Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 2, Luglio 2021

«Noi siamo convinti che il mondo, anche questo terribile, intricato mondo di oggi, può essere conosciuto, interpretato, trasformato, e messo al servizio dell'uomo, del suo benessere, della sua felicità. La prova per questo obbiettivo è una prova che può riempire degnamente una vita».

(Enrico Berlinguer, 7 giugno 1984, Padova)

ASGI
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

md
Magistratura democratica

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastro

Rubriche

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

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati. ISSN 1972-4799
via delle Pandette 35, 50127 Firenze

Indice

Editoriale, di *Roberta Aluffi*

Saggi

La responsabilità penale dei ministri alla stregua dei principi costituzionali e nella prassi. Legittima prerogativa o illegittimo privilegio?
di *Tommaso F. Giupponi*

La crisi dei migranti nel Mediterraneo Centrale: le operazioni *search and rescue* non sono un fattore di attrazione
di *Carlo Amenta, Paolo Di Betta, Calogero "Gery" Ferrara*

Politiche di ri-confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo
di *Chiara Denaro*

L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»
di *Guido Savio*

La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale
di *Marcella Ferri*

La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative
di *Nazzarena Zorzella*

Esperienze di consulenza antropologica nel giudizio di protezione internazionale. L'antropologo *antropologo*.
di *Giorgia Decarli*

L'immigrazione per motivi di lavoro in Irlanda: tra spinte identitarie e scelte mirate
di *Lucia Busatta*

Commenti

Il Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa sulle politiche migratorie. Rilievi politici e giuridici
di *Maurizio Delli Santi*

Il procedimento di estradizione, tra questioni pregiudiziali e tutela dei diritti della persona. *Commento a Cass., Sez. VI, 10 marzo 2020, n. 11374, Terteryan*
di *Linda Rosa*

Il caso Shalabayeva: un «crimine di lesa umanità». Commento della sentenza del Tribunale di Perugia (sent. 14 ottobre 2020, dep. 8 gennaio 2021, Pres. Narducci, est. Narducci, Avella, Albani)
di *Giulia Vicini*

Rassegna di giurisprudenza europea
(periodo 1 gennaio 2021 – 30 aprile 2021)

Corte europea dei diritti umani
Art. 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare – Art. 1, Protocollo 1: Protezione della proprietà – Art. 1, Protocollo 7: Diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento.

Corte di giustizia dell'Unione europea
Cessazione dello *status* di rifugiato: protezione nel Paese di origine e supporto economico e sociale offerto da privati – Esclusione dallo *status* di rifugiato di apolide di origine palestinese: valutazione delle circostanze di fatto che hanno portato alla fuga dal Paese di origine – Ricorso contro decisione di trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato membro competente: garanzie procedurali – Allontanamento di minori non accompagnati: garanzie a tutela dell'interesse superiore del minore – Visti per soggiorni superiori a 90 giorni: impugnazione a fronte di decisione di diniego.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento
RESPINGIMENTI: Respingimento differito – Respingimento immediato: giurisdizione e competenza. ESPULSIONI: Espulsione e detenzione carceraria – Espulsione a seguito di riammissione ai sensi del

Regolamento UE n. 604/2013 – Espulsione per mancato rinnovo del permesso di soggiorno - Irrilevanza dei legami familiari nei casi di espulsione disposta per inottemperanza a pregresso ordine di allontanamento – Necessaria corrispondenza tra motivo dell'espulsione e provvedimento del giudice – Irrilevanza della mancata presentazione del ricorrente in udienza – Sulla competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione a conoscere della legittimità delle espulsioni amministrative disposte in pendenza di procedimenti inerenti il diritto all'unità familiare. TRATTENIMENTO: Garanzie processuali e termini massimi di trattenimento del richiedente asilo. Rapporti tra il trattenimento pre-espulsivo e il trattenimento del richiedente asilo – Partecipazione del trattenuto all'udienza – Diritto alla comprensione degli atti e all'interprete – Termini – Motivazione – Divieti di espulsione, provvedimento presupposto e doppia tutela – Misure alternative al trattenimento – Riesame – Legittimazione passiva – Comunicazione dell'ordinanza – Libertà di corrispondenza e di comunicazione – Risarcimento per illegittimo trattenimento.

Ammissione e soggiorno

LA REGOLARIZZAZIONE 2020 (art. 103, d.l. n. 34/2020): Il comma 1 e le condanne penali – Il comma 2 e la rinuncia al procedimento di protezione internazionale – Il comma 2 e il periodo di lavoro pregresso – Il comma 2, le questioni procedurali e la scadenza del titolo di soggiorno.

Asilo e protezione internazionale

Lo *status* di rifugiato – La protezione sussidiaria – Questioni processuali – Protezione umanitaria e protezione speciale di cui al d.l. n. 130/2020 – 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) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano da parte di individui residenti in Brasile; richiesta in Italia all'ufficiale italiano di stato civile da parte di un procuratore speciale. Incidenza degli artt. 12 e 17 del d.p.r. 396/2000 e di un parere del Consiglio di Stato. Illegittimità di tale richiesta – Acquisto della cittadinanza per elezione – Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Rigetto della domanda per pretesa sussistenza di comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica; irrilevanza dell'inserimento in una stabile realtà economica. b) Successione nel tempo delle norme sui termini di definizione dei procedimenti e sulla loro applicabilità ai procedimenti in corso – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto a causa di precedenti penali. b) Difetto di motivazione nei confronti di precedenti penali di lieve entità. c) Rigetto a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. d) Rigetto a causa di particolari fattispecie delittuose; esclusione di una lesione di diritti fondamentali – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori
FAMIGLIA: Criteri rilevanti per accertare la pericolosità sociale e la sussistenza di una vita familiare nel caso di decisione sulla spettanza di un titolo di soggiorno per motivi familiari – Carattere fittizio del matrimonio e diniego del permesso di soggiorno – Pericolosità sociale e inespellibilità dello straniero *ex* art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998. MINORI: In tema di autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore del minore *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, l'età prescolare del minore non osta a che lo stesso venga ritenuto sufficientemente integrato in Italia e quindi ad una valutazione di pregiudizio in caso di allontanamento dal territorio nazionale – Espulsione, trattenimento dello straniero e pendenza del ricorso *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 avanti al Tribunale per i minorenni.

Non discriminazione
Misure di contrasto alla povertà – Accesso agli alloggi pubblici – Contributo affitti – Incentivi occupazionali e residenza quinquennale – Assegni per il nucleo famigliare – Certificato di idoneità alloggiativa – Natura del diritto alla non discriminazione.

Penale
L'archiviazione del cd. «caso Rackete» – L'inapplicabilità delle sanzioni amministrative applicate alle navi delle ONG sulla base del cd. decreto Salvini-*bis* in seguito alle modifiche operate dal cd. decreto Lamorgese.

Osservatorio europeo
(periodo 1 gennaio 2021 – 30 aprile 2021)

Atti di indirizzo
Programma della presidenza portoghese – Rimpatrio e riammissione – Rimpatri volontari e reintegrazione – Contrasto al traffico di esseri umani – COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea.
Atti adottati
Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur) – Trasmissione dati in materia di immigrazione e protezione internazionale – Percorsi legali di protezione nell'UE – Operazioni di soccorso in mare.
Proposte legislative
Certificato verde digitale per i cittadini di paesi.
Varie
Consultazione pubblica per la *digitalizzazione delle procedure di visto* – Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex).

Osservatorio italiano
(periodo 1 gennaio 2021 – 30 aprile 2021)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali
Limitazioni agli ingressi degli stranieri durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus – Proroga dei titoli di soggiorno durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla

pandemia di Coronavirus – Aumento dei costi medi per il rimpatrio di lavoratori stranieri trovati in situazione di soggiorno irregolare – Nuove specifiche tecniche dei permessi di soggiorno e delle carte di soggiorno – Nuovo schema di capitolato di appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento dei Centri di accoglienza e dei Centri di permanenza per il rimpatrio – Piano nazionale per la ricerca ed il salvataggio in mare, edizione 2020.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle amministrazioni statali

Le procedure per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale: il Ministero dell'interno ne dà la seconda interpretazione illegittimamente restrittiva – Nuovo documento elettronico attestante il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e sue nuove durate – Soggiorno permanente in Italia dei cittadini britannici dopo il recesso del Regno Unito dalla UE – La legislazione applicabile nelle fattispecie del distacco e dell'esercizio di attività in due o più Stati dopo la pubblicazione dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra (TCA) – Emergenza sanitaria – Ingresso infermieri professionali – Nuova interpretazione illegittimamente restrittiva dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno a seguito di emersione.

Recensioni e materiali di ricerca

Recensione a: Francesca P. Albanese, Lex Takkenberg, *Palestinian Refugees in International Law (2nd Edition)*, Oxford University Press, 2020, pp. 608, di *Giuseppe Morgese*

Recensione a: Maria Eugenia Cadeddu, *Migration Stories. Linguaggi, culture, identità*, Roma, Carocci Editore, 2020, di *Marco Accorinti*

Segnalazioni bibliografiche

Rapporti, riviste e siti internet

EDITORIALE

ROBERTA ALUFFI

Editoriale

Questo numero di *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* è particolarmente denso e ricco. Riprende temi già affrontati nell'immediatezza dell'emergenza, come quello delle navi quarantena; apre nuove prospettive, tra le altre quella della collaborazione tra giuristi e antropologi; punta la luce, in modo tempestivo e incisivo, sulle questioni aperte dall'attuazione del nuovo istituto della protezione speciale.

Le recenti vicende delle navi Diciotti, Gregoretti e Open Arms, nate dal divieto opposto dal Ministro Salvini al loro accesso nelle acque nazionali e allo sbarco delle persone soccorse, sono l'occasione per **Tommaso F. Giupponi** di tornare sul tema dei reati ministeriali. L'analisi dei testi delle proposte formulate dalla Giunta per le autorizzazioni fa riemergere alcuni profili problematici per l'equilibrio tra i compiti della magistratura e del Parlamento stabilito dalla riforma del 1989 e che da subito aveva registrato degli scivolamenti, dovuti a prassi parlamentari estensive della competenza delle Camere.

Anche oggi un'interpretazione distorta delle scriminanti che possono fondare il rifiuto di autorizzazione da parte della Giunta, rischia di snaturare il ruolo del Parlamento. Il saggio si sofferma in particolare sulla categoria problematica dell'atto politico, evocata più volte nei testi della Giunta.

Il diniego di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti era forse l'occasione, che l'Autore si rammarica non sia stata colta, per chiamare la Corte costituzionale a pronunciarsi su questi e altri aspetti che restano critici.

Da porti chiusi del Ministro Salvini, si passa, con l'insorgere della pandemia da COVID-19, ai porti non sicuri e al ricorso alle navi quarantena per l'isolamento sanitario dei cittadini stranieri.

Il fenomeno è analizzato, da prospettive metodologiche diverse, in due saggi. La ricerca di natura sociologica di **Chiara Denaro** si basa su interviste a esperti e cittadini stranieri transitati per le navi quarantena e inquadra il fenomeno nell'ampia concettualizzazione delle politiche di ri-confinamento. **Guido Savio** conduce un'analisi squisitamente giuridica su materiale fattuale raccolto dal gruppo del progetto *InLimine* dell'ASGI, i cui risultati sono utilizzati anche da Denaro.

Entrambi i saggi si soffermano sull'effetto combinato del confinamento sanitario sulle navi e dell'approccio hotspot: le note criticità di quest'ultimo risultano amplificate, soprattutto per quanto riguarda l'informazione dei cittadini stranieri sui diritti e la raccolta delle richieste di protezione.

Alla compressione dell'accesso alle procedure di asilo, si aggiunge la limitazione dell'accesso al territorio: Savio dimostra come l'isolamento su nave costituisca una forma particolarmente

intensa di limitazione della libertà, che dipende da circostanze casuali e prescinde dall'accertamento del contagio.

Parimenti compresso è l'accesso alla accoglienza, comprensiva dei servizi di tutela sociale, sanitaria, psicologica e legale, cruciale per le persone portatrici di particolari esigenze, la cui individuazione è particolarmente difficoltosa per l'isolamento sulla nave.

Al termine dell'isolamento sulla nave, Savio rileva che per l'allontanamento dello straniero lo strumento preferito risulta essere il respingimento differito, di discutibile legittimità, e meno favorevole per lui che l'espulsione.

Denaro analizza anche la presenza sulle navi quarantena di richiedenti asilo già sul territorio italiano all'interno dei CAS e che sono positivi al COVID-19.

Legato come i precedenti alla crisi della rotta del Mediterraneo centrale è il saggio di **Carlo Amenta, Paolo Di Betta e Calogero "Gery" Ferrara** che presenta i risultati di una ricerca condotta analizzando con tecniche econometriche i dati sulla nazionalità dei migranti resi disponibili dal Ministero dell'Interno per il periodo 2011-2018. Lo scopo della ricerca è la verifica empirica della fondatezza dell'ipotesi, formulata da più parti, che le operazioni di *Search and Rescue* (SAR), sia governative che non governative, possano costituire un fattore di incentivo (*pull factor*) per i migranti e per l'attività dei contrabbandieri di esseri umani, con il risultato di condurre a una maggiore probabilità di morire in mare.

La ricerca dimostra che con le operazioni di SAR le probabilità di morire nella traversata restano costanti. Per chi parte, le *chance* di sopravvivere al viaggio sono immutate, ma certo aumenta il numero assoluto dei morti, dato che crescono le partenze. I contrabbandieri di esseri umani infatti, in considerazione delle nuove condizioni, offrono passaggi su imbarcazioni sempre meno sicure. Ma l'aumento della offerta di un servizio non è però da solo sufficiente a creare un mercato, se mancano fattori che sorreggono in modo indipendente la domanda.

La ricerca verifica empiricamente la rilevanza di una serie di possibili fattori. Le variabili significative consistono in caratteristiche strutturali del paese di origine dei migranti, mentre il numero di morti del mese precedente o la situazione metereologica non hanno effetti statisticamente rilevanti.

Per gli Autori l'uso delle espressioni *pull* o *push factor* nelle discussioni sulle politiche di gestione della crisi dei migranti è improprio. Più corretto è distinguere tra politiche di lungo o di breve periodo. Le operazioni di SAR appartengono a questa seconda categoria. Politiche di lungo termine dovranno affrontare alla radice le cause di migrazione dai paesi di partenza.

La Rivista ha scelto l'approccio a più voci, che si conferma molto fruttuoso, anche per affrontare il nuovo istituto della protezione speciale, recentemente introdotto dal D.L. 130/2020. **Nazzarena Zorzella** presenta, in modo approfondito e tempestivo, un'ampia serie di questioni sorte dall'applicazione delle nuove norme; **Marcella Ferri** si concentra sulla novità rappresentata dalla

disciplina della protezione della vita privata come limite autonomo all'allontanamento, evidenziandone i rapporti con le fonti internazionali e dell'Unione Europea.

La nuova protezione speciale è valutata positivamente dalle due Autrici. Zorzella la saluta come una riforma potenzialmente rivoluzionaria, se solo si riusciranno a vincere le resistenze opposte dall'apparato amministrativo alla sua attuazione. La principale di queste consiste nella contrarietà manifestata dall'amministrazione alla presentazione al Questore di espressa domanda per il rilascio di permesso per protezione speciale. La prassi e una circolare richiederebbero la domanda per un diverso motivo, che darebbe occasione al Questore di valutare se vi sono i presupposti per chiedere il parere della Commissione territoriale.

