cui, come quello in esame, la proposizione del ricorso non è assistita dalla previsione di sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del diniego della commissione territoriale.

Domanda di protezione internazionale proposta dopo l'adozione di un decreto espulsivo

Cass. civ., sez. I, ord. 5437/2020, pubblicata il 27.2.2020, tenta di trovare un punto di equilibrio tra due differenti orientamenti di legittimità circa gli effetti sul provvedimento ablativo di una domanda di protezione proposta dopo l'adozione dello stesso. Trattasi di questione più teorica che pratica, posto che restano ferme le previsioni di cui agli artt. 6 e ss., d.lgs. 142/2015, che, tuttavia, merita di esser segnalata anche per l'approfondita motivazione.

Questo il quesito: una domanda di protezione internazionale avanzata dopo l'adozione di un decreto espulsivo è di per sé idonea a determinarne l'annullamento? A prescindere, ovviamente, dalla sua esecutività, che è sospesa.

Osserva il Ministero ricorrente che il giudice dell'espulsione è tenuto esclusivamente a verificare l'esistenza dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione al momento della sua adozione, essendo irrilevante la domanda di protezione successivamente proposta ai fini della legittimità dell'atto ablativo, pur riconoscendo l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in seno alla Corte di legittimità.

Invero, la tesi del ricorrente è conforme a Cass. 12.11.2018, n. 28860, secondo cui il provvedimento di espulsione è obbligatorio a carattere vincolato, mentre altra pronuncia (Cass. 26.7.2018, n. 19819) valorizza il diritto dello straniero a rimanere sul territorio dello Stato per tutto il tempo necessario all'esame della domanda di protezione, anche se proposta

successivamente all'adozione dell'espulsione, ferma restando la possibilità di disporre il suo trattenimento, ove la domanda appaia strumentale.

Secondo l'ordinanza in commento, le due pronunce citate muovono dalla considerazione di norme che non possono interferire, perché si collocano su piani distinti. Il ragionamento muove dall'attribuzione della materia dell'espulsione prefettizia alla giurisdizione ordinaria (a partire dalla l. n. 40/1998): trattasi di diritto soggettivo (quello di non essere espulso) che è coerente con l'assenza di un potere discrezionale in capo alla P.A., a differenza dell'espulsione ministeriale di cui all'art. 13, co. 1, d.lgs. 286/98, le cui controversie ricadono nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Peraltro, il c.d. automatismo espulsivo è stato ritenuto dalla Corte costituzionale come il riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione, idoneo a scongiurare possibili arbitri da parte dell'amministrazione (Corte cost. sent. n. 148/2008). Da qui i limiti al sindacato giurisdizionale del giudice dell'espulsione cui è inibita ogni valutazione dell'atto presupposto – il provvedimento di rifiuto del permesso di soggiorno – che ricade nell'ambito della giurisdizione amministrativa (Cass., SU, n. 22217/2006). Su tale linea ermeneutica si muove Cass. 12.11.2018, n. 28860: il giudice dell'espulsione deve verificare l'esistenza delle condizioni previste dalla legge al momento dell'adozione dell'atto, quindi, per quel che qui rileva, la mancata presentazione d'una domanda di protezione, a nulla rilevando che questa sia presentata successivamente.

Al contrario, Cass. 26.7.2018, n. 19819 assegna centralità alla prospettiva della protezione internazionale, e, segnatamente, al diritto di chi ha presentato richiesta di protezione internazionale a soggiornare sul territorio nazionale fino all'esito della sua domanda.

Tuttavia, secondo l'ordinanza in commento, la normativa non considera l'ipotesi della presentazione della domanda di protezione internazionale nel lasso di tempo intercorrente tra l'adozione del decreto di espulsione e la decisone del Giudice di pace sul ricorso avverso il provvedimento ablativo.

Secondo Cass. 26.7.2018, n. 19819, occorre valorizzare CGUE 30.5.2013, C-534711, Arslan, secondo cui la Direttiva 2008/115 (c.d. Direttiva rimpatri) non si applica al richiedente asilo durante il periodo che intercorre tra la presentazione della domanda e la relativa decisione (amministrativa o giurisdizionale) salva la possibilità di disporre/mantenere il trattenimento ove appaia che la richiesta di protezione sia stata avanzata strumentalmente, al solo scopo di eludere o ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio. Consegue pertanto il diritto del richiedente a restare sul territorio; il che comporta il divieto di espulsione, indipendentemente dal momento di presentazione della domanda di protezione.

Palese è dunque il contrasto giurisprudenziale, che viene risolto (temporaneamente, in attesa di eventuale rinvio alle Sezioni unite) con l'affermazione del seguente principio di diritto:

«*Nel caso in cui la domanda di protezione internazionale dello straniero sia proposta a seguito della pronuncia del decreto di espulsione in danno del medesimo, detto decreto non è colpito da alcuna forma di sopravvenuta invalidità, ma è solo sospeso quanto alla sua efficacia, con la*

conseguenza che il Giudice di pace adito a norma dell'art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286/1998 non può, in ragione di tale domanda, pronunciarne l'annullamento».

I criteri di valutazione della pericolosità sociale posta a sostegno del decreto di espulsione

Ricorre per Cassazione uno straniero – cui era stata riconosciuta la protezione umanitaria – attinto da decreto di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98), lamentando, tra l'altro, la motivazione apparente del decreto del Giudice di pace per avere omesso di valutare complessivamente la situazione personale del ricorrente e non aver tenuto in considerazione alcuna il pericolo cui sarebbe andato incontro in caso di rimpatrio, pur documentato in occasione del giudizio di primo grado.

La Suprema Corte (ordinanza 3.3.2020 n. 5872) accoglie tale motivi di ricorso e, per l'effetto, annulla con rinvio il gravato decreto, sul presupposto che la valutazione di pericolosità era stata effettuata esclusivamente sulla scorta dei numerosi precedenti penali e sulla avvenuta sottoposizione a misure di prevenzione del ricorrente, richiamando il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. 20692/2019) secondo cui i precedenti penali, pur costituendo elementi da prendere in considerazione nell'apprezzamento del giudice di merito, non possono esaurire il giudizio di pericolosità sociale dello straniero, dovendosi altresì valutare la sua personalità quale si desume dalle condotte di vita, criterio utile al fine del compimento della complessiva ponderazione circa l'attuale pericolosità sociale. Infine, la Corte osserva che nel decreto impugnato nulla si rinviene circa la valutazione della violazione del principio di *non refoulement*, pure espressamente dedotto nei motivi di ricorso al Giudice di pace.

Profili formali

I limiti all'obbligo di traduzione del decreto espulsivo nelle lingua madre del destinatario

L'omessa traduzione del decreto di espulsione in lingua conosciuta dall'interessato, o in lingua veicolare indicata dallo stesso, comporta la nullità del decreto espulsivo, salvo che lo straniero conosca la lingua italiana e che di tale circostanza venga fornita prova, anche presuntiva. In applicazione di tale costante indirizzo giurisprudenziale, la Corte di cassazione con ordinanza 31.3.2020 n. 7614 ha rigettato un ricorso – fondato sulla violazione dell'obbligo di traduzione in lingua bangla e tradotto in inglese – posto che nel c.d. "foglio notizie" lo straniero aveva dichiarato di parlare e comprendere la lingua italiana ed aveva indicato quella inglese come preferita per le notifiche.

Sottoscrizione del decreto di espulsione

La Corte di cassazione con ordinanza 3.3.2020 n. 5881, decidendo nel merito, ha annullato senza rinvio un decreto di espulsione perché, nell'ordinanza impugnata, il Giudice di pace aveva omesso qualsiasi verifica in ordine alla qualifica del sottoscrittore del provvedimento ablativo in sostituzione del prefetto e, quindi senza verificare se tale soggetto necessitasse o meno di specifica delega dell'autorità deputata per legge. L'ordinanza in questione si sofferma sulla

costante giurisprudenza della Corte di legittimità secondo cui la previsione di tre distinte figure professionali della carriera prefettizia (prefetto, viceprefetto vicario e viceprefetto aggiunto), non esclude la facoltà di delega delle attribuzioni del delegante, indipendentemente da quelle del delegato. Tuttavia, mentre la delega non è necessaria nel caso di sottoscrizione del decreto esclusivo da parte del viceprefetto vicario (che può sostituire il prefetto in tutte le sua attribuzioni), è invece illegittimo il decreto espulsivo sottoscritto dal viceprefetto aggiunto, in assenza di delega prefettizia.

La convalida dell'accompagnamento

Com'è noto, l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso costituisce una delle modalità di esecuzione dei provvedimenti ablativi, tuttavia i tempi strettissimi entro i quali l'autorità giudiziaria deve procedere alla convalida ai sensi dell'art. 13, co. 5-*bis*, d.lgs. 286/98, talvolta inducono riflessi illegittimi sulle procedure, come nei casi di cui si dà conto.

Così la Corte suprema con ordinanza 24.2.2020 n. 4806 ha cassato – ovviamente senza rinvio – un decreto di convalida dell'ordine del questore di accompagnato coattivo di un cittadino kosovaro che, pur avendo nominato un difensore di fiducia al momento del suo fermo presso la competente questura, è stato assistito da un difensore d'ufficio perché non era stato dato avviso della celebrazione dell'udienza di convalida a quello fiduciario precedentemente nominato. Osserva la Corte che il principio dell'effettività ed efficacia della difesa tecnica non si riduce ad una mera formalità (per cui è sufficiente l'assistenza di un difensore purchessia), ma rappresenta lo strumento operativo per inverare il principio del giusto processo. Del resto, l'espressa previsione normativa secondo cui lo straniero espellendo è assistito, nel giudizio di convalida dell'accompagnamento coattivo che incide significativamente sulla libertà personale, da un difensore d'ufficio solo ove sia privo di quello fiduciario, costituisce chiaro indice della primazia della difesa fiduciaria.

Analogamente, la Cassazione con sentenza 13.3.2020 n. 7148 ha annullato il decreto di convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera di un cittadino dell'UE, disposto dal Tribunale di Milano, in assenza del difensore fiduciario che non aveva potuto partecipare all'udienza fissata alle ore 13,00 del 25.10.2017 perché notiziato alle ore 12.12 dello stesso giorno, mentre si trovava in altra udienza al Tribunale di Como e, quindi, fisicamente impossibilitato a parteciparvi. Osserva il Supremo Collegio che la tempestività dell'informazione che deve essere fornita all'interessato, ai sensi dell'art. 13, co. 5-*bis*, d.lgs. 286/98, circa la data di fissazione dell'udienza, deve essere valutata in relazione alla funzione dell'informazione stessa che deve consentire all'interessato di partecipare all'udienza per difendersi nominando eventualmente un difensore di fiducia.

Con altra ordinanza (n. 5880 del 3.3.2020), la Cassazione ha precisato che nel giudizio di legittimità avente ad oggetto la convalida del decreto questorile di accompagnamento coattivo alla frontiera, il contraddittorio con l'Amministrazione è correttamente instaurato con la notifica del ricorso al Ministero dell'interno presso l'Avvocatura generale dello Stato.

Allontanamento cittadino UE: legittimazione passiva

Nei ricorsi avverso i decreti di allontanamento disposti dal prefetto nei confronti dei cittadini di Stati membri dell'Unione europea e dei loro familiari (anche non aventi la cittadinanza di uno Stato membro), disposti per motivi di pubblica sicurezza, per motivi imperativi di pubblica sicurezza o per cessazione delle condizioni che determinano la cessazione del diritto al soggiorno, di cui all'art. 22, d.lgs. 30/2007, legittimato passivo è il Ministero dell'interno cui l'atto deve essere notificato presso la sede dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede il Tribunale competente. Così ha statuito la Cassazione con sentenza del 9.1.2020 n. 269, precisando che non sussiste la legittimazione passiva del prefetto, sia perché tale legittimazione non è prevista dall'art. 17, d.lgs. 150/2011 che disciplina tali impugnazioni, sia perché – a differenza dei giudizi avverso i decreti di espulsione prefettizi disposti nei confronti di cittadini di Paesi terzi – il prefetto non può stare in giudizio personalmente né avvalersi di funzionari delegati.

TRATTENIMENTO

In occasione della pandemia da covid-19, anche i giudici del trattenimento sono stati investiti di questioni legate dell'emergenza sanitaria mondiale.

I giudici, sollecitati dai difensori delle persone trattenute, hanno preso in considerazione da un lato il diritto alla salute e dall'altro la ragionevole probabilità di esecuzione del rimpatrio.

Così il Tribunale di Roma più occasioni ha rigettato la richiesta di proroga del trattenimento di cittadini stranieri richiedenti asilo, osservando che l'emergenza sanitaria in atto e le disposizioni limitative degli spostamenti dal territorio nazionale avrebbero comunque impedito il rimpatrio e l'esecuzione del provvedimento di espulsione, e che la restrizione della libertà personale deve essere bilanciata con il diritto alla salute (decreto 18.3.2020 R.G. 15892/2020 ; decreto 1.4.2020 R.G. 76677/2019 ; decreto 3.4.2020 R.G. 62486/2019 ; decreto 10.4.2020 R.G. 9182 ; decreto 22.4.2020 R.G. 80895/2019 ; nello stesso senso anche il decreto del Giudice di Pace di Roma 8.4.2020 R.G. 16560/2020). Si segnala peraltro una decisione di segno contrario, in cui il Tribunale ha autorizzato la proroga ritenendo prevalenti gli elementi di pericolosità sociale a fronte delle misure di prevenzione sanitaria (presenza di personale sanitario, dotazione di guanti e mascherine, possibilità effettiva di distanziamento, stante il contenimento degli ingressi rispetto alla capienza dei locali) adottate dalla questura nel C.P.R. (decreto 8.5.2020 R.G. 2295/2020).

Il Tribunale di Roma, investito di un ricorso per il riconoscimento della protezione internazionale proposto da una cittadina straniera trattenuta, ha disposto con decreto 25.3.2020 R.G. 16574/2020, contestualmente alla sospensione del provvedimento impugnato, l'immediata liberazione della ricorrente, considerato che la privazione della libertà personale in spazi ristretti avrebbe reso difficoltoso garantire le misure previste a garanzia della salute dei singoli. Per le stesse ragioni il Tribunale di Roma ha accolto

con decreto 27.3.2020 R.G. 16573/2020 una istanza di riesame proposta da una richiedente asilo trattenuta e ha disposto la cessazione del trattenimento.
Infine il Tribunale di Trieste con decreto 18.3.2020 R.G. 980/2020 non ha convalidato il trattenimento di un richiedente asilo rilevando che la sospensione delle audizioni dei richiedenti asilo, disposta dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, faceva venir meno il nesso di strumentalità tra il trattenimento e il concreto svolgimento degli accertamenti cui il trattenimento è funzionale.

Avviso al difensore

La Corte di cassazione ha ribadito con ordinanza sez. I del 24.2.2020 n. 4806 che l'omesso avviso della fissazione dell'udienza di convalida dell'ordine del questore di accompagnamento coattivo dello straniero, espulso con decreto del prefetto, al difensore di fiducia dello straniero stesso, da questi previamente nominato, integra nullità del procedimento, per violazione del diritto dell'espulso ad una difesa tecnica compiutamente predisposta dal patrono fiduciario.
La Corte ha ricordato che l'art. 13, co. 5-*bis*, d.lgs. 286/1998, riformulato dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 13 e 24 della Costituzione, deve essere interpretato nel senso che il destinatario del provvedimento di accompagnamento alla frontiera ha diritto di essere tempestivamente informato dell'udienza di convalida e ha diritto, altresì, di farsi assistere all'udienza da un difensore di fiducia.
Il principio di effettività ed efficacia del diritto di difesa, osserva la Corte, si realizza quando il diritto all'assistenza tecnica non si riduca all'adempimento di una mera formalità, ma rappresenti lo strumento operativo per inverare il principio del giusto processo sotto il profilo dell'effettività del contraddittorio. La Corte rileva che solo la nomina fiduciaria consente di approntare per tempo una accorta difesa dell'espulso destinatario di una misura suscettibile di incidere significativamente sulla libertà personale, e infatti il legislatore privilegia la difesa di fiducia, prevedendo una nomina d'ufficio solo quando quella manchi. Conclude la Corte che si tratta di una fondamentale garanzia procedurale, la cui violazione (debitamente provata, nel caso di specie, con la dimostrazione della nomina fiduciaria avvenuta al momento del fermo) comporta la nullità del decreto di convalida del trattenimento.

Contraddittorio e proroga, presenza dello straniero trattenuto

Nell'ordinanza sez. I del 3.3.2020 n. 5871 la Corte di cassazione esamina il caso di un cittadino straniero trattenuto, che lamenta la mancata partecipazione all'udienza di proroga del trattenimento. La Corte richiama i propri precedenti in cui è stata affermata la necessità della partecipazione del difensore e l'audizione dell'interessato all'udienza di proroga, ma dichiara il motivo inammissibile perché il ricorrente non ha indicato se la mancata partecipazione e audizione fosse conseguenza dell'omesso avviso di fissazione dell'udienza, e quindi dovuta a causa non imputabile alla parte, o se invece fosse dovuta a una sua scelta.

Alcuni provvedimenti di merito sopra citati (Trib. Roma, decreto 1.4.2020 R.G. 76677/2019; id., decreto 10.4.2020 R.G. 9182 ; id., decreto 22.4.2020 R.G. 80895/2019; id., decreto 8.5.2020 R.G. 2295/2020) rilevano sotto il profilo procedurale che la partecipazione dell'interessato all'udienza di proroga, pacificamente ammessa dalla Corte di legittimità, è qualificabile come un diritto il cui esercizio è rimesso alla facoltà dell'interessato che è onerato della relativa richiesta.

Manifesta illegittimità dell'atto presupposto

La Corte di cassazione torna, con ordinanza sez. I del 13.1.2020 n. 378, sull'ambito di cognizione del giudice della convalida e in particolare sul sindacato che tale giudice può compiere in relazione all'atto presupposto, normalmente un decreto prefettizio di espulsione. La Corte ha ricordato il principio, affermato a partire dal 2014, secondo cui il giudice della convalida non può sindacare la legittimità del decreto di espulsione, ma deve verificarne incidentalmente, oltre all'esistenza e all'efficacia, anche la non manifesta illegittimità; e tale manifesta illegittimità consiste nell'avere l'Amministrazione agito al di fuori della propria competenza ovvero in mala fede. Nel caso di specie, la Corte rileva che il ricorrente non ha indicato di aver sollevato, nell'udienza di convalida, questioni attinenti la manifesta illegittimità.

Misure alternative al trattenimento

In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 280 del 20.12.2019, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/1998 (di cui si era dato conto nella precedente rassegna), la Corte di cassazione con ordinanza sez. I del 3.3.2020 n. 5878 ha rigettato il ricorso in cui si lamentava l'adozione del decreto di convalida delle misure alternative al trattenimento senza il previo svolgimento di un'udienza davanti al giudice con la partecipazione necessaria di un difensore dell'interessato.

Motivazione

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. I del 17.1.2020 n. 1067, ribadisce che il giudice chiamato a convalidare il trattenimento del cittadino straniero deve dare conto delle ragioni che consentono il trattenimento. La Corte chiarisce che la motivazione del provvedimento di convalida del trattenimento, in ragione della particolare natura ed urgenza della procedura in cui si innesta, può essere succinta ovvero richiamarsi ad altri atti del procedimento amministrativo sottostante, ma, trattandosi di provvedimento destinato ad incidere sulla libertà personale del soggetto, deve comunque dare conto delle ragioni che consentono il trattenimento. Esaminando il caso di specie, la Corte ritiene apparente la motivazione che non indichi gli elementi fattuali che denotano in concreto un pericolo «per l'ordine e la sicurezza pubblica» e rinvii a un dato ricavato da un mero controllo di carattere informatico – di cui dava atto il provvedimento del questore («da un controllo sul SISII sono emerse problematiche a

carattere di sicurezza nazionale») – del cui esito documentale non vi era traccia, né negli atti allegati al provvedimento amministrativo con cui era stato disposto il trattenimento, né nello stesso decreto impugnato che non ne riproduceva il contenuto essenziale, con la conseguenza che l'obbligo di motivazione non poteva neppure ritenersi assolto *per relationem*.
Nella citata ordinanza sez. I del 13.1.2020 n. 378, la Corte rigetta il motivo di ricorso con cui si denunciava il difetto assoluto di motivazione in relazione: all'asserita mancanza di un vettore, all'asserita impossibilità di applicare una misura meno coercitiva, all'asserito rischio di fuga, all'asserito pericolo di sottrazione all'esecuzione del rimpatrio, all'asserita pericolosità, perché il ricorrente non ha allegato di aver sollevato le questioni sopra indicate davanti al Giudice di pace, e anzi dal provvedimento di convalida risultava che la difesa si era appuntata solo su questioni attinenti al decreto di espulsione.
Con ordinanza sez. I del 3.3.2020 n. 5878 citata sopra la Corte ha ritenuto sufficientemente motivato il decreto di convalida delle misure alternative al trattenimento in cui il Giudice di pace si era limitato a rilevare la legalità della procedura, la legittimità del provvedimento e l'assenza di eccezioni e/o cause esimenti.
In relazione alla motivazione della richiesta di proroga del trattenimento di un richiedente asilo si è pronunciato il Tribunale di Roma, con decreto del 3.4.2020 R.G. 62486/2019 e con decreto 18.3.2020 R.G. 15892/2020, osservando tra l'altro che la Questura non aveva addotto, nella richiesta di proroga, alcuna motivazione sulla necessità del mantenimento del provvedimento di trattenimento, sulla proporzionalità di tale misure nel caso concreto, né infine sulla natura pretestuosa della richiesta di asilo.

Precedente detenzione

Nella citata ordinanza sez. I del 3.3.2020 n. 5871 la Corte di cassazione ribadisce altresì che, ai fini del superamento del termine di cui all'art. 14, co. 5, d.lgs. n. 286 del 1998, non assume rilievo il periodo di detenzione sofferto presso una struttura carceraria per reati comuni in epoca risalente rispetto alla data del trattenimento presso il Centro di identificazione ed espulsione, occorrendo che sussista un rapporto di continuità temporale tra il trattenimento presso la struttura carceraria e quello presso il Centro.

Pericolo di fuga

In due casi il Tribunale di Roma, esaminando la richiesta di proroga del trattenimento di richiedenti asilo, la cui domanda di protezione internazionale era stata rigettata con provvedimento impugnato avanti al competente Tribunale, ha escluso la sussistenza del rischio di fuga visto il forte radicamento sul territorio e la disponibilità di un alloggio (Tribunale di Roma, decreto 13.3.2020 R.G. 3406/2020 e decreto 13.3.2020 R.G. 3405/2020).

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Il permesso di soggiorno per cure mediche

Il Tribunale di Napoli, con ordinanza 14.2.2020 (RG. 132/2020), ha accolto il ricorso cautelare, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un cittadino nigeriano, in Italia dal 2002 e che negli ultimi anni era stato titolare di permesso per cure mediche a causa della gravi condizioni di salute, che avevano, peraltro, già consentito la certificazione di invalidità civile del 100%.
Il Tribunale ha accolto il ricorso accertando l'esistenza dei requisiti richiesti dalla nuova previsione di cui all'art. 19, co. 2-*bis* TU 286/98, affermando che «Ai fini del rilascio del permesso per cure mediche, è *richiesto esclusivamente la sussistenza di una patologia di particolare gravità* che rende necessario nell'immediato un percorso di cura per la tutela della salute e della vita del cittadino straniero. Deve trattarsi di patologie pericolose nell'immediato o suscettibili di aggravamento in futuro, a cui corrispondono prestazioni sanitarie che non possono essere differite o che sono essenziali per scongiurare aggravamenti che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita nell'ipotesi di un rientro nel Paese di origine».

Il permesso di soggiorno per calamità

Con ordinanza 28.4.2020 il Tribunale di Cagliari ha esaminato il ricorso proposto da una richiedente asilo nigeriana, di impugnazione del diniego di riconoscimento della protezione internazionale, rigettandolo per ritenuto difetto di credibilità delle dichiarazioni, qualificate contraddittorie. Al di là del merito della decisione (la domanda era basata sulla fuga determinata dal rischio di matrimonio forzato), su cui varie potrebbero essere le riflessioni, comunque merita di essere pubblicata perché una delle prime pronunce che, in applicazione dell'art. 20-*bis* TU 286/98 introdotto dal d.l. n. 118/2018, ha riconosciuto alla richiedente il permesso di soggiorno per calamità, a causa della emergenza sanitaria da COVID-19 in atto. Secondo il Tribunale sardo, infatti, in applicazione della «interpretazione evolutiva ed in adesione alla recente pronuncia della Suprema Corte (sentenza n. 2563/20)» è stato possibile riconoscere detto speciale titolo di soggiorno perché «In data 11 marzo 2020, infatti, l'OMS (Organizzazione mondiale della sanità) ha dichiarato la pandemia di Covid-19. Il continente africano è anch'esso, dunque, interessato dal Covid-19, sebbene in via ancora embrionale (per lo meno se si paragonano i dati in possesso sino ad oggi con quelli relativi all'Italia, la Spagna, gli Stati Uniti o la Cina). Peraltro è alto, per l'OMS, il timore che i sistemi sanitari nazionali non siano in grado di far fronte al numero di malati che avranno necessità di assistenza, né che possano, nella pratica effettiva, essere adoperati gli accorgimenti volti al distanziamento e contenimento del contagio adottati ed adottandi in Europa, America e Cina. Ad aggravare la situazione, poi, vi sono gli alti tassi di infezione da HIV e tubercolosi che affliggono l'Africa

subsahariana, oltre le altre malattie infettive che hanno pesato nell'ultimo periodo in particolare (Ebola)».

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO STATUS DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

La persecuzione per l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale (nel caso in esame l'*orientamento sessuale del ricorrente*, cittadino della Costa D'Avorio) giustifica, nella decisione del Tribunale di Firenze – decreto del 4.3.2020 –, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Nel caso portato all'attenzione del Collegio fiorentino, il ricorrente ha affermato di non essere omosessuale, ma di essere stato ritenuto tale in ragione della temporanea convivenza con un esponente in vista della comunità omosessuale e del suo lavoro alle sue dipendenze. Correttamente, pertanto, il Tribunale ha ritenuto che il solo fatto di essere ritenuto appartenente al gruppo di persone di orientamento omosessuale – a prescindere dal fatto che il ricorrente avesse precisato di essere eterosessuale – rendesse fondato il timore, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo, di subire atti persecutori per appartenenza al detto gruppo sociale.

Il Tribunale di Milano – con decreto del 1.7.2019/24.4.2020 – ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino nigeriano in ragione del suo fondato timore di essere perseguitato a causa del proprio orientamento sessuale. In particolare il ricorrente, dichiaratosi bisessuale, aveva dichiarato di essere riuscito a tenere nascoste per un certo periodo le proprie relazioni sentimentali, vietate in Nigeria, ma di essere stato scoperto nel 2016, di essere stato arrestato e poi rilasciato su cauzione. Nella motivazione del Collegio meneghino – molto accurata nella valutazione della coerenza interna ed esterna delle dichiarazioni – appare particolarmente significativo il riferimento ai cd. *Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere,* che, sebbene non vincolanti, affermano il quadro della tutela dei diritti umani applicabile in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Con riferimento agli atti persecutori compiuti contro le *persone ritenute omosessuali*, la Suprema Corte (Cass. 14.10.2019 n. 25892) ha precisato che per persecuzione debba intendersi una forma di lotta radicale contro una minoranza che può anche essere attuata sul piano giuridico e specificatamente con la semplice previsione del comportamento che si intende contrastare come *reato punibile con la reclusione*. In particolare la Corte ha affermato che tale situazione si concretizza allorché le persone di orientamento omosessuale sono costrette a violare la legge penale del loro Paese e a esporsi a gravi sanzioni per poter vivere liberamente la propria sessualità, così che ben si può ritenere che ciò costituisca una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini che compromette grandemente la loro libertà personale.