Quanto al parere della Commissione, esso è obbligatorio e vincolante per il Questore. Solo nel caso della protezione speciale per il rispetto del diritto alla vita privata e familiare il Questore può discostarsene per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica e di protezione della salute.

Per quanto riguarda nello specifico la protezione della vita privata come limite all'allontanamento, le considerazioni di Ferri, che ne analizza i rapporti con la giurisprudenza della Corte EDU e il diritto UE, convergono con quelle di Zorzella.

Il rapporto tra la recente protezione speciale per integrazione sociale e la precedente protezione per fini umanitari è di discontinuità. Quando esiste il rischio di violazione della vita privata e familiare, la vulnerabilità è *in re ipsa*, mentre per la precedente protezione umanitaria, l'integrazione sociale era uno tra gli elementi che concorrevano a determinare l'accertamento della situazione di vulnerabilità (C. cass. N. 4455/2018), attraverso la comparazione del grado di integrazione del richiedente in Italia con la situazione oggettiva e soggettiva in cui si sarebbe trovato a seguito di rimpatrio nel paese di origine. Oggi la comparazione è superata dall'elencazione dei criteri rilevanti, tutti riferiti alla situazione della persona in Italia.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU in materia di rispetto della vita privata degli stranieri, anche soggiornanti precari o irregolari, Ferri richiama il rilievo che essa assume per la protezione speciale, in virtù del riferimento fatto agli obblighi costituzionali e internazionali come motivi che precludono l'allontanamento dello straniero. Quanto al diritto UE, la protezione speciale non può considerarsi attratta nel suo ambito di applicazione. Tuttavia, la Carta europea è un parametro che va tenuto presente dall'interprete e Ferri ricostruisce la giurisprudenza della CGUE sulla vita privata, che, assunti gli standard minimi fissati dalla Corte EDU, li ha elevati valorizzando il rapporto vita privata e diritto al lavoro.

I due saggi portano chiarimenti preziosi per l'applicazione delle nuove norme che delineano un istituto dalle grandi potenzialità e che, per quanto riguarda l'integrazione sociale, valorizzano e rafforzano gli apporti del legislatore statale in materia di protezione umanitaria, e delle fonti internazionali ed europee in materia della vita privata.

Con il saggio di **Giorgia Decarli** si approda a un tema del tutto diverso, quello della consulenza antropologica nei giudizi di protezione internazionale. Chi legge uscirà convinto delle potenzialità, se non della necessità, della collaborazione tra competenze diverse in certi casi.
Una collaborazione proficua si fonda sulla consapevolezza delle specificità del sapere e del saper fare di ciascuna professionalità. L'antropologa, accanto agli strumenti teorici, padroneggia le pratiche etnografiche dell'osservazione partecipante e della conversazione con la persona con cui interloquisce, i cui risultati, restituiti e posti in prospettiva comparativa, si fanno antropologia.
In un giudizio di protezione internazionale, sia l'antropologo, sia l'avvocato lavorano sulla storia narrata dal ricorrente: il primo per permettere al giudice di valutarne la pertinenza o plausibilità, in relazione a circostanze sia generali, sia particolari; il secondo per inserire la storia nella cornice giuridica, selezionando i fatti determinanti per il riconoscimento della tutela. Insieme collaborano, tra loro e con il giudice, "per consentire a quest'ultimo di valutare la credibilità soggettiva delle vicende narrate dal ricorrente, ricercandone, al contempo, una verifica oggettiva".
L'articolo riporta ampi stralci di tre relazioni prodotte da Decarli e allegate a impugnazioni avverso dinieghi di riconoscimento di protezione internazionale per ricorrenti provenienti da paesi diversi dell'Africa sub-sahariana.
I tre racconti, inizialmente incomprensibili o inverosimili, una volta introdotti e tradotti dall'antropologa diventano plausibili. Dato costante è una situazione di pluralismo giuridico che, nell'esperienza dell'Autrice, è difficile da accettare per la maggior parte dei giuristi occidentali: il diritto dello Stato subisce la concorrenza di altre forme di diritto che lo delegittimano e la tutela che esso può offrire all'individuo talvolta non è sufficiente a garantirne la sicurezza. Ciò può avere rilevanza cruciale in giudizi di protezione internazionale.
Lucia Busatta tratta nel suo saggio dell'immigrazione per motivi di lavoro in Irlanda. Il tema, solo in apparenza limitato, è inquadrato in un'ampia e approfondita analisi del contesto storico e politico-istituzionale ed è coordinato con quello dello sviluppo della normativa sulla cittadinanza. Busatta non tralascia di attirare l'attenzione sulle indicazioni che vengono dalla comparazione del caso irlandese con quello italiano.
L'Irlanda, come l'Italia, è tradizionalmente un paese di emigrazione, che solo di recente ha cominciato a essere meta di migranti. Ciò spiega l'incertezza delle politiche di gestione delle migrazioni e la loro mutevolezza in risposta alle contingenze in entrambi i paesi.
Caratteristico dell'Irlanda è il rapporto travagliato con la Gran Bretagna. Da una dipendenza quasi-coloniale, si giunge nel 1922 all'indipendenza, che lascia però irrisolte le tensioni con l'Irlanda del Nord. L'entrata nella UE, il *Good Friday Agreement* del 1998 e infine la *Brexit* sono all'origine di tendenze talvolta confliggenti con quelle che originano dai movimenti migratori.
Per quanto riguarda l'immigrazione per motivi di lavoro da paesi terzi, l'Irlanda sceglie una soluzione diversa da quella italiana, limitandola ai lavoratori altamente qualificati. I lavori a minor

reddito e qualificazione restano a irlandesi ed europei. Ciò non impedisce che anche in Irlanda si registri un numero di lavoratori irregolari non irrilevante.

In effetti, qualunque sia la soluzione scelta, lavoro altamente qualificato o sistema delle quote non entrato mai a regime, una regolazione efficace dei flussi migratori deve basarsi su una presa d'atto oggettiva delle caratteristiche del fenomeno migratorio e dei fattori che ne sono all'origine.

Nella sezione dedicata ai commenti il lettore troverà innanzi tutto quello di **Maurizio Delli Santi** che dà conto del recente rapporto del marzo 2021 con cui il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa valuta lo stato di attuazione della propria Raccomandazione del 2019 *Vite salvate, diritti protetti* sugli obblighi degli Stati membri sul soccorso in mare e la protezione di rifugiati e migranti. Il quadro che il Commissario tratteggia è fatto più di ombre che di luci.

L'efficacia delle operazioni di SAR si è indebolita, come effetto combinato del minor impegno diretto degli Stati e degli ostacoli da loro frapposti alla azione delle ONG. Ai naufraghi non è sempre assicurato uno sbarco sicuro e tempestivo. Destano preoccupazione gli sbarchi in Libia, la pratica dei respingimenti diretti e indiretti e, in tempo di COVID, il confinamento su navi come modalità di sbarco.

Malgrado il rischio di gravi violazioni dei diritti umani, si è rafforzata la collaborazione con gli Stati terzi, mentre i positivi sviluppi sui programmi di reinsediamento, i meccanismi dei transiti di emergenza e corridoi umanitari non sono ancora adeguati alle sfide.

Per Delli Santi, il rapporto può ispirare all'Italia la ridefinizione delle politiche di accoglienza, e anche servirle come base per costruire una maggiore collaborazione degli altri Stati nella gestione della migrazione e nelle politiche di miglioramento dei diritti nei paesi di origine.

La sezione si chiude con due commenti a decisioni giudiziarie. **Linda Rosa** commenta la sentenza della Corte di cassazione sul caso *Terteryan* (sev VI, 10 marzo 2020, n. 11374), su ricorso contro la decisione della Corte di appello di Torino che dichiara la sussistenza delle condizioni per l'estradizione verso la Federazione Russa.

La sentenza in commento esclude l'esistenza di una qualche "forma di pregiudizialità" tra la concessione della estradizione e il procedimento amministrativo pendente per il riconoscimento della protezione internazionale, nonostante le analoghe valutazioni che gli organi competenti dei due procedimenti sono chiamati a fare.

La Corte si esprime poi sulla tutela dei diritti fondamentali. Non ravvisa nelle notizie di violenze o torture nelle carceri russe prodotte dal ricorrente ha prodotto prova di quelle violazioni sistemiche che sole sarebbero di ostacolo all'estradizione. Per quanto riguarda la pena di morte, astrattamente prevista, ritiene che esista la certezza assoluta che essa non verrà irrogata al ricorrente perché la legge russa la esclude per le persone estradate quando la legislazione dello Stato richiesto non la prevede.

La Corte considera infine la censura che riguarda il mancato rispetto della unità famigliare e dei diritti dei minori, rilevando che l'unità famigliare e i diritti dei minori non sono per la legge ostacoli all'estradizione.
Sul punto, il commento suggerisce l'opportunità di un richiamo per il procedimento di estradizione alla tutela dei minori, già prevista nel caso di madre con prole di età inferiore ai tre anni nella disciplina dell'estradizione e dell'arresto europeo.
Il commento conclude con alcune considerazioni sul tema della tutela dei diritti fondamentali della persona consegnata secondo le procedure semplificate previste tra Stati membri dell'UE, che è organizzata sulla base di un elenco di motivi di rifiuto alla consegna, comparandola al sistema "a maglie larghe" dell'estradizione.
Infine, la nota vicenda Alma Shalabayeva, moglie di un dissidente kazako, consegnata con la figlia, nelle forme di un'espulsione, alle autorità kazake, è alla base della sentenza emessa dal Tribunale di Perugia commentata da **Giulia Vicini**. I fatti sono eccezionali per gravità e singolarità, ma la decisione può essere rilevante anche per la gestione dei flussi migratori e per il trattamento degli stranieri in generale.
Il Tribunale condanna vari dirigenti e funzionari dello Stato per il reato di sequestro di persona commesso da pubblico ufficiale con abuso di poteri. Segnala però l'inadeguatezza della formulazione codicistica del reato a descrivere la gravità delle condotte poste in essere. Scarta la possibilità di configurarle come deportazione secondo lo Statuto della CPI, solo perché non inserite in un quadro di sistematico attacco a un'intera popolazione. Le descrive invece in vari passaggi come consegna straordinaria (*extraordinary rendition*), pratica condannata dalla Corte EDU che ne dà una definizione articolata. Il caso Shalabayeva, pur presentando alcune peculiarità, è sostanzialmente riconducibile a tale descrizione.
Di particolare interesse sono le considerazioni del Tribunale su due degli elementi caratterizzanti la consegna straordinaria che si ritrovano nel caso Shalabayeva: la detenzione illegittima e l'eterodirezione delle operazioni.
Quanto al primo, il Tribunale chiarisce che la privazione della libertà personale è illegale non solo per la mancanza dei presupposti, ma anche per le condizioni in cui viene realizzata, in violazione di numerosi diritti fondamentali, quali il diritto di difesa, di ricevere informazioni, di comunicare. Profili questi che si ritrovano in molte situazioni di trattenimento di cittadini stranieri.
Il carattere eterodiretto delle operazioni è considerato particolarmente grave dal Tribunale perché i dirigenti e funzionari coinvolti non hanno considerato la situazione di grave violazione dei diritti umani esistente nello Stato kazako. Un ammonimento da tener presente nell'attuazione delle politiche di cooperazione internazionale dirette alla gestione dei flussi migratori.

SAGGI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI MINISTRI ALLA STREGUA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E NELLA PRASSI. LEGITTIMA PREROGATIVA O ILLEGITTIMO PRIVILEGIO?

di Tommaso F. Giupponi

Abstract: *L'articolo ricostruisce le motivazioni e le finalità della riforma costituzionale del 1989 in materia di reati ministeriali, valutandone i principali profili di criticità. Particolare attenzione è data alla prassi parlamentare rilevante in materia, che spesso ha evidenziato un allontanamento dal modello costituzionale, come dimostrato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale. Tali problemi sono nuovamente emersi in occasione delle recenti vicende Diciotti, Gregoretti e Open Arms, che hanno riproposto con evidenza il rischio che i confini della legittima prerogativa si trasformino in mero privilegio personale.*

Abstract: *The article reconstructs the reasons and the purposes that lie behind the 1989 constitutional reform on ministerial criminal accountability, evaluating its main critical issues. Special attention is dedicated to the way parliamentary practice has evolved around the subject-matter, which, as the most recent constitutional jurisprudence confirms, has highlighted a departure from the constitutional model. These problems have once again re-surfaced in the latest Diciotti, Gregoretti and Open Arms cases, underscoring the risk that the boundaries of this legitimate prerogative may turn into a mere personal privilege.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI MINISTRI ALLA STREGUA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI E NELLA PRASSI. LEGITTIMA PREROGATIVA O ILLEGITTIMO PRIVILEGIO?

di Tommaso F. Giupponi*

SOMMARIO: 1. Immunità e Costituzione. Il caso dei reati ministeriali e le ragioni della revisione costituzionale del 1989. – 2. Dalla riforma del 1989 alla sua deformazione: le oscillazioni della prassi parlamentare. – 3. Le anomale delibere parlamentari di "ministerialità" e le indicazioni della Corte costituzionale. Le sentt. nn. 241/2009, 87/2012, 88/2012 e 29/2014. – 4. Le questioni aperte dai recenti casi Diciotti, Gregoretti e Open Arms. – 5. Il convitato di pietra dell'atto politico e i rischi di trasformazione della prerogativa in privilegio.

1. Immunità e Costituzione. Il caso dei reati ministeriali e le ragioni della revisione costituzionale del 1989

La natura ambivalente delle sfere di immunità che tradizionalmente sono riconosciute dagli ordinamenti costituzionali contemporanei ai titolari di rilevanti cariche istituzionali si manifesta in tutta la sua evidenza nella dialettica tra principio di legalità e principio di legittimità[1].

Le prerogative costituzionali, infatti, appaiono come una deroga alla grande regola dello stato di diritto, al principio di legalità e alla connessa tutela dei diritti fondamentali ad opera della giurisdizione, in condizioni di eguaglianza tra tutti i cittadini. Tuttavia, quali prerogative a tutela del libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, esse rappresentano una legittima compressione di tali principi, ma esclusivamente a patto che siano costituzionalmente disciplinate e proporzionate, nella loro applicazione, rispetto al fine di tutela che le fonda ma, al contempo, le limita anche ontologicamente.

Proprio per questo, può affermarsi allora l'esistenza di una vera e propria riserva costituzionale in materia di immunità: essendo le prerogative finalizzate a garantire l'assetto dei rapporti tra poteri disegnato dalla Carta fondamentale, il fondamento e gli strumenti di tutela delle reciproche sfere di attribuzione trovano la loro sede naturale di disciplina a livello di fonte costituzionale[2].

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bologna.

1. Sul punto, più ampiamente, sia consentito un rinvio a T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005.

2. Si vedano, in questo senso, la sent. n. 24 del 2004 nonché, soprattutto, la successiva sent. n. 262/2009 della Corte costituzionale. Sul punto, proprio in relazione alla disciplina dei reati ministeriali, vedi anche le successive sentt. nn. 87/2012 e 88/2012, che evidenziano la necessaria "copertura costituzionale" delle prerogative immunitarie.

Rispetto alle tradizionali prerogative costituzionali, tuttavia, la disciplina dei reati ministeriali è del tutto peculiare. Diversamente dalle tradizionali prerogative parlamentari, infatti, essa non trae origine dal mito delle Assemblee rappresentative della volontà popolare quale immediata manifestazione della sovranità, in collegamento col progressivo affermarsi dell'autonomia dei Parlamenti nei confronti del Monarca. Al contempo, tale disciplina appare solo lontanamente collegata all'eredità di un altro potentissimo "mito" costituzionale, quello dell'inviolabilità del Re, evolutasi oggi (almeno in contesti di governo parlamentare) nella generale previsione dell'irresponsabilità dei Capi di Stato connessa alle loro tradizionali funzioni di garanzia costituzionale.

Per quanto riguarda il Governo, infatti, si è in presenza di un organo costituzionale che nasce responsabile quasi per definizione, motivo per il quale significative appaiono le esperienze costituzionali contemporanee che non vedono alcun trattamento differenziato dei c.d. reati ministeriali. Tuttavia, a partire dalla tradizione costituzionale francese e dalle antiche funzioni giudiziarie dei Parlamenti, l'idea che alcune condotte ministeriali dovessero essere apprezzate anche alla luce della loro finalità o natura politica ha portato alla previsione, in diversi Paesi europei, di particolari modalità di attivazione delle variegate forme della c.d. giustizia politica[3].

Tuttavia, come noto, nel corso degli anni si è assistito ad un complessivo arretramento di tali strumenti, non solo alla luce dell'evoluzione delle forme di responsabilità politica dei Governi nei confronti delle Assemblee parlamentari[4], ma anche alla luce di prassi che avevano evidenziato tutte le difficoltà di attivazione dei complessi meccanismi di "giustizia politica" nei confronti dei ministri, portando ad una loro sostanziale impunità di fatto sul piano penale.

La riforma del 1989 ha cercato di superare il precedente modello costituzionale di giustizia politica, anche alla luce dei nodi venuti al pettine in occasione del Processo Lockheed[5]. Scelta centrale è stata quella di affidare alla giurisdizione ordinaria la competenza in materia di reati ministeriali, ma con alcune rilevanti variazioni procedurali: a) il c.d. Tribunale dei ministri, competente a svolgere le indagini preliminari chiedendo, se ne ravvisa gli estremi, l'autorizzazione a procedere; b) il Parlamento, il quale può eventualmente impedire lo svolgimento del processo, negando l'autorizzazione; c) il

3. Riferimenti in T.F. Giupponi, *Tendenze europee in materia di immunità costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2003, in particolare p. 677 ss.

4. Particolarmente significative, in questo senso, le vicende storiche della procedura di *impeachment* nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale britannico, su cui si veda M. Oliviero, *L'impeachment. Dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2001.

5. Sul punto, per tutti, cfr. G. Zagrebelsky, *Procedimento e giudizi d'accusa*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 898 ss.

Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'appello competente per territorio, unico organo giudiziario competente a giudicare il ministro una volta autorizzato il procedimento.

Nel complesso, appare evidente l'intenzione di favorire una piena cognizione giudiziaria in materia di reati ministeriali; in questo senso, in particolare, vanno le specifiche modalità procedurali previste in caso di diniego della prevista autorizzazione parlamentare [6]: maggioranza assoluta dei componenti connessa all'individuazione di una motivazione relativa alla tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o al perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo. In tal senso, poi, sembrano andare anche le disposizioni contenute nei regolamenti parlamentari volte a favorire la concessione dell'autorizzazione, come la previsione che le proposte in tal senso delle rispettive Giunte non vengano nemmeno poste ai voti e si considerino senz'altro approvate dall'Assemblea, salvo richiesta contraria[7].

2. Dalla riforma del 1989 alla sua deformazione: le oscillazioni della prassi parlamentare

Alla base della riforma dell'art. 96 Cost. operata dalla legge cost. n. 1 del 1989, come noto, era dunque la volontà di favorire la sostanziale "giurisdizionalizzazione" delle procedure relative ai c.d. reati ministeriali[8]. Tale obiettivo è stato perseguito parallelamente su due fronti: a) sul piano sostanziale, attraverso la qualificazione dei reati ministeriali in chiave prettamente codicistica (e non politico-costituzionale); b) sul piano processuale, con l'affidamento alla giurisdizione ordinaria del compito di giudicare i ministri, anche se con significative varianti procedurali (si veda il ruolo del c.d. Tribunale dei ministri) e un intervento parlamentare tutt'affatto trascurabile (attraverso l'anomala autorizzazione a procedere introdotta)[9].

Tuttavia, la prassi ha dimostrato molti profili di debolezza connessi al punto di equilibrio immaginato dalla riforma del 1989, alcuni dei quali, d'altronde, già evidenziati in occasione dell'approvazione della riforma stessa. E questo, sia dal primo punto di vista, alla luce dell'ampiezza delle anomale cause di giustificazione previste (vera e propria "ragion di

6. Di cui all'art. 9 della legge cost. n. 1/1989: «L'assemblea [...] può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo».

7. Cfr. l'art. 18-*ter*, co. 8, del Regolamento della Camera dei deputati nonché l'analogo art. 135-*bis*, co. 8, del Regolamento del Senato. Vedi, però, anche quanto previsto dal successivo comma 8-*bis* dello stesso art. 135-*bis*, in base al quale è previsto che la votazione sulla proposta della Giunta abbia luogo per l'intera giornata, con l'evidente finalità di consentire il raggiungimento della maggioranza assoluta indispensabile per negare, eventualmente, l'autorizzazione.

8. Cfr. A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

9. Sul punto, volendo, si rinvia a T.F. Giupponi, *Perseguibilità penale dei membri del governo*, in *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di R. Orlandi e A. Pugiotto, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare p. 361 ss.

stato" costituzionalmente orientata); sia dal secondo punto di vista, in relazione ai rapporti tra le valutazioni della magistratura e quelle riservate alle Camere.

La revisione costituzionale, infatti, sembrava voler suddividere nettamente i compiti di magistratura e Parlamento in materia di reati ministeriali, affidando alla prima la qualificazione del fatto e al secondo la valutazione della presenza o meno delle problematiche esimenti già citate. Tuttavia, così non è stato fino in fondo, e la prassi lo ha ben dimostrato. D'altronde, gli stessi regolamenti parlamentari prevedono che la Giunta possa proporre, oltre al diniego o alla concessione dell'autorizzazione all'Assemblea, anche la restituzione degli atti al Tribunale dei ministri qualora ritenga che non gli spetti l'autorizzazione a procedere richiesta[10].

Tale circostanza, che senz'altro può essere riferita *in primis* (se non esclusivamente) alla ripartizione di competenza prevista dalla legge cost. n. 1/1989 tra le due Camere (in questo senso, espressamente, il Regolamento della Camera), nella prassi ha più volte evidenziato la possibilità di interpretazioni più estensive (vedi, ad es., quanto previsto dal Regolamento del Senato), con decisioni che hanno affermato la necessità di chiedere ulteriori attività di indagine o chiarimenti al Tribunale dei ministri[11], oltre che tendenti, in alcuni casi, ad escludere la stessa fondatezza o ministerialità della notizia di reato (evidente sovrapposizione con il ruolo dell'autorità giudiziaria), portata a volte quale manifestazione sintomatica di un supposto *fumus persecutionis*[12].

10. Cfr. l'art. 18-*ter*, co. 2, del Regolamento della Camera dei deputati, in base al quale «qualora ritenga che alla Camera non spetta deliberare sulla richiesta di autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 5 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, la Giunta propone che gli atti siano restituiti all'autorità giudiziaria». In senso sostanzialmente analogo, si veda anche l'art. 135-*bis*, co. 4, del Regolamento del Senato, il quale prevede che «qualora ritenga che al Senato non spetti deliberare sulla richiesta di autorizzazione a procedere, la Giunta propone che gli atti siano restituiti all'autorità giudiziaria».

11. Attraverso il richiamo al principio di leale collaborazione tra poteri evidenziato fin dalla sent. n. 403/1994, relativa alla necessaria completezza delle indagini svolte dal Tribunale dei ministri prima della eventuale richiesta di autorizzazione a procedere.

12. Per un'analisi critica e ben documentata della prassi parlamentare in materia cfr., per tutti, G. Tarli Barbieri, *Il procedimento per i reati ministeriali a venti anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 1989*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, II, p. 725 ss., e in particolare p. 733 ss. Per la sua peculiarità, si segnala la complessa vicenda che ha riguardato l'ex ministro Tremonti, nel corso della XVII Legislatura. In quella occasione, infatti, conformemente alla proposta della Giunta del Senato (DOC IV-*bis* n. 2-A), l'Assemblea aveva deliberato la restituzione degli atti all'autorità giudiziaria, in quanto non riteneva i fatti di corruzione oggetto di contestazione connessi funzionalmente (dal punto di vista temporale) con la carica ministeriale, facendo sostanzialmente cadere l'imputazione stessa, trattandosi di reato proprio. Sull'intricata vicenda vedi anche il conflitto di attribuzione tra poteri successivamente sollevato dal GIP presso il Tribunale di Milano, dichiarato però inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 212/2016 (sulla quale cfr. L. Pace, *Reati ministeriali e conflitto di attribuzione. Una inammissibilità tutt'altro che scontata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2016, p. 1650 ss.). Analogamente, a dimostrazione dell'ondivaga prassi parlamentare in materia di reati ministeriali, merita un accenno anche la vicenda che ha riguardato l'ex ministro Castelli, tra la XIV e la XVI Legislatura. In quella occasione, come noto, l'Assemblea aveva in un primo tempo deliberato l'insindacabilità, *ex* art. 68 Cost., delle opinioni espresse da Castelli nel corso di una trasmissione televisiva, riconducendole all'esercizio della funzione parlamentare dell'allora senatore-ministro (DOC IV-

Tale prassi, in questo modo, ha però sostanzialmente ricondotto anche ai reati ministeriali una valutazione, quella sul c.d. *fumus persecutionis*, prevista per l'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari a suo tempo prevista dall'art. 68 Cost., ma del tutto estranea alle finalità della riforma del 1989.

Mentre il primo, infatti, appariva un giudizio sostanzialmente "in negativo" volto ad escludere la possibilità di attivare indagini caratterizzate da un evidente *fumus* persecutorio da parte della magistratura inquirente, il secondo, invece, appare un giudizio strutturato "in positivo", volto ad evidenziare quali siano gli interessi costituzionalmente rilevanti o i preminenti interessi pubblici nell'esercizio dell'attività di governo che, soli, consentono di negare a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere l'autorizzazione a procedere. Proprio per questo, le conseguenze della valutazione rimessa alle Camere *ex* art. 96 Cost. operano sul piano sostanziale, impedendo la possibilità di procedere a prescindere dal mantenimento o meno dello *status* di componente del Governo, mentre quelle legate all'allora vigente art. 68 Cost. agivano sul piano meramente processuale, essendo strettamente legate alla sussistenza del mandato politico rappresentativo del parlamentare[13].

Da ultimo, come noto, si è posto il tema della insindacabilità della delibera parlamentare di diniego dell'autorizzazione a procedere, di cui si discute soprattutto in relazione alla possibilità, per il c.d. Tribunale dei ministri, di proporre un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. In assenza di giurisprudenza costituzionale specifica sul punto, appare senz'altro condivisibile una lettura di tale insindacabilità come rivolta esclusivamente ad eventuali, diverse, valutazioni dell'autorità giudiziaria procedente, non potendosi invece impedire un controllo da parte della Corte costituzionale[14], non solo in relazione ad eventuali vizi procedurali, ma anche per errore o difetto di valutazione dei presupposti costituzionalmente previsti. Tale controllo, tuttavia, difficilmente potrebbe spingersi fino a valutare il merito della decisione parlamentare, dato anche l'alto tasso di politicità delle connesse valutazioni, dovendosi arrestare ad un controllo, per così dire, esterno della delibera che nega l'autorizzazione a procedere.

---

quater n. 22; DOC IV-*ter* n. 10). Successivamente, a seguito dell'annullamento di tale delibera da parte della Corte costituzionale (sent. n. 304/2007), la stessa Assemblea aveva deliberato la ministerialità della condotta oggetto di contestazione (DOC XVI, n. 2), aprendo quindi la strada al conflitto poi deciso con l'annullamento di tale delibera da parte della sent. n. 29/2014.

13. Sul punto, tra gli altri, cfr. L. Carlassare, *Art. 96*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 458 ss.; R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 182; A, Ciancio, *op. cit.*, p. 236; P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 213 ss.; L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 65 ss.

14. Cfr., tra gli altri, A. Ciancio, *Art. 96*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, II, Torino, Utet, 2006, p. 1879 ss.

3. Le anomale delibere parlamentari di "ministerialità" e le indicazioni della Corte costituzionale. Le sentt. nn. 241/2009, 87/2012, 88/2012 e 29/2014

Chiaro esempio delle tendenze estensive manifestate dalla prassi parlamentare è la comparsa di una vera e propria anomalia, quella delle c.d. delibere di "ministerialità" approvate dalle Camere. Non a caso, anche su questi profili è intervenuta di recente, e a più riprese, la stessa Corte costituzionale, con particolare riferimento all'individuazione delle procedure e dei soggetti convolti nella valutazione della ministerialità (o meno) delle condotte al centro delle indagini. Particolarmente significativi, da questo punto di vista, risultano i casi Matteoli, Mastella, Berlusconi e Castelli.

Tutte le decisioni in questione, a ben vedere, girano attorno ai rapporti tra l'autorità giudiziaria e la Camera competente, con particolare riferimento alla valutazione della "ministerialità" dei reati. Senza poter ricostruire nel dettaglio le singole vicende in questa sede, basti solo ricordare come al centro di tale giurisprudenza vi siano state due principali questioni: a) la presenza o meno di un obbligo di comunicazione nei confronti del Parlamento in caso di archiviazione per incompetenza disposta dal Tribunale dei ministri e le conseguenti valutazioni da parte delle Camere[15]; b) l'eventuale ruolo delle Camere in relazione ai procedimenti per i quali sia stata esclusa *ab origine* la natura ministeriale dei reati, di conseguenza mai trasmessi al Tribunale dei ministri.

Quanto al primo profilo, con la sent. n. 24/2009 la Corte ha affermato che la comunicazione alla Camera competente deve essere effettuata anche in caso di archiviazione anomala per incompetenza. Tale comunicazione, infatti, «è l'unico strumento che consente alla Camera di apprezzare che si tratta di archiviazione che non implica la chiusura ma, al contrario, il seguito del procedimento per diversa qualificazione giuridica del fatto di reato», al fine di esercitare i propri poteri, adottando «le iniziative ritenute necessarie»[16].

Nonostante la decisione fosse abbastanza chiara quanto alle eventuali iniziative delle Camere che venivano evocate (e cioè proporre un ricorso per conflitto di attribuzioni, ritenendo che l'asserita qualificazione come non ministeriale del fatto contestato precludesse

15. Cfr., in particolare, l'art. 2, co. 1, della legge n. 219/1989 secondo il quale, tra le varie ipotesi di archiviazione da parte del Tribunale dei ministri («se la notizia di reato è infondata, ovvero manca una condizione di procedibilità diversa dall'autorizzazione di cui all'articolo 96 della Costituzione, se il reato è estinto, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se l'indiziato non lo ha commesso»), individua anche il caso in cui il fatto integri «un reato diverso da quelli indicati nell'articolo 96 della Costituzione», prevedendo che in tale ultima ipotesi il Collegio disponga «la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria competente a conoscere del diverso reato» (ipotesi definita di archiviazione in modo del tutto anomalo, in quanto, in realtà, il procedimento penale in questo caso ben può proseguire, anche se davanti ad un diverso ufficio giudiziario). Come noto, in base all'art. 8, co. 4, della legge cost. n. 1/1989 il Procuratore della Repubblica deve dare «comunicazione dell'avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente».