Con una precedente decisione, la Corte di Cassazione – accogliendo un ricorso proposto avverso una decisione di rigetto emessa nei confronti di un cittadino omosessuale della Costa D'Avorio in ragione del fatto che in detto Paese l'omosessualità non era considerata un reato – aveva già chiarito che «l'assenza di norme che vietino direttamente o indirettamente i rapporti consensuali tra persone, dello stesso sesso, non è, di per sé, risolutivo ai fini di escludere la protezione internazionale, dovendo altresì accertarsi se lo Stato, in tale situazione, riconducibile alla previsione dell'art. 8, lett. d), non possa o non voglia offrire adeguata protezione alla persona omosessuale, d.lgs. n. 251 del 2007, *ex* art. 5, lett. c), e dunque se, considerata la concreta situazione del richiedente e la sua particolare condizione personale, questi possa subire, a causa del suo orientamento sessuale, *ex* art. 8, lett. d), la minaccia grave ed individuale alla propria vita o alla persona e dunque l'impossibilità di vivere nel proprio Paese d'origine senza rischi effettivi per la propria incolumità psico-fisica la propria condizione personale» (Cass. 23.4.2019 n. 11176).

La Suprema Corte, con ordinanza n. 30031/2019 – all'esito di un'accurata ed analitica disamina della fattispecie dell'obiezione di coscienza, delle Linee guida n. 10 dell'UNHCR e delle pertinenti ed aggiornate informazioni sull'Ucraina – ha ribadito che sussistono i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato nel caso di un richiedente asilo, che rifiuti di prestare il servizio militare nello Stato di origine, ove la *renitenza alla leva* è sanzionata penalmente, per evitare il concreto rischio di essere arruolato in un conflitto caratterizzato da crimini di guerra e contro l'umanità, dovendo in questo caso ritenersi motivo di persecuzione l'appartenenza al gruppo sociale degli obiettori di coscienza, tenuto conto che l'art. 7, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 251 del 2007 si applica a tutto il personale militare, anche logistico e di sostegno, e riguarda le situazioni in cui il servizio militare comporta la possibilità di partecipazione anche solo indiretta alla commissione di crimini di guerra in un determinato conflitto, senza che sia necessario che tali crimini siano stati già commessi o che rientrino nella sfera di competenza della Corte penale internazionale, essendo sufficiente che il richiedente asilo sia in condizioni di dimostrare l'esistenza di un'alta probabilità che siffatti crimini siano commessi.

Nel solco della decisione della Suprema Corte, anche il Tribunale di Roma (decreto del 5.9.2019/5.12.2019) ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una cittadina ucraina – chiamata dal governo per lavorare come medico in un'area di guerra – in ragione della "ragionevole probabilità" che, in caso di rientro in Ucraina, sarebbe stata inviata al fronte di guerra del conflitto del Donbass in un ruolo che la avrebbe coinvolta – seppure indirettamente in quanto medico – nella commissione di crimini di guerra di cui, come risulta dalle numerose fonti citate dal Tribunale capitolino, l'esercito ucraino si è macchiato nei confronti di separatisti, prigionieri e popolazione civile. Nel provvedimento il Collegio ha precisato che il rifiuto alla chiamata del governo sarebbe il solo mezzo per evitare la partecipazione a tale

conflitto e che tale rifiuto sarebbe punito, dal codice penale ucraino, con la reclusione da 1 a 5 anni. Nella decisione in esame la renitenza alla leva assume rilievo sia ai fini dell'individuazione di un "particolare gruppo sociale" (sulla base delle Linee guida n. 10 dell'UNHCR) sia come comportamento che attua un'opinione politica.

L'aver subito una *mutilazione genitale* (all'età di 10 anni) e il pericolo di essere costretta ad un *matrimonio forzato* costituiscono elementi idonei a riconoscere l'esistenza di un particolare gruppo sociale. Nella decisione del 3.2.2020 il Tribunale di Bologna ha ritenuto che la mutilazione subita dalla ricorrente (giovane donna della Sierra Leone costretta ad entrare a far parte della società segreta Bondo) rappresenti una grave violazione della vita umana e che detta mutilazione e le altre violenze fisiche e morali subite dalla ricorrente, per la sua condizione di donna, siano da considerarsi una vera e propria forma di persecuzione e discriminazione, a cui la ricorrente correrebbe il rischio di essere nuovamente sottoposta nel caso di rientro in Sierra Leone. Con riferimento al rischio futuro in caso di rimpatrio, il Tribunale bolognese ha considerato, in particolare, il pericolo della reiterazione di condotte tese a costringerla ad assumere il ruolo della nonna materna (nella società segreta Bondo) e il matrimonio forzato.
Ancora con riferimento alla fattispecie del matrimonio forzato e all'individuazione dell'agente di persecuzione, la Suprema Corte (sentenza 6573 del 9.3.2020) ha ribadito che, ai fini della persecuzione di genere, gli atti di violenza domestica (consistiti nel cercare di costringere il ricorrente, originario del Mali, a sposare la vedova del proprio fratello), anche se posti in essere da autorità non statuali, integrano i presupposti della persecuzione, di cui all'art. 7 del d.lgs. 19.11.2017 n. 251, se le autorità statuali non le contrastino o non garantiscano protezione, in quanto ritenute regole consuetudinarie locali. Nella pronuncia in esame è stato, inoltre, richiamato l'orientamento della Suprema Corte (Cass. 25463/2016; Cass. 25873/2013) secondo il quale la costrizione ad un matrimonio non voluto rappresenta una grave violazione della dignità e, dunque, un trattamento degradante, che integra un grave danno.

Religione

Il Tribunale di Bologna, con decreto del 18.1.2020, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad una cittadina della Cina, originaria della provincia di Henan, fuggita dal Paese d'origine per sfuggire alle persecuzioni religiose che avrebbe potuto subire in quanto praticante del culto definito del giustificazionismo mediante fede. Il Collegio, sulla base delle dichiarazioni della ricorrente (ritenute coerenti ed attendibili) e delle verifiche circa il trattamento delle *House Churches* in Cina, ha ritenuto che la ricorrente, tornando nel proprio Paese, verosimilmente sarebbe esposta al rischio di subire limitazioni nell'esercizio della propria libertà religiosa ed addirittura di essere arrestata, a causa dei controlli che vengono praticati – seppure con diffusione ed intensità varia a seconda dei gruppi religiosi – nei confronti degli appartenenti alle *house churches*. Il rischio è stato ravvisato anche nel pericolo di essere imprigionata perché appartenente ad un gruppo religioso non riconosciuto.

Ancora con riferimento alla religione, la Suprema Corte (ord. n. 5225 del 26.2.2020) ha cassato una decisione dei giudici di merito nella parte in cui avevano ricavato elementi a sostegno della ritenuta non credibilità del ricorrente dal fatto che egli non fosse stato in grado di descrivere, in modo particolareggiato, il percorso personale di avvicinamento alla fede e le pratiche religiose. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che: «la scelta di fede costituisce, al pari di quella sull'orientamento sessuale, una delle primarie modalità di estrinsecazione della personalità umana: di conseguenza non può mai essere consentito al giudice di spingersi sino alla pretesa di valutare criticamente il percorso personale di avvicinamento alla fede seguito da un determinato soggetto, ovvero le modalità con le quali costui sceglie, in assoluta libertà – e fermi restando soltanto i limiti di ordine pubblico e sicurezza nazionale – di professare la propria fede». Nella pronuncia in esame viene ribadito come la «naturale molteplicità delle modalità di atteggiarsi della fede personale» e l'impossibilità per il decisore di poter contare sul possesso di conoscenze teologiche che non appartengono al naturale bagaglio del giudice civile portano a ritenere che l'attendibilità del ricorrente non possa essere valutata sulla base della descrizione del percorso di avvicinamento alla fede e sulla descrizione delle pratiche e conoscenze religiose.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14, lett. a) e b)

Il Tribunale di Brescia, con decreto del 7.1.2020, ha riconosciuto la protezione sussidiaria, *ex* art. 14, lett. a) d.lgs. 19.11.2007 ad un cittadino del Benin accusato del reato di incendio doloso. Nel Paese d'origine, sulla base delle fonti aggiornate e pertinenti citate dal Collegio, tale reato è punibile (dagli artt. 812, 813 e 814), a seconda delle varie fattispecie, con una pena che parte de un minimo di 10 anni fino alla previsione più grave dell'ergastolo. Tale previsione legislativa, considerata unitamente alle gravissime condizioni delle carceri in Benin, costituisce un elemento che, alla luce della ritenuta credibilità delle dichiarazioni del ricorrente in merito alla sua partecipazione all'incendio doloso, porta a ritenere sussistente il pericolo, in caso di rimpatrio, di essere sottoposto ad una pena inumana o degradante. Particolarmente interessante, inoltre, la valutazione dell'insussistenza di una causa di esclusione, proprio alla luce della pena edittale prevista, nel nostro ordinamento, per il reato di incendio.

Il rischio effettivo di subire un grave danno – rappresentato dal lancio della *fatwa* nei confronti del ricorrente, cittadino pakistano – giustifica, nel decreto del Tribunale di Brescia (decreto dell'11.12.2019) il riconoscimento della protezione sussidiaria. In particolare, il richiedente era accusato di aver donato il proprio sperma ad una donna sposata, la quale poi era rimasta incinta. Il Tribunale bresciano – richiamate le fonti che confermano come, secondo la religione musulmana, la donazione di sperma sia equiparata alla "*zina*" (e, dunque, all'adulterio) e come

l'utilizzo della fecondazione artificiale sia ritenuto religiosamente proibito e altamente peccaminoso – ha ritenuto che, alla luce dei precetti della religione musulmana, aventi forza di legge nella Repubblica islamica del Pakistan, debba ritenersi fondato il timore del ricorrente in merito all'effettiva esecuzione, ad opera di un qualsiasi musulmano, della pena di morte comminata con la *fatwa*.

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14, lett. c)

Il Tribunale di Milano – con decreto del 15.4.2020 – ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un cittadino del *Mali*, originario di Bamako, in ragione del rischio di essere coinvolto nella violenza da conflitto armato generalizzato. Nella decisione in esame, il Collegio ha esaminato le più aggiornate informazioni sul Paese d'origine per concludere che l'estensione del conflitto a pressoché tutto il Mali, compresa la capitale, rende assolutamente ragionevole ritenere che tutto lo Stato sia caratterizzato da una situazione di conflitto armato con violenza indiscriminata nei confronti dei civili ai sensi dell'art. 14, lett. c) del d.lgs. 19.11.2017 n. 251. Proprio alla luce dell'estensione del conflitto, il Tribunale ha ritenuto di non poter escludere singole zone ovvero città geograficamente collocate all'interno della zona di conflitto, evidenziando l'impossibilità di definire in modo certo i confini del conflitto.

La Corte di cassazione, nell'ordinanza n. 2954 del 7.2.2020 – con riferimento al tema del dovere di cooperazione del giudice nel caso di situazione di violenza indiscriminata da conflitto armato – ha ribadito che *il pericolo di danno grave in caso di rimpatrio debba essere considerato in linea meramente oggettiva,* a prescindere dalle ragioni che hanno indotto il richiedente asilo ad emigrare e con riferimento all'attualità. Nella pronuncia in esame, la Suprema Corte ha precisato come sia del tutto irrilevante il fatto che la situazione pericolosa di danno grave possa essere sorta in un momento successivo alla partenza del richiedente dal Paese di origine e come sia ininfluente il motivo che aveva originato la sua partenza. Con particolare riferimento al dovere di cooperazione, la Suprema Corte ha chiarito come tale potere-dovere non trovi ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente (ad eccezione del caso in cui si ritenga proprio non credibile la provenienza da una determinata area geografica), nel caso in cui oggetto di valutazione sia proprio la situazione generale di sicurezza del Paese d'origine.

QUESTIONI PROCESSUALI

Valutazione di credibilità e dovere di cooperazione del giudice

La Suprema Corte, con ordinanza n. 7546 del 27.3.2020, ha cassato una decisione di merito nella parte in cui aveva ritenuto non credibili le dichiarazioni rese da una giovane donna fuggita dalla Cina perché perseguitata in ragione del suo credo religioso (la ricorrente aveva riferito di essere osservante del culto della Chiesa di Dio Onnipotente). Con specifico riferimento alla valutazione di credibilità, la Corte di cassazione ha affermato che nei giudizi di protezione

internazionale, tale valutazione non può tradursi in un atomistico esame degli elementi della narrazione o nella capillare ricerca di elementi di contraddizione, atteso che la «funzione del procedimento giurisdizionale di protezione internazionale deve ritenersi quella – del tutto autonoma rispetto alla precedente procedura amministrativa, della quale esso non costituisce in alcun modo prosecuzione impugnatoria – di accertare, secondo criteri legislativamente predeterminati, la sussistenza o meno del diritto del richiedente al riconoscimento di una delle tre forme di asilo».
Nella decisione in esame, i giudici di legittimità richiamano la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. SU n. 10531/2013) sul tema della giustizia della decisione, sottolineandosi come la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni in senso lato (tematica "classica" di diritto processuale) faccia «leva sul valore della giustizia della decisione, che deve ritenersi valore primario del processo (valore primario che, a più forte ragione, permea quei procedimenti nei quali i valori in gioco hanno riguardo alle persone, alla loro storia, ai loro diritti fondamentali, sempre e comunque garantiti dalla Carta costituzionale e dalle Convenzioni internazionali)».
La Suprema Corte, infine, ricorda che ove, rispetto ad alcuni dettagli, residuino all'organo giudicante dubbi *in parte qua*, possa trovare legittima applicazione il principio del *beneficio del dubbio*, codificato nell'art. 3 del d.lgs. 19.11.2017 n. 251, indicato nel manuale *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems* dell'UNHCR e più volte richiamato nella giurisprudenza sull'onere della prova della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 6879 dell'11.3.2020 – chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un cittadino del Pakistan fuggito dal Paese di origine perché il padre era stato sfruttato dai propri datori di lavoro ed egli era stato costretto sin da piccolo a lavorare per i proprietari del terreno, ove lavorava il padre, abbandonando la scuola – ha ravvisato, nella decisione dei giudici di merito che avevano escluso la riconducibilità dei fatti narrati ai fattori di inclusione nelle fattispecie di protezione internazionale, una violazione del disposto dell'art. 3 del d.lgs. 19.11.2017 n. 251. In particolare la Suprema Corte ha ribadito che la storia narrata dal ricorrente – privato del diritto allo studio e costretto, sin dalla giovane età a lavorare nei terreni ove lavorava il padre da un agente di persecuzione privato – fosse qualificabile come riduzione in schiavitù e ben potesse, pertanto, essere astrattamente inquadrata nelle forme della protezione invocata.

Nell'ordinanza n. 8819 del 12.5.2020, la Suprema Corte si è soffermata sulle caratteristiche delle domande di protezione internazionale, sul contenuto del dovere di cooperazione istruttoria e sulla valutazione di credibilità.
Con riferimento al primo tema gli Ermellini hanno affermato che qualora l'originario *petitum* introdotto dinanzi al Tribunale risulti specificamente circoscritto alle (sole) forme di protezione sussidiaria e/o umanitaria, il giudice ha, comunque, l'obbligo di valutare anche la possibilità di riconoscere al ricorrente lo *status* di rifugiato, ove ne ricorrano i

presupposti, qualora *i fatti storici* addotti a fondamento dell'istanza risultino pertinenti a quella forma di protezione, vertendosi, nella specie, in tema di *domande autodeterminate avente ad oggetto diritti fondamentali*.
In merito al rapporto tra dovere di cooperazione e valutazione di credibilità, nella decisione in esame è stato affermato che il giudizio di credibilità, eventualmente negativo, non può in alcun modo essere posto a base, *ipso facto*, del diniego di cooperazione istruttoria cui il giudice è obbligato *ex lege*, atteso quel giudice non sarà mai in grado, *ex ante*, di conoscere e valutare correttamente la reale ed attuale situazione del Paese di provenienza del ricorrente.
Nella decisione in esame, infine, la Suprema Corte – contrariamente rispetto a quanto affermato nella precedente pronuncia n. 3340/2019 – ha chiarito che costituisce *errore di diritto*, come tale censurabile anche in sede di legittimità, la *valutazione delle dichiarazioni* che si sostanzi nella capillare e frazionata ricerca delle singole, eventuali contraddizioni, pur talvolta esistenti, insite nella narrazione, atteso che il procedimento di protezione internazionale è caratterizzato, per sua natura, da una sostanziale mancanza di contraddittorio (stante la sistematica assenza dell'organo ministeriale), con conseguente impredicabilità della diversa funzione – caratteristica del processo civile ordinario – di analitico e perspicuo bilanciamento tra posizioni e tesi contrapposte *intra pares*.

Con decreto del 28.2.2020, il Tribunale di Perugia , accogliendo l'istanza di sospensiva proposta da un cittadino ucraino in fase di reiterazione della domanda, ha affermato che la «concreta possibilità di essere impiegato, quale infermiere, nel corso delle operazioni militari in corso sul confine orientale dell'Ucraina» – fatto nuovo confermato dalla cartolina di precetto con la quale gli è stato intimato di presentarsi al commissariato militare – integri l'elemento nuovo, suscettibile di positiva valutazione ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare.

Il Tribunale di Milano – con decreto del 1.4.2020 – chiamato a decidere su un'istanza di sospensiva proposta ai sensi dell'art. 35-*bis*, co. 13, del d.lgs. 28.1.2008 n. 25 – ha ritenuto che, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, i «fondati motivi» possono essere integrati anche in via esclusiva dal requisito del *periculum*, rappresentato, nel caso esaminato dal Collegio, dall'eccezione emergenza sanitaria determinata dall'epidemia da virus COVID-19 e dalle eccezionali misure adottate dal Governo per contrastarla. In particolare il Tribunale, richiamati gli artt. 17 e 32 Cost., le istruzioni dell'Istituto superiore della sanità, i d.p.c.m. emanati dal Governo nel mese di marzo 2020, l'art. 34 del Testo Unico immigrazione e la circolare del 24 marzo 2000 n. 5 del Ministero della sanità, ha affermato che il rigetto della sospensione comporterebbe la revoca in capo al richiedente del permesso di soggiorno temporaneo per richiesta di asilo e che tale revoca determinerebbe l'impossibilità di osservanza delle prescrizioni dell'Istituto superiore della sanità a tutela della salute individuale e collettiva perché la revoca del permesso di soggiorno precluderebbe l'accesso del richiedente al Servizio sanitario nazionale e alle cure del medico di famiglia.

Con decreto del 22 gennaio 2020 il Tribunale di Firenze si è pronunciato sull'istanza di sospensiva dell'effetto esecutivo di un provvedimento di rigetto presentata da un ricorrente che, proveniente dal Senegal, aveva allegato dinanzi alla Commissione territoriale del capoluogo toscano di essere omosessuale e di correre per tale motivo un rischio nel Paese di origine. Nonostante la tempestiva allegazione del ricorrente in fase amministrativa, la domanda era stata respinta per manifesta infondatezza all'esito della procedura accelerata, in quanto il Senegal era indicato nella lista dei Paesi designati come sicuri. Il Tribunale, acquisita ed esaminata la "scheda Paese" sul Senegal predisposta dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo ha rilevato come in essa fosse chiaramente indicato che il Senegal *non* poteva essere considerato sicuro per gli appartenenti alla comunità Lgtbi (in ragione sia della perdurante criminalizzazione dell'omosessualità e del clima di ostilità e violenza sociale nei loro confronti). Ad avviso dei giudici fiorentini l'art. 2-*bis* del d.lgs. 25/2008 deve essere interpretato nel senso di imporre al decreto ministeriale attuativo, nel caso di inserimento in lista del Paese di origine non interamente sicuro, la previsione dell'esplicita esclusione, dalla procedura accelerata, delle categorie di persone a rischio. In conclusione, nel decreto in esame, si afferma che, essendo la designazione del Senegal illegittima sotto il profilo indicato, essa non è idonea ad assoggettare al regime procedurale speciale previsto per i cittadini di Paesi designati e, si dispone la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto.

Il Tribunale di Milano, con decreto del 5.2.2020, è stato adito, in via cautelare, da una donna proveniente dalla Tunisia (fuggita, insieme alle due figlie minori, per episodi di violenza domestica perpetrati dalla famiglia del marito) la cui domanda è stata rigettata per manifesta infondatezza, proprio perché proveniente da un Paese designato come sicuro. Al modello C3 non risultava allegato alcun opuscolo informativo e, nel verbale di audizione, si leggeva che la ricorrente «è stata resa edotta delle novità normative principali sulle domande accelerate». Nella decisione in esame i giudici meneghini hanno richiamato espressamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – che ha identificato nel mancato accesso ad informazioni relative alla procedure, e sulle conseguenze di tale omissione, uno dei maggiori ostacoli all'efficacia delle procedure d'asilo (sent. *M.S.S.* c. *Belgio e Grecia*, cit., paragrafi 301 e 304, e sent. 23 febbraio 2012 (grande camera) *Hirsi Jamaa et al.* c. *Italia*, ricorso n. 27765/09, par. 204), censurando casi in cui questa era priva di efficacia per condizioni personali dei richiedenti (sent. *Ilias e Ahmed*, cit., par. 124) – per poi concludere che l'omessa informazione in merito agli elementi necessari per comprendere le peculiarità della procedura seguita dall'amministrazione e le conseguenze, sul piano procedurale, di tale scelta, giustifichino il riconoscimento dell'invocata sospensiva.

Vizio di motivazione

La Suprema Corte, con ordinanza 7519/2020 del 25.3.2020 – chiamata a decidere sul ricorso di un richiedente asilo che aveva riferito di essere fuggito dal Paese d'origine per paura di essere perseguitato dai sostenitori del partito governativo, in quanto suo padre aveva collaborato con il partito avversario – ha affermato che l'incomprensibilità del percorso argomentativo seguito dal giudice di merito per dar conto della non credibilità del richiedente, tale da determinarne la mera apparenza, è riconducibile a una delle ipotesi in cui il provvedimento prospetta una anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, attinente all'esistenza della motivazione in sé ed è, di conseguenza, suscettibile di essere denunciata per Cassazione.

Procura alle liti

Il giudice, a fronte dell'omesso deposito della procura alle liti nel giudizio d'appello (che sia richiamata negli atti di parte) è tenuto, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte con ordinanza 6884/2020 dell'11.3.2020 – anche in forza del richiamo a numerosi precedenti di legittimità – ad invitare la parte a produrre l'atto mancante, e tale invito può e deve essere fatto, in qualsiasi momento, anche dal giudice d'appello e solo in esito ad esso il giudice deve adottare le conseguenti determinazioni circa la costituzione della parte in giudizio, reputandola invalida soltanto nel caso in cui l'invito sia rimasto infruttuoso.

LA PROTEZIONE UMANITARIA NEL PROCEDIMENTO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Autonomia dell'esame della protezione umanitaria

L'importante ordinanza n. 8819/2020 della Corte di cassazione (rassegnata anche nella precedente parte, tra le questioni processuali) consolida, rafforzandolo, l'orientamento giurisprudenziale (controverso in Cassazione) che *afferma l'autonomia dell'esame della protezione umanitaria rispetto a quello che il giudice deve compiere per l'eventuale riconoscimento della protezione internazionale e precisa che i fatti da considerare possono essere i medesimi della protezione internazionale* (tra i precedenti si ricordano Cass. n 26566/2013; n. 21903/2015; n. 23604/2017). Decisione che segue di poco l'ulteriore importante pronuncia della Corte n. 1104/2020 (rassegnata nel proseguo, anche sotto altri profili), entrambe le quali affermano «che i presupposti necessari ad ottenere la protezione umanitaria devono identificarsi autonomamente rispetto a quelli previsti per le due protezioni maggiori, e che le due valutazioni non sono sovrapponibili, il che è a dire che i fatti funzionali ad una positiva valutazione della condizione di vulnerabilità ben potrebbero essere gli stessi già allegati per le protezioni maggiori».

L'ordinanza si discosta espressamente dalla giurisprudenza della stessa Corte che per la protezione umanitaria vorrebbe l'allegazione di fatti diversi, ritenendolo in contraddizione con «*il basilare dovere del giudice di qualificazione della domanda sulla base degli stessi fatti storici allegati dalla parte istante*», su cui nella precedente parte motiva è stato ampiamente

argomentato (cfr. punti 2 e 5 dell'ordinanza). Ricordando i principi espressi dal Giudice di legittima sulla natura della protezione umanitaria – che non è ricompresa in ipotesi tipizzate abbracciando, invece, una platea ampia di diritti fondamentali, con evoluzione elastica della norma, clausola generale di sistema le cui basi normative «*non sono affatto fragili*» ma «*a compasso largo*» (Cass. SU 29460/2019; Cass. 4455/2018) –, la pronuncia riafferma la necessità di una comparazione tra la condizione attuale del richiedente e le conseguenze del suo rimpatrio a cui deve conseguire un giudizio di «bilanciamento di tipo ipotetico», rispetto al quale la condizione di vulnerabilità è uno dei requisiti per il riconoscimento della tutela umanitaria (principi riassunti a pag. 17 della ordinanza).

Come già la pronuncia n. 1104/2020, anche questa ordinanza non solo censura le valutazioni "seriali" dei giudici, tenuti invece ad esaminare caso per caso, ma conferma il principio di «*comparazione attenuata*» cioè «concettualmente caratterizzato da una relazione di proporzionalità inversa tra fatti giuridicamente rilevanti, che impone un peculiare bilanciamento tra condizione soggettiva del richiedente asilo e situazione oggettiva del Paese di eventuale rimpatrio», con la conseguenza che quanto più risulta accertata in giudizio una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità oggettiva (riferita, cioè, al Paese di rimpatrio), minore sarà il rigore del giudizio di comparazione.

Donne nigeriane richiedenti asilo e violenze subite in Libia

In questa sezione della Rubrica pubblichiamo alcune significative pronunce della Corte di cassazione, le quali hanno ad oggetto non solo i criteri per la valutazione della credibilità del/della richiedente asilo – questione, è noto, di massima importanza nel giudizio di protezione internazionale ed umanitaria – ma che, nello specifico, trattano della *credibilità di donne nigeriane richiedenti protezione e della rilevanza delle violenze sessuali subite nel percorso migratorio, in specie in Libia* (profilo esaminato, in generale, anche nell'ordinanza n. 2558/2020 pubblicata nella successiva sezione). Profilo di per sé estremamente interessante, che si discosta dall'orientamento, sin qui espresso dalla prevalente giurisprudenza, di irrilevanza di quanto avvenuto nel percorso migratorio ed è tanto più importante tenuto conto della notorietà, rilevante giuridicamente, della gravissima *violazione dei diritti umani in Libia* ai danni delle persone migranti, che prosegue nella pressoché generale indifferenza istituzionale.

Sono pronunce, inoltre, interessanti perché evidenziano l'imprescindibilità, per un corretto esame della richiesta di tutela delle donne nigeriane, della valutazione della *condizione femminile in Nigeria*, la cui discriminazione e violenza sono descritti in numerose fonti di informazione.

Con ordinanza n. 29603/2019 la Corte di cassazione ha accolto il ricorso di una richiedente asilo nigeriana, a cui il Tribunale di Brescia ha negato ogni forma di protezione per ritenuto difetto di credibilità delle sue dichiarazioni, qualificate contraddittorie ed inverosimili ed in quanto non aveva espresso alcun timore nei riguardi dell'amica «che l'aveva venduta».

Richiamando alcuni precedenti giurisprudenziali, la Corte afferma che l'allegazione del/della richiedente di violenze subite nei Paesi di transito, in specie la Libia, è circostanza che deve essere valutata per la ricostruzione della vicenda personale e «di conseguenza, della credibilità del dichiarante e della sua condizione di fragilità», ovverosia della sua condizione di vulnerabilità, quantomeno al fine di riconoscimento della protezione umanitaria. Senza, tuttavia, potere escludere *a priori* una forma di protezione internazionale «se, in concreto, nella vicenda umana posta a base della domanda e ivi narrata (al di là di aspetti meramente di dettaglio) risulti che l'attraversamento ed il soggiorno in un Paese di transito (come la Libia) e i trattamenti inumani e degradanti nonché le violenze ivi subite abbiano un importante ruolo nell'ambito nucleo essenziale della richiesta di protezione internazionale, che è quello che deve essere esaminato nelle due fasi del procedimento (arg. ex Cass. 20 novembre 2018, n. 29875)».

Fatte queste premesse, la Corte censura la decisione del Tribunale lombardo che, pur non mettendo in dubbio che la richiedente sia stata "venduta" per lo sfruttamento sessuale, «non risulta che abbia dato alcun peso a questo fatto», omettendo di accertare se quella "raccapricciante" vendita sia stata effettuata in Nigeria o in Libia, nonostante la notorietà del traffico di donne nigeriane tra i due Paesi. La Cassazione censura anche il fatto che il Tribunale «non ha neppure considerato che spesso le vittime di tratta non denunciano le violenze subite per timore di ritorsioni e che, quindi, la ricorrente per la medesima ragione, potrebbe aver dichiarato di non avere alcun timore rispetto alla vicenda vissuta in Libia». Per effetto di siffatto errato esame della domanda, secondo la Corte il giudice di 1^ grado non solo ha dato risalto ad elementi delle dichiarazioni del tutto secondari, ma ha omesso di attivare quei poteri officiosi che caratterizzano il giudizio sulla protezione internazionale, addivenendo ad un giudizio privo di effettiva motivazione.

Con ordinanza n. 1104/2020 la Corte di cassazione ha delineato importanti principi in materia di riconoscimento della protezione umanitaria, relativamente ad un ricorso ricadente nell'ambito di applicazione della normativa precedente la riforma recata dal d.l. n. 113/2018, trattandosi di domanda presentata precedentemente. La vicenda oggetto di giudizio riguardava una *donna nigeriana*, richiedente asilo, che aveva riferito di essere stata oggetto di violenze sessuali in Nigeria per un'accusa di furto subita insieme al marito e di essere dunque fuggita in Libia, ove era stata segregata e costretta a prostituirsi. Dopo avere ribadito l'irretroattività della riforma 2018 (Cass. SU 29459/2019), la suprema Corte ha rigettato i primi due motivi di ricorso, escludendo la rilevanza, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, del rischio di *retrafficking* in quanto lo sfruttamento sessuale è avvenuto in Libia e non nel Paese di origine, rispetto al quale ultimo va considerato il rischio di rimpatrio.

La Cassazione ha, invece, censurato il provvedimento del Tribunale di Milano nella parte in cui ha negato anche la tutela umanitaria mancando di effettuare quella valutazione comparativa tra la condizione attuale della ricorrente, pienamente integrata in Italia, e la sua esposizione al rischio di violazione dei diritti fondamentali in caso di rientro in Nigeria, secondo i parametri

individuati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 4455/2018). Comparazione che, diversamente dalla valutazione che deve essere effettuata per la protezione internazionale, *nel caso della umanitaria prescinde dal luogo in cui sono state consumate le violenze*, qualora ad esse sia conseguita una vulnerabilità soggettiva, precisando, altresì, che la «condizione di vulnerabilità [...] alla luce dell'insegnamento delle sezioni unite, rappresenta soltanto una delle ipotesi per le quali può riconoscersi la protezione umanitaria». L'ordinanza sintetizza i *principi giuridici ricavabili dalla giurisprudenza*, i quali, per la loro importanza ed utilità, meritano di essere qui integralmente riportati, comprese le evidenziazioni in grassetto del relatore: «1) Che non si può trascurare la necessità di collegare la norma che la prevede ai diritti fondamentali che l'alimentano.
2) Che gli interessi protetti non possono restare ingabbiati in regole rigide e parametri severi, che ne limitino le possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali, sicché l'apertura e la residualità della tutela non consentono tipizzazioni (ex multis, Cass. 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13096).
3) Che le relative basi normative non sono, allora, "affatto fragili" (come opinato, ancora una volta infondatamente, nell'ordinanza di rimessione), ma "a compasso largo": l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 della CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a clausola generale di sistema, capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione.
4) Che andava pertanto condiviso l'orientamento di questa Corte (inaugurato da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, e seguito, tra le altre, da Cass. 19 aprile 2019, n. 11110 e da Cass. n. 12082/19, cit., nonché dalla prevalente giurisprudenza di merito) che assegna rilievo centrale alla valutazione comparativa, ex art. 8 CEDU, tra il grado d'integrazione effettiva nel nostro Paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale.
5) Che, con riferimento all'ipotesi che precede, non poteva, peraltro, essere riconosciuto al cittadino straniero il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari considerando, isolatamente e astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia, "né il diritto può essere affermato in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al Paese di provenienza (Cass. 28 giugno 2018, n. 17072). Si prenderebbe altrimenti in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma piuttosto quella del suo Paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, di per sé inidonea al riconoscimento della protezione umanitaria (Cass. 3 aprile 2019 n. 9304)» (pp. 6-7).

Concretizzando quei principi nel caso oggetto di ricorso, la Corte ricorda la necessità di effettuare caso per caso detta valutazione comparativa, senza che il giudice possa declinare valutazioni seriali «*improntate ai più disparati quanto opinabili criteri altrettanto seriali, a*

mò di precipitato di una chimica incompatibile con valori tutelati dalla Carta costituzionale e dal diritto dell'Unione».

Un ulteriore importante principio evincibile dalla pronuncia in esame riguarda l'intensità della valutazione comparativa che il giudice deve effettuare, che, secondo la Cassazione, è attenuato, in analogia a quanto avviene per la protezione sussidiaria. Dunque, una situazione di particolare o eccezionale vulnerabilità (riferite alla vicenda personale del/della richiedente asilo) consente al giudice di «*valutare con minor rigore il secundum comparationis,* costituito dalla situazione oggettiva del Paese di rimpatrio, onde la conseguente attenuazione dei criteri – predicati, si ripete, con esclusivo riferimento alla comparazione del livello di integrazione raggiunto in Italia – rappresentati "dalla privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale».

Rapportando quei principi al caso oggetto di giudizio, la Corte trova occasione per affermare un ulteriore importate principio, spesso disatteso nei giudizi, ovverosia che nella valutazione della credibilità soggettiva assume rilievo anche la «*condizione emotiva*» della persona, quale «*mezzo di prova* di pari dignità rappresentativa rispetto alla prova storica o documentale».

In conclusione, la Cassazione accoglie il ricorso proposto dalla richiedente asilo nigeriana chiedendo al giudice di rinvio di valutare, alla luce delle specifiche fonti di informazione, *quale sia la condizione della donna in Nigeria* e quanto essa possa esporre la richiedente al rischio di violazione dei diritti umani, tenendo conto della «residua capacità di una donna assoggettata a tali esperienze di essere sottoposta, e di poter ancora accettare, sopportare e subire una qualsiasi ulteriore forma di violenza - benché di tipo e di intensità sicuramente diversa»

Indubbiamente una straordinaria evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale di un diritto fondamentale che ha la persona al centro.

Con riguardo ai criteri di valutazione della credibilità soggettiva di richiedente asilo, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, la Corte di cassazione ha pronunciato l'ordinanza n. 2453/2020 , in un giudizio proposto da una giovane *richiedente asilo nigeriana*, a cui il Tribunale di Torino aveva negato la tutela per difetto di credibilità delle dichiarazioni. La Corte ha annullato la decisione di 1^ grado perché il Tribunale non ha fatto buon uso dei criteri legali per l'esame della domanda di protezione, innanzitutto fermandosi alla sola verifica della credibilità soggettiva, ritenuta erroneamente preclusiva «di un qualunque esame ulteriore in tema di protezione umanitaria». Secondo la Cassazione, infatti, il giudice deve valutare la credibilità prendendo in considerazione tutte le circostanze che concretizzano «una situazione di "vulnerabilità", da effettuarsi su base oggettiva», eventualmente integrando officiosamente le allegazioni del richiedente.

La Cassazione ha censurato il Tribunale piemontese che, esaminando singoli frammenti delle dichiarazioni, non ha valutato l'insieme delle stesse ed ha omesso di considerare la giovane età, l'assenza di scolarizzazione e l'essere stata vittima di sfruttamento sessuale, cioè sia il contesto

sociale di provenienza e le specifiche caratteristiche individuali della richiedente, come invece affermato dalla giurisprudenza (Cass. n. 18128/2017; n. 26921/2017).
La Corte censura anche la parte della decisione di 1^ grado ove si esclude, ma non motivazione solo apparente, la verosimiglianza delle violenze subite nel percorso migratorio, la loro rilevanza ai fini del riconoscimento della protezione e ove si qualifica stereotipato il racconto della richiedente. Secondo il Giudice di legittimità «la diffusione – ripetuta nei modi e nelle forme – di violenze e maltrattamenti materiali su persone di "piccola" età non sembra per sé fattore in grado di determinare la non credibilità di chi assume di essere stato costretto a subirli».

Protezione umanitaria e ragioni di salute

La Corte di cassazione ha esaminato il ricorso proposto da un richiedente asilo del *Ghana*, cui era stato negata dal Tribunale di Ancona ogni forma di protezione, compresa quella umanitaria, rispetto alla quale era stata negata rilevanza alle serie condizioni di salute del richiedente. Con ordinanza n. 2558/2020 la Cassazione ha annullato detta decisione di 1^ grado e, dopo avere ritenuto applicabile *ratione temporis*, la disciplina previgente la riforma del d.l. n. 113/2018, nonché censurato *l'indifferenza del giudice di 1^ grado alle violenze subite in Libia*, ha posto in luce la differenza tra il permesso per cure mediche, preceduto dallo specifico visto e di cui all'art. 36 TU d.lgs. 286/98, e la tutela umanitaria che trova legittimazione nella condizione di vulnerabilità soggettiva del richiedente motivata anche da *ragioni di salute*. La Corte ha così pronunciato il *principio di diritto* secondo cui «[...] ai fini del riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie la vulnerabilità del richiedente può anche essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute adeguatamente allegata e dimostrata né tale primario diritto della persona può trovare esclusivamente tutela nell'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998 (Ingresso e soggiorno per cure mediche) in quanto la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità, come il fondamentale diritto alla salute laddove ricorrano i suddetti presupposti, e al contempo di essere posti nella condizione di integrarsi nel Paese ospitante anche attraverso lo svolgimento di un'attività lavorativa, mentre il permesso di soggiorno per cure mediche di cui all'art. 36 cit. si può ottenere esclusivamente mediante specifico visto d'ingresso e pagamento delle spese mediche da parte dell'interessato, sicché non consente di iscriversi al Servizio sanitario nazionale e neppure di lavorare in Italia (salvo casi particolari di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998), avendo una durata pari al tempo definito in base alle documentate necessità di salute per le quali viene consentito il soggiorno, cioè pari alla durata presunta del trattamento terapeutico cui si riferisce essendo rinnovabile prima della scadenza esclusivamente finché durano le necessità terapeutiche indifferibili ed erogabili soltanto in Italia».

Con ordinanza n. 7599/2020 la Corte di cassazione ha accolto il ricorso di un richiedente asilo *nigeriano*, a cui il Tribunale di Ancona aveva rifiutato il riconoscimento di ogni forma di protezione, compresa quella umanitaria, pur ritenendo credibile la sua vicenda. Il giudice di 1^ grado, infatti, aveva escluso il rischio concreto in caso di rientro in Nigeria, poiché l'accadimento che aveva originato la fuga del richiedente (aggressione da parte di un gruppo di pastori Fulani) era del tutto occasionale nello Stato nigeriano ove egli abitava (Edo State).
La Corte ha respinto l'impugnazione nella parte relativa alla protezione internazionale, confermando il giudizio del Tribunale, ma accogliendola, invece, per quanto riguarda la protezione umanitaria. Dopo avere tracciato il percorso giurisprudenziale in materia di tutela umanitaria, applicandone i principi al caso oggetto di ricorso, la Cassazione ha censurato la decisione del Tribunale perché ha compiuto una «valutazione atomistica e frammentaria dei componenti della fattispecie» senza valutarli «complessivamente e unitariamente» e ritenendo che la condizione di fragilità psicologica del richiedente poteva essere protetta con il rilascio di un *permesso per cure mediche*. Approccio errato, secondo il Giudice di legittimità, perché «il concorso di singole circostanze, di per sé insufficienti a determinare una condizione di vulnerabilità, può ben determinarla allorché esse si cumulino e interagiscano, alla stregua di un criterio logico di giudizio che ha trovato espressione nella giurisprudenza di questa Corte nei più vari ambiti, dalla responsabilità disciplinare a quella sanitaria, dalla diffamazione al licenziamento».
Il principio di diritto affermato dalla Cassazione è, dunque, quello secondo cui «[...] il giudice deve valutare la sussistenza di situazioni di vulnerabilità personale dello straniero derivanti dal rischio di essere immesso nuovamente, in conseguenza del rimpatrio, in un contesto sociale, politico o ambientale capace di determinare una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti inviolabili, evitando di addivenire ad una considerazione atomistica e frammentata dei singoli elementi fattuali a tal fine accertati dovendoli invece considerare globalmente e unitariamente».

QUESTIONI PROCEDIMENTALI e DIRITTI CIVILI

Il titolo di viaggio per i titolari di protezione

Le pronunce di seguito rassegnate riguardano una questione che sta diventando sempre più problematica, ovverosia il rilascio del titolo di viaggio per i titolari di protezione sussidiaria o umanitaria, quando non sia possibile il rilascio del passaporto da parte delle Rappresentanze diplomatiche in Italia del Paese di origine. La prima delle ordinanze pubblicate riguarda, tuttavia, il rinnovo del permesso per protezione sussidiaria, diniegato dalla questura per mancanza del passaporto ma è interessante in quanto il Tribunale di Brescia chiarisce la diversità dei presupposti per il rinnovo del permesso, rispetto alla disciplina del titolo di viaggio.
Un ulteriore aspetto che emerge dalla rassegna riguarda la giurisdizione, divisa tra quella ordinaria e quella amministrativa e che viene espressamente affrontata dal solo Tribunale di

Firenze, che lo declina a favore del giudice ordinario, in quanto questione che sottende una misura di protezione internazionale rispetto alla quale la PA non può vantare alcun potere discrezionale.

Con ordinanza cautelare 31.1.2020 (RG. 18250/2019) il Tribunale di Brescia, sezione specializzata immigrazione ed asilo, ha censurato il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per *protezione sussidiaria* (riconosciuto dalla Commissione territoriale) opposto dalla questura di Brescia per mancanza di passaporto. Dopo avere esaminato la normativa, sia generale che speciale, il Tribunale ha *escluso che il rilascio del permesso per protezione sussidiaria possa essere condizionato dal possesso del passaporto*, in quanto non previsto dall'art. 23 d.lgs. 251/2007, in una materia, la protezione internazionale, che non consente alcuna valutazione discrezionale all'autorità di P.S. (Cass. SU n. 11535/2009). Secondo la pronuncia in esame il passaporto può rilevare se il titolare della protezione chieda il sostitutivo titolo di viaggio, di cui all'art. 24 d.lgs. 251/2007, indicando le fondate ragioni dell'impossibilità di conseguirlo dalle autorità del Paese di origine, ma è fattispecie, del tutto diversa da quella contemplata nell'art. 23. In tal senso depone anche l'art. 9, co. 6, d.p.r. 394/99 (regol. di attuazione del TU immigrazione), che esenta i richiedenti asilo dall'onere di esibire il passaporto e, sembra evincersi dalla pronuncia in commento, a maggior ragione vale per i titolari di protezione.
Precisa, altresì, il Tribunale che non può essere attribuita al passaporto la finalità identificativa posta a motivazione dal Ministero costituitosi in giudizio, «trattandosi di soggetto già identificato più volte nell'ambito della procedura e munito di codice CUI e Vestanet, sulla base della documentazione già in possesso della stessa Questura e della competente Commissione per il Riconoscimento della Protezione Internazionale (ved. in senso conforme Tribunale di Palermo decreto collegiale n. 15122/2017 e ordinanza Tribunale di Napoli 35170/2018)».

Il Tribunale di Firenze ha esaminato il caso di un *rifugiato politico* somalo a cui la questura di Firenze non ha rilasciato il titolo di viaggio, opponendo un lungo silenzio dopo 2 anni dalla richiesta. Con ordinanza 23.2.2020 (RG. 13202/2019) il giudice fiorentino ha, innanzitutto, dichiarato la *giurisdizione ordinaria*, respingendo l'eccezione del Ministero dell'interno secondo cui la causa doveva essere proposta davanti al Tar, affermando che è «devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ogni controversia inerente il rilascio ovvero il rinnovo di documenti di soggiorno che vedano in una sottostante misura di protezione internazionale la relativa ragione giustificativa, posto che in simili casi all'Autorità di Pubblica Sicurezza non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità valutativa in ordine alla sussistenza (ovvero alla permanenza) dei relativi presupposti di fatto (il cui apprezzamento è invece rimesso in via esclusiva alla cognizione delle competenti Commissioni Territoriali».
Nel merito, il Tribunale fiorentino ha accolto il ricorso, ordinando alla questura il rilascio del titolo di viaggio, dopo avere esaminato la normativa in materia di passaporto (legge n. 1185/1987) alla luce delle previsioni della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, il

cui art. 28 esclude il rilascio del titolo di viaggio solo per ragioni di sicurezza dello Stato o ordine pubblico.

Sempre in materia di titolo di viaggio, è intervenuto il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare n. 917/2020 (RG. 528/2020), ma con riguardo a titolare di *permesso umanitario*, ritenendo che «la interpretazione costituzionalmente orientata del sistema di tutela previsto dal d.lgs. n. 251/2017, in materia di rilascio di un titolo di viaggio, comporta l'estensione della previsione di cui all'art. 24 del citato d.lgs. anche ai titolari di protezione umanitaria, qualora vi siano fondate ragioni alla base della impossibilità di ottenere il passaporto», come confermato anche dalle circolari ministeriali allegate in giudizio dal cittadino straniero.

Con ordinanza in sede cautelare, n. 44/2020, il Tar Sardegna, Cagliari, ha accolto la sospensiva in un ricorso proposto da un cittadino maliano, titolare di permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, cui la questura aveva negato il rilascio del titolo di viaggio nonostante la produzione in giudizio di dichiarazione dell'Ambasciata italiana del Mali in Italia di non potere rilasciare in Italia il passaporto, pur avendo riconosciuto la cittadinanza maliana dell'interessato.
Il Tar ha ritenuto «sussistenti i presupposti per l'applicazione della norma che dispone il rilascio da parte della Questura del "titolo di viaggio" richiesto, in applicazione dell'art. 24 comma 2 del d.lgs. 251/2007.», tenuto conto che «il ricorrente risulta, in questo contesto, sostanzialmente privato della possibilità di conseguire il titolo di viaggio richiesto» e considerato che «per l'ordinamento italiano il ricorrente è già titolare di permesso di soggiorno "peculiare" (rilasciato il 15.10.2018 dalla Questura di Cagliari), carta d'identità, tessera sanitaria e codice fiscale, in forza dell'avvenuto riconoscimento della "protezione internazionale sussidiaria", ex art. 14 lett. c) del d.lgs. 251/2007 (per conflitto armato interno)».

La formalizzazione della domanda di protezione internazionale
Il Tribunale di Torino ha accolto il ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un richiedente asilo, detenuto presso la Casa circondariale piemontese, il quale aveva inoltrato via PEC alla questura di Torino la domanda di riconoscimento della protezione internazionale, senza ricevere alcun riscontro. Con ordinanza 6.4.2020 (RG. 5262/2020) il Tribunale ha escluso che la questura abbia poteri discrezionali in materia di protezione internazionale, a partire dalla ricezione della domanda e sua formalizzazione, avendo la posizione del richiedente natura di diritto soggettivo «*(ex multis* Cass. civ. sez. I, 25.11,2005, n. 25028; Cass. civ. sez. I Sent. 28.8.2006, n. 18549; Cass. civ. SU, ord., 28.2.2017, n. 5059)». Rispetto alla domanda, comunque proposta, la questura è tenuta solo a svolgere attività materiale, nel rispetto degli artt. 6 e 26 d.lgs. 25/2008 e con rilascio del permesso di soggiorno o dell'attestato nominativo di cui all'art. 4 d.lgs. 142/2015.

Precisa il Tribunale che «La richiesta di protezione internazionale non è soggetta ad alcun vincolo di forma, limitandosi l'art. 6 co. 1 d.lgs. 25/2008 a richiedere unicamente che la domanda sia presentata "personalmente" dal richiedente» ciò che nel caso di specie era stato assolto mediante sottoscrizione da parte del ricorrente della PEC inviata alla questura torinese» e pertanto la *domanda non può essere subordinata alla presenza fisica del richiedente*, «requisito che non solo non è prescritto dalla legge, ma nel caso di specie sarebbe anche di difficile attuazione, essendo il ricorrente detenuto».
Accertato, dunque, l'inutile decorso del termine di legge per la verbalizzazione della richiesta, il Tribunale ha ordinato alla questura di Torino di ricevere la domanda di protezione ei formalizzarla ai sensi dell'art. 26 d.lgs. 25/2008. Afferma il giudice piemontese che solo con il rilascio del permesso di soggiorno per richiesta asilo, all'esito dell'attivazione della procedura, il richiedente può avere certezza della regolarità della sua presenza sul territorio nazionale, evitando dunque il rischio di espulsione, rispetto al quale il Ministero non ha provato nemmeno l'impossibilità di eseguire l'eventuale ordine durante l'emergenza da COVID-19.

Con ordinanza cautelare, *ex* art. 700 c.p.c., del 7.4.2020 (RG. 17275/2020) il Tribunale di Roma ha ordinato alla questura romana di formalizzare entro 6 gg. la domanda di protezione internazionale di un nucleo familiare, dopo che, a seguito di tentativi personali o effettuati attraverso associazioni ed avvocati fin dal 13 marzo 2020, la questura aveva fissato l'appuntamento per maggio 2020. Affermata la giurisdizione ordinaria e ribadita la natura di diritto soggettivo della pretesa posta in giudizio (Cass. SU 5059/2017), di rilevanza anche costituzionale (art. 10, co. 3 Cost.), il Tribunale ha ripercorso la normativa che delinea *iter* e competenze procedurali, a partire da quella europea (Direttiva 2005/85/CE mod. con Direttiva 2013/32/UE), che impone di registrare la domanda entro 6 gg., evidenziando che secondo la Corte di giustizia UE gli Stati membri devono adottare procedure che non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dal diritto europeo, per concludere richiamando il d.lgs. 142/2015 (attuativo della Direttiva 2013/33/UE) di pari *ratio*. Il giudice romano non ha rinvenuto nell'attuale emergenza sanitaria da COVID-19 una giustificazione per il ritardo della formalizzazione della domanda, che lasciava il nucleo familiare (con tre minori) sfornito di permesso di soggiorno e senza potere accedere al sistema di accoglienza. Secondo il Tribunale, infatti, «Certamente, l'eccezionale emergenza sanitaria in atto giustifica il potere discrezionale della questura di adottare soluzioni organizzative che risultino attuative di un bilanciamento tra le esigenze dell'utenza e quelle di salute pubblica e senza che, in linea di principio, la posizione di diritto soggettivo della persona che intende presentare domanda di protezione internazionale e che legittimamente aspira ad acquisire lo status di richiedente asilo possa, nell'attuale contesto, ritenersi di per sé violato». Tuttavia, nel caso di specie la presenza di tre minori esponeva l'intero nucleo familiare ad essere privo di accoglienza «lasciandoli in una condizione di precarietà, rischio per la salute ed incertezza che, nel predetto bilanciamento, non risulta giustificata nemmeno dalla emergenza sanitaria».

La formalizzazione della domanda reiterata di protezione internazionale

Con ordinanza 30.1.2020 (RG. 12253/2019) il Tribunale di Brescia ha accolto il ricorso d'urgenza, *ex* art. 700 c.p.c., proposto da un richiedente asilo a cui la questura di Bergamo aveva rifiutato la formalizzazione della domanda reiterata di protezione internazionale, nell'occasione notificandogli un provvedimento di espulsione. Dopo avere accertato documentalmente che il richiedente aveva espressamente chiesto alla questura, anche attraverso un avvocato, di formalizzare la richiesta reiterata di protezione, il giudice ha richiamato gli art. 33 e 41 della Direttiva 2013/32/UE, secondo i quali le domande reiterate devono essere sottoposte a esame preliminare prima di essere dichiarate inammissibili e solo se presentata una seconda domanda reiterata può essere disposta una deroga al diritto di rimanere sul territorio nazionale, fatto salvo l'obbligo di verificare se, in tal caso, non vi sia contrasto con il divieto di *refoulement* diretto o indiretto. Per quanto riguarda il diritto nazionale, il Tribunale richiama l'art. 3 d.lgs. 25/2008 secondo cui la competenza all'esame, anche preliminare, delle reiterate è della Commissione territoriale e la questura è tenuta a formalizzare la domanda non essendoci differenze rispetto alla procedura relativa alla prima domanda di protezione internazionale.

Sempre il Tribunale di Brescia, con ordinanza 31.1.2020 (RG. 17260/2019), ha accolto il ricorso proposto da un richiedente asilo che aveva presentato *una domanda reiterata di protezione internazionale*, ritenuta dalla questura di Brescia inammissibile *ex* art. 29-*bis* d.lgs. 25/2008 poiché proposta in fase di espulsione. Il giudice lombardo ha ricostruito la normativa, sia europea che nazionale, relativa alla disciplina delle domande reiterate di protezione, arrivando alla conclusione della *difformità dell'art. 29-bis d.lgs. 25/2008* (introdotto dal d.l. n. 113/2018) *alla direttiva 2013/32/UE*, con conseguente sua disapplicazione. Infatti, la Direttiva definisce in cosa consista la domanda reiterata (art. 2, lett. q) e art. 33, lett. d) direttiva 2013/32) e prevede che *non sia ritenuta di per sé inammissibile* ma di essere esaminata preliminarmente; esame che va effettuato dall'organo amministrativo competente per l'esame della domanda (art. 40 Direttiva), nel caso dell'Italia dalla Commissione territoriale. Il Tribunale bresciano, che ha richiamato precedenti giurisprudenziali sul punto, ha dunque ordinato alla questura di Brescia di formalizzare la domanda reiterata di protezione internazionale, onde consentire alla competente Commissione territoriale di effettuare il prescritto esame preliminare, non residuando alcune competenza all'autorità di P.S.