16. Su tale decisione, se si vuole, si veda T.F. Giupponi, *Quando la forma è sostanza: la riforma dell'art. 96 Cost. di fronte alla Corte costituzionale e la recente prassi delle delibere di "ministerialità"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2009, p. 3054 ss.

la possibilità di far valere la guarentigia *ex* art. 96 Cost.), la sentenza ha spinto il Parlamento ad inaugurare la prassi delle c.d. delibere di "ministerialità", con le quali autonomamente non solo si dichiarava la natura ministeriale del reato ma, contemporaneamente, si stabiliva la loro riconduzione alle cause di giustificazione di cui all'art. 9 della legge cost. n. 1/1989[17]. Il tutto, sulla base di un passaggio non del tutto chiaro della decisione della Corte, laddove si sottolinea che «all'organo parlamentare non può essere sottratta una propria autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria».

Tale prassi, del tutto estranea al disegno di riforma del 1989, e che mirava a riproporre in relazione ai reati ministeriali un procedimento analogo a quello dell'art. 68 Cost. in materia di insindacabilità parlamentare[18], è stata, però, definitivamente censurata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 29/2014[19]. Secondo la Corte, infatti, se «il potere della Camera competente di negare l'autorizzazione a procedere (reputando che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo) risulta intrinsecamente collegato dalla legge costituzionale al fatto che il ministro inquisito sia chiamato a rispondere di un reato commesso nell'esercizio delle proprie funzioni, a norma dell'art. 96 Cost., è del tutto evidente che la sussistenza di tale connessione debba essere pregiudizialmente accertata. Il che presuppone, a sua volta, o che l'autorità giudiziaria abbia positivamente proceduto nelle forme previste per i reati ministeriali (cosa, nella specie, dichiaratamente esclusa); o che la Camera competente abbia attivato, attraverso il rimedio del conflitto, il meccanismo di accertamento costituzionale devoluto a questa Corte». Dunque, nessuno spazio per tali anomale delibere.

In merito alla seconda questione, invece, risultano decisive le sentt. nn. 87 /2012 e 88/2012[20]. A chi spetta, infatti, la preliminare qualificazione di un fatto come reato ministeriale? In base alla legge cost. n. 1/1989 le relative denunce devono essere inviate

17. Si vedano in particolare le delibere approvate nel corso della XVI legislatura: dal Senato, il 24 luglio 2009, su conforme proposta della Giunta, in relazione all'*ex* ministro Castelli (DOC XVI, n. 2); e dalla Camera dei deputati, il 28 ottobre 2009, sempre su proposta conforme della Giunta, in relazione all'ex ministro Matteoli (DOC XVI, n. 1).

18. Cfr., in particolare, quanto previsto dall'art. 3, co. 4, della legge n. 140/2003, riguardante la c.d. pregiudizialità parlamentare in materia di insindacabilità.

19. Su tale decisione, tra gli altri, si veda E. Vivaldi, *La Corte costituzionale (finalmente) annulla una delibera c.d. di ministerialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, p. 454 ss. Il precedente tentativo di conflitto di attribuzione, infatti, attivato in relazione alla già citata delibera di "ministerialità" approvata della Camera dei deputati e relativa all'ex ministro Matteoli, si era chiuso con una decisione di improcedibilità per motivi processuali, non consentendo alla Corte un esame nel merito delle doglianze dell'autorità giudiziaria (cfr. le ordd. nn. 211/2010 e 317/2011).

20. Sulle quali sia consentito un rinvio a T.F. Giupponi, *Ancora sui reati ministeriali: i casi Berlusconi e Mastella davanti alla Corte costituzionale. Davvero nessuno spazio per il principio di leale collaborazione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2012, p. 1292 ss.

dal Procuratore della Repubblica competente al Tribunale dei ministri «omessa ogni indagine»[21]. Tuttavia, anche per qualificare esteriormente una notizia di reato come ministeriale o meno sono sempre necessari alcuni minimi accertamenti preliminari. Dunque, anche in questo caso si poneva il dubbio che attraverso tale preliminare valutazione potesse essere menomata la possibilità per il Parlamento di effettuare le proprie valutazioni, *ex* art. 96 Cost.

Proprio per questo, si riteneva da parte delle Camere che dovesse essere sempre investito il Tribunale dei ministri in relazione ad ogni ipotesi di reato riguardante un ministro, consentendo così allo stesso di effettuare le proprie valutazioni e attivando di conseguenza la già citata interlocuzione con l'Assemblea competente a deliberare; o perché informata dal Collegio delle già citate cause di archiviazione, compresa quella anomala per incompetenza, o perché investita dallo stesso della prescritta autorizzazione a procedere. In subordine, si chiedeva alla Corte di estendere il già citato obbligo di comunicazione anche in capo al Procuratore della Repubblica, ogni volta che avesse eventualmente qualificato come extrafunzionale la condotta addebitata ad un ministro, escludendo di conseguenza dalle indagini il Tribunale dei ministri.

La Corte, tuttavia, ha escluso tale ricostruzione, affermando con forza che in uno stato di diritto «la deviazione dalle ordinarie regole processuali è tollerata, quanto alla posizione del titolare di un organo costituzionale, solo per lo stretto necessario [...] e, al di fuori di simile limite funzionale, scade in prerogativa illegittima, se priva di espressa copertura costituzionale». Dunque, eventuali prerogative non possono essere legate a qualifiche meramente soggettive di una persona, pena la loro metamorfosi in veri e propri privilegi, ma devono essere ricollegate alla tutela delle funzioni costituzionali in questione. Peraltro, ulteriore corollario di tale impostazione, è che le immunità riconosciute ai titolari di cariche istituzionali, introducendo una deroga eccezionale al generale principio di uguaglianza, nonché all'ordinaria soggezione dei cittadini alla legge, devono avere espressa copertura costituzionale[22].

21. Cfr. l'art. 6 della legge cost. n. 1/1989.

22. Dunque, nel caso in cui la notizia di reato sia autosufficiente e descriva chiaramente come ministeriale il fatto, la competenza sarà del Tribunale dei ministri; se, viceversa, la escluda chiaramente, il procedimento dovrà seguire le regole ordinarie del c.p.p. Infine, secondo la Corte, non si può naturalmente escludere «che la sola descrizione del fatto, con le indicazioni dedotte a sostegno di essa nella notizia di reato, non sia tale da permetterne la qualificazione in termini ministeriali, ma che quest'ultima finisca per emergere solo successivamente, a seguito dell'acquisizione, anche attraverso le indagini, degli elementi utili a tale scopo». Tuttavia, «la già ricordata natura eccezionale della deroga alle regole generali della giurisdizione comporta [...] che la stessa possa operare solo allorché ne ricorrano integralmente tutti i presupposti; fino ad allora, invece, ovvero fino a quando non sia possibile cogliere i profili di ministerialità del fatto, tali regole generali dovranno continuare a trovare applicazione, poiché non sono ancora maturati i requisiti peculiari che ne determinano la cedevolezza, a fronte della normativa costituzionale speciale».

Nessuno spazio, in questo caso, per il principio di leale collaborazione, dal momento che il suo presupposto sarebbe «la convergenza dei poteri verso la definizione, ciascuno secondo la propria sfera di competenza, di una fattispecie di rilievo costituzionale» in un contesto in cui essi, «piuttosto che separati, sono invece coordinati dalla Costituzione» affinché la fattispecie si definisca attraverso il loro reciproco apporto[23]. Secondo la Corte, eventuali e ulteriori adempimenti comunicativi in capo all'autorità giudiziaria, non potendo essere dedotti implicitamente, necessiterebbero di un'eventuale previsione legislativa espressa.

4. Le questioni aperte dai recenti casi Diciotti, Gregoretti e Open Arms

Alcune delle questioni che abbiamo appena ricordato sono tornate al centro del dibattito in occasione delle diverse procedure giudiziarie attivate nei confronti dell'ex ministro dell'interno Salvini in merito alle note vicende delle navi Diciotti, Gregoretti e Open Arms[24].

Senza poter entrare, in questa sede, nel dettaglio di tali complesse vicende penali (che coinvolgono anche rilevanti profili di diritto internazionale), basti solo sottolineare come, pur nella diversità degli episodi contestati dall'autorità giudiziaria, oggetto di controversia siano le decisioni dell'ex ministro Salvini di vietare l'ingresso nelle acque nazionali e l'attracco a porti italiani di navi che avevano portato soccorso in acque internazionali a migranti in stato di pericolo, di cui si voleva conseguentemente vietare lo sbarco. Condotte che, nel complesso, hanno portato l'autorità giudiziaria ad ipotizzare le ipotesi di reato di sequestro di persona aggravato e di rifiuto di atti d'ufficio (artt. 81, co. 1, e 605, co. 1, 2, n. 2, e 3 c.p.; art. 81, co. 2, e 328, co. 1, c.p.).

Particolarmente interessanti, tuttavia, risultano le circostanze che hanno portato il Senato a decidere in maniera diversa, e a distanza di pochi mesi, rispetto a vicende che, pur nelle loro già citate differenze, evidenziavano forti profili di continuità. Come noto, infatti, nel caso della nave Diciotti l'Assemblea ha deciso di negare l'autorizzazione a procedere richiesta dal Tribunale dei ministri di Catania[25], conformemente alla proposta della Giunta[26]; mentre nel caso delle navi Gregoretti e Open Arms le autorizzazioni richieste, ancora una volta, dal Tribunale dei ministri di Catania e da quello di Palermo sono state concesse[27],

23. Affermazione che, a dire il vero, suscita più di una perplessità, dal momento che il principio di leale collaborazione è stato più volte richiamato dalla Corte in relazione a conflitti in cui la separazione tra le attribuzioni costituzionali in contestazione appare più che mai netta, come nel caso del segreto di Stato e delle decisioni che hanno recentemente coinvolto la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'autorità giudiziaria.

24. Sul punto, cfr. A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, p. 2 ss., www.federalismi.it.

25. Cfr. la delibera del 20 marzo 2019.

26. Cfr. DOC IV-*bis*, n. 1-A.

27. Vedi le delibere del 12 febbraio 2020 e del 30 luglio 2020.

anche se non sempre in coerenza con le proposte formulate dalla Giunta[28]. L'intervenuto mutamento della maggioranza politica che sosteneva il Governo, e il conseguente ricambio della compagine ministeriale, hanno infatti inciso in modo significativo sull'esito delle tre votazioni parlamentari.

Tutte le citate vicende, in ogni caso, hanno riproposto i dubbi sull'esatto ruolo del Parlamento nella valutazione delle richieste di autorizzazione a procedere per reati ministeriali e sulla esatta configurazione del perimetro delle due peculiari esimenti previste dall'art. 9 della legge cost. n. 1/1989. Quanto al primo punto, in tutte e tre le vicende la Giunta, nelle sue relazioni, ha correttamente sottolineato come non sia compito delle Camere valutare la fondatezza o meno delle ipotesi di reato contestate, quanto, piuttosto, quello di valutare esclusivamente l'esistenza o meno di una delle due eccezionali cause di giustificazione che, sole, consentono di negare l'autorizzazione a procedere. Tuttavia, arrivata a valutare la sussistenza o meno di una delle due citate esimenti, le argomentazioni della Giunta appaiono più incerte.

Concentrandosi, in particolare, sulla configurabilità o meno, nei casi citati, del «perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo»[29], la Giunta evidenzia in più di una occasione alcuni significativi slittamenti semantici, parlando a più riprese di «finalità governative» degli atti in contestazione e giungendo a valutare la sussistenza del «preminente interesse pubblico» (il tentativo di spingere ad una gestione più «rigorosa e corretta» dei flussi migratori a livello UE) addirittura *a contrario*, chiedendosi quale altro interesse avrebbe mai potuto perseguire l'ex ministro Salvini con le decisioni al centro di indagine da parte dell'autorità giudiziaria, escludendo possa trattarsi di un mero interesse «politico-partitico»[30]. Di tale esimente, poi, viene fornita un'interpretazione in chiave teleologico-soggettiva; secondo la Giunta, infatti, la legge cost. n. 1/1989 incentrerebbe la «scriminante *extra ordinem* in questione non sull'effettiva sussistenza di un preminente interesse pubblico, quanto sul perseguimento

28. Cfr., rispettivamente, DOC IV-*bis*, n. 2-A (che, vista la parità di voti favorevoli e contrari rispetto alla proposta di diniego del Presidente, proponeva all'Assemblea la concessione dell'autorizzazione, *ex* art. 107, co. 1, del Regolamento del Senato); DOC IV-*bis*, n. 3-A (che proponeva all'Assemblea il diniego dell'autorizzazione a procedere). Sulle delicate questioni regolamentari sollevate dal caso Gregoretti, al centro di un aspro confronto parlamentare, si vedano le osservazioni di S. Curreri, *La battaglia politico-regolamentare sul caso Gregoretti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, p. 385 ss.

29. Avendo valutato, con tutta evidenza, la totale estraneità delle vicende in esame rispetto all'ipotesi di «tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante». Cfr., in particolare, la Relazione della Giunta in relazione al caso Open Arms (DOC IV-*bis*, n. 3-A), secondo la quale «se nella prima scriminante il legislatore parla di interesse dello Stato (per certi versi considerandolo *ex se* cogente rispetto alla funzione di governo) nella seconda parla di preminente interesse pubblico, concetto non coincidente del tutto con la fattispecie dell'interesse dello Stato».

30. In questo senso, in particolare, la Relazione della Giunta in merito all'autorizzazione a procedere richiesta nell'ambito del caso Diciotti (DOC IV-*bis*, n. 1-A). Considerazioni in parte analoghe anche quelle svolte nella Relazione approvata nell'ambito del caso Gregoretti.

dello stesso. Essendo il profilo teleologico l'oggetto della valutazione del Senato, è la finalità perseguita dal ministro a costituire l'ambito del riscontro e non l'effettiva sussistenza» dell'interesse stesso[31]. Secondo la Giunta, infatti, alla stessa spetterebbe esclusivamente la valutazione sulla riconducibilità o meno delle scelte effettuate dall'ex ministro Salvini al perseguimento «di un interesse pubblico inerente all'azione di governo, a prescindere dall'efficacia delle stesse e dall'idoneità a raggiungere gli obiettivi perseguiti»[32].

Argomentazioni, tutte, che appaiono quanto mai discutibili sul piano costituzionale, riconducendo la valutazione politica delle Camere in materia ad un controllo esterno sulla sussistenza di una sorta di "sincera volontà politica" del membro del Governo, convinto in buona fede di perseguire gli interessi prioritari del Paese[33], senza alcuna valutazione oggettiva quanto alla loro ragionevole sussistenza e, soprattutto, quanto alla loro presunta "preminenza". Da segnalare, poi, il tentativo di attrarre alla valutazione parlamentare profili attinenti all'eventuale condivisione o meno delle condotte in contestazione con altri membri del Governo, e in particolare con il Presidente del Consiglio. Tale aspetto, infatti, lungi dal rafforzare o meno la presunta finalità governativa delle scelte dell'ex ministro Salvini (quasi che esercizio della funzione di governo possa essere considerato esclusivamente ciò che è espressione dell'indirizzo politico generale, e non anche l'attività di un singolo ministro nell'ambito delle competenze di governo lui attribuite), dovrebbe essere demandato, *in primis*, alla valutazione dell'autorità giudiziaria, al fine di accertare eventuali ulteriori ipotesi di responsabilità penale-ministeriale a titolo di concorso.

5. Il convitato di pietra dell'atto politico e i rischi di trasformazione della prerogativa in privilegio

Dulcis in fundo, il convitato di pietra: l'atto politico[34]. Riflessione preliminare e snodo centrale delle valutazioni dell'autorità giudiziaria[35], che esclude la riconducibilità delle

31. Così, in particolare, la Relazione della Giunta in merito all'autorizzazione a procedere richiesta nell'ambito del caso Gregoretti (DOC IV-*bis*, n. 2-A). Accenni in tale senso anche nella Relazione approvata nell'ambito del caso Diciotti.

32. In questo senso la Relazione della Giunta in merito all'autorizzazione a procedere richiesta nell'ambito del caso Open Arms (DOC IV-*bis*, n. 3-A).

33. Cfr., in questo senso, la Relazione della Giunta in merito all'autorizzazione a procedere richiesta nell'ambito del caso Gregoretti (DOC IV-*bis*, n. 2-A), secondo la quale «sotto il profilo soggettivo difetta poi la consapevolezza e la volontà del ministro Salvini di privare illegittimamente della libertà personale i migranti a bordo».

34. Cfr. l'art. 7 d.lgs. n. 104/2010: «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». Sul tema, da ultimo, si vedano le riflessioni di A. Lollo, *Atto Politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020.

35. Si vedano, sul punto, le richieste di autorizzazione a procedere inoltrate dal Tribunale dei ministri di Catania (DOC IV-*bis*, n. 1 e DOC IV-*bis*, n. 2) e dal Tribunale dei ministri di Palermo (DOC IV-*bis*, n. 3).

condotte oggetto di contestazione a tale problematica categoria[36], essa affiora comunque tra le righe, e a più riprese, anche nelle Relazioni approvate dalla Giunta. Tuttavia, a ben vedere, tale questione non appare in alcun modo collegata alle valutazioni rimesse al Parlamento in relazione alla vigente disciplina dei reati ministeriali.

A prescindere, infatti, dall'esatta configurazione dell'atto politico nell'attuale ordinamento costituzionale[37], caratterizzato dalla individuazione di specifiche limitazioni all'azione dei pubblici poteri, anche di natura politica, e dalla costruzione di un sistema di garanzie costituzionali "rigide" che si impongono anche agli organi costituzionali espressivi dell'indirizzo politico, la sua valorizzazione nell'ambito della più recente prassi parlamentare in materia di reati ministeriali rischia di snaturare il ruolo delle Camere in sede di autorizzazione a procedere, trasformando una legittima prerogativa in illegittimo privilegio.

L'intervento parlamentare, infatti, dovrebbe essere finalizzato ad una valutazione della presenza o meno delle eccezionali cause di giustificazione previste dalla legge cost. n. 1/1989 l'esistenza delle quali, ancorata al perseguimento di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo, sembra prescindere dalla natura, "politica" o "amministrativa", delle decisioni ministeriali oggetto di indagine. Lo spettro di intervento parlamentare, infatti, mira a valutare se l'azione del governo sia o meno giustificata alla luce del perseguimento di un superiore interesse pubblico di rilievo costituzionale, a prescindere dal più generale problema dell'esistenza di atti politici, liberi nel fine, espressione di ampia discrezionalità e per questo sottratti alla giurisdizione ordinaria[38].

Imprescindibili, in ogni caso, appaiono le coordinate costituzionali. Se, infatti, il riferimento alla Carta fondamentale appare evidente nel caso del perseguimento di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante, esso sembra rilevante anche in relazione al perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di

36. Cfr. P. Zicchittu, *Reati ministeriali, atto politico e tutela dei diritti fondamentali alla prova del caso Diciotti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 420 ss.; nonché G. Panattoni, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi "Diciotti" e "Gregoretti"*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020, p. 212 ss. (www.federalismi.it).

37. Con particolare riferimento, come noto, all'art. 24 Cost.: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»; all'art. 112 Cost.: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»; ma soprattutto all'art. 113 Cost.: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti». Sul punto, vedi l'importante sent. n. 82/2012 della Corte costituzionale, in base alle quali «gli spazi di discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto» (in senso analogo, da ultimo, vedi anche la successiva sent. n. 52/2016).

38. Fermo restando che, in base alla già citata giurisprudenza costituzionale, «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate», davanti alla giurisdizione comune o costituzionale a seconda dei casi (cfr. le sentt. nn. 81/2012 e 56/2016).

governo, dove il riferimento a valori di rango costituzionale appare comunque necessario, non foss'altro per orientarsi quanto alla valutazione sulla preminenza o meno dell'interesse pubblico perseguito.

Nei già citati casi Diciotti, Gregoretti e Open Arms la Giunta, pur affermando che la natura dell'atto «potrebbe non investire l'oggetto delle valutazioni» parlamentari, ha comunque ribadito come il Senato sia chiamato a valutare la presenza o meno di un «interesse pubblico governativo», concludendo che «anche un atto amministrativo (o di alta amministrazione) può avere finalità governative». Con il che, però, si manifesta ancora una volta lo snaturamento del ruolo affidato alle Camere dalla legge cost. n. 1 del 1989, che non consiste tanto nel valutare se una condotta abbia non ben definite «finalità governative» in senso soggettivo (quale atto ministeriale, così inteso, non le avrebbe?), quanto piuttosto quello di valutare se esso sia espressione, del perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo, valutato sul piano oggettivo.

Tradendo, forse, la consapevolezza di sostenere un'interpretazione fortemente estensiva della scriminante in questione, emerge contemporaneamente il tentativo, da parte della Giunta, di una successiva delimitazione dell'area della "ministerialità possibile" (di cui, però, non vi è traccia nel dettato normativo). Secondo la Giunta, infatti, «l'autonomia della funzione di governo [...] va [...] vagliata innanzitutto nell'ambito della valutazione della precondizione inerente la ministerialità del reato. È in questa fase valutativa, infatti, che si collocano, sul piano sistematico e procedurale, le riflessioni circa la non configurabilità dei reati ministeriali in relazione a fattispecie criminose che ledano in modo irreversibile determinati diritti fondamentali»[39].

Tuttavia, ancora una volta, sembra che la Giunta sovrapponga l'area della qualificazione del fatto e della valutazione del nesso funzionale, spettante, *in primis*, all'autorità giudiziaria a cui consegue l'attivazione di una determinata e specifica procedura diversa da quella ordinaria, dalla differente valutazione, in relazione a quella condotta, della presenza o meno di una delle due specifiche scriminanti, di competenza delle Camere. Siamo, infatti, davvero sicuri che sempre ed in ogni caso la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo impedisca la limitazione dei diritti fondamentali, al

39. Così, in particolare, la Relazione della Giunta in merito all'autorizzazione a procedere richiesta nell'ambito del caso Diciotti (DOC IV-*bis*, n. 1-A), secondo cui «la configurazione di ministerialità di un reato si arresta [...] alle soglie della lesione irreversibile di diritti fondamentali, essendo talmente grave l'ipotetica lesione – palesemente *contra constitutionem* – di tali diritti, da alterare la natura precipua del reato e da sottrarlo conseguentemente dall'area della connessione funzionale e della ministerialità».

di fuori di ogni possibile valutazione di ragionevolezza e proporzionalità? E quando si dovrebbe ritenere integrata una lesione "irreversibile" degli stessi?[40]

Su questi e altri snodi problematici della più recente prassi parlamentare in materia di reati ministeriali sarà forse chiamata a pronunciarsi nuovamente la Corte costituzionale, se sollecitata sul punto dall'autorità giudiziaria (e in particolare dal Tribunale dei ministri) in occasione di un eventuale diniego di autorizzazione a procedere motivato in maniera non coerente con i principi ispiratori dell'attuale disciplina costituzionale. In questo senso, allora, il caso Diciotti rappresenta forse un'occasione persa.

40. Il problema, anche se in un contesto chiaramente diverso, sembra emergere dalla disciplina codicistica delle cause di giustificazione (artt. 50-54 c.p.), alcune delle quali possono senz'altro riguardare casi di lesione, eventualmente anche irreversibili, dei diritti fondamentali (come, ad es., nel caso della legittima difesa, dell'uso legittimo delle armi o dello stato di necessità). Particolare, poi, il caso di cui all'art. 51 c.p., con particolare riferimento all'adempimento del dovere, la cui diversità, sotto altri profili, dalle scriminanti *extra ordinem* di cui alla disciplina dei reati ministeriali è a più riprese evidenziata dalla Giunta (cfr. le già citate Relazioni approvate nell'ambito dei casi Diciotti, Gregoretti e Open Arms, con specifico riferimento ai presupposti della necessità ed indispensabilità dell'atto criminoso). Sul punto, da ultimo, si vedano le osservazioni di L. Masera, *op. cit.*, in particolare p. 166 ss.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

LA CRISI DEI MIGRANTI NEL MEDITERRANEO CENTRALE: LE OPERAZIONI *SEARCH AND RESCUE* NON SONO UN FATTORE DI ATTRAZIONE

di Carlo Amenta, Paolo Di Betta, Calogero "Gery" Ferrara

Abstract: *Questo saggio riassume alcuni risultati che emergono dalle nostre ricerche in merito alla crisi migratoria lungo la rotta c.d. del Mediterraneo Centrale. In uno scenario geopolitico nord-africano deteriorato, condizionato soprattutto dall'instabilità della Libia, i nostri risultati evidenziano che le operazioni search and rescue (SAR) in mare non costituiscono un fattore di attrazione (pull factor), contrariamente a quanto sostenuto da più parti, né tantomeno contribuiscono, come temuto, ad aumentare la probabilità di morte in mare dei migranti. Il flusso migratorio è causato dalle condizioni strutturali dei Paesi di origine, dalla necessità di fuga da situazioni di disperazione e di ricerca di un futuro migliore, ed è facilitato dalla presenza di network criminali, che vanno contrastati senza alcuna esitazione.*

Abstract: *We present a synthesis of some results of our research on the migrant crisis along the Central Mediterranean Route. In the uncertain North-African geopolitical scenario, characterized by Libya's instability, our results show that, contrary to common beliefs, the search and rescue operations (SARs) at sea are not a pull factor and do not contribute to increase the probability of dying at sea: SARs save the lives of migrants. The migrant flow originates from the structural conditions of the sending countries and is facilitated by the criminal networks, whose activity needs to be contrasted.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA CRISI DEI MIGRANTI NEL MEDITERRANEO CENTRALE: LE OPERAZIONI *SEARCH AND RESCUE* NON SONO UN FATTORE DI ATTRAZIONE

di Carlo Amenta, Paolo Di Betta, Calogero "Gery" Ferrara[*] [**]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le SAR governative. – 3. L'evidenza empirica sulle SAR come fattore attrattivo. – 3.1. Le SAR aumentano i morti durante la traversata in mare? – 3.2. Il mercato del contrabbando di esseri umani: una prospettiva parziale, dal lato dell'offerta. – 3.3. La prospettiva dal lato della domanda: contrastare le cause della migrazione nei Paesi di origine. – 3.4. La prospettiva dal lato della domanda: le condizioni politiche nei Paesi di transito. – 3.5. La prospettiva dal lato della domanda: l'importanza di smantellare le organizzazioni criminali. – 3.6. La prospettiva dal lato della domanda: l'effetto complessivo. – 4. Discussione. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In questo saggio illustriamo alcune evidenze empiriche che emergono da una ricerca che stiamo conducendo da alcuni anni, sulla scia di alcune indagini dirette dalla Procura della Repubblica di Palermo in merito alle organizzazioni criminali dedite al traffico di uomini (*smuggling*) ed alla tratta di esseri umani (*trafficking*) sulla rotta migratoria c.d del Mediterraneo Centrale, con particolare riguardo alle indagini denominate *Glauco* e via via numerate da 1 a 4.

Nella nostra ricerca abbiamo preso le mosse dai dubbi emersi da più parti sulle operazioni di pattugliamento in mare con finalità di ricerca e salvataggio condotte sotto l'egida dell'Italia o dell'Unione Europea, comunemente note come attività di *search and rescue* (in breve: SAR) governative. Per esempio, Frontex ha espresso dubbi sugli effetti benefici delle SAR e in generale è stata spesso critica nei loro confronti. Secondo Frontex,

[*] Amenta e Di Betta sono professori associati dell'Università di Palermo, Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche; Ferrara è magistrato in servizio presso la Procura della Repubblica di Palermo – Direzione Distrettuale Antimafia.

[**] Questo lavoro prende lo spunto dalla partecipazione di Amenta e Di Betta al convegno-webinar *Quale governo per le migrazioni?* tenutosi online il 20 novembre 2020, organizzato dai dipartimenti Di.SEA.DE – Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Bicocca di concerto con ADiM Associazione Diritto e Migrazioni, Università della Tuscia, ASGI Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione. Si ringraziano gli organizzatori e l'Università Milano-Bicocca per l'ospitalità, in particolare Monica Bonini, Camilla Buzzacchi e Salvatore La Porta. Ringraziamo Cecilia Corsi e Luca Mario Masera per l'interesse mostrato per la nostra ricerca. Ringraziamo il referee anonimo per i suoi commenti, che ci hanno fatto migliorare il nostro saggio. Eventuali errori e imprecisioni sono esclusiva responsabilità degli autori.

infatti, le missioni di sorveglianza del confine e le missioni SAR vicine o entro le 12 miglia di acque territoriali libiche hanno rilevanti conseguenze non intenzionali, perché influenzano i piani dei contrabbandieri di esseri umani e sono un *pull factor*, che si aggiunge alle difficoltà già presenti nei controlli al confine e nel salvataggio delle vite in mare[1]. Frontex afferma che tutte le parti presenti nel Mediterraneo Centrale coinvolte nelle operazioni SAR (quindi anche le organizzazioni non governative) aiutano i criminali e i loro traffici illeciti, ancorché in maniera non intenzionale, perché aumentano le *chance* di successo della traversata; i migranti e i rifugiati, incoraggiati dalle storie di chi nel passato è riuscito a raggiungere l'Europa, si avventurano fiduciosi di ricevere assistenza umanitaria. Ci limitiamo a citare solo le osservazioni di Frontex perché esse sono emblematiche, data la rilevanza e l'autorevolezza dell'organismo europeo, e comunque espressione di una ben precisa tendenza in tal senso, a livello politico, e non solo.

Affermazioni come questa o di tenore simile hanno stimolato il nostro interesse e ci hanno spinto a verificare empiricamente l'attendibilità scientifica di alcune ipotesi – comunemente date per assodate – riguardo agli effetti delle SAR. Pertanto, abbiamo applicato alcuni modelli econometrici ai dati ufficiali sulla nazionalità di provenienza dei migranti, cortesemente messi a disposizione dal Ministero dell'interno.

Le risultanze emerse dalle indagini della Procura di Palermo (in particolare, di quelle relative a *Glauco* 1), unite alle elaborazioni sui dati forniti dal Ministero, hanno consentito di delineare un quadro unitario sul fenomeno migratorio e dell'attività criminale gravitante attorno ad esso. In questa sede ci occupiamo della veridicità dell'affermazione che le SAR costituiscano un fattore di attrazione (*pull factor*) per i migranti. Dopo avere analizzato il reale effetto delle SAR governative, possiamo commentare, sulla base di dati affidabili, anche le affermazioni sul supposto ruolo attrattivo delle operazioni SAR delle organizzazioni non governative presenti nell'area.