L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo e dei titolari di protezione internazionale dopo la riforma del d.l. n. 113/2018

Il Tribunale di Verona, adito da un richiedente asilo a cui il Comune di Sona aveva negato l'iscrizione anagrafica, con ordinanza 30.1.2020 (RG. 1115/2019**)** ha ordinato detta iscrizione, confermando la maggioritaria giurisprudenza secondo cui la riforma agli artt. 4 e 5

d.lgs. 142/2015, operata con il d.l. n. 113/2018, non ha determinato alcun divieto di iscrizione anagrafica. Nella pur sintetica motivazione che richiama i numerosi precedenti giurisprudenziali, il giudice veronese ha, altresì, ribadito che unico contraddittore giudiziale è il Sindaco, nella sua qualità di Ufficiale di stato civile, mentre il Ministero può, eventualmente, intervenire in giudizio ma non come parte principale.
Il Tribunale di Torino ha affrontato la questione, sempre in materia di iscrizione anagrafica, che ha riguardato una cittadina straniera già riconosciuta rifugiata, alla quale la questura di Torino doveva ancora rilasciare il permesso per asilo allorquando ha inoltrato la dichiarazione anagrafica, rifiutata dal Comune di Torino per mancanza del permesso di soggiorno elettronico, nonostante l'interessata avesse prodotto copia del provvedimento di riconoscimento dello *status*. Con ordinanza 18.1.2020 il Tribunale torinese ha ordinato al Comune l'iscrizione anagrafica, evidenziando che era certamente comprovata la stabile dimora sul territorio della ricorrente, che non vi è norma che escluda ad un titolare di *status* detta iscrizione e che ciò vale anche nel caso in cui l'interessata fosse stata semplicemente richiedente asilo, richiamando sul punto le numerose pronunce intervenute.

Anche il Tribunale di Bari, con ordinanza 28.2.2020 (RG. 16814/2019) ha accolto il ricorso di un richiedente asilo a cui il Comune di Bari aveva negato l'iscrizione anagrafica a seguito della riforma all'art. 4 d.lgs. 142/2015 apportata dal d.l. n. 113/2018. Ritenuta sussistente la giurisdizione ordinaria (Cass. SU n. 449/2000 - Cons. St. n. 310/2015), il giudice pugliese ripercorrendo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ha ritenuto che la riforma del 2018 non abbia inciso sui presupposti per l'iscrizione/dichiarazione anagrafica in quanto «il diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica trova la sua disciplina nel d.p.r. n. 233/1989, che all'art. 1, comma 3 dispone che "le posizioni anagrafiche sono desunte dalle dichiarazioni degli interessati, dagli accertamenti d'ufficio e dalle comunicazioni degli uffici di stato civile" e da ciò consegue che il d.l. n. 113/2018 ha introdotto il presupposto del possesso di un titolo valido, non identificabile in un permesso di soggiorno temporaneo, che di fatto non trova alcuna corrispondenza nelle diverse previsioni regolatrici della materia, già esistenti».

Il rinnovo del permesso di soggiorno umanitario ed il parere della Commissione territoriale in materia di protezione speciale

Con ordinanza 22.4.2020 (RG. 4266/2020), *ex* art. 5 d.lgs. 150/2011, il Tribunale di Firenze ha sospeso gli effetti del provvedimento con cui il questore di Firenze ha negato il rinnovo del permesso umanitario, richiesto da una cittadina ghanese con modificazione in protezione speciale, come previsto dall'art. 1, co. 8 d.l. n. 113/2018. Diniego questorile adottato sulla base del parere negativo della Commissione territoriale dopo la nuova audizione della interessata.
Il Tribunale fiorentino ha *censurato l'automatismo della decisione del questore*, che ha adottato il diniego sulla base del solo parere della Commissione territoriale, senza considerare i legami

familiari dell'interessata e pertanto senza applicare quanto previsto dall'art. 5, co. 5 TU 286/98, come da ultimo interpretato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 202/2013.
Da evidenziare che l'ordinanza è stata assunta nell'ambito del procedimento di sospensione previsto dall'art. 5 d.lgs. 150/2011 in un giudizio proposto *ex* art. 702-*bis* c.p.c.

I PROVVEDIMENTI EX REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

La Corte di cassazione, con ordinanza 2119/2020 ha annullato la decisione del Tribunale di Trieste davanti a cui un richiedente asilo aveva proposto ricorso contro la decisione dell'Unità Dublino del Ministero di trasferimento in Germania, ritenuto Paese competente ai sensi dell'art. 19 Regolamento n. 603/23013 (cd. Dublino). La censura del Giudice di legittimità è motivata alla luce di quanto disposto dal medesimo art. 19 Regol. Dublino, ed in particolare del suo comma 2 in quanto «quando il richiedente si è allontanato dal territorio degli Stati membri per almeno tre mesi, la domanda da lui presentata dopo il periodo di assenza è considerata una "nuova domanda" e dà inizio a un nuovo procedimento di determinazione dello Stato membro competente». Risultava, infatti, che il richiedente asilo, dopo avere presentato istanza di protezione internazionale in Germania nel 2016, aveva lasciato quel Paese vivendo in Serbia fino alla metà del 2018, per poi trasferirsi in Italia ove aveva presentato la nuova domanda. La Cassazione afferma, pertanto, che «la competenza dell'Italia a decidere sulla nuova domanda di protezione internazionale non dipende da una decisione discrezionale della Germania, ma è dalla richiamata norma collegata al mero rientro del richiedente nel territorio dell'Unione europea dopo che se ne sia allontanato per almeno tre mesi».

LE MISURE DI ACCOGLIENZA

Il Tar Lombardia, Milano, ha pronunciato la sentenza n. 2724/2019 accogliendo il ricorso *contro il silenzio-inadempimento* proposto da un richiedente asilo che aveva chiesto l'accesso alle misure di accoglienza senza avere alcuna risposta da parte della prefettura di Como. Silenzio giustificato, in sede di giudizio, per l'attesa della decisione dell'Unità Dublino. Il Tar tuttavia, ha ritenuto illegittimo il comportamento della Prefettura perché in violazione dell'art. 2 legge 241/90 e s.m. «secondo cui, ove il procedimento amministrativo consegua obbligatoriamente ad un'istanza di parte, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la Pubblica Amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.» e, nel caso specifico, in violazione delle «previsioni contenute nel d.lgs. n. 142 del 2015 (artt. 1, 14, 15) (cfr., da ultimo, Tar Campania, Napoli, 4.10.2019 n. 4738)».

Con decreto cautelare n. 57/2020, il Tar Emilia Romagna, Bologna, ha accolto la sospensiva in un ricorso proposto da un richiedente asilo che aveva presentato *domanda reiterata di protezione* internazionale e al quale la prefettura di Ravenna aveva revocato le misure di accoglienza perché in contrasto con quanto previsto dall'art. 23, co. 1 lett. c) d.lgs. 142/2015. Il giudice regionale, tuttavia, pur prendendo atto di tale disposizione (che in effetti esclude

dall'accoglienza chi propone domanda reiterata di protezione), ha preso in considerazione anche quanto previsto dal comma 2 della stessa, secondo cui «...Nell'adozione del provvedimento di revoca si tiene conto della situazione del richiedente con particolare riferimento alle condizioni di cui all'art. 17...» (persone vulnerabili portatrici di esigenze particolari)». Pertanto, poiché in giudizio era stata prodotta certificazione medica sulle precarie condizioni di salute del richiedente, ha ritenuto sussistente il «pregiudizio connotato da straordinaria gravità che arrecherebbe al ricorrente l'immediata uscita dalla struttura di accoglienza, tenuto anche conto dell'attuale situazione di grave emergenza sanitaria derivante dall'epidemia da COVID 19 in cui versa la Nazione», sospendendo dunque il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza.

Il Tar Toscana, Firenze, con sentenza n. 437/2020 ha annullato il provvedimento con cui la prefettura di Firenze aveva revocato l'accoglienza ad un richiedente asilo a seguito di suo reperimento di attività lavorativa e stante la mancata sua comunicazione all'ente gestore. L'annullamento della revoca è stato disposto perché il Tar ha verificato che il reddito lavorativo conseguito dal richiedente era concretamente inferiore all'importo dell'assegno sociale annuo, indicato dalla legge come preclusione all'accoglienza pubblica (in termini viene richiamato anche Tar Basilicata I, 4 giugno 2019 n. 481).
Quanto alla parte del provvedimento di revoca basato sulla mancata comunicazione dell'avvio dell'attività lavorativa, in asserita violazione del Regolamento di accoglienza, il Tar muove dai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 12 novembre 2019 nella causa C-233/18, di interpretazione dell'art. 20 della Direttiva 2013/33/UE, che consente di ridurre o di revocare, in casi eccezionali, le misure di accoglienza in casi specificamente indicati e con decisione da assumersi «*in modo individuale, obiettivo e imparziale*».
Ricorda il Tar che detta pronuncia del Giudice europeo ha affermato che «l'articolo 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33/UE, alla luce dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può prevedere, tra le sanzioni applicabili ad uno straniero richiedente protezione internazionale in caso di gravi violazioni delle regole dei Centri di accoglienza o di comportamenti gravemente violenti, la revoca (anche solo temporanea) delle condizioni materiali di accoglienza, e tanto per diverse ragioni», tra le quali l'obbligo di garantire comunque al richiedente asilo un tenore di vita dignitoso, di cui sarebbe privato in conseguenza di una misura, la revoca, sproporzionata. Secondo la CGUE anziché la revoca possono essere considerate altre misure meno radicali, si da mantenere la proporzionalità tra i beni giuridici in contestazione.
In ossequio a tali principi, il Tar ravvisa una difformità tra la normativa nazionale (art. 23 d.lgs. 142/2015) ed il diritto europeo, con conseguente dovere di sua disapplicazione, stante la prevalenza di quest'ultimo (C.G.A. sez. giurisd. 16 maggio 2016, n. 139; Tar Marche I, 1

agosto 2016 n. 468; Tar Campania-Napoli III, 6 luglio 2016 n. 3394). Interessante la parte in cui il Tar così afferma: «Il Collegio è consapevole che in tal modo rischia di crearsi un vuoto normativo poiché l'ordinamento italiano non prevede alcuna sanzione (ulteriore alla revoca dell'accoglienza) a carico degli stranieri richiedenti protezione internazionale e ammessi alle misure di accoglienza, i quali pongano in essere gravi violazioni delle regole dei Centri in cui sono inseriti o comportamenti gravemente violenti. È tuttavia responsabilità del legislatore colmare tale lacuna, non potendo questo Giudice esimersi dal rispettare l'interpretazione del diritto comunitario così come fornita dalla Corte».

Con sentenza n. 172/2020 il Tar Marche, Ancona, ha rinviato alla Corte costituzionale «la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, del d.l. n. 113/2018, convertito in l. n. 132/2018, per contrasto con l'art. 3 Cost.». Trattasi della norma introdotta con d.l. n. 113/20118 che, per effetto dell'abrogazione del permesso umanitario (art. 5, co. 6 TU 286/98) nell'ambito della protezione umanitaria, ha escluso dalle misure di accoglienza nello SPRAR (oggi SIPROIMI) i titolari di permesso di soggiorno umanitari. Il caso di specie riguardava un richiedente asilo cui era stata riconosciuta la protezione umanitaria antecedentemente alla riforma del 2018 ma che aveva conseguito il permesso di soggiorno il 4 ottobre 2018 (un giorno prima l'entrata in vigore del d.l. n. 113) e per il quale era stato chiesto l'ingresso nello SPRAR in data successiva.
Il Tar dubita della tenuta costituzionale dell'art. 12, co. 6 d.l. n. 113/2018 «ravvisandosi un possibile contrasto della norma con l'art. 3 Cost., visto che la disposizione transitoria salvaguarda solo i cittadini extracomunitari titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari che, per mera casualità, alla data di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 erano stati già ammessi in strutture di accoglienza appartenenti al sistema SPRAR e non anche coloro che, sempre per mera casualità, non vi sono stati ammessi per mancanza di posti», ritenendo irrilevante che le nuove disposizioni consentano l'ingresso nel SIPROIMI dei titolari di altri permessi cd. umanitari (per cure mediche, vittime di tratta o violenza domestica, sfruttamento lavorative, ecc.), in quanto «le esigenze primarie a cui rispondono le misure di accoglienza sono le medesime, a prescindere dallo status individuale del cittadino extracomunitario. Non va dimenticato infatti che i titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari non sono equiparabili ai migranti c.d. economici né tantomeno sono migranti clandestini, visto che la loro particolare condizione, seppure non integrante gli estremi per la concessione della protezione internazionale, è stata comunque ritenuta dalla competente autorità di P.S. tale da rendere non opportuno il ritorno nel Paese di origine. Questi migranti hanno dunque diritto, nel tempo occorrente per la ricerca di un'occupazione, di beneficiare delle misure di accoglienza; - in casi come quello che interessa il presente giudizio l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 e la mancata previsione di una norma transitoria che si applicasse a tutti i titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari ha determinato il brusco

allontanamento degli interessati dai Centri di accoglienza temporanei e, quindi, la perdita dei mezzi minimi di sostentamento».

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

La maggior parte delle pronunce emesse nel primo quadrimestre dell'anno in corso (gennaio-aprile 2020) in tema di acquisto della cittadinanza per matrimonio o per naturalizzazione e di accertamento dell'apolidia seguono orientamenti già più volte esplorati all'interno delle precedenti Rassegne.
Maggiormente innovative, quanto al loro oggetto, appaiono due sentenze di merito in tema di riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis*, relative rispettivamente alla conservazione di tale *status civitatis* malgrado l'acquisto, per molti aspetti forzato, della cittadinanza brasiliana da parte dell'avo; e soprattutto alla revoca della cittadinanza italiana riconosciuta appunto per discendenza a seguito di comportamenti fraudolenti di alcuni funzionari pubblici. L'accuratezza della motivazione di questa seconda decisione, anche in riferimento al sottostante problema attinente alla residenza anagrafica in Italia a questi fini, ne giustifica un recupero in questo quadrimestre, malgrado sia stata emessa anteriormente.
Sempre avendo riguardo a fattispecie per certi versi inusuali, merita di essere segnalata anche una sentenza della Corte di Cassazione relativa all'incidenza della separazione di fatto sull'acquisto della cittadinanza per matrimonio, malgrado non si tratti di una novità assoluta.

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Cittadini emigrati in Brasile e destinatari dei provvedimenti di naturalizzazione collettiva emessi dall'autorità di quello Stato alla fine del 1800. Facoltà di rinuncia a tale cittadinanza ai fini del mantenimento della cittadinanza originaria. Suo mancato esercizio. Effetti sullo *status civitatis* italiano. b) Individui discendenti da cittadini italiani emigrati in Brasile. Richiesta di riconoscimento dello *status civitatis* degli avi presentata ad un Comune italiano dove era stata effettuata l'iscrizione anagrafica dei richiedenti. Successivo accertamento del carattere fittizio di tale iscrizione. Revoca del suddetto riconoscimento. Necessità inderogabile di una valida iscrizione anagrafica del richiedente in un Comune italiano quale condizione preliminare ai fini suddetti
La titolarità dello *status civitatis* italiano per discendenza ha avuto modo di essere contestata dal Ministero dell'interno in relazione ad una fattispecie insolita, anche se nota: ovvero, in relazione ai provvedimenti di naturalizzazione imposta dagli Stati del continente sudamericano agli immigrati stranieri in vista di una loro rapida integrazione, soprattutto allo scopo di sottrarre allo Stato originario il potere di esercitare, in eventuali (ma improbabili) casi, l'esercizio della protezione diplomatica nei confronti dello Stato ospitante per violazione del c.d. standard minimo prescritto dalle nome consuetudinarie internazionali nei confronti degli stranieri residenti. A tale riguardo è stata infatti prospettata da parte della Pubblica Amministrazione la mancata attivazione della facoltà di rinuncia a questo acquisto forzato ad

opera dei cittadini italiani all'epoca coinvolti. Nella specie, il governo brasiliano con un decreto del 1889 imponeva l'acquisto della propria cittadinanza a tutti gli stranieri residenti, salvo la possibilità di opporsi a tale acquisto tramite una apposita dichiarazione alle autorità del proprio Comune di pregressa residenza (*sic!*), solo in seguito, in base a un successivo (e altrettanto sconosciuto data la scarsa alfabetizzazione in quel periodo) decreto, resa possibile anche davanti al Console del proprio Stato.

Di fronte alla mancata dichiarazione da parte dell'avo e alla deduzione da parte del Ministero dell'interno della conseguente volontarietà di tale acquisto (che in base all'art. 8 della l. 555/1912 avrebbe comportato la perdita della cittadinanza italiana), il giudice di merito non ha esitato a giungere ad una conclusione di segno opposto, salvaguardando così il mantenimento della cittadinanza italiana dell'ascendente dei ricorrenti e dichiarando perciò il possesso dello *status civitatis* per discendenza a favore di questi ultimi (*Trib. Roma, ord. 25.2.2020*).

A ben vedere, la necessità di una indagine sulla volontà effettiva dell'interessato, ai fini della citata norma della precedente legge organica sulla cittadinanza, sembra riecheggiare, con le dovute differenze, le motivazioni sottese alle sentenze della Corte di Cassazione in riferimento all'acquisto più o meno volontario, da parte delle cittadine italiane residenti nel Paese del coniuge, della cittadinanza straniera del marito (cfr. *Cass., ord. 5.11.2015 n. 22608* e *sent. 3.8.2017 n. 19428* già illustrate in precedenti *Rassegne*).

Sempre in tema di riconoscimento della cittadinanza a favore di discendenti da emigrati italiani in Brasile, si segnala un altro provvedimento reso dal Tribunale specializzato di Milano in un caso ben diverso, in quanto attinente alla revoca della cittadinanza italiana già riconosciuta, a causa di una frode attuata da alcuni impiegati e funzionari di un Comune della Lombardia. Questi ultimi avevano infatti redatto, dietro compenso, una nutrita serie di false attestazioni anagrafiche nel proprio territorio di competenza, di per sé utili a radicare le richieste di riconoscimento della cittadinanza italiana *iure sanguinis*. Alla scoperta di tali comportamenti erano seguite una condanna penale e il ritiro dei provvedimenti di iscrizione anagrafica nonché la revoca, anch'essa da parte del Sindaco, dei provvedimenti di accertamento della cittadinanza italiana nei confronti di individui che mai si erano recati in Italia per ottenere i medesimi. Di qui l'impugnazione di tali atti da parte di una ventina di cittadini (ormai esclusivamente) brasiliani.

In una dettagliatissima decisione (*Trib. Milano, ord.20.6.2019*) il giudice esclude innanzitutto la legittimazione passiva del Comune coinvolto in quanto l'oggetto delle domande attoree verte non tanto su una questione di iscrizione anagrafica quanto su una questione di *status civitatis*, materia di competenza dello Stato, che esige l'esercizio del diritto di difesa unicamente da parte del Ministero dell'interno: il Sindaco nella sua qualità di ufficiale di stato civile è qualificabile, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo regolamento (d.p.r. 396/2000), come organo delegato dal Governo nella suddetta materia.

Nel merito l'ampia motivazione del Tribunale verte principalmente sulla esatta individuazione del requisito relativo alla iscrizione anagrafica dello straniero in un Comune italiano ai fini della richiesta di accertamento della cittadinanza italiana; si tratta ovviamente di un'ipotesi alternativa alla presentazione di tale richiesta al Console italiano all'estero competente (trattandosi di persone residenti in Brasile sono ben noti i lunghissimi tempi di attesa in questa seconda ipotesi).
A tale proposito il giudice compie dapprima un esame delle regole sul riconoscimento della cittadinanza italiana per nascita alla luce non solo dell'art. 1 della l. 91/1992, ma anche di una circolare ministeriale, tuttora in vigore, intervenuta su questo peculiare aspetto anteriormente all'emanazione della suddetta legge organica: la circolare prevede per la particolare fattispecie in esame l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente in un Comune italiano. Successivamente il Tribunale compie una minuziosa disamina delle regole sull'iscrizione degli stranieri nei registri anagrafici comunali, che include anche la nozione di dimora, il trattamento delle persone senza fissa dimora e soprattutto la disciplina speciale per gli aspiranti al riconoscimento della cittadinanza italiana, anche in riferimento ad apposite e successive circolari ministeriali emesse negli anni Duemila. Tale analisi porta a respingere tutti i variegati motivi avanzati dagli attori e a confermare che l'avvio del procedimento presso gli uffici municipali (ossia in Italia) presuppone che l'istante risulti formalmente iscritto nell'anagrafe della popolazione residente del Comune a cui è presentata la richiesta di riconoscimento dello *status civitatis*. L'iscrizione anagrafica del richiedente figura dunque espressamente tra le condizioni preliminari per il riconoscimento della cittadinanza italiana da parte dell'ufficiale di stato civile. Tale disciplina ha una portata generale e non tollera alcuna deroga.

Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Mancata incidenza della separazione di fatto quale presupposto ostativo alla presentazione della domanda da parte del coniuge straniero. b) Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di acquisto della cittadinanza italiana. Differenza tra le ipotesi in cui l'istante ha un interesse legittimo all'acquisto della cittadinanza e quelle in cui è titolare di un diritto soggettivo. Valutazione delle condanne penali a carico dell'istante. Ipotesi di titolarità di tale diritto. c) Verifica concreta delle condanne penali a carico dell'istante. Reati contravvenzionali. Loro ininfluenza

Con riferimento allo speciale procedimento previsto dagli artt. 5-8 della l. 91/1992, più volte modificati, ai fini dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio, i Giudici di legittimità hanno avuto modo di tornare sulla questione relativa agli eventuali effetti della separazione di fatto sul requisito attinente alla costanza del matrimonio di cui all'art. 5 (*Cass., 24.2.2020 n. 4819*).
In questa occasione la Suprema Corte non poteva che richiamare una propria precedente e "illuminata" sentenza (*Cass., 17.1.2017 n. 969*, in questa *Rassegna*, fasc. 2/2017), la quale – pur di fronte al nuovo testo restrittivo dell'art. 5 così come modificato dall'art. 1, co. 11 della l. 94/2009 – aveva dichiarato che solo la separazione personale dei coniugi, e non la

separazione di fatto, costituisce condizione preliminare ostativa all'acquisto della cittadinanza italiana mediante matrimonio con un cittadino italiano. Viene così condiviso l'argomento relativo al chiaro ed univoco tenore testuale della norma, che impiega l'espressione «separazione personale», utilizzata dal legislatore anche nel titolo dell'art. 150 c.c., nel *corpus* dell'art. 154 c.c. relativo alla riconciliazione e nel testo dell'art. 155 c.c. prima della modifica intervenuta con il d.lgs. n. 154 del 2013; viene altresì sottolineata la differenza tra il testo della norma in esame e quello dell'art. 6 della l. 184/1983, il quale cita espressamente i due tipi di separazione tra i requisiti ostativi all'adozione di un minore.
Costituiscono poi espressione di orientamenti consolidati in questo settore due ulteriori decisioni. Anzitutto, una sentenza del giudice amministrativo sul riparto di giurisdizione nei confronti dell'autorità giudiziaria ordinaria (*Tar Calabria, 2.3.2020 n. 156*), nella quale il ricorso è stato dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione in quanto esso verteva sul preliminare rifiuto dell'istanza ad opera del prefetto a causa di condanne penali valutabili ai fini dell'art. 6 co. 1 lett. b) della l. 91/1992: dunque, in base ad una norma che, predeterminando il tipo e la durata di tali condanne, configura un vero e proprio diritto soggettivo a favore del coniuge del cittadino; esso affievolisce ad interesse legittimo solo in presenza dell'esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, del potere discrezionale di valutare l'esistenza di motivi ostativi inerenti alla sicurezza della Repubblica ai sensi della successiva lett. c). Pertanto, spetta appunto al giudice ordinario decidere su tale ricorso.
A questa decisione si ricollega idealmente una pronuncia di un giudice di merito, il quale, chiamato proprio a valutare la sussistenza del motivo ostativo di cui all'art. 6 co. 1 lett. b), ne ha verificato la mancanza, diversamente da quanto accertato dal prefetto, trattandosi nella specie di reati contravvenzionali (*Trib. Brescia, ord. 27.2.2020*).

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rilievo della pendenza di un procedimento penale, non ancora sfociato in una decisione: sua valutazione nell'ambito dell'ampio potere discrezionale della P.A. b) Carattere imprescindibile del requisito relativo alla continuità della residenza decennale in Italia. c) Criterio relativo all'adeguatezza del reddito. Parametri di valutazione. Verifica estesa agli obblighi inderogabili di mantenimento del figlio minore, anche se non convivente. Effetti di un superficiale o errato accertamento
È noto il diverso rilievo che può assumere, nell'ambito del procedimento di naturalizzazione *ex* art. 9, co. 1, lett. f) della l. 91/1992, una pregressa condanna penale a carico di chi richiede l'attribuzione dello *status civitatis* italiano rispetto a quello testé segnalato in relazione all'applicazione dell'art. 5. Ciò dipende dall'ampia discrezionalità assegnata dalla l. 91/1992 (ma non solo da essa) per questo modo di attribuzione della cittadinanza alla Pubblica Amministrazione nella valutazione della personalità dell'istante.
I giudici amministrativi (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 30.1.2020 n. 1286*) sono così giunti a respingere il ricorso di un cittadino straniero contro un provvedimento di diniego del Ministero dell'interno, motivato in base alla pericolosità sociale dell'aspirante alla cittadinanza italiana,

ricavabile dalla pendenza di un giudizio penale per uso fraudolento di carte di credito. Essi infatti hanno richiamato una propria giurisprudenza relativa alla legittimità di un vaglio negativo anche qualora svincolato dai futuri esiti processuali. A ben vedere, era stata altresì omessa nella domanda di naturalizzazione la debita comunicazione, da parte del cittadino straniero, della pendenza di questo processo.

Un ulteriore raffronto tra il procedimento di cui all'art. 5 e quello di cui all'art. 9 potrebbe vertere sul requisito della pregressa residenza in Italia da parte dello straniero al momento dell'istanza: a parte la diversa durata rispettivamente prescritta, non muta il carattere di continuità che l'applicazione di entrambe le norme esige. Alla luce di tale requisito è stato perciò convalidato il rifiuto della Pubblica Amministrazione alla concessione della cittadinanza nei confronti di uno straniero, il quale non aveva potuto provare l'ininterrotta residenza decennale in Italia al momento della domanda a causa della sua cancellazione dai registri per irreperibilità nel territorio nazionale durante un periodo di tre anni, solo parzialmente scalfita da alcune certificazioni del reddito (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 4.3.2020 n. 2849*).

In ogni caso, proprio l'adeguatezza del reddito in base a parametri prefissati costituisce anch'essa uno dei criteri oggetto di valutazione da parte del Ministero dell'interno. Tale criterio è stato esaminato dai giudici amministrativi sotto diversi profili.

In una prima decisione (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 7.1.2020 n. 60*) è stato ribadito che l'accertamento della sufficienza del reddito dell'istante a garantirne il sostentamento è giustificato dal fatto che lo straniero, una volta inserito a pieno titolo nella collettività nazionale, acquisisce tutti i diritti e i doveri che competono ai suoi membri, tra i quali spicca il 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.

Ad una peculiare fattispecie si riferisce invece una seconda sentenza (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent.23.3.2020 n. 3609*), nella quale l'insufficienza del reddito dell'istante è stata verificata ricomprendendovi gli obblighi di mantenimento della figlia minore, malgrado il padre non convivesse più con essa e la madre non pretendesse tale contribuzione, alla luce dell'inderogabilità degli obblighi suddetti ai sensi dell'art. 147 c.c. Sono stati ancora una volta enucleati i parametri di calcolo nella specie rilevanti.

Infine il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso di un cittadino straniero censurando, da un lato, il carattere sbrigativo e apodittico del rifiuto del Ministero e, dall'altro, le giustificazioni addotte per tale operato dal Tar del Lazio, fondate su motivi attinenti al reddito ed erroneamente calcolati, sebbene in realtà non presenti nel suddetto provvedimento ministeriale di rifiuto (*Cons. St., sez. III, sent. 30.1.2020 n. 785*).

Accertamento dell'apolidia

Al pari di quanto accade per i ricorsi contro i provvedimenti negativi attinenti ai procedimenti di naturalizzazione, altrettanto continuo si rivela il flusso delle richieste di accertamento in via giudiziaria dello *status* di apolide.