Facendo leva sui risultati empirici, possiamo affermare che lo stigma che affligge le SAR è frutto di una narrazione che si è appropriata, distorcendoli, di alcuni termini quali i «fattori di attrazione» e «di respingimento» (i c.d. *pull* e *push factors*), termini che sono normalmente usati in ambito di elaborazione teorica senza alcuna coloritura di tipo valutativo che apra il fianco a connotazioni politiche. Nostro ulteriore contributo è stato quello di dimostrare che l'utilizzo improprio di termini in uso nell'elaborazione teorica del fenomeno migratorio ha condizionato le valutazioni sugli interventi opportuni e, in ultima analisi, anche la scelta delle azioni di governo e gestione delle migrazioni e delle sue conseguenze. Al fine di superare questa *impasse*, la nostra proposta è, in prima battuta, di adoperare termini più neutri quando si fa riferimento alle *policy*, distinguendo

1. *Annual Risk Analysis* del 2017, p. 32.

semplicemente fra politiche di breve e politiche di lungo periodo, a seconda che esse siano pensate come transitorie o permanenti.

In questo articolo ci siamo permessi di non soffermarci sul dettaglio delle tecniche econometriche utilizzate, convinti che fornirebbero soltanto maggiori ostacoli ad una lettura fluida dei risultati ottenuti; rimandiamo il lettore più curioso sulle tecnicalità econometriche al nostro saggio[2]. Dato che non diciamo nulla sui modelli econometrici, il lettore potrebbe rimanere colpito da qualche nostra affermazione di tipo causa-effetto. Invero, anche fra gli economisti è un luogo comune che non si possano individuare relazioni causali attraverso l'econometria, ma noi riteniamo di poter fare delle affermazioni in tal senso perché l'individuazione di relazioni causali è resa possibile da alcune metodologie da noi utilizzate e oramai diffuse nella comunità degli economisti da più di trenta anni. È chiaro che di volta in volta sottolineeremo i limiti nell'interpretazione dei risultati, anche se in assenza di espressa menzione delle tecniche utilizzate.

Il saggio è strutturato nel seguente modo. Nella prossima sezione definiamo le SAR governative e nella successiva (sez. 3) presentiamo i risultati che evidenziano che le SAR, oltre a salvare di per sé un numero rilevantissimo di vite umane, hanno in effetti ridotto la probabilità di morire in mare. Inoltre, mostriamo che una accurata analisi econometrica delle condizioni strutturali dei Paesi di provenienza mette in evidenza una serie particolarmente numerosa di fattori che concorrono a favorire il desiderio di migrare, e confuta il luogo comune che le SAR siano un fattore di attrazione. In conclusione, evidenziamo che le SAR governative sono un intervento resosi necessario allorché è venuta meno la politica di lungo termine di cui si era dotata l'Italia, cioè gli accordi con Paesi di transito dei migranti come la Libia, e l'Europa non aveva ancora adottato dei provvedimenti di carattere più ampio e comprensivo riguardo alle politiche sulle migrazioni.

2. Le SAR governative

La rotta dei migranti lungo il Mediterraneo Centrale è la più pericolosa rotta migratoria al mondo: nel periodo da noi preso in considerazione, da gennaio 2011 a luglio 2018, le statistiche ufficiali riportano 17840 morti, cioè circa 196 decessi al mese, cifra che è una approssimazione per difetto del numero effettivo. Il punto di svolta nell'atteggiamento delle istituzioni italiane ed europee nei confronti delle morti dei migranti in mare è cambiato con il tragico naufragio del 3 ottobre 2013 a Lampedusa, in cui hanno perso la vita 368 migranti secondo le stime più accreditate.

2. C. Amenta, P. Di Betta, C. Ferrara, *The Migrant Crisis in the Mediterranean Sea: Empirical Evidence on Policy Interventions*, in *Socio-Economic Planning Sciences*, 2021, reperibile nel sito: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0038012121000306.

Le SAR "governative," siano esse sotto l'egida dell'Italia o dell'Unione Europea, sono un sottoinsieme delle operazioni di pattugliamento in mare, per cui vanno individuate sulla base delle loro caratteristiche. Innanzitutto, si qualificano come potenziali SAR soltanto le operazioni effettuate a partire da ottobre 2013. Inoltre, occorre che il mandato della missione faccia espresso riferimento all'obiettivo di ricercare attivamente migranti da salvare. La novità del mandato SAR sta nel fatto che alle operazioni di pattugliamento antecedenti a *Mare Nostrum* – realizzata in via esclusiva dall'Italia – non era espressamente richiesto di ricercare attivamente le imbarcazioni da soccorrere, mentre è ovvio che i naufraghi a mare debbano essere tratti in salvo, non solo per evidenti motivi morali ma anche alla luce degli obblighi internazionali nascenti dalla convenzione internazionale *Safety of Law at Sea* (SOLAS) e dalla *UN Convention on the Law of Sea* (UNCLOS). Infine, le SAR si caratterizzano per l'ampliamento dell'area di pattugliamento e il maggiore dispiegamento di risorse (forze aereo-navali, equipaggi, dotazioni di attrezzature, ecc.). In sostanza, le operazioni di pattugliamento a partire da *Mare Nostrum* (dall'ottobre 2013, nel periodo da noi considerato) si qualificano come SAR.

L'atteggiamento nei confronti delle SAR è stato costantemente improntato all'avversione. Prima che l'Unione Europea dichiarasse il salvataggio dei migranti come una priorità (*European Agenda on Migration*), a favore delle SAR si erano dichiarate soltanto le organizzazioni umanitarie (per es. *Amnesty International*) e la *International Organisation for Migration* (IOM) dell'ONU. Oltre al già citato atteggiamento di Frontex, secondo cui tutte le SAR nel Mediterraneo Centrale aiutano di fatto il *business* dei criminali, vale la pena ricordare che, ancora qualche settimana prima del lancio della *European Agenda*, Fabrice Leggeri di Frontex si dichiarò contrario a trasformare l'operazione *Triton* in una SAR, per timore che fornisse supporto e alimento al *business* dei trafficanti[3]. Secondo Leggeri, Frontex non poteva accogliere nei propri piani operativi indicazioni sulle SAR pro-attive, perché le SAR non rientravano nel mandato di Frontex e, per quanto a sua conoscenza, nemmeno nel mandato dell'Unione Europea.

Analoghe erano le posizioni espresse dai rappresentanti di alcuni governi europei. Poiché il Primo Ministro Boris Johnson, nel suo discorso alla nazione sulla c.d. *Brexit* (31 gennaio 2020), ha menzionato il riappropriarsi del controllo sull'immigrazione al primo posto fra i poteri che sono stati riacquisiti dal governo inglese, possiamo considerare la posizione del Regno Unito come rappresentativa dell'atteggiamento contrario alle SAR[4].

3. P. Kingsley, I. Traynor, *EU borders chief says saving migrants' lives "shouldn't be priority" for patrols*, in *The Guardian*, 22 aprile 2015. Prelevato da: https://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/eu-borders-chief-says-saving-migrants-lives-cannot-be-priority-for-patrols. 2015.

4. V. anche A. Travis, *UK axes support for Mediterranean migrant rescue operation*, in *The Guardian*, 27 ottobre 2014. Prelevato da: https://www.theguardian.com/politics/2014/oct/27/uk-mediterranean-migrant-rescue-plan.

Questo atteggiamento è riassunto in un Report della *House of Lords*[5] (parr. 61-64) dedicato all'operazione EUNAVFOR-Med *Sophia*. In detto Report si afferma che, in quanto SAR, anche *Sophia* (come *Mare Nostrum*) nutre le speranze di un passaggio sicuro: una conseguenza non voluta di *Sophia* è dunque quella di aiutare il *business* dei trafficanti di esseri umani. Operando al di là delle acque territoriali europee, le missioni a mare consentono agli *smuggler* di utilizzare imbarcazioni che a malapena sono adatte ad allontanarsi dalla costa e ad avventurarsi in mare aperto, invece dei barconi precedentemente utilizzati, che erano, in qualche modo, adatti alla navigazione diretta fino alle acquee europee. Ciò è in linea con quanto correttamente evidenziato da Frontex[6]: le SAR facilitano l'operato dei contrabbandieri, consentendogli di raggiungere i loro obiettivi con costi minimi, mediante l'utilizzo di imbarcazioni inadatte alla traversata e sovraccariche, messe in mare con il solo scopo di essere intercettate dalle SAR. Invero, i risultati che emergono dalla nostra indagine empirica a prima vista corroborano questa visione, ma trattasi di una prospettiva parziale, perché si limita a considerare soltanto l'effetto dei fattori che operano sul lato dell'offerta! Per avere una prospettiva completa sulle cause del fenomeno occorre prendere in considerazione anche il lato della domanda, dove sono dirimenti le motivazioni che hanno spinto i migranti a partire: finché non si stima l'effetto delle c.d. *root causes*, cioè delle cause della partenza nei Paesi di origine, l'analisi rimarrà parziale. Vedremo fra breve che i risultati sulle *root causes* ribalteranno le conclusioni ora enunciate e "scagionano" le SAR dall'accusa di essere dei fattori attrattivi: il groviglio dei problemi strutturali risiede nei Paesi di origine dei migranti.

3. L'evidenza empirica sulle SAR come fattore attrattivo

In questa sezione affrontiamo alcune questioni che sorgono in merito alle SAR. Esse sono riassunte in questa risposta fornita nella *House of Lords* nell'ottobre 2014 da Lady Anelay, *Foreign Office Minister* del Regno Unito. Lady Anelay doveva rispondere ad una interrogazione, posta da Lord Hylton, in merito alle intenzioni del Governo britannico riguardo alla partecipazione alle operazioni di pattugliamento a mare: «Che contributo intende dare il Governo per impedire l'annegamento in mare?» Nella risposta il Ministro Lady Anelay affermò che il Governo non avrebbe sostenuto le operazioni SAR nel Mediterraneo perché, essendo un *pull factor*, incoraggiano i migranti e quindi avrebbero causato più morti, mentre era il caso di concentrare le attenzioni sui Paesi di origine e transito e sulle politiche di contrasto alle organizzazioni criminali.

5. House of Lords, *Operation Sophia, the EU's naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge*, European Union Committee, 14th Report of Session 2015-16, 13 maggio 2016.
6. *Annual Risk Analysis*, 2017, p. 32.

Abbiamo fatto tesoro di questa affermazione di Lady Anelay e l'abbiamo tradotta in ipotesi da testare. Iniziamo con la questione se con le SAR si verificano effettivamente più morti (sez. 3.1.), poi affrontiamo definitivamente la questione se le SAR siano un *pull factor*. A tal fine procediamo per passi intermedi. In primo luogo, presentiamo i risultati dell'analisi parziale dal solo lato dell'offerta (sez. 3.2.); se ci limitassimo a questa prospettiva, sembrerebbe che le SAR siano un *pull factor*. È per tale ragione che occorre invece considerare pure il lato della domanda (sez. 3.3. e ss.). Le nostre evidenze empiriche ci consentono di rispondere anche alle altre due questioni cui faceva riferimento Lady Anelay: se per prevenire i flussi migratori occorre affrontare le loro cause nei Paesi di provenienza e di transito (per cui l'efficacia delle politiche di rimpatrio è condizionata dall'instabilità politica in questi stessi Paesi, fra cui in primo luogo la Libia; sez. 3.4.) e l'importanza di smantellare i *network* del traffico di uomini per ridurre la migrazione illegale (sez. 3.5.). Nella sez. 3.6. mostriamo il reale effetto attrattivo delle SAR, che è molto limitato.

3.1. Le SAR aumentano i morti durante la traversata in mare?

Nel 2017 Frontex mise in evidenza il paradosso che nonostante il rafforzato impegno di EUNAVFOR Med/Frontex e delle ONG si continuava ad assistere al crescente aumento del numero dei morti in mare[7]. Frontex correttamente individuava la ragione dell'aumento del numero dei morti nell'utilizzazione, da parte degli *smuggler*, di imbarcazioni sempre piú fatiscenti, per di più spesso messe in mare in condizioni atmosferiche impossibili.

La questione se le SAR abbiano contribuito ad aumentare i morti in mare va impostata correttamente, perché giudicare le SAR sulla base del numero dei decessi che si verificano durante le traversate non aiuta a dirimere la questione. Ciò perché il numero dei morti dipende dal numero delle partenze, e finché non si chiarisce da cosa dipendano le partenze non si può affermare che le SAR abbiano determinato un aumento dei morti. Il dato da prendere in considerazione non è il numero dei morti in mare durante le SAR, ma il tasso di mortalità, cioè la probabilità di morire in mare. Dobbiamo considerare la probabilità (un rapporto) invece dei valori assoluti, perché il valore assoluto dei decessi si muove contemporaneamente al numero di coloro che si imbarcano. Usando la probabilità, invece, riusciamo ad isolare il fenomeno "decessi" dall'altro fenomeno, cioè «perché si imbarcano?» (vale a dire, «perché partono?»).

Nella nostra analisi ci siamo mossi dall'osservazione che le partenze sono la somma degli arrivi e dei morti (sui quali i dati sono approssimativi). Riguardo le statistiche sui decessi, va precisato che le organizzazioni internazionali hanno iniziato a prendere nota dei morti in maniera continuativa soltanto dopo il naufragio di Lampedusa del 3 ottobre 2013;

7. *Annual Risk Analysis*, 2017, p. 33.

ciò vale pure per l'IOM (v. il sito https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean), che utilizza fonti giornalistiche (v. il sito http://fortresseurope.blogspot.com/, che è la fonte da noi consultata per calcolare i morti e i salvati in tutto il lasso di tempo preso in considerazione).

Nell'orizzonte temporale considerato, da gennaio 2011 a luglio 2018 (trattasi di 91 osservazioni mensili), le nostre stime forniscono una probabilità di morire del 3,2%, che rimane costante in tutto il periodo considerato, per cui possiamo tranquillamente affermare che la presenza delle SAR non ha fatto aumentare la probabilità di morire in mare.

Abbiamo pure calcolato cosa sarebbe successo se non ci fossero state le SAR pronte ad intervenire a salvare i migranti naufragati. È bene precisare che da questi calcoli abbiamo escluso i salvataggi attribuiti alle guardie costiere di Egitto, Libia, Malta, Tunisia; abbiamo considerato soltanto quelli operati dalla guardia costiera italiana. Se si prendono in considerazione i salvataggi in mare conseguenti al naufragio dell'imbarcazione (come descritto nelle relative notizie riportate dal sito giornalistico di *Fortress Europe* su citato), la probabilità di morire sarebbe stata piú alta, vale a dire circa il 5,4% (il 70% in più di quella effettiva). È invero doveroso da parte nostra osservare che alcuni di questi naufragi avrebbero potuto essere evitati grazie al soccorso da parte di altre imbarcazioni, per esempio da qualche peschereccio o mercantile in zona, oppure dalla guardia costiera italiana (che ha sempre operato in senso umanitario anche prima della istituzione delle SAR e di essere impiegata a supporto delle stesse). In effetti i trafiletti e gli articoli giornalistici riportati nel sito di *Fortress Europe* che segnalano i salvataggi non dànno informazioni sufficienti riguardo al fatto se la guardia costiera agiva o no a supporto delle SAR. In sostanza, quindi, attribuire tutti questi salvataggi interamente alle SAR non è corretto, ma sicuramente lo è almeno per una sua parte, nel qual caso la probabilità di morire sarebbe in ogni caso compresa fra 3,2% e 5,4%. Vale comunque la pena sottolineare questo risultato, perché aggiunge evidenza a sostegno dell'idea che non solo non c'è stato un aumento della probabilità di morire in mare, ma è addirittura molto probabile che si sia assistito ad un aumento delle persone salvate grazie all'azione congiunta delle SAR insieme allo sforzo indefesso della guardia costiera italiana.

Ogni qual volta vengono presentati dei risultati empirici, gli scettici sono soliti obiettare che col senno di poi chiunque sarebbe in grado di prendere le giuste decisioni, basandole su dati che sono a disposizione ad eventi avvenuti. In effetti, una legittima obiezione alle nostre evidenze empiriche potrebbe essere questa: «I vostri risultati empirici sono presentati oggi, col senno di poi! Cosa ne poteva sapere delle operazioni SAR Lady Anelay nell'ottobre 2014? Non sapendo nulla, ha fatto una dichiarazione prudente!». Ebbene, in primo luogo va detto che Lady Anelay non fece una affermazione molto prudente, al contrario. In effetti, la dichiarazione è molto precisa, senza che fosse supportata da calcoli simili ai nostri, perché

non li aveva commissionati. In secondo luogo, è veramente un peccato che non abbia pensato di esercitarsi in quei calcoli, perché ne aveva la possibilità! Infatti Lady Anelay avrebbe già potuto sapere, allora, tutto quello che sappiamo oggi: se solo avesse avuto il dubbio e avesse richiesto una ricerca empirica, avrebbe potuto fare una *educated guess*. All'epoca del suo discorso, l'operazione *Mare Nostrum* era attiva da 11 mesi (e prossima a finire) ed erano già disponibili 11 osservazioni mensili relative al periodo ottobre 2013-settembre 2014, dal cui utilizzo si sarebbero potuto trarre delle indicazioni di massima sulla relazione fra SAR e probabilità di morire in mare.

Abbiamo rifatto i calcoli con il *dataset* ridotto che era già a disposizione a quel tempo. Trattasi cioè di un *dataset* con 45 osservazioni mensili (da gennaio 2011 a settembre 2014) invece delle 91 osservazioni utilizzate per i calcoli completi presentati sopra. Ebbene, il risultato non cambia: la probabilità di morire è sempre il 3,2%, sia che si usi il *dataset* incompleto al tempo di Lady Anelay (45 osservazioni) sia che si usi quello completo (91 osservazioni). Non possiamo che rammaricarci per l'occasione perduta: nel 2014 Lady Anelay, all'esito di una *educated guess*, non avrebbe accusato le SAR di causare morti in mare.

Tutto ciò dovrebbe essere da monito per coloro che si avventurano in affermazioni sugli effetti degli interventi; in molti casi tali affermazioni non sono corroborate da alcuna evidenza empirica e risulterebbero false, o quantomeno poco corrette, se questa fosse presentata.

3.2. Il mercato del contrabbando di esseri umani: una prospettiva parziale, dal lato dell'offerta

Il fenomeno delle migrazioni è ingannevole e complesso. È ingannevole perché noi osserviamo soltanto un dato aggregato (il numero degli arrivi, o delle partenze) che è il frutto dell'interazione di moltissimi fattori. Questi fattori sono molti e complessi. Essi agiscono sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta all'interno di un vero e proprio mercato, tanto che il numero degli arrivi/partenze è un valore di equilibrio di quel mercato particolare che si occupa di trasferire esseri umani fra i confini statali. In questo mercato, la domanda è rappresentata da coloro che desiderano lasciare il loro Paese di nascita, per cercare condizioni di vita migliori o per sfuggire a guerre o disastri o per qualsiasi altro motivo, mentre l'offerta è rappresentata da coloro che dànno la possibilità di fuggire dal loro Paese, offrendo una serie di "servizi" (se si limitano allo *smuggling*) o approfittando in maniera violenta del loro stato di necessità (sfociando nel *trafficking*). Il dato degli arrivi (e ciò vale anche per quello delle partenze) è un valore aggregato ed unitario, che va invece disarticolato e frammentato, al fine di separare e isolare le forze che agiscono dal lato della domanda dai fattori che agiscono dal lato dell'offerta. Solo così si può comprendere se c'è un reale effetto *pull*, ossia di attrazione, delle SAR, o se invece è maggiore l'effetto *push*,

cioè la spinta a partire, che è da ricercare nei fattori presenti dai Paesi di origine (le famose *root causes*).

Tutto ciò è fondamentale per capire come approntare gli interventi più opportuni.

Ecco cosa succede se consideriamo soltanto il lato dell'offerta. Abbiamo già detto che la presenza delle SAR è stata sfruttata immediatamente dalle organizzazioni criminali, perché hanno messo in mare imbarcazioni a malapena in grado di galleggiare, figurarsi raggiungere il mare aperto. Questo ha consentito loro di ampliare immediatamente la «capacità produttiva» dei loro impianti (detto nel gergo aziendalistico), ovverosia ha dato loro la possibilità di "smaltire" velocemente una enorme massa di migranti accumulatasi nei punti di imbarco, mettendo in mare un numero impressionante di migranti desiderosi di fare la traversata verso le coste italiane a qualunque costo.

Se analizziamo il solo dato aggregato delle partenze dal lato dell'offerta, cioè senza considerare i fattori che muovono la domanda, notiamo quanto segue. Durante il periodo delle SAR (a partire da ottobre 2013) le partenze sono aumentate di 7564 persone al mese, da aggiungere a un flusso costante mensile di 6501 che persiste in tutto il periodo (da gennaio 2011 a luglio 2018). Nella nostra equazione di regressione, notiamo che le condizioni proibitive di vento forte (calcolata come il numero di giorni nel mese in cui il vento è almeno forza 7 nella scala Beaufort: vento a 28-33 nodi; dati METEOMAR del Ministero della difesa) sono un fattore deterrente, riducendo di 572 le partenze mensili. Non hanno effetto statistico le condizioni politiche in Libia (nella sez. 3.4. forniamo una dettagliata spiegazione di questa variabile), la probabilità di morire in mare e le condizioni di mare mosso (il numero di giorni nel mese in cui il mare è forza 5 nella scala Douglas, cioè con onde di circa 2,5-4 metri, dati METEOMAR). Queste risultanze verranno ribaltate nelle sezioni successive in cui prenderemo in considerazione i fattori scatenanti le migrazioni dal lato della domanda.

A costo di essere ripetitivi, ma è bene tenere a mente il dato perché sarà utile a breve: se noi guardassimo soltanto al lato dell'offerta, le SAR hanno causato un aumento di partenze mensili pari a 7564, perché è evidente che gli *smuggler* hanno immediatamente messo in mare qualsiasi tipo di imbarcazione per fare fronte all'enorme domanda. Ecco, quindi, che la questione da porre è: da cosa è creata tutta questa domanda?

3.3. La prospettiva dal lato della domanda: contrastare le cause della migrazione nei Paesi di origine

I fondamenti dell'economia di mercato sono un'utile guida nel dissipare la nebbia che avvolge l'equilibrio fra domanda e offerta: il successo di una iniziativa (per intenderci: che siano in molti ad acquistare il prodotto o il servizio offerto) va sempre rintracciato nella sua capacità di soddisfare quelle che nella maggior parte dei casi sono soltanto pretese minime da parte dei clienti. Gli economisti sono sempre molto guardinghi, se non proprio scettici,

riguardo a quelle affermazioni secondo cui il successo di una iniziativa è nelle mani dell'impresa o dell'organizzazione che vende il prodotto/servizio. In sostanza: l'offerta non crea la propria domanda, perché la domanda è un presupposto dell'offerta e solo la domanda può sancire il successo di una proposta commerciale. In effetti, la domanda deve essere almeno latente, potenzialmente pronta ad accogliere la proposta del produttore/venditore, e tutto quello che si richiede al produttore è che si accorga di questa domanda potenziale ancora insoddisfatta e che sia in grado di articolare un'offerta valida. Questa *forma mentis* ci ha spinto a risalire alle fonti della domanda, cioè verso i Paesi di provenienza; per offrire un'immagine metaforica: non è sufficiente rimanere a valle e osservare il maestoso delta del Nilo, occorre risalire alle sue sorgenti, fino al lago Vittoria e al lago Tana.

Nella sezione precedente abbiamo considerato soltanto il lato dell'offerta e abbiamo usato le partenze, che includono sia gli arrivi che i morti. Ora consideriamo un altro modello econometrico, che stima i fattori sul lato della domanda.

Analizzare la domanda nel particolare mercato del contrabbando di esseri umani attraverso i confini statali vuol dire chiedersi perché i migranti partono, cioè che cosa li spinge ad affrontare una vera e propria odissea. Nella nostra analisi dal lato della domanda abbiamo utilizzato il solito database fornito dal Ministero dell'interno sugli arrivi, ma mentre prima (sez. 3.2.) abbiamo aggregato i dati ottenendo solo il dato totale mensile, senza distinguere fra i Paesi di provenienza, ora invece facciamo tesoro della possibilità di tracciare le nazionalità. Per l'analisi della domanda abbiamo lasciato intatto il *dataset* fornito dal Ministero dell'interno: esso è costituito da dati longitudinali riguardanti 43 Paesi (non abbiamo incluso il Western Sahara) nel periodo fra gennaio 2011 e marzo 2016. Può sembrare strano che per capire perché i migranti partano usiamo dati sugli arrivi, ma ciò è dovuto alla possibilità di prendere nota della nazionalità di chi arriva. È un dato di fatto che non possiamo usare i dati sulle partenze, inclusive del numero dei decessi, perché (a) i decessi non sono sempre annotati, nel qual caso sfuggono alle statistiche, e (b) anche se i decessi in mare sono registrati, talvolta non è possibile rintracciare la nazionalità della persona deceduta o dispersa.

Le nostre analisi econometriche ci hanno consentito di calcolare un dato specifico di ogni Paese (per esempio, per l'Eritrea viene fuori un dato costante mensile di 1626 persone), cui si aggiungono o sottraggono ulteriori arrivi a seconda dell'impatto positivo o negativo proveniente dalle variabili esplicative della decisione di migrare che abbiamo incluso nel modello stimato.

Le variabili esplicative delle cause alla radice nei Paesi di origine (le *root causes*) spiegano quindi la domanda dei servizi degli *smuggler* e dei trafficanti: abbiamo considerato quelle di tipo psicologico, metereologico, geografico, economico, geopolitico, sociale, storico

(fra cui anche il retaggio coloniale). Abbiamo pure inserito le variabili temporali che individuano il periodo di attività delle ONG e delle SAR.

Riportiamo ora in primo luogo le variabili che risultano non significative dal punto di vista statistico, cioè il cui effetto sugli arrivi è irrilevante (ossia pari a zero). Le variabili temporali che individuano le SAR e la presenza delle ONG risultano non significative, quindi durante il periodo delle SAR non si nota un aumento degli arrivi, né la presenza delle ONG modifica tale dato. Queste variabili forniscono già una prima risposta, parziale, alle nostre domande. Risultano inoltre non significative pure le seguenti variabili: la presenza di particolari condizioni proibitive del mare (vento forte o mare mosso sopra una certa soglia di pericolo, sulla base dei dati di METEOMAR di cui sopra), se il Paese appartiene all'accordo monetario che una volta era denominato del franco francese delle colonie (accordo CFA, ora accordo con l'euro), il livello di frammentazione etnica, il livello di frammentazione linguistica, il passato coloniale (distinguendo le ex-colonie di Francia, Portogallo, Belgio, Germania, Gran Bretagna, Spagna, Italia, Olanda, Svezia, Danimarca-Norvegia, USA).

Sono invece risultate statisticamente significative molte altre variabili, per le quali occorre distinguere se l'impatto è positivo (e quindi fanno aumentare gli arrivi) o negativo (e quindi fanno diminuire gli arrivi). Hanno un impatto positivo: la distanza in linea d'aria dalla capitale del Paese al punto di imbarco (che abbiamo fissato convenzionalmente a Sabrata in Libia); il numero dei morti in mare rilevati nel mese precedente e due mesi prima quello di arrivo (si ha un arrivo in più per ogni morto, e ciò dimostra che il migrante non prende in considerazione il rischio di morire); da quanto tempo sono attivi i conflitti in corso (sempre rispetto al mese di arrivo: c'è un arrivo in più per ciascun mese che è trascorso dall'inizio del conflitto, tolto il primo mese di conflitto); il prodotto interno lordo del Paese (in valore assoluto: una persona in più per ogni miliardo di dollari USA); il grado di urbanizzazione del Paese (in % sulla popolazione: 1,1 persona in più per ogni punto percentuale); l'accesso all'elettricità (in % sulla popolazione: 1,1 persona in più per ogni punto percentuale); la frammentazione religiosa, che risulta essere la variabile con il valore del coefficiente più alto: per ogni punto di frammentazione ci sono 2618 arrivi, mentre se nel Paese la variabile è 0, cioè il Paese è totalmente omogeneo dal punto di vista religioso, arriva solo una persona al mese. Hanno impatto negativo: il tempo in cui il Paese è stato coinvolto nel passato in conflitti ora chiusi (la variabile misura gli anni di guerra: una persona in meno per ogni anno di guerra); il PIL pro capite in dollari USA (all'aumentare del reddito pro-capite, gli arrivi si avvicinano a zero); l'ammontare degli investimenti esteri (il numero degli arrivi tende a zero all'aumentare degli investimenti), il livello della corruzione (gli arrivi si abbassano verso lo zero se il Paese è meno corrotto, cioè se aumenta il valore del *Corruption Perception Index*); la numerosità delle persone appartenenti alla

coorte di 15-34 anni (maggiore è il numero degli appartenenti alla coorte, più gli arrivi si avvicinano a zero).

Come si vede, si tratta di variabili strutturali del Paese, che non possono essere modificate in breve tempo. Alcune delle nostre evidenze empiriche contraddicono il senso comune, come i risultati relativi alle variabili indicative della rischiosità del viaggio; per es.: la distanza del Paese dal punto di imbarco o il numero dei morti nei mesi precedenti l'imbarco, che evidentemente non intimoriscono chi è disperato e vuole partire ad ogni costo.

3.4. La prospettiva dal lato della domanda: le condizioni politiche nei Paesi di transito

La dichiarazione di Lady Anelay è invero molto importante, perché nella sua estrema sintesi menziona i principali fattori della crisi dei migranti. Pertanto, abbiamo preso in considerazione la situazione politica nei Paesi di transito, perché l'efficacia delle politiche di rimpatrio approntate dall'Italia è stata condizionata dall'instabilità politica della Libia. A tal fine, abbiamo utilizzato una variabile che ci aiuta a tracciare lo stato dell'instabilità politica della Libia, e cioè l'estrazione mensile di petrolio greggio. Infatti, una bassa estrazione di greggio – in relazione al valore massimo potenziale – indica un'alta instabilità politica, per cui abbiamo calcolato il numero di barili di greggio estratti mensilmente in percentuale sul valore massimo di 1,65 milioni di barili. Questo valore potenziale di 1,65 era stato raggiunto in ciascun mese dei due anni precedenti (2009 e 2010) al periodo da noi analizzato; invece nel nostro *dataset* il valore di 1,65 è presente soltanto nel gennaio 2011 e nell'agosto di quell'anno, in cui il regime di Gheddafi crollò, il valore fu addirittura 0.

Mentre nel modello econometrico menzionato nella sez. 3.2., che usava i dati aggregati mensili delle partenze, questa variabile sull'estrazione del greggio non era rilevante statisticamente, quando si considera invece il *dataset* suddiviso per nazionalità, la variabile "petrolio greggio" è statisticamente significativa. Ciò significa che quando, a causa dell'instabilità politica, la produzione di greggio in Libia diminuisce, ecco che gli arrivi aumentano. Quindi su questo punto Lady Anelay aveva ragione: occorre monitorare i Paesi di transito.