Nel periodo qui considerato tale accertamento è stato, ad esempio, effettuato dai giudici fiorentini nei confronti dell'attrice, nata in quella città da genitori di etnia rom e cittadini dell'allora Repubblica ferale della Iugoslavia, la quale aveva depositato apposite certificazioni sia dell'ambasciata della Repubblica serba che di quella del Montenegro da cui risultava che essa non era cittadina di alcuno dei due Stati (*Trib. Firenze, ord. 2.2.2020*). Da una accurata ricostruzione delle norme in vigore emerge che le costituzioni e le leggi sulla cittadinanza di tali Stati distinguono tra i nati prima e dopo la loro entrata in vigore consentendo ai primi l'acquisto per nascita subordinatamente alla condizione di avere avuto almeno un genitore cittadino. Tuttavia, la ricorrente, seppure nata nel 1990, non poteva usufruire di tale disciplina poiché non poteva dimostrare la cittadinanza serba dei propri ascendenti. Gli Stati nati dalla dissoluzione della *ex* Iugoslavia non hanno infatti riconosciuto i membri dell'etnia rom come loro cittadini per diversi motivi, quali ad esempio la distruzione degli uffici anagrafici di registrazione, la loro nascita in uno Stato e la loro residenza in uno Stato diverso prima del trasferimento in Italia, il mutamento della maggioranza etnica nel precedente luogo di residenza successivamente alla risoluzione del conflitto, e così via. D'altro canto, la ricorrente, nata e ininterrottamente residente in Italia, non possedeva nemmeno i requisiti per chiedere la cittadinanza della Repubblica di Serbia o della Repubblica di Montenegro. Da qui la pronuncia del giudice italiano costitutiva dello *status* di apolide.

GIULIA PERIN, MASSIMO PASTORE

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Non necessità della convivenza con il coniuge italiano, al fine della conservazione del titolo di soggiorno

Con la sentenza del 27.2.2020, n. 5378, la Corte di Cassazione ha avuto modo di ribadire il principio secondo cui il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno a favore del coniuge straniero di cittadino italiano non è subordinato alla effettiva convivenza dello straniero con il coniuge italiano, almeno nel caso in cui «*lo straniero sia entrato in Italia con visto di ingresso per ricongiungimento familiare*».

La Suprema Corte ricorda che, in tal caso, ai sensi dell'art. 30, co. 1-*bis*, il rigetto dell'istanza di rilascio o rinnovo del permesso è subordinata al «*diverso e ben più oneroso accertamento*» che il matrimonio sia di comodo.

Tale sentenza afferma un principio sicuramente corretto – il soggiorno del coniuge di cittadino italiano o europea non è subordinato alla convivenza –; tuttavia, si ritiene che l'ambito di applicazione di tale principio sia ben più ampio di quello indicato dalla Corte, ricomprendendo ogni caso di rapporto matrimoniale che non risulti di comodo. Dunque, anche il coniuge che non sia entrato per ricongiungimento familiare ha diritto al soggiorno in Italia, senza dover coabitare con il coniuge italiano o europeo.

Se è vero, infatti, che il d.lgs. n. 286/1998 subordina in alcuni casi il rilascio del permesso a favore del coniuge del cittadino europeo o italiano alla prova della convivenza, deve essere ricordato che il Testo Unico in materia di immigrazione trova applicazione solo in via sussidiaria laddove non possa essere invocata la normativa di cui al d.lgs. n. 30/2007, di trasposizione della Direttiva 2004/38 in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari.

In base all'interpretazione che del diritto europeo ha dato fin dagli anni Ottanta del secolo scorso la Corte di giustizia, infatti, (in particolare, con la risalente sentenza del 13 febbraio 1985, *Diatta* resa nel procedimento C-267/83), il coniuge non deve necessariamente convivere con il cittadino dell'Unione europea per essere titolare di diritto al soggiorno. Nessuna ulteriore condizione relativa alle modalità di ingresso o alla previa regolarità di soggiorno è posta dalla normativa europea che dovrà pertanto prevalere, con la conseguenza che sia il coniuge di cittadino europeo o italiano entrato per ricongiungimento sia quello che abbia fatto ingresso in altro modo o fosse anche in precedenza irregolarmente soggiornante avranno un diritto al soggiorno non condizionato alla prova della coabitazione. L'unica condizione posta dal diritto europeo è, infatti, quella dell'effettività del matrimonio che non deve essere strumentale o di comodo: laddove il matrimonio sia effettivo, il coniuge straniero

ha diritto al soggiorno indipendentemente da qualsiasi condizione di previa regolarità di soggiorno.

Rilievo della semplice convivenza con cittadino europeo o italiano, al fine dell'ottenimento della carta di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007

A differenza della posizione del coniuge che, salve alcune questioni come quella sopra indicata, non suscita normalmente particolari dubbi, numerose sono le incertezze che riguardano, invece, nella prassi, la possibilità per il convivente di cittadino italiano o europeo di rivendicare un diritto al soggiorno in Italia.

L'art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 30/2007, che letteralmente ritrascrive l'art. 3 della direttiva 2004/38, prevede che l'Italia abbia l'obbligo di "agevolare" l'ingresso e il soggiorno del partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale.

Il partner del cittadino europeo o italiano non ha, dunque, un diritto al soggiorno comparabile a quello del coniuge, ma ha comunque diritto a che l'Amministrazione prenda in esame la relazione e valutatane la stabilità e ogni altro elemento, decida se autorizzare o meno il soggiorno con provvedimento motivato.

L'Amministrazione non è dunque libera di determinarsi, ma deve decidere alla luce di tutte le circostanze, con la circostanza che, ad esempio, non potrà negare il diritto al soggiorno del convivente del cittadino italiano che, insieme a questi, rientri dall'estero dopo anni di coabitazione in un altro Paese.

Simili ipotesi – di vita comune all'estero – sono quelle che, in primo luogo, con tale norma il diritto dell'Unione aveva inteso proteggere.

Che fare, però, nei casi in cui, ad esempio, la vita familiare si sia invece costituita direttamente in Italia? Ha diritto al soggiorno il convivente del cittadino italiano o europeo, per il mero fatto della convivenza in Italia? E soprattutto tale convivenza come deve essere provata?

A tali domande sono stati chiamati a dare risposta, nel primo quadrimestre del 2020, sia la Corte di cassazione che il Tribunale di Bologna.

Quanto alla Suprema Corte, quest'ultima è stata investita della controversia promossa dal convivente di una cittadina rumena, in un caso in cui da tale convivenza era nato un figlio. Secondo la Corte d'appello, il ricorrente non rientrava né nella categoria di ascendente a carico di cittadino europeo (non sussistendo la condizione dell'essere a carico del figlio), né quella di convivente della cittadina europea, non essendoci alcuna documentazione ufficiale di tale convivenza, quale ad esempio un contratto di convivenza stipulato ai sensi della legge n. 76/2016.

La Corte di Cassazione, con la *sentenza del 13.02.2020, n. 3876* (in *Banca Dati de Jure*), ha cassato la decisione impugnata, affermando che la relazione stabile di fatto tra il partner richiedente la carta di soggiorno e il cittadino dell'Unione può documentarsi anche attraverso documenti diversi dal contratto di convivenza di cui alla legge n. 76/2016, ad esempio,

«vagliando l'atto di nascita» o altri documenti idonei. Si tratta di una pronuncia significativa non solo perché dalla stessa discende che è consentito al partner di produrre ogni tipo di documentazione al fine della prova della convivenza (si pensi alla possibilità di utilizzare contratti di locazione intestati ad entrambi i conviventi), ma ancor prima perché la decisione chiaramente presuppone che anche la relazione di convivenza iniziata in Italia con cittadino europeo o italiano sia idonea a far sorgere il diritto al soggiorno del partner, principio che è a tutt'oggi tutt'altro che acquisito nella prassi degli Uffici immigrazione.

Dei dubbi che circondano la materia è dimostrazione la vicenda su cui è stata chiamata a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il Tribunale di Bologna con l'ordinanza del 3.02.2020 .

In tale caso, la ricorrente aveva consegnato alla questura un accordo di convivenza con cittadino italiano, «con l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte del difensore», accordo che tuttavia non era stato possibile trascrivere in Comune, come previsto dalla legge n. 76/2016, dal momento che la trascrizione presuppone la residenza di entrambi i conviventi nel Comune, residenza negata alla cittadina straniera per mancanza del permesso di soggiorno.

Secondo il Tribunale di Bologna, la necessità di un'interpretazione conforme della normativa italiana alla disciplina europea che non contempla la necessità di una previa iscrizione anagrafica devono indurre a riconoscere – salva la necessità di verifica dell'effettività e stabilità della convivenza, da effettuarsi nella successiva fase non cautelare – il diritto di soggiorno fatto valere in giudizio.

Il semplice vincolo di parentela con un fratello cittadino italiano non è idoneo a far sorgere alcun diritto alla permanenza sul territorio italiano dello straniero

Se per il coniuge di cittadino italiano non è necessaria la prova della convivenza, la coabitazione è invece indispensabile per il fratello di cittadino italiano che voglia fondare su tale legame familiare il proprio diritto al soggiorno, ai sensi degli articoli 19 d.lgs. n. 286/1998 e 28, lett. b) d.p.r. n. 394/1999.

Tale principio è stato ribadito dalla Suprema Corte, con la sentenza del 18.03.2020, n. 7427.

Nel caso portato all'attenzione dei Giudici di legittimità, un cittadino straniero chiedeva di poter ottenere un permesso di soggiorno, sulla base della vita familiare esistente con la sorella cittadina italiana, permesso rifiutato dalla questura sulla scorta della circostanza che lo straniero non era stato trovato presso l'abitazione della sorella nel corso dei due sopralluoghi effettuati.

La Suprema Corte correttamente rileva che «*i fratelli entrambi maggiorenni non rientrano nella nozione di famiglia rilevante ai fini del ricongiungimento familiare, tanto è vero che possono ottenere il permesso per motivi familiari solo a norma del combinato disposto dell'art. 28 d.p.r. 394/1999 e dell'art. 19, co. 2, lett. c) Testo Unico*» (che richiede la convivenza) «*o, eventualmente, a norma dell'art. 3 co. 2 lett. a) del d.lgs. n. 30/2007*» che consente l'ingresso

o il soggiorno in territorio comunitario di ogni altro familiare «*solo se è carico o convive nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione*».

Viene precisato che in tal caso, neppure può essere prospettata la lesione dell'art. 8 della CEDU, dal momento che, come condivisibilmente affermato dai Giudici di legittimità, «*la relazione tra due fratelli entrambi maggiorenni, tra i quali non si sia neppure instaurata una convivenza, non rientra nella nozione di "vita familiare", occorrendo, a tal fine, la prova rigorosa di legami personali effettivi, ovvero di una concreta condivisione della vita in comune, situazione che può, al limite, presumersi solo in presenza di una effettiva convivenza tra i fratelli medesimi*».

Ricongiungimento a favore di genitore di straniero titolare di protezione sussidiaria

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 19.09.2019, 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, comma 1, d.l. 13/2017.

A far data dal 17 agosto 2017, trova invece applicazione la diversa regola prevista dall'art. 7 del d.l. 13/2017, che ha modificato l'art. 20, co. 2, del 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

L'accertamento della minore età effettuato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 19, legge Zampa è destinato ad avere effetti anche al di fuori dell'applicazione degli istituti previsti dalla medesima legge

Con la sentenza del 9.3.2020, n. 6520, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare una questione che fino ad oggi, a quanto consta, non era ancora giunta in sede di legittimità: quale

efficacia abbia l'accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato effettuato dal Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 19-*bis* d.lgs. 18.8.2015, n. 142.
Nel caso concreto, il Tribunale per i minorenni aveva accertato la minore età di un giovane straniero, indicando però come data di nascita una data che l'interessato contestava.
La Corte d'appello, adita dal ragazzo con reclamo, aveva rigettato l'impugnazione, sulla base dell'affermazione che lo straniero non aveva interesse a contestare la determinazione a sé favorevole, avendo comunque avuto accesso agli istituti previsti a tutela dei minori stranieri non accompagnati, in conseguenza dell'accertamento della minore età effettuata dal Tribunale.
Interessata della questione, la Corte di cassazione opportunamente chiarisce che l'attribuzione dell'età a cui perviene il Tribunale per i minorenni all'esito dello speciale procedimento disciplinato dalla legge non esplica la sua efficacia solo ai fini dell'accesso al regime speciale di accoglienza previsto in favore dei minori stranieri non accompagnati. L'efficacia generalizzata dell'accertamento dell'età si deduce – secondo la Suprema Corte – dal fatto che il legislatore, all'art. 19-*bis*, co. 9, sopra citato, abbia sentito il dovere di precisare che «ogni procedimento amministrativo e penale conseguente all'identificazione come maggiorenne è sospeso fino alla decisione». Se ne deduce che «*il provvedimento di attribuzione dell'età*» non è funzionale solo all'attivazione delle misure di protezione previste in favore dei minori non accompagnati, ma «*è destinato a riverberare i suoi effetti anche in altri rami dell'ordinamento giuridico che fanno dell'età il presupposto discriminatorio per l'applicazione di un trattamento differenziato rispetto a quello normalmente praticato*».

Art. 31, co 3, d.lgs. n. 286/1998: anche il fratello del minore può essere autorizzato a permanere in Italia dal Tribunale per i minorenni

Con la *sentenza del 23.1.2020, n. 1457* (in *Banca dati De Jure*), la Corte di Cassazione ha deciso il ricorso di un cittadino straniero che si era visto rigettare nei due gradi di merito l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione al soggiorno *ex* art. 31 d.lgs. n. 286/1998 per la necessità di provvedere alle necessità della sorella minorenne, affetta da alcune patologie.
Nel descrivere la fattispecie, la Suprema Corte rileva che la Corte d'appello aveva escluso che la presenza del fratello dovesse considerarsi necessaria per provvedere alla sorella, dal momento che quest'ultima risultava ben accudita dai genitori, mentre il fratello non risultava avere mai avuto contatti col medico di base o con gli insegnanti della minore. Secondo la Corte territoriale, andava esclusa la sussistenza di un «pregiudizio irreparabile» per la minore in caso di allontanamento del fratello.
I Giudici di legittimità contestano la correttezza di tale ragionamento, nella parte in cui valorizza l'accudimento della minore da parte dei genitori, senza indagare sul «*dedotto pregiudizio – rappresentato dal ricorrente in termini di evento idoneo ad alterate l'equilibrio psichico – che la minorenne avrebbe subito, anche per la sua età, per effetto del rimpatrio improvviso del fratello*».

La decisione della Suprema Corte appare indubbiamente condivisibile, dal momento che legami come quelli con i fratelli frequentemente risultano di intensità pressoché identica a quelli con i genitori, essendo idonei a determinare nel minore un disagio psico-fisico di grado non inferiore di quello dell'allontanamento di un genitore. Correttamente, pertanto, i Giudici di legittimità hanno ricordato che *qualsiasi danno grave* al minore, e non solo *pregiudizi irreparabili*, sono idonei a far ritenere accoglibile l'istanza presentata dal familiare ai sensi dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del primo quadrimestre del 2020 le pronunce in tema di discriminazione hanno riguardato ancora la gestione dei rapporti dei cittadini extraUE con gli enti locali.
In particolare si segnala che:
- la Corte Costituzionale con sentenza n. 44 depositata il 9 marzo 2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, co. 1 lett. b), l.r. Lombardia n. 16/2016 nella parte in cui richiede, quale requisito per accedere agli alloggi di edilizia popolare, la residenza anagrafica o lo svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda;
- si è consolidato l'orientamento dei giudici di primo grado che hanno affermato la sussistenza del diritto all'iscrizione anagrafica del titolare del permesso di soggiorno per richiesta asilo negata da diversi Comuni in conseguenza dell'introduzione del co. 1-*bis* all'art. 4, d.lgs. 18.8.2015, n. 142 ad opera dell'art. 13, co. 1, lett. a), n. 2) del d.l. n.113/18 convertito nella l. n. 132/2018.

Buoni spesa

I Tribunali di Roma, di Brescia e di Ferrara si sono pronunciati sulle condizioni di accesso ai buoni spesa alimentari (di cui all'ordinanza della protezione civile 29.3.2020, n. 658 per far fronte all'emergenza Covid 19 quale forma di "solidarietà alimentare" ai soggetti più vulnerabili) affermando che nel rispetto del principio di non discriminazione e della tutela di diritti umani fondamentali, gli enti locali dovrebbero fissare condizioni di accesso basate esclusivamente sulla condizione di disagio economico e sul domicilio (e non residenza) nel territorio comunale (vedi decreti emessi rispettivamente il 22, il 28 ed il 30.4.2020 (in *Banca dati Asgi*). Si segnala che il Tribunale di Roma ha sottolineato che il buono spesa spetta anche ai cittadini extra UE irregolarmente soggiornanti in quanto il diritto all'alimentazione rientra nell'alveo dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 della Costituzione ed in particolare attiene al «nucleo "minimo" di questi diritti che non può essere violato e spetta a tutte le persone in quanto tali, a prescindere dalla regolarità del soggiorno sul territorio italiano».

Accesso agli alloggi di EPR

Il Tribunale di Milano con pronuncia depositata il 20.3.2020 (in *Banca dati Asgi*), ha dichiarato discriminatoria la clausola del bando del Comune di Sesto San Giovanni che, per l'accesso agli alloggi, non aveva ammesso le *«autocertificazioni ma solo documenti che...dichiarino l'assenza di proprietà per ognuno dei componenti del nucleo familiare richiedente, attraverso l'esibizione di documenti ufficiali legalizzati e certificati dalle competenti autorità italiane...». Al Comune è stato di conseguenza ordinato di* modificare il

bando per consentire ai cittadini stranieri *«di presentare la domanda per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani e UE in generale, cioè senza la richiesta della documentazione supplementare...»*. Secondo il regolamento attuativo n. 4/2017 (della l.r. 16/2016 della Regione Lombardia), per accertare tale assenza di proprietà, per l'italiano è sufficiente una dichiarazione, mentre per lo straniero sono necessari documenti provenienti dal Paese di origine che, come attestato dal decreto ministeriale sul reddito di cittadinanza, pochi Stati sono in grado di fornire.

Discriminazione per ragioni di razza e di etnia

La Corte di appello di Milano con sentenza n. 418/20 depositata il 6.2.2020 (in *Banca dati Asgi*), ha respinto l'appello di Lega Nord e del presidente della Sezione Lega Nord di Saronno, confermando la pronuncia emessa in primo grado dal Tribunale di Milano, ribadendo che qualificare come "clandestini" i richiedenti protezione internazionale attribuisce automaticamente un comportamento illegale a chi invece si trova sul territorio per chiedere protezione e ha diritto di restarvi fino a che la sua domanda non venga esaminata ed integra una discriminazione per ragioni di razza ed etnia.

Il Tribunale di Milano, sezione lavoro, con ordinanza emessa in data 23.1.2020 ha ritenuto la sussistenza di una discriminazione ai sensi dell'art. 2, co. 3, d.lgs 215/2003 «Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica» da parte del preposto di una società che: a) aveva utilizzato nei confronti dei tre dipendenti di colore appellativi «chiaramente riferiti alla razza e che accostano all'etnia vari generi di offese quali "negro di merda", "ti rimando in Africa", realizzando forme di offesa verso persone appartenenti ad altra etnia ed esprimano non solo disprezzo verso la razza ("negro di merda"), ma un sentimento del tutto contrario all'accoglienza dello straniero anzi espressivo di un atteggiamento di rifiuto ("ti rimando in Africa") che, senza dubbio, ha contribuito a creare un clima di ostilità nell'ambiente lavorativo»; b) aveva sottoposto i tre dipendenti di colore, dopo averli chiamati al suo cospetto uno alla volta, ad un trattamento umiliante e degradante consistito nello spruzzare contro di loro del deodorante e facendo loro alzare la maglietta e le braccia «in un crescendo di atteggiamenti e richieste sempre più offensive». Il giudice del lavoro ha altresì condannato al risarcimento dei danni la datrice di lavoro che, benché avesse adottato un regolamento che annovera tra gli obblighi dei dipendenti un atteggiamento inclusivo, il ripudio di ogni forma di emarginazione e/o discriminazione diretta o indiretta e che sanziona gli atti di discriminazione quale che essi siano, non aveva adeguatamente vigilato sul rispetto di tali obblighi da parte dei suoi dipendenti (est. Moglia, in *Osservatorio sulle Discriminazioni*).

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

La decisione della Cassazione sul caso dell'arresto di Carola Rackete

Si è conclusa con la decisione della Cassazione n. 6626/2020 del 20.2.2020 la vicenda relativa all'*arresto di Carola Rackete*, capitana della nave *Sea Watch 3*, che nel giugno 2019 era stata arrestata dalla Guardia di finanza all'esito di una vicenda dal grandissimo impatto mediatico, che merita ora qui di essere rapidamente sintetizzata.

Il 12 giugno 2019 la nave *Sea Watch 3*, battente bandiera olandese, effettua il soccorso di 53 persone presenti su un natante in condizioni precarie a 47 miglia dalle coste libiche. Operato il soccorso, la comandante procede subito a richiedere l'indicazione di un POS (*place of safety*) alle autorità italiane, maltesi, olandesi e libiche. La prima risposta giunge dalle autorità libiche, che indicano Tripoli quale porto sicuro ove condurre i migranti. Considerate le tragiche condizioni in cui versano i migranti nei campi di detenzione libici, la comandante ritiene che la Libia non possa essere considerata un porto sicuro per i naufraghi soccorsi, e si dirige verso le coste europee, benché le autorità italiane e maltesi si rifiutino di indicare un POS affermando la propria incompetenza rispetto al soccorso operato nella cd. zona SAR libica. Dopo che la *Sea Watch 3*, pur restando in acque internazionali, si era portata a poche miglia da Lampedusa, il 15 giugno il Ministro dell'interno, sulla base dei poteri conferitigli dal cd. decreto-sicurezza *bis* appena entrato in vigore (d.l. 14.6.2019, n. 53, conv. in l. 8.8.2019, n. 77), formalizza il divieto di ingresso della nave in acque italiane. Nei giorni successivi vengono evacuati dalla nave 10 soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità, ma per gli altri 43 la situazione continua a non sbloccarsi. Il 26 giugno la comandante si risolve infine a violare il divieto e ad entrare nelle acque nazionali, ritenendo non più sostenibile la condizione di stallo venutasi a creare. Dopo qualche giorno di ulteriore attesa di una soluzione concordata con le autorità italiane, nella notte del 29 giugno la nave entra nel porto di Lampedusa, dirigendosi verso l'unica banchina adatta all'attracco di un natante delle dimensioni della *Sea Watch 3*; nel tentativo di impedire l'attracco, una motonave della Guardia di finanza si frappone tra la banchina e la nave, e viene urtata da quest'ultima nelle manovre di ormeggio, prima di riuscire a sfilarsi e mettersi al sicuro. Ormeggiata la nave, la capitana viene immediatamente arrestata dalla Guardia di finanza, ed il giorno successivo la Procura della Repubblica di Agrigento chiede la convalida dell'arresto e la contestuale applicazione della misura cautelare del divieto di dimora in provincia di Agrigento, ritenendo sussistente nella *condotta della capitana, che decideva di procedere all'approdo nonostante l'interposizione fisica sulla banchina del natante della Guardia di finanza*, gli estremi di due figure delittuose: il *delitto di violenza contro nave da guerra* di cui all'art. 1100 cod. nav. (punito con la reclusione da tre a dieci anni) e il *delitto di resistenza a un pubblico ufficiale* di cui all'art. 337 c.p. (reclusione da sei mesi a cinque anni).

Il *GIP*, oltre a non concedere la misura cautelare, aveva altresì *negato la convalida dell'arresto*, ritenendo, quanto al reato di cui all'art. 337 c.p., che la Rackete avesse agito in *adempimento deldovere* come capitano della nave di condurre in un "luogo sicuro" i naufraghi soccorsi; in ordine invece al reato previsto dal codice della navigazione, ne aveva escluso la ricorrenza, in quanto nel caso di specie l'imbarcazione della Guardia di finanza con cui la nave della Rackete era entrata in collisione non avrebbe potuto essere qualificata come nave da guerra (vedi il commento di C. Ruggiero alla decisione del GIP su n. 1/2020).

La *Procura di Agrigento* aveva deciso di non impugnare il provvedimento del GIP quanto al rigetto della misura cautelare, ma aveva invece fatto *ricorso in Cassazione* rispetto alla decisione di non convalidare l'arresto eseguito dalla GdF. *Tre* erano in particolare i *motivi* di ricorso dedotti. Il primo riguardava l'illogicità-contraddittorietà della motivazione riguardante la legittimità dell'arresto; il secondo l'esclusione (erronea secondo la Procura) della qualifica di nave da guerra alla motovedetta della GdF; il terzo infine concerneva la presunta illogicità e contraddittorietà della motivazione in merito alla sussistenza della scriminante dell'art. 51 c.p.

Quanto al *primo motivo di ricorso*, la Corte prende le mosse dal ricordare il consolidato orientamento secondo cui «il giudice della convalida deve limitarsi alla verifica della sussistenza dei presupposti legali per l'arresto e dell'uso ragionevole dei poteri da parte della polizia giudiziaria ..., ponendosi nella stessa situazione di chi ha operato l'arresto e fondando il suo giudizio sulla base degli elementi al momento conosciuti». Secondo la prospettazione del ricorso, i limiti propri del giudizio di convalida sarebbero stati travalicati dal GIP, posto che «il giudice avrebbe effettuato un penetrante giudizio sulla insussistenza della gravità indiziaria, ritenendo configurabile la causa di giustificazione dell'art. 51 c.p., segnatamente dell'adempimento del dovere di soccorso in mare, sulla scorta di un complesso percorso argomentativo che faceva ampio richiamo alle fonti internazionali, laddove l'art. 385 c.p.p., facendo riferimento al concetto di "apparenza", implicitamente escluderebbe che si possa pervenire alla non convalida dell'arresto sulla base di argomenti o ragionamenti complessi».

Dopo avere ricordato la *netta distinzione tra la fase pre-cautelare* cui si riferisce il giudizio di convalida dell'arresto e *la fase cautelare* («la convalida guarda al passato, e, quindi, per il futuro, occorre, affinché perduri una limitazione della libertà personale, un autonomo provvedimento idoneo a costituire titolo autosufficiente per fondare una limitazione del diritto di libertà»), la Corte, per valutare l'ampiezza del vaglio affidato al giudice al momento della convalida, individua come parametro di riferimento l'art. 13 Cost. Secondo la Cassazione, «il meccanismo della convalida nel processo penale discende proprio dalla previsione, di rango costituzionale, per cui un organo "incompetente" è autorizzato, sussistendo determinate condizioni, a sostituirsi a un organo "competente", e, quindi, ad emettere, a titolo provvisorio, un atto rientrante, di regola, nelle attribuzione dell'autorità legittimata, in via ordinaria, all'intervento diretto ad intaccare la sfera di libertà del singolo. Ne consegue che la convalida, quando interviene, non incide sugli effetti dell'atto provvisorio convalidato e, quindi, non

comporta il consolidamento di quegli effetti, risolvendosi solo in un controllo diretto a stabilire se l'intervento dell'organo "incompetente" sia stato bene o male operato».

Sulla base di questi presupposti di diritto, *la Corte ritiene corretta la decisione del GIP di negare la convalida*. La Cassazione condivide innanzitutto la scelta, criticata nel ricorso e nel parere della Procura generale, di fornire una valutazione complessiva della situazione, non limitando l'attenzione solo all'episodio della collisione con l'imbarcazione della GdF, ma inserendo quest'ultimo all'interno di una vicenda unitaria che ha inizio con il soccorso dei naufraghi.

Passando poi alla questione di come vada intesa l'espressione di cui all'art. 385 c.p.p., secondo cui l'arresto non è consentito quando "appare" che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione, la Cassazione precisa come «*non sia richiesto che la sussistenza della causa di giustificazione "appaia evidente", ma che essa sia "verosimilmente esistente"*. ... In presenza di "verosimile" rappresentazione di una causa di giustificazione, opera quindi il divieto di cui all'art. 385 c.p.p. e l'atto di arresto eventualmente compiuto non è legittimo».

Posta questa premessa, la Corte ritiene corretti gli argomenti spesi dal GIP per motivare perché, alla luce del quadro normativo relativo alla disciplina dei soccorsi, fosse verosimile la sussistenza in capo alla Rackete della scriminante dell'adempimento del dovere.

La Cassazione ritiene congruamente motivata" la ricostruzione da parte del GIP delle fonti di diritto internazionale rilevanti in materia di soccorso in mare, che fondavano la sussistenza della causa di giustificazione in capo alla Rackete: «proprio le citate fonti pattizie in tema di soccorso in mare e, prima ancora, l'obbligo consuetudinario di soccorso in mare, norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno, in forza del disposto di cui all'art. 10 co. 1 Cost – tutte disposizioni ben conosciute da coloro che operano il salvataggio in mare, ma anche da coloro che, per servizio, operano in mare svolgendo attività di polizia marittima –, sono il parametro normativo che ha guidato il giudice nella valutazione dell'operato dei militari per escludere la ragionevolezza dell'arresto della Rackete, in una situazione nelle quale la citata causa di giustificazione era più che "verosimilmente" esistente».

Non è poi fondato, secondo la Corte, il tentativo della Procura di distinguere la fase del soccorso da quella dello sbarco, ritenendo che l'obbligo consuetudinario di soccorso in mare non comporti il dovere per le autorità di fornire un luogo di attracco, almeno quando, come nel caso di specie, la situazione igienico-sanitaria a bordo della nave sia monitorata e escluda il rischio di danni alla salute dei naufraghi. Scrive infatti la Cassazione che «non si potrebbe ritenere, come argomenta il ricorrente, che l'attività di salvataggio dei naufraghi si fosse esaurita con il loro recupero a bordo della nave. L'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione internazionale SAR di Amburgo, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (cd. *place of safety*)». La Corte rammenta la nozione di porto sicuro contenuta nelle Linee guida del 2004 alla Convenzione SAR, per cui «un luogo sicuro è una località dove le

operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio, cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale». Alla luce di tale nozione, la Corte conclude che «*non può quindi essere considerato "luogo sicuro" una nave in mare* che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. *Né può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa*, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave».

Il primo motivo di ricorso viene dunque respinto, in quanto «in conclusione, la verifica del giudice della convalida è stata correttamente compiuta e corretta è la sua decisione. *Il giudice non soltanto ha ritenuto configurabile, nella situazione descritta nel provvedimento, la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere di soccorso, individuandone la portata, ma ha anche valutato che la sussistenza di tale scriminante fosse percepibile da parte degli operanti che avevano proceduto all'arresto*, sulla base di una valutazione della singolarità della vicenda e delle concrete circostanze di fatto, come meticolosamente riepilogate».

Venendo ora più brevemente al *secondo motivo di ricorso*, relativo alla qualifica di nave da guerra della motovedetta della GdF, la Corte condivide la conclusione del GIP che aveva escluso tale qualifica, anche se ritiene decisiva non già la sentenza della Corte costituzionale del 2000 invocata dal GIP, quanto la *definizione di nave da guerra di cui all'art. 1, co. 2 d.lgs. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare*), secondo cui per nave da guerra «si intende una nave che appartiene alla Forze armate di uno Stato, che porta i segni distintivi esteriori delle navi militari della sua nazionalità ed è posta sotto il comando di un ufficiale di marina al servizio dello Stato ed iscritto nell'apposito ruolo degli ufficiali o in un documento equipollente, il cui equipaggio è sottoposto alla disciplina militare». Alla stregua di tale definizione, la Corte riscontra come nel caso di specie il comando non fosse nelle mani di un ufficiale, ma di un maresciallo della GdF, e conclude negando la sussistenza dei requisiti normativi necessari perché la motovedetta potesse essere qualificata come nave da guerra.

Quanto infine al *terzo motivo di ricorso*, relativo alla fondatezza della decisione del GIP di riconoscere la scriminante dell'adempimento del dovere, la Corte lo ritiene *inammissibil***e** «perché propone una censura che si pone fuori dal perimetro del sindacato del giudice sulla non convalida. Quest'ultimo resta delineato, come lo stesso ricorrente evidenzia nel primo motivo di ricorso, al controllo di ragionevolezza dell'operato di coloro che hanno eseguito l'arresto in flagranza. Non rilevano quindi valutazioni alternative dei fatti e diverse interpretazioni delle fonti normative, ai fini della configurazione e dei confini della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., oppure prospettazioni alternative in ordine all'adempimento del dovere di soccorso e alla sua ampiezza, fondate su una interpretazione

diversa della nozione di *place of safety* contenuta nella Convenzione di Amburgo, che ne delinea peraltro puntualmente l'ambito e i confini».

La *decisione* appena sintetizzata è di *estrema importanza*, perché rappresenta la *prima occasione* in cui i *Giudici di legittimità* prendono posizione sul tema della *compatibilità con il diritto internazionale e interno* della prassi, adottata nei mesi del Governo Conte 1, di *negare lo sbarco nei nostri porti alle navi di ONG* straniere che avevano operato in acque internazionali il soccorso di naufraghi in provenienza dalla Libia. La Cassazione – sia pure all'interno di un procedimento di natura cautelare, e dunque con un grado di approfondimento delle questioni giuridiche controverse minore di quello proprio delle decisioni conclusive di un procedimento di merito – afferma che il rifiuto (opposto dal Ministro dell'interno ed eseguito dalla Guardia di finanza) di autorizzare lo sbarco ai naufraghi soccorsi dalla nave della ONG era illegittimo, perché contrario a quanto previsto dal diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) sui soccorsi in mare: un'affermazione le cui ricadute vanno ben al di là del caso specifico dell'arresto di Carola Rackete.

Rimane da ricordare che la capitana della *Sea Watch 3* rimane comunque sotto indagine per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TUI, in relazione al quale la Procura agrigentina non ha ancora deciso se chiedere l'archiviazione o procedere all'esercizio dell'azione penale.

Delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento e improcedibilità per particolare tenuità del fatto

Continua ad essere oggetto di differenti orientamenti in sede di legittimità la questione, nella prassi assai rilevante, dell'*onere di motivazione* incombente sul *Giudice di pace che rifiuti di riconoscere* all'imputato per il reato per il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5-*ter* TUI la clausola di *esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto* di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000.

Tutte le sentenze allegate sono relative a ricorsi presentati nei confronti di provvedimenti emanati dal medesimo ufficio giudiziario (Giudice di pace di Genova).

Due sentenze (n. 13009 e n. 13010) sono relative a casi quasi identici, in cui il Giudice di pace aveva escluso la sussistenza degli estremi di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000 motivando con riferimento alla potenziale pericolosità per la pubblica sicurezza degli imputati, derivante dalla loro condizione di stranieri irregolari e disoccupati. La Cassazione *respinge i ricorsi*, nei quali il difensore dell'imputato si doleva di violazione e/o erronea applicazione della legge penale e di vizio di motivazione in relazione all'art. 34, ricordando anzitutto come «l'addebito mosso al ricorrente, come accertato nella sentenza impugnata, consistente nel trattenimento nel Paese dopo l'ordine di allontanamento, rimasto inottemperato, ha natura di *reato permanente, non è affatto occasionale*, essendo frutto di deliberata intenzione, e, per quanto emerso, neppure è stata addotta una situazione ostativa di una qualche pregnanza, incidente sulla possibilità di adempiere all'intimazione di allontanamento, se non escludendola, rendendola difficoltosa o

pericolosa»; secondo la Corte, *il riferimento del Giudice di pace alla condizione di straniero irregolare e disoccupato è sufficiente per escludere la particolare tenuità del fatto*, dal momento che il ricorrente «non chiarisce gli elementi non valutati dal giudice, nell'escludere la particolare tenuità del fatto in scrutinio, che darebbero ragione, al contrario, dell'esiguità del danno o del pericolo, dell'occasionalità del reato, del grado minimo della colpevolezza e del pregiudizio sociale per l'imputato».

Ad *opposte conclusioni* giunge invece la terza sentenza qui allegata (n. 7897/2020), ancora relativa ad una *vicenda pressoché identica* a quelle oggetto delle sentenze appena citate. Anche in questo caso il Giudice di pace genovese aveva escluso l'applicabilità dell'art. 34 in quanto l'imputato era uno straniero irregolarmente soggiornante e disoccupato. La Corte osserva che «la carenza di titolo abilitante a trattenersi sul territorio italiano costituisce imprescindibile presupposto della violazione posta in essere, afferente ad un ordine di allontanamento scaturito proprio dall'omesso rilascio di permesso di soggiorno: a seguire il ragionamento del Giudice di pace ligure, si giungerebbe, allora, a configurare, in concreto ed in contrasto con le delineate premesse, una radicale incompatibilità tra il reato sanzionato dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 14, co. 5-*ter*, e la causa di esclusione della punibilità prevista dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 34. Né più convincente si rivela l'ulteriore argomento speso nella sentenza impugnata, che fa leva sulla condizione di disoccupazione di D. che, tuttavia, è portato, pressoché ineludibile, della irregolarità della sua presenza in Italia e non anche sintomo di più intesa offensività del reato da lui perpetrato». Secondo la Corte, allora, «*lo sforzoargomentativo* del Giudice di pace appare, dunque, *inadeguato in quanto riferito ad elementi comuni a qualunque fattispecie del tipo di quella in esame e non parametrato*, come sarebbe stato necessario, *alle peculiarità del caso*, relative, ad esempio, alla protrazione temporale dell'inottemperanza ovvero alla contestuale o pregressa commissione, da parte dell'imputato, di ulteriore e distinta attività illecita, nonché alle sue esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute». Su queste basi, il *ricorso viene accolto* e la sentenza di condanna annullata con rinvio.

Si riscontrano dunque, in seno alla giurisprudenza della Prima sezione della Cassazione, *due diversi orientamenti* in ordine alla possibilità per il Giudice di pace di negare l'applicabilità dell'art. 34 sulla base di considerazioni di portata generale, prive di riscontri relativi alle peculiarità della vicenda concreta: mentre le prime due sentenze ritengono che la mancanza di elementi specifici in ordine alla condizione dell'imputato non escluda comunque la possibilità di condannarlo, la terza ritiene al contrario che una sentenza di condanna possa essere pronunciata solo quando siano stati addotti elementi tali da escludere nel caso concreto la ricorrenza delle condizioni da cui *ex* art. 34 deriva il riconoscimento della particolare tenuità del fatto.

OSSERVATORI

ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea e alla libera circolazione. A marzo, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *COVID-19: Restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali nell'UE*, COM(2020) 115 def. del 162020, con cui ha raccomandato l'adozione, da parte di tutti i Paesi Schengen e associati, di una decisione coordinata ai fini dell'applicazione di restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali verso la c.d. «zona UE+» (tutti gli Stati membri dell'area Schengen, compresi Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania, e i quattro Stati associati, nonché eventualmente Irlanda e Regno Unito), per un periodo iniziale di 30 giorni. Specifiche cautele sono state rivolte agli obblighi di protezione ed essa ha ritenuto che la restrizione «non dovrebbe» applicarsi alle persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari, al fine di assicurare il rispetto del principio di non respingimento. È stata, invece, espressamente esclusa l'applicazione delle restrizioni nei confronti di cittadini UE e di Stati associati Schengen, e loro familiari, nonché di cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nell'UE, che fanno ritorno a casa. Contemporaneamente ha presentato alcuni orientamenti per gli Stati membri relativi alle misure per la gestione delle frontiere nel quadro dell'emergenza COVID-19, con l'obiettivo di tutelare la salute dei cittadini, garantire un trattamento adeguato delle persone che hanno necessità di viaggiare e assicurare la disponibilità di beni e servizi essenziali, C(2020)1753 finale, in GUUE C 861 del 16.3.2020. La raccomandazione è stata condivisa dal Consiglio europeo nel corso di una riunione il 17 marzo, ed ha comportato l'adozione, da parte di tutti gli Stati membri dell'UE (ad eccezione dell'Irlanda) e gli Stati associati Schengen, di decisioni nazionali per attuare la restrizione dei viaggi. Essa è stata seguita da successive iniziative della Commissione, la quale nel valutare l'applicazione della misura, ne ha suggerito la proroga fino al 15 giugno 2020. Il 30 marzo, la Commissione ha pubblicato degli orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19, 2020/C 102 I/03, in GUUE C 102 I/12 del 30.3.2020.

Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento. Ad aprile, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione «Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento» ((2020/C 126/02), in GUUE C 126 del 17.4.2020, p. 12 ss. Si tratta di linee guida (orientamenti non vincolanti, elaborati con il supporto dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo – EASO – e dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera – Frontex), volte a contemperare le esigenze di continuità delle procedure di asilo, di rimpatrio e di reinsediamento, con le garanzie di protezione della

salute delle persone e dei loro diritti fondamentali, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e nel rispetto del principio di proporzionalità, considerato che la normativa vigente non prevede disposizioni specifiche riferibili ad una situazione di una pandemia. Viene, in particolare, segnalata la necessità di registrare e trattare tutte le domande di protezione internazionale, anche se con un certo ritardo, e di garantire le cure urgenti ed essenziali delle malattie, compreso il Covid-19.

Situazione in Grecia. A fine febbraio, a seguito dell'annuncio del presidente turco Erdoğan che non sarebbe più stato impedito ai migranti presenti sul proprio territorio (oltre 4 milioni di rifugiati, il numero maggiore al mondo) di raggiungere l'Europa, migliaia di persone si sono dirette verso la Grecia, rimanendo però bloccate al confine lungo il fiume Evros. A fronte di questa pressione di alcune decine di migliaia di persone alla propria frontiera esterna, la Grecia ha dichiarato lo stato di emergenza, predisponendo misure di controllo e di polizia, volte ad impedire gli ingressi o a allontanare quanti avessero eventualmente varcato irregolarmente il confine e il 2 marzo ha disposto la completa sospensione delle attività dell'Ufficio d'asilo greco. La misura è stata confermata il 26 marzo dal Parlamento greco e successivamente estesa fino al 15 maggio, richiamando esigenze di tutela della salute e prevenzione del contagio. Il 3 marzo, i Presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, si sono recati in Grecia per verificare la situazione e hanno rilasciato delle dichiarazioni ufficiali nel corso di una conferenza stampa congiunta. Una dichiarazione è stata adottata anche dal Consiglio. Il 4 marzo la Commissione europea ha presentato un piano d'azione, strutturato in sei punti, per il sostegno immediato alla Grecia, approvato dal Consiglio giustizia e affari interni, nel corso della riunione tenutasi il 13 marzo.

Cooperazione UE-Turchia. Il 30 aprile la Commissione ha presentato la Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Quarta relazione annuale sullo strumento per i rifugiati in Turchia*, COM(2020) 162 def. Rispetto al 2018, si registra un aumento del 47% degli arrivi nell'UE dalla Turchia (83.333, rispetto ai 56.560 arrivi registrati nel 2018). La grande maggioranza è giunta in Grecia, via mare e via terra. Benché si registri un aumento, il numero complessivo di migranti lungo la rotta del Mediterraneo orientale per il 2019 rimane, in ogni caso, nettamente inferiore al numero di migranti irregolari che hanno attraversato tale rotta nel 2015 (885.386), e la cooperazione instaurata con la Turchia, nell'ambito della dichiarazione del 2016, è pertanto ritenuta cruciale per la gestione dei flussi migratori lungo tale rotta. Sono proseguiti i reinsediamenti dalla Turchia nell'UE. Il numero totale di persone reinsediate, nel quadro dello schema «1:1» previsto nella dichiarazione, dal 4 aprile 2016 (a dicembre 2019) è stato pari a 25.560 (di cui 7.020 nel 2019), mentre 1.995 migranti sono stati rinviati in Turchia nell'ambito della suddetta dichiarazione (189 dei quali nel 2019) e 601 nell'ambito del protocollo bilaterale Grecia-Turchia. Tutti i fondi operativi sono stati impegnati in due rate, per complessivi 6 miliardi di euro, e i progetti finanziati dovrebbero proseguire fino al 2025. I principali settori di intervento sono stati individuati nella protezione,

nelle esigenze di base e nei mezzi di sussistenza, nella sanità, nell'istruzione e nelle infrastrutture comunali.

Riforma del sistema comune europeo di asilo e solidarietà. Il 4 aprile, cinque Stati membri (Cipro, Grecia, Spagna, Italia e Malta) hanno diffuso un documento non ufficiale sulla riforma del regime comune europeo in materia di asilo, seguito il 9 aprile da una lettera indirizzata da Italia, Spagna, Francia e Germania ai commissari responsabili della migrazione Schinas e Johansson. Seppur con accenti diversi, entrambi i documenti sollecitano un sistema obbligatorio che preveda una distribuzione equa e rapida tra gli Stati membri dei richiedenti asilo che arrivano irregolarmente nell'UE, nel rispetto degli articoli 78 e 80 del TFUE. Vengono, inoltre, richieste misure idonee a limitare i movimenti secondari, anche al fine di garantire il corretto funzionamento del sistema Schengen, e suggerito un meccanismo solidale di salvataggio e soccorso (*Search and Rescue Solidarity Mechanism*). Il *non-paper* enfatizza, inoltre, la necessità di rafforzare la cooperazione con i Paesi africani e asiatici di origine e di transito dei flussi migratori a fini di contrasto dell'immigrazione irregolare.

Visti

Politica dei visti. Il 23 marzo la Commissione ha pubblicato la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio riguardante il bilancio della situazione di non reciprocità nel settore della politica dei visti, COM(2020)119 def. La comunicazione interviene in un periodo di proliferazione di misure relative ai visti, adottate da molti Paesi per combattere la pandemia di COVID-19 e, tra queste, le restrizioni temporanee dei viaggi nei confronti dei cittadini stranieri, di qualsiasi cittadinanza, che siano stati fisicamente presenti nello spazio Schengen o lo abbiano visitato nei 14 giorni precedenti, disposte il 13 marzo 2020 dagli Stati Uniti. Il documento esamina i progressi intervenuti verso la reciprocità in materia di visti con gli Stati Uniti dal dicembre 2018, e in particolare riferisce sui progressi conseguiti dalla Polonia, che nel novembre 2019 ha aderito al programma "Viaggio senza visto" degli Stati Uniti. Rimangono invece, esclusi dal programma Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania. Secondo i dati statistici relativi al rifiuto del visto per il 2019, i tassi di rifiuto del visto di tre dei quattro Stati membri interessati continuano a collocarsi al di sopra della soglia richiesta del 3% per l'adesione al programma (Bulgaria: 9,75%, Croazia: 4,02%, Romania: 9,11%). Tuttavia si osservano progressi complessivi, con una tendenza generale al ribasso negli ultimi anni. Cipro è rimasto al di sotto della soglia del 3%, con un tasso di rifiuto del 2,78%, ma la divisione dell'isola resta un particolare problema. La Commissione ha continuato, in tutte le possibili occasioni, a sollecitare gli Stati Uniti a cooperare maggiormente con gli Stati membri interessati e ad accelerare i progressi verso la piena reciprocità in materia di visti.

Statistiche visti Schengen. A maggio la Commissione ha pubblicato le statistiche sui visti Schengen rilasciati nel 2019 dagli Stati membri, che evidenziano un significativo aumento (+5,9%) delle richieste di visti di breve durata rispetto al 2018. L'aumento più rilevante delle

richieste di visto riguarda la Federazione russa (+11,8%, raggiungendo i 4 milioni per la prima volta in 5 anni), Cina (+5,2%) ed India (+5,6%). Parimenti sono aumentate le domande di visto presentate in Turchia (900.000, +3,1%), in Marocco (700.000, +6,4%), Arabia Saudita (390.000, +9,4 %), Tunisia (250.000, +5,6%) e Indonesia (230.000, +9,3%). Pur con numeri assoluti sensibilmente inferiori, alcuni Paesi hanno registrato tassi di crescita senza precedenti, tra cui Guinea-Bissau (12.000, +45,4%), Cambogia (15.000, +32,1%), Nepal (13.000, +25,0%), Mauritania (20.000, +24,3%) e Bangladesh (37.000, +21,8%). Il volume delle domande continua, invece, a diminuire in Algeria (670.000, -6,3%) e in Bielorussia (650.000, -5,2%). Il calo maggiore della domanda si è verificato in Iran in conseguenza della difficile situazione economica del Paese. Diminuzioni superiori al 5% si sono registrate anche in Iraq (58.000, -11,2%), Kuwait (160.000, -6,6%) e Guinea Equatoriale (14.000, -5,8%). La percentuale di domande di visto denegate ha continuato ad aumentare nel 2019, ma varia notevolmente da Paese a Paese, andando da meno del 2,5% in Bielorussia, Botswana, Indonesia e Russia, a più del 40% in Algeria, Comore, Ghana, Guinea, Nigeria e Senegal. In tutto il mondo, il 9,9% di tutte le domande di visto è stato rifiutato, 0,3 punti percentuali in più rispetto al 2018. 8,9 milioni, pari al 59% dei 15 milioni di visti rilasciati nel 2019, consentono ingressi multipli nell'area. Oltre ai 15 milioni di visti emessi dai consolati, nel 2018 i Paesi dell'area Schengen hanno rilasciato circa 71.000 visti uniformi alle frontiere esterne dell'Unione.

Accordi di facilitazione dei visti e di riammissione con la Bielorussia. A gennaio, l'Unione europea e la Bielorussia hanno sottoscritto un accordo di facilitazione per il rilascio dei visti per soggiorni di breve durata e un accordo di riammissione delle persone il cui soggiorno è irregolare. L'accordo di facilitazione dei visti prevede, tra l'altro, la riduzione dei diritti per il rilascio del visto, la 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. La cooperazione con la Bielorussia nel settore della migrazione aveva già portato alla conclusione di un partenariato per la mobilità nel 2016. Gli accordi sono stati sottoposti all'approvazione del Parlamento europeo.

Programmi di sviluppo e protezione regionale in Nord Africa. A marzo sono state pubblicate delle schede informative di aggiornamento in merito ai programmi di sviluppo e protezione regionale realizzati in Nord Africa. Istituiti nel 2015 nell'ambito dell'Agenda europea sulle migrazioni, tali programmi sono finanziati attraverso le azioni del Fondo UE asilo, migrazione e integrazione (AMIF). Finora sono stati finanziati oltre 40 progetti in Algeria, Ciad, Egitto, Libia, Mauritania, Marocco, Niger, Tunisia, per un importo totale di 41.400.000 euro. Il loro obiettivo è quello di assistere i Paesi terzi ad affrontare le esigenze di protezione e sviluppo dei migranti, dei rifugiati e dei richiedenti asilo, sostenendo gli sforzi delle comunità che li ospitano. Essi includono attività di *capacity building* a supporto dei governi nazionali, delle ONG e della società civile con *focus* specifico sui diritti umani, sulla protezione internazionale e

sull'erogazione di servizi per migranti vulnerabili e rifugiati e campagne di sensibilizzazione sui rischi legati alla migrazione irregolare. I Programmi prevedono una componente di sviluppo ed una di protezione. Quest'ultima è gestita da un Consorzio di Stati membri europei guidati dall'Italia.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Proroga dell'esclusione dei cittadini *extra*UE dall'autocertificazione

L'art. 3, co. 1 del *decreto-legge 30.12.2019, n. 162* (convertito con modificazioni dalla *l. 28.2.2020, n. 8*) proroga al 31 dicembre 2020 l'esclusione dei cittadini dei Paesi terzi dalle norme sull'autocertificazione.

Aggiornamento dei costi per i rimpatri degli stranieri irregolarmente soggiornanti assunti illegalmente

Il costo medio del rimpatrio di cui all'art. 3, co. 1, del decreto del Ministro dell'interno n. 151 del 2018, fissato per l'anno 2018 in euro 1.398,00, a decorrere dalla data di entrata in vigore del *decreto 31.12.2020 del Ministero dell'interno* (pubblicato in G.U. Serie Generale n. 54 del 3.3.2020) è determinato in aggiornamento, per l'anno 2020, in euro 1.971,00.

Si ricorda che l'art. 1, co. 2, del d.lgs. 16.7.2012, n. 109, rimette ad un decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, dell'economia e delle finanze e del lavoro e delle politiche sociali, la determinazione del costo medio del rimpatrio dei cittadini stranieri, sulla cui base commisurare la sanzione amministrativa accessoria di cui all'art. 22, co. 12-*ter*, del decreto legislativo 25.7.1998, n. 286. Si tratta dunque del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente dal datore di lavoro nel caso dei reati di impiego illegale previsti e puniti dall'art. 22, co. 12 e 12-*bis* d.lgs. n. 286/1998.

La chiusura delle frontiere interne ed esterne per motivi sanitari durante lo stato di emergenza di rilevanza nazionale a causa della pandemia da Coronavirus

Per effetto della chiusura delle frontiere fino al 2 giugno 2020 sono stati bloccati gli ingressi anche temporanei nel territorio dello Stato sia degli italiani nel mondo, sia dei cittadini UE, che anche per brevi ingressi per lavoro sono stati sempre e comunque sottoposti dai d.p.c.m. a regime di sorveglianza sanitaria e a misure quarantenarie, come hanno previsto gli artt. 5 e 6 *decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 26 aprile 2020*.

Ciò ha comportato la sospensione anche di tutti gli altri trasferimenti, incluse le esecuzioni di ogni provvedimento italiano ed europeo di trasferimento degli stranieri da e per altri Stati UE ritenuti competenti a esaminare le domande di protezione internazionale e gli accompagnamenti alla frontiera per effetto di provvedimenti di respingimento o di espulsione.

Proroghe e deroghe alle procedure amministrative e giudiziarie in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza durante lo stato di emergenza di rilevanza nazionale a seguito della pandemia da Coronavirus

La proclamazione dello stato di emergenza nazionale a seguito della pandemia da Coronavirus ha portato numerosi effetti nelle procedure amministrative e giudiziarie in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza.

1) La chiusura degli uffici pubblici a causa delle esigenze di distanziamento interpersonale per contenere la pandemia ha comportato l'esigenza di prevedere con i decreti-legge emergenziali il differimento dei termini previsti dalle norme vigenti per il rilascio, il rinnovo e la conversione di vari documenti necessari per l'ingresso. Così, *l'art. 103, co. 2-quater d.l. n. 18/2020* proroga al 31 agosto 2020: le autorizzazioni al soggiorno agli stranieri *extra*UE in possesso di titoli di soggiorno rilasciati da altri Stati UE (cui all'art. 5, co. 7 d.lgs. n. 286/1998); i titoli di viaggio per titolari di *status* di rifugiato o protezione sussidiaria (di cui all'art. 24 d.lgs. n. 251/2007); i nulla osta al lavoro stagionale, al ricongiungimento familiare e nei particolari lavori previsti negli artt. 27 ss. d. lgs. n. 286/1998.

2) Più in generale per le medesime ragioni *l'art. 103, co. 1, d.l. n. 18/2020, come convertito dalla l. n. 27/2020*, stabilisce che i procedimenti amministrativi (che riguardano, dunque, anche gli stranieri) pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data sono sospesi fino al 15 maggio 2020 (il precedente termine del 15 aprile 2020 è stato infatti esteso al mese successivo ai sensi dell'art. 37, d.l. n. 23/2020) e che rincominceranno a decorrere da detto giorno.

Pertanto, soltanto dal 16 maggio 2020 le questure inizieranno a esaminare i procedimenti concernenti le domande pendenti di rilascio, rinnovo o conversione dei permessi di soggiorno e delle carte di soggiorno e da tale data decorreranno nuovamente i termini per la presentazione delle domande di primo rilascio del permesso di soggiorno (che normalmente sarebbero di 8 giorni lavorativi dall'ingresso). Ciò potrebbe avere conseguenze rilevanti anche per l'esame e le decisioni sulle domande di protezione internazionale da parte delle competenti Commissioni territoriali, con innegabili conseguenze per l'effettivo accesso al diritto di asilo, che così pare altrettanto rinviato.

3) *l'art. 78, co. 3-sexies, d.l. n. 18/2020, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 27/2020* ha prorogato sino al 31 dicembre 2020 la validità dei soli permessi di soggiorno per lavoro stagionale, rilasciati ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 e in scadenza tra il 23 febbraio e il 31 maggio 2020, il che riguarda i soli permessi di soggiorno rilasciati in relazione al lavoro stagionale nei settori della agricoltura e della pesca, mentre ben difficilmente potrebbe riguardare il lavoro stagionale nelle attività turistiche che per ora sono sospese. Questa proroga consentirà di accedere ad altri lavori stagionali in agricoltura e potrebbe contenere l'irregolarità del soggiorno e lo sfruttamento dei lavoratori.

4) Sono stati prorogati anche la validità dei vari titoli di soggiorno e i termini per la presentazione delle domande di rilasci, rinnovo e conversione dei permessi di soggiorno.

Infatti in base *all'art. 103, co. 2-quater, d.l. n. 18/2020, introdotto con l. n. 27/2020*, tutti i permessi di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi conservano la loro validità fino al 31 agosto 2020.
Rispetto all'art. 103, co. 2, d.l. n. 18/2020 nella versione precedente alla sua conversione (il quale specificava che i permessi da ritenersi rinnovati sino al 15 giugno 2020 erano quelli scaduti o in scadenza tra il 31 gennaio 2020 ed il 15 aprile 2020), il testo convertito disciplina nello specifico i permessi di soggiorno con una nuova disposizione (il co. 2-*quater*) ma non indica la data entro cui i devono essere scaduti i permessi la cui validità viene *postergata ex lege*. Pertanto, la proroga al 31 agosto 2020 sembra riguardare tutti i permessi di soggiorno, a prescindere da quando siano scaduti, e dunque sia quelli scaduti prima del 31 gennaio 2020, sia quelli scaduti dal 16 aprile 2020.
L'art. 103, co. 2-*quinques* ribadisce che «Le disposizioni di cui al comma 2-*quater* si applicano anche ai permessi di soggiorno di cui agli articoli 22, 24, 26, 30, 39-*bis* e 39-*bis*.1 del decreto legislativo 25.7.1998, n. 286», cioè ai permessi di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, lavoro stagionale per settori altri da quello agricolo e della pesca, lavoro autonomo, motivi famigliari, studio e ricerca.
Pertanto, il rinnovo del permesso di soggiorno scaduto potrà essere richiesto a partire dal 1 settembre 2020. Trattandosi di proroga *ex lege*, gli stranieri *extra*UE possono lavorare o stipulare contratti di lavoro e dal 1 luglio rinnovare l'iscrizione al SSN.
Dal combinato disposto degli art. 103, co. 2-*quater* lett. a) e 2-*quinquies* risulta che sono prorogati fino al 31 agosto 2020 i termini per la presentazione delle domande di conversione di tutti i tipi di permessi di soggiorno.

La dichiarazione dei porti italiani come "non sicuri" durante la pandemia e le misure emergenziali per l'accoglienza e la sorveglianza sanitaria degli stranieri salvati e sbarcati
Con *decreto 7.4.2020 dei Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della salute e dell'interno* si stabilisce che «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19 i porti italiani non assicurano i requisiti necessari per la classificazione e definizione di Place of Safety ("luogo sicuro")». In assenza di questa condizione il Ministero dell'interno non può consentire lo sbarco. La norma riguarda «i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana». Le sole eccezioni dovrebbero essere soltanto le imbarcazioni soccorse dalla Marina italiana.
Il decreto menziona soltanto la nozione di "luogo sicuro" in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, e dunque esso non esclude né può escludere la possibilità di approdo nei porti italiani (e i conseguenti obblighi di accoglienza in capo allo Stato italiano) in virtù degli obblighi internazionali gravanti sull'Italia, tra cui in particolare gli artt. 2, 3, 5 CEDU e art. 4 prot. n. 4 addizionale alla CEDU. Del resto, il decreto non prevede alcun tipo di divieto

all'ingresso nelle acque territoriali italiane, né stabilisce alcuna sanzione nei confronti delle navi battenti bandiera straniera che abbiano eseguito salvataggi in mare al di fuori della "area SAR" italiana.

Questo decreto dà una qualificazione unilaterale alla situazione di tutti i porti italiani alla luce dello stato di emergenza nazionale in corso e per tutta la durata dello stesso, cioè fino alla fine di luglio 2020; tuttavia nel diritto internazionale la nozione di «porto sicuro» va applicata in modo flessibile nel tempo e nello spazio, secondo le circostanze del singolo caso concreto. Infatti la Convenzione di Amburgo del 1979 prevede obblighi di cooperazione in buona fede al fine di individuare un porto sicuro con tempestività rispetto alle concrete circostanze di fatto o tenendo conto di eventuali situazioni di distress in cui si trova l'imbarcazione, delle condizioni meteomarine e della condizione personale dei naufraghi. Occorre insomma sempre verificare se il luogo più prossimo allo sbarco dei naufraghi sia quello che consente di garantire effettivamente la tutela sostanziale e formale dei diritti delle persone.

Tuttavia subito dopo il primo decreto ne è stato emesso un secondo (*decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 187 del 12 aprile 2020*) che esclude alcun respingimento illegittimo dei salvati in mare; predispone procedure speciali per consentire al Ministero dell'interno, anche con l'aiuto della Croce rossa, di non far gravare l'accoglienza dei nuovi venuti sui sistemi socio-sanitari delle Regioni di approdo, già messi a durissima prova dalla pandemia; dispone misure di sorveglianza sanitaria e quarantena per gli stranieri salvati. Ciò pare costituire un equilibrio ragionevole capace di conciliare le inderogabili esigenze della tutela della salute di tutti (stranieri, militari e operatori delle forze di polizia inclusi) con quelle, altrettanto inderogabili, della tutela dei diritti alla incolumità fisica individuale, a non subire trattamenti inumani e degradanti (diritto riconosciuto come espressamente inderogabile anche in situazione emergenziale in base all'art. 15 CEDU) e di accedere al territorio italiano per fruire del diritto di asilo garantito dall'art. 10, co. 3 Cost., dei quali è titolare ogni straniero salvato in mare in ottemperanza agli obblighi internazionali.

Preoccupano tuttavia le forme di attuazione: allorché sia imposta la sorveglianza sanitaria sulle navi anziché in Centri di accoglienza il dubbio è che si configurino come misure restrittive della libertà personale, il che richiederebbe almeno una convalida giurisdizionale.

L'allargamento ai richiedenti asilo dei posti dei Centri afferenti al SIPROIMI

L'*art. 86-bis, co. 1, d.l. n. 18/2020, come convertito dalla legge n. 27/2020*, stabilisce che gli enti locali titolari dei progetti SIPROMI che erano in scadenza al 31 dicembre 2019 e sono già stati prorogati fino al 30 giugno 2020, nonché quelli in scadenza il 30 giugno 2020 che hanno presentato domanda di proroga sono autorizzati alla prosecuzione dei progetti in essere fino al 31 dicembre 2020.

L'art. 86-*bis*, co. 2, stabilisce che possono rimanere nei progetti SIPROIMI, nei Centri governativi di prima accoglienza e nei CAS fino al 31 luglio 2020 i titolari di protezione internazionale ed umanitaria, i richiedenti asilo ed i minori stranieri non accompagnati anche

dopo il compimento del diciottesimo anno di età, per i quali sono venute meno le condizioni di permanenza nelle medesime strutture previste dalle disposizioni vigenti.
Non sono pertanto ammesse revoche o cessazioni delle misure d'accoglienza fino al 31 luglio 2020, anche se le persone che ne usufruiscono hanno perso i requisiti per la permanenza nelle strutture.
L'art. 86-*bis*, co. 3, stabilisce che in caso di disponibilità di posti nelle strutture di accoglienza afferenti al SIPROMI possono essere accolti fino al 31 luglio 2020 anche i titolari di protezione umanitaria ed i richiedenti la protezione internazionale che si trovano sottoposti alla misura di quarantena precauzionale per aver avuto contatti stretti con casi confermati di COVID-19 o per essere entrati nel territorio dello Stato dall'estero ed essere sottoposti al divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per essere risultati positivi al virus. La medesima misura è stata poi prorogata fino al 31 gennaio 2021 dall'art. 16 d.l. n. 34/2020, il che, come si spiegherà più oltre a proposito della emersione dei rapporti di lavoro irregolari, pare una implicita smentita pratica del nuovo sistema di accoglienza distinto tra titolari di protezione e richiedenti asilo che era stato invece introdotto dal d.l. n. 113/2018 abrogando il previgente SPRAR.
Infine l'art. 86-*bis* co. 3 stabilisce che in caso di disponibilità di posti nelle strutture di accoglienza afferenti al SIPROIMI possono essere accolte fino al 31 luglio 2020 anche persone in stato di necessità, senza peraltro indicare che si deve trattare di stranieri, il che consentirebbe l'accesso anche a persone italiane in strutture ideate e finanziate per l'accoglienza di asilanti stranieri.
L'occasione dello stato di emergenza avrebbe potuto essere utile a ripensare tutta la configurazione del sistema di accoglienza, sui quali da tempo vi sono dubbi di legittimità costituzionale ed europea e invece pare che abbia prodotto soltanto misure di profilassi interne ai Centri per prevenire il contagio tra gli ospiti e con gli operatori e forse inadeguate per Centri molto affollati, il che ha perciò richiesto soprattutto molti spostamenti degli ospiti da un Centro all'altro.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Aspetti operativi delle procedure accelerate di esame delle domande di protezione internazionale

Con la *circolare n. 2464 del 13.1.2020 della Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno* si dà seguito alle circolari prot. n. 150380 e 0138656, rispettivamente del 20.11.2019 e del 18.10.2019, nell'esame procedurale e sostanziale delle nuove norme indicate in oggetto, relative alle procedure accelerate, si coglie l'occasione per un'analisi congiunta degli istituti

maggiormente rilevanti nella quotidianità operativa degli Uffici di Polizia (uffici di polizia di frontiera e questure), qualificati come autorità competenti a ricevere la domanda (ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 25/2008), e titolari di un obbligo informativo (ai sensi degli artt. 10, 10-*bis* e 26 del d.lgs. n. 25/2008).
Nell'analizzare il sistema connesso alle decisioni di rigetto di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 25/2008, si evidenzia, anche in relazione alle nuove procedure accelerate, il regime sancito dall'art. 28-*ter* del d.lgs. n. 25/2008 (domanda manifestamente infondata), nonché le conseguenze sull'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati (decisioni di rigetto, provvedimenti di inammissibilità etc).
Si riflette anche sul regime di impugnazione di tali provvedimenti *ex* art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25/2008 e sulla conseguente decorrenza dell'obbligo per lo straniero di lasciare il territorio nazionale a seguito degli eventuali dinieghi, su cui si basano i successivi provvedimenti finalizzati al rimpatrio (espulsione, partenza volontaria, trattenimento *ex* art. 13 e 14 TUI, etc,).

1. Circa l'*autorità competenti a ricevere la domanda di protezione internazionale* si ricorda che in base al combinato disposto degli artt. 3 e 26 d.lgs. n. 25/2008 l'ufficio di polizia di frontiera e la questura sono competenti a ricevere la domanda.
2. Circa la *titolarità dell'obbligo informativo* si ricorda che l'art. 10 d.lgs. n. 25/2008 prevede che all'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informi il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tal fine, consegna al richiedente l'opuscolo informativo di cui al comma 2 (opuscolo appena riformato dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo). Viene altresì disposto che il medesimo ufficio informi il richiedente che, laddove proveniente da un Paese di origine considerato sicuro ai sensi dell'art. 2-*bis*, la domanda potrà essere rigettata *ex* art. 9, co. 2-*bis*.

L'articolo prosegue incaricando la Commissione nazionale per il diritto di asilo di redigere un opuscolo informativo che illustri: 1) le fasi della procedura per il riconoscimento, comprese le conseguenze dell'allontanamento ingiustificato dai Centri; 2) i principali diritti e doveri del richiedente durante la sua permanenza in Italia; 3) le prestazioni sanitarie e di accoglienza e le modalità per riceverle; 4) l'indirizzo ed il recapito telefonico dell'UNHCR e delle principali organizzazioni di tutela dei richiedenti protezione internazionale e 4) l'elenco dei Paesi designati di origine sicuri.
Tale ultimo obbligo informativo si aggiunge alla compiuta informazione che gli stranieri debbono ricevere in relazione agli obblighi derivanti dai regolamenti (UE) n. 603/2013 (Eurodac) e n. 604/2013 (Dublino III).

Si ricorda così che l'art. 29 del regolamento (UE) n. 603/2013 che istituisce la Banca Dati «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali e la conseguente efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013, stabilisce che lo Stato membro deve provvedere ad informare gli stranieri richiedenti protezione internazionale, gli stranieri che siano fermati nell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera e gli stranieri sorpresi in posizione irregolare all'interno del territorio nazionale di tutti i loro diritti in relazione all'attività di rilevamento delle impronte ed al trattamento dei dati.

Occorre, pertanto, fornire agli stranieri un'organica informazione in merito alle varie situazioni in cui essi possano trovarsi:

1) sull'attività di rilevamento delle impronte;

2) sul diritto di richiedere protezione internazionale;

3) sull'elenco dei Paesi sicuri, rendendo edotto chi risulti proveniente da tali Paesi che, in assenza di prove che attestino una situazione soggettiva particolare, fondata su gravi motivi di natura personale, che integri un profilo di rischio individuale, la sua domanda potrà essere rigettata per manifesta infondatezza. A tale ultimo fine, si fa riferimento al modulo informativo trasmesso con la circolare n. 150380 del 20.11.2019.

Per quanto riguarda l'informazione di cui al punto 1 e 2, si comunica che è in corso di stampa in italiano e in altre 11 lingue (inglese, francese, arabo, spagnolo, amarico, bengalese, curdo-kurmanji, farsi, somalo, tigrino e urdu) il manuale informativo di cui all'art. 10, co. 2 del d.lgs. n. 25/2008, nonché dell'art. 15 del d.p.r. n. 21/2015, predisposto dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo con la collaborazione dell'UNHCR. Nelle more della sua distribuzione si allegano i PDF della versione in italiano, arabo, inglese, francese, spagnolo e farsi. Tale opuscolo, insieme, eventualmente, agli allegati da X a XIII del regolamento di attuazione n. 118/2014 (Scaricabili nelle diverse lingue al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32014RO118), in relazione alla loro categoria di appartenenza, si ritiene che debba essere consegnato agli interessati per la completa informazione, all'atto del rilevamento delle impronte digitali, nel rispetto delle statuizioni regolamentari unionali, direttamente applicabili in ambito nazionale. Si allega a tal fine un'informativa aggiornata relativa ai regolamenti (UE) n. 603/2013 e n. 604/2013 da far sottoscrivere agli stranieri.

Si prescrive di verificare sempre che tali informative, che rivestono particolare rilevanza (in quanto previste non solo dalla normativa nazionale citata, ma da norme regolamentari europee direttamente applicabili) siano portate a conoscenza dei destinatari in modo semplice e comprensibile e che gli stessi abbiano effettivamente compreso la procedura di tutela del diritto di asilo, la finalità della rilevazione delle impronte digitali e i diritti loro spettanti, anche con il supporto dei mediatori culturali e linguistici. Una particolare attenzione andrà rivolta nei confronti dei minori stranieri non accompagnati (consegnando a tutti i minori l'allegato XI al regolamento di attuazione n. 118/2014), coinvolgendo i tutori, qualora già nominati dal Tribunale dei minorenni competente.

A tale scopo è stato previsto un modulo ricognitivo unico delle attività e delle informazioni fornite da far sottoscrivere agli stranieri nelle differenti situazioni.
Rimangono vigenti le disposizioni impartite dalle precedenti circolari in materia di identificazione e rimpatrio sostituendo i moduli in allegato 2 e 3 a quelli della circolare n. 300/C/2003/85/P/10.2.3 del 14 gennaio 2003, che disciplina gli aspetti applicativi del regolamento «Eurodac», ed il modulo di cui all'allegato 2 della circolare n. 30918 del 17 settembre 2015 sulle attività da espletare presso i luoghi di sbarco.
III. Circa *l'immediata esecutività dei provvedimenti di rigetto* si ricorda che l'art. 32, co. 4, del d.lgs. n. 25/2008 contempla l'obbligo per il richiedente asilo di lasciare il territorio nazionale a decorrere dalla scadenza del termine per l'impugnazione, nelle seguenti ipotesi:
1) in caso di rigetto della domanda, qualora non sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale fissati dal decreto legislativo 19.11.2007, n. 251, o ricorra una delle cause di cessazione o esclusione dalla protezione internazionale previste dal medesimo decreto legislativo;
2) in caso di rigetto della domanda per manifesta infondatezza;
3) in caso di inammissibilità della domanda.
Il ricorso è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero, e può essere depositato anche a mezzo del servizio postale ovvero per il tramite di una Rappresentanza diplomatica o consolare italiana secondo le modalità previste dal comma 2 dell'art. 35-*bis*.
Tali termini sono dimezzati:
1) nei casi di manifesta infondatezza della domanda *ex* art. 28-*ter* del d.lgs. n. 25/2008;
2) qualora nei confronti del ricorrente sia stato adottato un provvedimento di trattenimento ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015.
In tali casi il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale deve intendersi, quindi, validamente adottato solo allorquando siano spirati detti termini senza che il soggetto abbia presentato ricorso.
Con il deposito del ricorso la sospensiva dell'atto impugnato è automatica a meno che non ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 35-*bis*, co. 3, del d.lgs. n. 25/2008, ossia:
1) qualora lo straniero sia trattenuto in un CPR o nei Centri di cui all'art. 10-*ter* del TUI;
2) in caso di provvedimento di inammissibilità della domanda adottato ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 25/2008;
3) in caso di manifesta infondatezza della domanda *ex* art. 28-*ter* del d.lgs. n. 25/2008;
4) se la domanda è presentata dopo che il richiedente sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli alla frontiera, ovvero in condizioni di soggiorno illegale, al solo scopo di impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento.
In tali ultimi casi, pertanto, la proposizione del ricorso non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento, ma vi è sempre la possibilità per il ricorrente di richiedere un provvedimento

giudiziale di sospensione che andrà deciso secondo la procedura e la tempistica di cui all'art. 35-*bis*, co. 4, del d.lgs. n. 25/2008.

In merito a tale ultima tempistica, si ritiene che, decorsi i termini previsti dal comma 4 dell'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 senza che sia intervenuta la decisione del giudice, possano legittimamente essere adottati i provvedimenti di allontanamento dalle autorità competenti, stante l'assoggettamento degli stessi alle procedure ed alle tutele ordinarie previste per tali provvedimenti dalla normativa vigente, compresa la tutela cautelare di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 150/2011, riguardante le «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18.6.2009, n. 69» che, all'art. l8, disciplina i procedimenti «delle controversie in materia di espulsione di cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea».

La nota 14 della circolare ricorda che in base alla normativa vigente il decreto prefettizio è immediatamente esecutivo, tuttavia l'art. 5 del d.lgs. n. 150/2011 ammette la possibilità di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, «... in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile ...». In tale materia il legislatore nazionale ha sostituito il regime processuale preesistente, mutuato dal modello camerale regolato dagli artt. 737 e ss. del codice di procedura civile con la riconduzione al rito sommario di cognizione che è stata effettuata «in virtù dei caratteri di semplificazione della trattazione e dell'istruzione della causa» e dal «sicuro incremento di garanzie difensive rispetto alla disciplina previgente ...» (dalla relazione tecnica della riforma del 2011).

Inoltre, si precisa che nei casi previsti dall'art. 35-*bis*, co. 5 (inammissibilità per domanda reiterata e domanda presentata da soggetti sottoposti a procedimenti penali per gravi reati) e in caso di domanda reiterata ai sensi dell'art. 29-*bis* (presentata durante l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento) la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento di diniego. Tali ultime ipotesi costituiscono, infatti, deroghe al diritto del richiedente protezione internazionale a permanere sul territorio dello Stato membro durante la valutazione della sua istanza.

In relazione a tale ultima problematica si ritiene di precisare che il legislatore nazionale, introducendo un nuovo articolo 29-*bis* nel decreto legislativo n. 25/2008, ha previsto che la domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale si deve presumere presentata allo scopo di impedire l'esecuzione di tale provvedimento e pertanto non deve essere esaminata, conformemente alla previsione unionale dell'art. 41 della direttiva 2013/32/UE.

Successivamente, la legge di conversione del decreto-legge, n. 132/2018, ha emendato le definizioni previste dall'articolo 2 del decreto legislativo 28.1.2008, n. 25, col fine di definire, anche nell'ordinamento interno, il concetto di «domanda reiterata», presente alla lettera g) dell'art. 2 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, e mai recepito espressamente. La legge di conversione ha, quindi, a sua volta, definito il concetto di «domanda reiterata» contenuta nel decreto legge n. 113/2018, chiarendo il

perimetro di operatività anche del caso, rilevante per la quotidianità operativa delle questure, in cui la domanda viene considerata inammissibile e non si procede all'esame della stessa.
Più precisamente, nell'ipotesi in cui lo straniero presenti una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'allontanamento imminente dal territorio nazionale (nuovo art. 29-*bis* del d.lgs. n. 25/2008), il legislatore ha ritenuto far operare una presunzione legale di inammissibilità, diretta a contrastare il ricorso strumentale alla domanda di protezione ed impedire l'interruzione del procedimento espulsivo. In virtù del nuovo dettato normativo, una «domanda reiterata», quindi, presentata o manifestata, durante il procedimento espulsivo deve considerarsi "inammissibile", in quanto avanzata al solo fine di impedire o ritardare l'esecuzione dell'espulsione, indipendentemente dagli elementi rappresentati dall'interessato. In tale ambito, non v'è un meccanismo di emissione di un provvedimento né di carattere dichiarativo né costitutivo a carico delle questure.
Si è specificato invece che, in aderenza al dettato unionale, la norma era stata costruita prevedendo un meccanismo di operatività *ex lege* dell'inammissibilità di cui gli organi di polizia dovevano dare solo comunicazione all'interessato. La richiamata presunzione legale, infatti, è stata intesa come automaticamente operativa con la sussistenza di due condizioni, una oggettiva (che sia una domanda presentata o manifestata dopo una decisione definitiva su una domanda precedente), l'altra temporale (che sia presentata dopo che sia iniziato il procedimento espulsivo).
Nella nota 17 della circolare si ricorda che per conseguenza, nelle indicazioni operative diramate agli uffici territoriali con la nota n. 400/A/2019/12.214.18.2, prot, n. 10380, datata 18.1.2019 (pp. 10-11), è stato chiarito che, ai fini dell'applicazione della norma, il provvedimento di allontanamento doveva ritenersi immediatamente esecutivo dal momento della sua adozione. In tale ottica si è ritenuto che potessero integrare tale condizione temporale tutte le differenti fasi e modalità secondo cui è previsto possa articolarsi l'esecuzione del provvedimento di espulsione (accompagnamento coattivo, trattenimento e misure alternative, partenza volontaria ed anche, quindi, l'esecuzione dell'intimazione dell'ordine).
Sul punto si chiarisce che il modello informativo consegnato dalle questure allo straniero al fine di renderlo edotto dell'operare dell'inammissibilità *ex lege* non è una «dichiarazione di inammissibilità», che, come noto, afferisce ad un'attività provvedimentale della pubblica amministrazione. La natura di «atto informativo» è stata già chiarita dalla medesima Direzione centrale nelle istruzioni operative inviate alle questure e appare confermata da recente giurisprudenza che attribuisce allo stesso un carattere interlocutorio (si citano in proposito la decisione del Tribunale di Caltanissetta, sezione specializzata in materia di immigrazione e protezione internazionale n. cron. 1372/2019 del 25.6.2019, RG n. 623/2019 e sent. Tar Friuli Venezia Giulia del 15.11.2013 n. 594).
Diversa è la questione se, come richiesto dall'art. 2, co. 1, secondo capoverso, della legge n. 241 del 90, in tutti i casi di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda vi sia comunque l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di adottare un

provvedimento espresso, anche se semplificato. In tal caso appare evidente che tale tipo di attività provvedimentale sia svolta dall'autorità competente a trattare le richieste di protezione internazionale, ovvero le Commissioni territoriali a cui il modulo di informazione all'interessato viene trasmesso attraverso il sistema Vestanet.
In ogni caso si afferma che sia pacifico che in tali casi l'esecuzione del rimpatrio non si debba arrestare, atteso che lo straniero non ha comunque diritto a permanere sul territorio nazionale, ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. d) del d.lgs. n. 25/2008.

La rimodulazione delle condizioni di appalto per i Centri di accoglienza
La *circolare 4.2.2020 del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno* riferisce il parere dell'Autorità nazionale anticorruzione concernente alcuni aspetti del nuovo schema di capitolato di appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento dei Centri di prima accoglienza previsti dal d.l. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563, dagli artt. 9 e 11 del d.lgs. 18.8.2015, n. 142, nonché dei Centri di cui agli artt. 10-*ter* e 14 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 e successive modifiche e integrazioni, con cui si deciso di ritoccare alcuni criteri tecnici per l'attribuzione di risorse al sistema di prima accoglienza per richiedenti asilo (CAS).
Non si modifica il Capitolato adottato nel 2019, che ha ridotto da 35 a 19-26 euro il rimborso per ogni migrante ospitato nelle strutture di accoglienza, ma di una rimodulazione entro i margini dallo stesso consentiti, per migliorare la risposta del mercato nelle successive gare da bandire.
La circolare consente ai prefetti, nel caso di mancate presentazioni di offerte ad una gara, di ricorrere alla procedura negoziata senza bando. Le prefetture, così, «possono individuare alcuni operatori economici da consultare, selezionando l'offerta migliore» e se si verifica che un prezzo d'asta è sottostimato possono variare le singole voci che compongono il costo medio.
Si consente anche al migrante di accedere ad un servizio di assistenza sanitaria complementare da porre a carico dell'appaltatore, che può essere rimborsato a parte rispetto al prezzo *pro capite* al giorno posti a base di gara ed i costi possono crescere anche per la necessità di aumentare il personale di vigilanza nei Centri a seguito di danneggiamenti.
L'aumento può essere previsto anche per adeguare la cifra relativa all'affitto degli immobili.

Interventi di prevenzione della diffusione del virus COVID-19 nell'ambito del sistema di accoglienza
Varie circolari hanno prescritto misure per prevenire le diffusione del virus COVID-19 nel sistema di accoglienza per gli asilanti.
Anzitutto con *circolare prot. 0005587 del 5.3.2020 del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo* si prescrive agli enti gestori dei Centri di assicurare l'adozione di tutte le iniziative necessarie all'applicazione delle prescrizioni di carattere igienico-sanitario, spiegandole agli

stranieri anche con l'ausilio dei mediatori linguistico-culturali e di mettere a disposizione degli ospiti materiali igienizzanti.

Poi con la *circolare del 18.3.2020 del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno* si approfondiscono alcuni aspetti concernenti anche le responsabilità degli enti gestori dei Centri di accoglienza.

1) Si ricorda la necessità che gli spostamenti dai Centri, se lo straniero non è sottoposto a più stringente sorveglianza sanitaria o isolamento fiduciario o di permanenza domiciliare, siano effettuati soltanto per stringenti e comprovate esigenze primarie non rinviabili.

2) A causa dell'emergenza sanitaria si consente di restare nei Centri anche a coloro che non ne avevano più diritto.

3) si raccomanda di individuare appositi spazi nei Centri in cui fare permanere eventuali ospiti contagiati.

4) si prescrive di assicurare le distanze interpersonale tra gli ospiti anche nell'erogazione dei pasti e negli spostamenti dentro ogni Centro e di evitare ogni assembramento e a tal fine si garantisce ai prefetti il decongestionamento dei Centri più affollati mediante eventuale redistribuzione presso altri Centri.

5) si prescrive agli enti gestori di dare precise informazioni agli ospiti stranieri circa le prescrizioni sanitarie anche mediante l'apposito opuscolo predisposto dall'OIM.

6) si consente agli enti gestori l'acquisto di dispositivi individuali di protezione da fornire agli ospiti, le cui spese sono rendicontate separatamente.

Con *circolare del 1.4.2020 del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno* si sottolinea la necessità di assicurare nelle strutture di accoglienza il rigoroso rispetto delle misure di contenimento della diffusione del virus previste a livello nazionale, onde evitare l'esposizione ai rischi di contagio per i migranti accolti e per gli operatori, nonché di generare situazioni di allarme sociale dovute al mancato rispetto, da parte dei primi, dell'obbligo di rimanere all'interno delle rispettive strutture.

Se è ribadita anche la necessità di accertare che i medesimi non presentino patologie infettive ed in particolare sintomi riconducibili al virus COVID-19 e perciò si prescrive che essi siano sottoposti prioritariamente al previsto *screening* da parte delle competenti autorità sanitarie, e successivamente siano applicate le misure di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni.

Solo al termine di tale periodo e sempre che non siano emersi casi di positività al virus, i migranti potranno, ove ritenuto necessario, essere trasferiti in altra struttura di accoglienza, previo rilascio di idonea certificazione sanitaria.

Per gli stranieri in accoglienza, si ricorda che gli enti gestori, con l'ausilio dei mediatori culturali, devono impartire ampia ed aggiornata informativa sui rischi della diffusione del virus, sulle prescrizioni anche igienico-sanitarie da adottare, sul distanziamento all'interno dei Centri, sulle vigenti rigorose limitazioni degli spostamenti e, nei casi in cui siano in atto le più

stringenti misure previste per i casi di isolamento fiduciario o di quarantena, sull'esigenza del loro assoluto rispetto.

Validi ausili informativi sono stati predisposti dall'Organizzazione Internazionale Migranti (OIM) sulla pagina https://italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/LeafletlOMCovid_19.pdf e dall'UNHCR alla pagina https://coronavirus.jumamap.corn/it_it/, che fornisce informazioni anche per i più ampi aspetti giuridici di interesse per i richiedenti asilo.

Sempre in considerazione della preminente esigenza di impedire gli spostamenti sul territorio, e sino al termine delle misure connesse all'emergenza in atto, dovrà essere garantita e monitorata la prosecuzione dell'accoglienza anche a favore di coloro che non hanno più titolo a permanere nei Centri.

Si richiama altresì l'attenzione sulla necessità di individuare spazi all'interno dei Centri, o strutture apposite, da destinare, in caso di necessità, all'applicazione delle misure della sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o permanenza domiciliare, anche ricorrendo al potere di requisizione, previsto dall'art. 6, co. 7 e 8, del decreto-legge n. 18 del 17.3.2020.

Si ribadisce, inoltre, la necessità di assicurare che nell'ambito dei Centri vengano adottate le necessarie misure di carattere igienico-sanitario e di prevenzione, nonché evitate forme di particolare concentrazione di ospiti.

Espulsioni

Interventi di prevenzione della diffusione del virus COVID-19 nell'ambito dei Centri di permanenza per il rimpatrio

Varie circolari hanno dato istruzioni per regolare la vita all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio durante lo stato di emergenza nazionale causato dalla pandemia del Coronavirus.

Anzitutto con la *circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo - prot. 0005897 del 10.3.2020* si prescrive una distanza di almeno due metri col trattenuto durante le visite esterne.

Poi la *circolare 26.3.2020 del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno* evidenzia l'importanza di effettuare nei confronti delle persone trattenute nei Centri di permanenza per il rimpatrio un costante monitoraggio delle condizioni di salute di ciascuno per individuare tempestivamente eventuali sintomatologie da COVID-19 e, nei casi sospetti, interessare le competenti autorità sanitarie per gli accertamenti del caso.

È altresì necessario assicurare ai trattenuti una idonea dotazione di materiale per la cura dell'igiene ed impartita un'attenta informazione sugli accorgimenti da adottare per prevenire il contagio del virus, garantendo la massima cura dei servizi di pulizia di tutti gli ambienti, sia di alloggio che di servizio.

Nell'eventualità di nuovi ingressi, si rileva l'importanza di verificare se, come previsto dal vigente regolamento unico recante criteri per l'organizzazione dei CPR, è stata effettuata la

visita medica preliminare e se è stata esclusa la sussistenza di sintomatologie da COVID-19. In ogni caso, compatibilmente con le attuali disponibilità di posti, è opportuno collocare i soggetti in alloggi separati per un periodo di almeno 14 giorni;
tutti i colloqui con soggetti esterni dovranno avvenire mantenendo una distanza di almeno 2 metri e, ove possibile, prima dell'ingresso i visitatori dovranno essere sottoposti al rilevamento della temperatura corporea.
Nei casi di accertata necessità ai prefetti si consente di disporre che, fermo restando il divieto di detenere negli alloggi i telefoni cellulari, le persone trattenute possano mantenere contatti telefonici con i congiunti che, in relazione ai vigenti divieti di circolazione, non possono raggiungere la struttura di trattenimento.
Ai maggiori oneri dovuti all'incremento dell'erogazione dei servizi di accoglienza si potrà provvedere con la stipula di appositi atti aggiuntivi alle convenzioni attualmente in corso.
Ai prefetti si raccomanda di adottare ogni ulteriore misura ritenuta utile, anche in raccordo con le Autorità sanitarie territoriali, al fine di rafforzare le misure di prevenzione all'interno dei Centri.

Soggiorno

Chiusura temporanea degli uffici immigrazione delle questure a causa dell'emergenza CPOVID-19

Con *circolare n. 20359 del 9.3.2020 della Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno* è stata disposta la chiusura temporanea al pubblico di tutti gli Uffici immigrazione delle questure a seguito delle misure di distanziamento sociale imposte a seguito dello stato di emergenza per la pandemia da Coronavirus e dalle connesse proroghe di validità dei titoli di soggiorno in scadenza.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Asgi, *Emergenza Covid-19. L'impatto sui diritti dei cittadini stranieri e le misure di tutela necessarie. Una prima ricognizione*, in www.asgi.it., 23 marzo 2020.

Asgi, *Emergenza Covid-19 e percorsi dei minori non accompagnati dopo i 18 anni*, in www.asgi.it, 31 marzo 2020.

Bilotta F., Zilli A., *Codice di diritto antidiscriminatorio*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020.

Biondi Dal Monte F., *Cittadini, stranieri e solidarietà alimentare al tempo del* coronavirus, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confini*, 21 maggio 2020.

Borelli S., *Pushing Back Against Push-backs: A Right of Entry for Asylum Seekers Unlawfully Prevented from Reaching Italian Territory*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2020, n. 1.

Caliguri A., *Genocidio coloniale e responsabilità dello Stato*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2019, n. 3.

Carbajo Gonzales J., *La regolamentazione delle unioni non matrimoniali in Spagna*, in *Familia*, 2019, n. 6.

Cardamone D., *La famiglia nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: strumenti di tutela e linee evolutive*, in *Familia*, 2020, n. 1.

Chianale A., *La Cassazione inciampa sulla forma degli atti autentici stranieri*. Nota a Cass, 15.5.2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, n. 6.

Corsi C., *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi* in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confini*, 5 maggio 2020.

Costantini A., *Il saluto romano nel quadro dei crimini di odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, nota a Cass. Pen., Sez. I, n. 21409 del 16.05.2019, in *Dir. pen. proc.,* 2020, n. 2.

Crippa M., *La Camera preliminare rigetta l'istanza di inammissibilità del caso Al Hassan nell'ambito delle indagini sui crimini contro l'umanità e crimini di guerra in Mali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 4.

Di Caro P., Sacchi A., *Regolarizzare il lavoro nero fa bene al fisco*, in www.lavoce.info, 21.05.2020.

Ferrajoli L., *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in www.questionegiustizia.it, sez. *Diritti senza confini*, 22 marzo 2019.

Ferrara C., *Il nuovo delitto di tortura: la Cassazione amplia l'ambito applicativo della fattispecie? Un commento alla sentenza 8 luglio 2019 n. 47079*, in www.giustiziainsieme.it, 14.02.2020.

Ferri F., *La riforma del codice comunitario dei visti: uno strumento al servizio del processo di esternalizzazione delle frontiere?*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 353.

Grattarola G., *Diritto al ricongiungimento familiare e nozione di situazione puramente interna nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2020, n. 1.

Innocenti P., *Migrazioni: i "trattenimenti" degli stranieri "irregolari" sul territorio nazionale e l'annosa questione dei Centri di permanenza per il rimpatrio*, in *Riv. pen.*, 2020, n. 3.

Jones R., a cura di, *Open Borders: in Defence of Free Movement*, Athens Georgia, University of Georgia Press, 2019.

Liguori A., *Violazioni conseguenti all'attuazione della Dichiarazione UE-Turchia e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli* hotspots *greci: la sentenza Kaak*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2020, n. 1.

Luporini R., *Liability for Crimes Against Humanity in the Offshore Detention of Asylum Seekers: Some Thoughts Regarding the So-called 'Australian Model'of Refugee Policy*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2019, n. 3.

Marchegiani M., *Clausole di esclusione del riconoscimento dello* status *di rifugiato, principio di non refoulement ed incidenza delle pronunce di un tribunale penale internazionale in una recente sentenza del Consiglio di Stato francese*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2019, n. 3.

Morozzo della Rocca P., *L'ingresso del genitore per ricongiungimento al figlio minore*, in *Immigrazione.it*, 2020, n. 358.

Morozzo della Rocca P., *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020.

Muscolino L., *Riconoscimento dello* status *di rifugiato: centralità del giudizio di credibilità delle dichiarazioni del richiedente nell'ordinanza n. 6926 dell'11 marzo 2020 della Cassazione civile*, in Immigrazione.it, 2020, n. 357.

Morselli C., *Talassomachia: processo agli strateghi ateniesi per non aver raccolto i naufraghi nella battaglia delle isole di Arginuse e, all'opposto, quello al comandante della Sea Watch 3 arrestato per il salvataggio e lo sbarco nell'isola di Lampedusa*, in *Giust. pen., 2020, n. 1.*

Omizzolo M., *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, Feltrinelli, 2020.

Pinelli C., *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/20. Dubbi di costituzionalità*, in www.giustiziainsieme.it, 05.05.2020.

Proietti M., Maddaloni R., *Legittima la delibera regionale che vieta il burqua in strutture pubbliche*, in *Il Merito*, 2020, n. 4.

Pugliese V., *Il reato di discriminazione razziale. Evoluzione di una fattispecie*, in *Giust. pen.*, 2019, n. 8-9.

Perroni G., *I limiti dei poteri di polizia delle autorità italiane sulle navi straniere in acque non internazionali.* Nota a Cass. Sez. IV, n. 13596 del 28.3.2019, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3.

Pugliese V., *Sicurezza bis, decreto legge 14 giugno 2019 n. 53, convertito in l. n. 77/2019: "Dal carcere si esce, dal fondo del mare no", continuità di politica legislativa*, in *Giust.pen.*, 2019, n. 11.

Ramuschi M., *Sul matrimonio celebrato all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero del medesimo sesso*, nota a Cass, civ., sez. I, n. 11696 del 14.5.2018, in *Familia*, 2019, n. 4.

Redazione Progetto Melting Pot Europa, *Scheda pratica sulla "Sanatoria 2020"(Emersione di rapporti di lavoro)*, in www.meltingpot.org.

Roman E., *Pandemia e rimpatri: ripensare la detenzione amministrativa dei migranti durante e dopo il COVID-19*, in www.fieri.it, 26 aprile 2020.

Sesia M., *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, nota a Corte Cost., n. 237 del 15.11.2019, in *Fam. dir.*, 2020, n. 4.

Spena A., *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 4.

Vitale A., Hate Speech *e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono odio*, in *Giust. pen.,* 2020, n. 2.

Zaniboni E., *Money for Nothing, Push-back 'for Free': On the (Missed) Implementation of the CEAS and the New Italian Agenda for Asylum Seekers Reception*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2019, n. 2.

Rapporti, riviste e siti internet

Camera dei Deputati, Servizio Studi, *Emergenza COVID-19: le misure in materia di immigrazione*, 30 aprile 2020.

Camera dei Deputati, Servizio Studi, *I minori stranieri non accompagnati*, 19 marzo 2020.

CREA (Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agricola), *Migrazioni, agricoltura e ruralità. Politiche e percorsi per lo sviluppo dei territori*, https://www.crea.gov.it/-/migrazioni-agricoltura-e-ruralit%C3%80, giugno 2020.

Consiglio nazionale forense e Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, ACNUR, *Protocollo di intesa*, 13 dicembre 2019.

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Immigration. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights / Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Aggiornata al 30 aprile 2020.

European Court of Human Rights, Research and Library Division, *Articles 2,3, 8 and 13. The concept of a "safe third country" in the case-law of the Court*. February 2018.

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Rapporti annuali sulle comunità migranti in Italia - anno 2019*, https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/Pagine/Studi-e-statistiche.aspx, maggio 2020.

Openpolis, Actionaid, *La sicurezza dell'esclusione. Centri d'Italia dicembre 2019*, Parte Terza, https://www.openpolis.it/wp-content/uploads/2020/02/CentridItalia_2019_PARTE_3.pdf, febbraio 2020.

SPRAR/SIPROIMI, *Rapporto annuale 2018. Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati,* 20 novembre 2019.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2020

RECENSIONE A:

Paolo Morozzo della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, pp. 220.

di Anna Cattaruzzi

Chiunque si occupi di diritto dell'immigrazione sa bene quale sia il livello di specialità che caratterizza l'intero corpo normativo che disciplina il vasto fenomeno dell'immigrazione e come esso si traduca in ripetute limitazioni all'applicazione dei principi generali propri dell'ordinamento interno.

Tali limitazioni costringono l'interprete ad un continua attività di analisi della fonte normativa speciale per valutare se essa sia il risultato coerente di un corretto bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco e, in particolare, tra gli interessi del singolo soggetto immigrato e l'interesse dello Stato al governo dei flussi migratori per la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

Ancorando la propria analisi ad un attento esame delle fonti normative interne, europee e internazionali, l'opera di Paolo Morozzo della Rocca *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione* si propone proprio di indagare la ragionevolezza delle scelte del legislatore italiano ed europeo nell'elaborare il diritto "speciale" dell'immigrazione, scegliendo di esaminare, sotto questa lente, l'istituto del ricongiungimento familiare, come spazio significativamente esposto al confronto tra i diritti del singolo all'unità della propria famiglia e al rispetto della propria vita familiare – universalmente riconosciuti come diritti fondamentali dell'individuo – e i contrapposti interessi degli Stati.

© 2017-2020 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

Lo scopo dichiarato dell'opera (p. 1) è, quindi, quello di verificare come e in che misura le finalità di ordine pubblico dell'immigrazione influenzino i principi generali del diritto di famiglia e, viceversa, come i principi generali del diritto di famiglia influiscano sul diritto dell'immigrazione.

Il terreno più idoneo per rispondere a queste domande è appunto l'istituto del ricongiungimento familiare, con riferimento al quale il legislatore (europeo e nazionale) ha inteso individuare precisamente la «famiglia» oggetto di tutela, istituzionalizzandola rispetto alle altre espressioni di «vita familiare» cui di frequente rimanda il diritto dell'immigrazione, consentendo così di «*saggiare l'effettiva rilevanza giuridica della famiglia*» ed il grado di «*riconoscimento del conseguente diritto dei suoi membri di vivere insieme e/o di mantenere relazioni stabili*» (p. 1).

Poiché analogamente a quanto avviene in generale nel diritto dell'immigrazione, anche in materia di tutela della famiglia si evidenziano da subito norme speciali che pongono limitazioni e specificazioni ai principi generali che reggono il diritto della famiglia, l'attenzione dell'Autore si concentra sul bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco e riflette sul concreto rispetto, caso per caso, di quel limite dato dalla ragionevolezza che, necessariamente, deve sempre sorreggere la scelta "speciale" in deroga ai principi generali.

Partendo innanzitutto dal presupposto della necessità di assicurare «*coerenza di sistema e unitarietà dei concetti e delle definizioni legislative*» (p. 2) rileva, poi, come quelli validi nel diritto dell'immigrazione non risultino spesso sovrapponibili alle nozioni proprie del diritto civile interno.

La prima parte del libro è pertanto rivolta a questo confronto sulla ragionevolezza, partendo dalla stessa definizione di famiglia che, nell'accezione accolta dal diritto dell'immigrazione, è quella strettamente nucleare composta da genitori coniugati e figli minorenni, là dove nel diritto civile essa si estende perlomeno sino al figli maggiorenni economicamente dipendenti dai propri genitori.

L'Autore confronta i confini della famiglia imposti nel diritto dell'immigrazione con quelle che sono invece le evoluzioni della tutela della vita familiare (intesa come fatto e non come istituto) elaborate dalla giurisprudenza interna ed europea, tese ad includervi una pluralità di forme e modelli comunque idonei allo «sviluppo della persona umana» e perciò meritevoli di protezione.

In questa prospettiva l'indagine coinvolge modelli familiari che sfuggono alla definizione di famiglia accolta nel diritto dell'immigrazione ma che pur beneficiano di tutela da parte dell'ordinamento interno ed europeo, quali la condizione delle coppie dello stesso sesso e quella delle famiglie non fondate sul matrimonio.

Nel confronto di coerenza tra i principi del diritto di famiglia interno e le previsioni del diritto di famiglia dell'immigrazione, si sofferma puntualmente sulle evidenti incongruenze

della categorica mancata possibilità di riconoscere il ricongiungimento familiare nei casi di matrimonio precoce (p. 28), così come sulla necessità di non confondere, come normalmente accade, i matrimoni combinati con i matrimoni di comodo che impediscono il ricongiungimento (p. 37). La necessità di coerenza del sistema legislativo imporrebbe, infatti, che ogni caso, benché sottoposto alla normativa speciale dell'immigrazione, venisse altresì valutato e, ragionevolmente risolto, alla luce dei principi e delle disposizioni che sorreggono il diritto di famiglia interno.

Nella stessa ottica, l'Autore affronta diffusamente i limiti imposti al ricongiungimento familiare per i matrimoni e le famiglie poligamiche (p. 40), evidenziando come, ad una disamina attenta, i diritti dei singoli non potrebbero sempre essere recessivi rispetto agli assunti contrapposti interessi degli Stati. Un bilanciamento più accorto dovrebbe, infatti, comunque assicurare la necessaria protezione a posizioni meritevoli di tutela come quelle delle altre mogli e dei figli, i quali rischiano di subire potenziali, ed inammissibili discriminazioni in ragione del solo stato coniugale del proprio genitore (p. 63).

Di particolare interesse è, poi, l'esame dei possibili conflitti tra le disposizioni interne in materia di ordine pubblico matrimoniale e le forme di celebrazione del matrimonio sconosciute al nostro ordinamento, cui consegue il rischio di un mancato riconoscimento del matrimonio ai fini del ricongiungimento (ad es. il matrimonio telefonico o via skype, p. 70, ed il matrimonio celebrato solo religiosamente, p. 72).

Nel prosieguo dell'opera, l'Autore affronta più nel dettaglio il ricongiungimento familiare alla luce sia della disciplina dettata dalla direttiva 86/2013/CE che delle norme dedicate all'istituto all'interno nel testo unico dell'Immigrazione, dedicando ampio spazio innanzitutto alle categorie di familiari ricongiungibili (con un interessantissimo esame delle problematiche legate ai casi dei minori adottati, p. 90) e dei familiari esclusi, ed indagando diffusamente la "ragionevolezza" delle ristrette dimensioni della famiglia ammessa a beneficiare del ricongiungimento.

In particolare con riferimento alla categoria dei familiari ammessi al ricongiungimento solo in circoscritte e marginali circostanze (figli maggiorenni, genitori del soggiornante adulto) o addirittura del tutto esclusi (fratelli) evidenzia, richiamando opportunamente la giurisprudenza costituzionale, che lo scrutinio di ragionevolezza si impone anche in tutti questi casi ogni volta che l'esigenza del ricongiungimento dipende da una «effettiva e grave situazione di bisogno» (p. 109) tale da non consentire al familiare da ricongiungere «in alcun modo di soddisfare autonomamente le proprie primarie esigenze di vita». Partendo da tale presupposto, osserva l'Autore che la trasposizione di tali principi nella normativa speciale di cui all'art. 29 del d.lgs 286/98 che individua i familiari ricongiungibili, non è affatto conforme alle indicazioni del giudice delle legge, poiché chiaramente più restrittiva.

Risolta l'analisi dei profili legati ai rapporti familiari tutelati dal ricongiungimento familiare, l'Autore esamina, nella stessa ottica di confronto, i requisiti oggettivi necessari a dar seguito alla riunificazione familiare (stabilità di soggiorno del richiedente, reddito, idoneità dell'alloggio, assicurazione sanitaria) nonché la struttura e le caratteristiche del procedimento amministrativo funzionale a consentire l'ingresso nello Stato del familiare ricongiunto.

Con riferimento al procedimento, l'Autore si sofferma opportunamente sull'ampiezza dei poteri accertativi degli status familiari in capo alle autorità consolari competenti al rilascio del visto di ingresso, evidenziando, in particolare, come sia prassi diffusa quella di introdurre nel procedimento, ben oltre i limiti consentiti dalle disposizioni normative, accertamenti sanitari funzionali alla verifica dei rapporti di parentela (p. 156). Tali prassi non tengono conto del fatto che la verità giuridica dello status di figlio, nel nostro ordinamento, non coincide necessariamente con quella biologica e che le disposizioni che autorizzano questa tipologia di indagine, a tutela della riservatezza di tutti i soggetti coinvolti, la prevedano come *estrema ratio*.

Esaurita la disamina del ricongiungimento familiare tipico, l'autore affronta le particolarità normative che contraddistinguono il ricongiungimento familiare dei protetti internazionali e rileva come, benché l'intenzione del legislatore europeo fosse quella di riservare norme di maggiore favore per i cd. migranti forzati, il risultato ottenuto non sia stato all'altezza delle intenzioni, soprattutto per la scelta di lasciare ampi margini agli Stati nel recepimento delle direttive (ad esempio in relazione alla possibilità di assicurare al titolare della protezione sussidiaria le stesse condizioni di accesso al ricongiungimento riconosciute al rifugiato), per una persistente inadeguatezza delle amministrazioni nazionali, poco inclini ad attivarsi a supporto dei richiedenti ogni volta in cui la collaborazione dell'amministrazione è necessaria, (mantenendo un approccio burocratico che rischia di vanificare la portata delle semplificazioni previste a favore di questa categoria) e, infine, per il funzionamento inefficiente del cd. Sistema Dublino che dovrebbe realizzare il ricongiungimento tra soggetti richiedenti asilo già legalmente presenti in diversi Stati membri.

Nel prosieguo l'Autore affronta le più significative criticità del sistema europeo in materia di ricongiungimento familiare e segnala che a fronte della dichiarata necessità di sostenere le politiche che lo facilitino, anche in considerazione delle migliori prospettive di inserimento che gli ingressi per motivi di famiglia possono garantire, la politica europea si è mossa in modo contraddittorio con risultati inadeguati. Da un lato, infatti, non è riuscita ad assicurare procedure efficaci e tempi accettabili, dall'altro ha lasciato agli Stati margini di intervento troppo ampi nel recepimento della direttiva 2003/86/CE, con la conseguenza che questi hanno introdotto ulteriori limitazioni o aggravato il procedimento amministrativo

di ricongiungimento (p. 205). Anche i richiami della Commissione Europea ad un recepimento più fluido della direttiva, non hanno prodotto risultati significativi anche per una frequente ambivalenza delle indicazioni date (ad es. sulle misure di integrazione che possono essere richieste dallo Stato di destinazione, anche prima dell'ingresso, al familiare ricongiunto, p. 207, o in relazione ai parametri di idoneità dell'alloggio).

L'opera si chiude con un capitolo riservato all'ingresso del familiare straniero del cittadino nazionale o del cittadino europeo, in cui l'autore esamina le disposizioni applicabili, segnalando, in particolare con riferimento al cittadino europeo, come il suo diritto al ricongiungimento familiare trovi tutela se ed in quanto questa serva ad assicurargli il godimento dei diritti fondamentali connessi alla cittadinanza europea, primo fra tutti quello alla libertà di circolazione e soggiorno.

In conclusione, il merito dell'opera, al di là della ricchezza di riflessioni e approfondimenti di cui qualunque operatore del diritto può beneficiare per il proprio lavoro, si rinviene nel continuo stimolo al confronto con i principi generali che sorreggono il diritto di famiglia – quest'ultima intesa nel suo valore "vivente", nello spazio e nel tempo, insuscettibile di essere forzatamente istituzionalizzata in una definizione categorica che non ammette eccezioni od espansioni – per recuperare l'opportunità e la necessità di una lettura interpretativa delle disposizioni di legge attenta e consapevole del sistema normativo in cui queste si inseriscono, e ciò anche quand'esse afferiscono ad un "diritto speciale" quale è quello dell'immigrazione, di modo che la specialità non sia e non diventi, inammissibilmente, qualcosa di avulso dal sistema più ampio dei valori e dei principi cui necessariamente appartiene.

Table of contents

2020 - Volume 4

ISSUE no. 2

Editorial, *Giulia Perin* and *Guido Savio*

Articles

Refusal of entry and controls at internal and external borders in EU law
Alessia Di Pascale

The Right to Asylum and other Constitutional Limits to Refoulement
Filippo Scuto

The case *S.S. and Others v. Italy* in the framework of the externalization of borders to Libya: some observations on the possible scenarios before the Court of Strasbourg
Anna Fazzini

The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: The Case of Italy and the EU
Elisa Olivito

Foreigners, administrative procedure and participatory guarantees
Annamaria Bonomo

Credibility assessment of the applicants for international protection between the culture of suspicion, intuitions, and ethical dilemmas. Some considerations based on qualitative research on the modus operandi of the Italian Territorial Commissions
Fabio Quassoli, Cristina Uboldi

Comments

Does the security-decree prevent «Dublin transfers»?
Marco Magri

The banality of closing ports by decree
Andrea Maria Pelliconi, Marco Goldoni

Alternative measures to withdrawal and defensive guarantees: comment on judgment no. 280/2019 of the Constitutional Court
Guido Savio

Overview of European case law

(1 January 2020 – 30 April 2020)
European Court of Human Rights
Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 January 2020 – 30 April 2020)

Italian observatory

(1 January 2020 – 30 April 2020)

Reviews and research materials

Review to: Paolo Morozzo della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, by *Anna Cattaruzzi*