In effetti, gli accordi con la Libia del 2008 erano venuti meno con il crollo del regime di Gheddafi e su di essi era in sostanza fondata la nostra politica dei respingimenti di lungo termine; venuto meno il controllo in Libia, le SAR si sono rese necessarie come interventi temporanei in attesa di ripristinare delle politiche di lungo termine. (Ovviamente, non è nostro compito esprimere giudizi sulle politiche di lungo termine, noi rileviamo la loro presenza o meno).

3.5. La prospettiva dal lato della domanda: l'importanza di smantellare le organizzazioni criminali

Se si vuole ridurre la migrazione illegale è imperativo combattere i *network* criminali. La loro presenza è una sorta di "infrastruttura" (distorta) di cui è dotato il Paese, è come una capacità a disposizione dei cittadini per fuggire via dal loro Paese.

L'evidenza empirica ci consente di isolare l'effetto della presenza del *network* di *smuggler* in un Paese. L'organizzazione criminale oggetto delle indagini *Glauco* 1 operava in almeno nove Stati africani (Eritrea, Etiopia, Gambia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Somalia, Sudan) e ciascuno è individuato dalla variabile *Glauco* 1. Abbiamo stimato che il contributo offerto dalla presenza del *network* è di 458 persone al mese per ciascun Paese; moltiplicando tale valore per nove (tanti sono i Paesi coinvolti nell'indagine *Glauco* 1) si ottiene il valore di 4122 persone al mese. Se invece si moltiplica 458 per 44 (cioè per tutti i Paesi africani elencati nei *file* del Ministero dell'interno) otteniamo un totale di 20152, che è una cifra dello stesso ordine del massimo valore presente nella nostra serie storica (che è 20511). Si noti pure che i nostri risultati non considerano i migranti dei Paesi asiatici (che sono presenti nel database del Ministero ma che noi abbiamo escluso dall'analisi per concentrarci soltanto sui Paesi africani della c.d. rotta del Mediterraneo Centrale). Inoltre, le nostre analisi non considerano l'attività anticrimine delle SAR, che è pure molto importante. Ovviamente, smantellare un tale *network* è un colpo mortale pure al finanziamento di molteplici attività criminali collaterali.

3.6. La prospettiva dal lato della domanda: l'effetto complessivo

Un'altra variabile molto rilevante che abbiamo inserito nella nostra stima misura l'effetto congiunto delle SAR per i Paesi denominati *Glauco* 1, in cui era attivo il *network* criminale. Questa variabile congiunta ci dà la possibilità di dire la parola definitiva sulle SAR come *pull factor*.

Il dato che emerge è che questa variabile congiunta vale 4,4 persone al mese, un dato molto basso. Per effetto delle SAR, nei nove Paesi *Glauco* 1 l'aumento mensile è di 4.4x9=40 persone, che si aggiungono alle 4122 (di cui alla sez. 3.4.) che provengono dai nove Paesi *Glauco* 1 per effetto della presenza del *network* criminale.

Ora, ipotizziamo che questo dato valga anche per tutti gli altri 44 Paesi, perché immaginiamo che anche in quei Paesi agiscano organizzazioni simili. Se applichiamo questo valore a tutti i 44 Paesi africani presenti nel database, viene fuori un totale arrotondato di 44x4,4=194 persone al mese. Nel par. 3.2 abbiamo calcolato che, con i dati aggregati mensili, per tutto il periodo delle SAR c'è stato un aumento medio mensile di 7564 persone. (Consideriamo 44 Paesi per uniformità con il dato aggregato mensile di 7564.) Possiamo quindi affermare che l'effetto incrementale della presenza delle SAR insieme alle

organizzazioni criminali è 194/7564 = 2,6%, ovvero che il 97,4% delle partenze è assorbito dalle variabili che sono cause nei Paesi di origine. Pertanto possiamo concludere che il *push factor* che avevamo notato osservando il fenomeno soltanto dal lato dell'offerta sparisce allorché si considerano le cause nei Paesi di origine! E le ONG? Le SAR governative non sono un *pull factor*, nonostante l'enorme dispiegamento di forze; a maggior ragione, le SAR non governative non sono un *pull factor*.

Una precisazione: il lettore attento avrà notato che 7564 è stato calcolato nel par. 3.2. usando le partenze mensili, un dato che include arrivati e morti in mare, mentre in questa sezione, per i calcoli sull'effetto complessivo di 194, abbiamo considerato soltanto gli arrivi. Fra 194 e 7564 c'è disparità, perché il denominatore include i morti, mentre il numeratore no, in sostanza dovremmo attribuire i morti alle SAR e aggiungere questo valore al numeratore. Abbiamo due risposte a questa osservazione. La prima è che i morti non possono essere attribuiti alle SAR (l'abbiamo dimostrato sopra), quindi non dobbiamo farlo. La seconda risposta è che, anche se correggiamo il dato al numeratore aggiungendo i decessi, il risultato complessivo è pur sempre un dato poco rilevante. Facciamo tale forzatura: ipotizziamo che i morti sono da attribuire alle SAR, anche se ciò non è vero. La differenza dei morti medi al mese fra il periodo senza SAR e quello con le SAR è di 184. Ricalcoliamo il rapporto: (194+184)/7564 = 5%, che è sì il doppio di prima, ma è comunque un dato poco rilevante.

In conclusione, le SAR non attirano i migranti, che sono invece spinti a partire dai tanti fattori ora elencati: l'effetto evidenziato dal solo lato dell'offerta viene quasi interamente assorbito (al 97,4% o tutt'al più al 95%) dalle variabili esplicative presenti dal lato della domanda. Anche in questo Lady Anelay aveva ragione: per prevenire i flussi occorre attaccare le *root causes* nei Paesi di origine (dei Paesi di transito abbiamo detto).

4. Discussione

Senza pretesa di esaustività, vale la pena confrontare i nostri risultati con alcuni lavori molto interessanti che sono apparsi recentemente nella letteratura sui fenomeni delle migrazioni e sulle SAR in particolare.

Correttamente, si può osservare che le SAR non sono esclusivamente operazioni umanitarie, per cui alcune sono più attive di altre nell'azione di ricerca e salvataggio dei migranti. Cusumano[8] evidenzia che alcuni obiettivi elencati nella missione sono privilegiati rispetto ad altri, per esempio critica le operazioni *Triton* e *EUNAVFOR MED Sophia* perché più attive negli obiettivi di contrasto dei contrabbandieri e di controllo della frontiera

8. E. Cusumano, *Migrant rescue as organized hypocrisy: EU maritime missions offshore Libya between humanitarianism and border control*, in *Cooperation and Conflict*, 2019, 54(1), pp. 3-24.

che nella ricerca e salvataggio dei migranti. L'intenzione della nostra ricerca non è fornire indicazioni sull'effettivo rispetto degli obiettivi delle missioni, o di come le singole operazioni ripartiscono la loro attività verso un obiettivo o un altro. Per noi gli obiettivi della missione indicati nel mandato sono un dato di fatto che non è oggetto di commento. Certamente, l'attenzione ad un obiettivo o ad un altro varia fra le operazioni in mare e quindi si potrebbe criticare il mancato utilizzo, da parte nostra, di un criterio per distinguere, fra le varie operazioni, quelle che sono più SAR-orientate e quelle invece più orientate al contrasto e al pattugliamento del confine, ma per poter fare questa distinzione noi abbiamo bisogno di qualche variabile quantitativa che ci consenta di differenziare l'operatività delle missioni, ma purtroppo non ne abbiamo. Il nostro lavoro è quindi indirizzato a valutare l'attività delle SAR come intervento nel loro complesso, più che a distinguere quale fra di esse sia stata più o meno attiva nelle operazioni di ricerca e salvataggio.

Cusumano e Villa[9] analizzano invece l'impatto delle operazioni di ricerca e salvataggio delle organizzazioni non governative e non trovano riscontro di un effetto *pull*; ciò è in linea con i nostri risultati sia sulle organizzazioni non governative sia sulle SAR in generale. Deiana, Maheshri e Mastrobuoni[10] mostrano che l'effetto delle SAR è stato quello di stimolare una pronta reazione degli *smuggler* nel mettere in mare imbarcazioni inadeguate, ovviamente al fine di incassare di più. Gli autori descrivono l'effetto sul lato della produzione del "servizio" di contrabbando e tale evidenza è in linea con i nostri risultati per quanto riguarda l'effetto sul lato dell'offerta. Nella nostra ricerca, però, noi abbiamo anche considerato il lato della domanda del "servizio", che ci consente di avere una visuale più ampia e completa sul fenomeno e soprattutto di individuare le vere cause del fenomeno migratorio, che stanno nei Paesi di origine.

In merito alle cause nei Paesi di origine, si apre qui una vasta area di studi e analisi, in cui noi non ci addentriamo. Infatti, una carenza nella nostra ricerca si può ravvisare nell'assenza di proposte di politica economica indirizzate a ridurre il flusso migratorio. Molte di queste politiche prevedono aiuti ai Paesi di origine o di transito in cambio di azioni di rimpatrio (come negli accordi fra l'Italia e la Libia) e/o forme di controllo rafforzato della frontiera. Noi non commentiamo su di esse; col nostro lavoro ci siamo limitati ad individuare le cause nei Paesi di origine, ma non siamo in grado di valutare le politiche adottate (ad esempio i vari tipi di aiuti o di sostegno alle economie locali) o di suggerire altre forme di intervento al fine di migliorare l'impatto di quelle esistenti. Rimandiamo pertanto alla

9. E. Cusumano, M. Villa, *Sea Rescue NGOs: A Pull Factor of Irregular Migration? Migration Policy Centre*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Briefs*, n. 22/2019, European University Institute.

10. C. Deiana, V. Maheshri, G. Mastrobuoni, *Migration at Sea: Unintended Consequences of Search and Rescue Operations*, 2020, prelevato da: https://www.gla.ac.uk/media/Media_753272_smxx.pdf. Frontex, *Risk Analysis for 2017*, 2017 prelevato da: https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf.

letteratura specialistica sull'argomento[11], che presenta molte interessanti questioni ancora irrisolte sul modo più adeguato di affrontare il fenomeno migratorio nei Paesi di origine.

5. Conclusioni

La crisi migratoria è un fenomeno molto complesso che richiede di approntare una pluralità di interventi complementari, la cui attuazione necessita di perseveranza, impegno, duro lavoro nel tempo e attenzione ai risultati attesi dagli interventi stessi. Le SAR appaiono quindi come una politica di breve periodo: sono temporanee e accessorie al contrasto dei criminali e soprattutto si sono rivelate una risposta emergenziale, sostitutiva delle politiche di rimpatrio o rilocalizzazione dai Paesi di transito. Quando sono venuti meno gli accordi nei Paesi di transito (Libia soprattutto) a seguito della c.d. primavera araba e del crollo del regime di Gheddafi, le SAR di fatto hanno riportato in Italia la gestione dei rimpatri e dei ricollocamenti che in precedenza era stata "delegata" ad un Paese di transito, in particolare, alla Libia.

Ribadiamo che non è nostro compito commentare le scelte dei governi riguardo a tali politiche. La nostra proposta, invece, è meramente teorica: per meglio individuare politiche lungimiranti occorre abbandonare la dialettica *pull-push*, che purtroppo presta il fianco ad interpretazioni distorte degli effetti delle *policy* sulle migrazioni. Suggeriamo quindi l'adozione di una nuova chiave di interpretazione teorica, che riteniamo più utile nel definire lungimiranti interventi per il governo delle migrazioni: le politiche di intervento andrebbero viste secondo la loro durata, classificando cioè gli interventi come di breve o di lungo termine.

Politiche di lungo termine sono quelle che affrontano le cause della migrazione nei Paesi di provenienza, che contrastano il traffico e il contrabbando di esseri umani, che predispongono accoglienza o rimpatrio o rilocalizzazione nei Paesi di transito e/o di destinazione, garantendo il rispetto dei trattati internazionali e delle convenzioni sui diritti umani. Nell'attesa che le politiche di lungo termine entrino a regime, possono essere attivate politiche di breve termine, cioè transitorie, supplementari e accessorie, come ad esempio le SAR. L'Unione Europea sembra avere adottato questa prospettiva.

La crisi dei migranti lascia alle comunità interessate sfide organizzative enormi e pone altresì delle domande difficili a ciascuno di noi, che ci toccano nel profondo, portando ad interrogarci sul nostro senso di umanità, su cosa riteniamo significhi essere umani, su cosa

11. Cfr. P. Clist, G. Restelli. *Development Aid and International Migration to Italy: Does Aid Reduce Irregular Flows?* in *The World Economy*, 2020 prelevato da: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/twec.13017; G. Restelli, *The effects of development aid on irregular migration to Europe: Deterrence or attraction?*, in *Development Policy Review*, 2021, prelevato da: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/dpr.12546.

sia legittimo che uno Stato chieda ai propri cittadini. Riteniamo ancora vivo il monito di M.T. Cicerone[12], che metteva in guardia contro le tentazioni cui lo Stato può cedere, contro le derive che possono indurlo a non rispettare il senso di umanità dei propri cittadini e a pretendere da essi azioni inumane. «Ci sono certe azioni così infami, così criminose che un uomo saggio non si sognerebbe mai di commettere neppure per salvare la propria patria. [...] l'uomo saggio non si aggraverà la coscienza neppure per amor di patria; e del resto nemmeno la patria vorrà che uno si disonori per amor suo. Ma, per fortuna, la cosa è tanto più agevole in quanto è del tutto improbabile che l'interesse dello Stato esiga un tale sacrificio dal sapiente». Speriamo di non deludere Cicerone.

12. *De Officiis*, libro I, XLV, par. 159, v. http://web.tiscali.it/latino/Cicerone_opere/de_officiis_I.htm.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

POLITICHE DI (RI)CONFINAMENTO IN TEMPO DI PANDEMIA: L'UTILIZZO DI «NAVI QUARANTENA» IN ITALIA E L'ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO

di Chiara Denaro

Abstract: *La pandemia legata alla diffusione del Covid-19 ha comportato una serie di cambiamenti nelle politiche di gestione delle migrazioni e dei confini, contribuendo all'implementazione di politiche di ri-confinamento. Nel caso italiano, si è assistito a una ridefinizione della precedente strategia dei «porti chiusi» in termini di «porti non sicuri», e alla creazione di un sistema di isolamento in mare a bordo delle «navi quarantena». Tali politiche hanno contribuito alla frammentazione dei percorsi di accesso al diritto di asilo in Italia, andando a ridefinire parzialmente, soprattutto nella prassi, l'implementazione del cosiddetto «approccio hotspot», volto a identificare, categorizzare e incanalare i migranti nel circuito della protezione internazionale o del rimpatrio. A fronte di questi cambiamenti il presente articolo si propone, per un verso, di contribuire all'analisi delle misure messe in atto dal governo italiano al fine di contrastare la pandemia nell'ambito dei flussi migratori in ingresso – dando conto di come in particolare il sistema delle navi quarantena, quale misura di detenzione arbitraria, è andato a incidere contribuendo alla ridefinizione del confine – e, per l'altro, di esplorare l'impatto del sistema di isolamento off-shore sull'accesso al diritto di asilo, concettualizzato in termini di accesso al territorio, alla procedura e all'accoglienza.*

Abstract: *In Italy, pandemic linked to the spread of Covid-19 has deeply affected migration and border management policies, leading to the emergence of re-bordering politics. In the Italian case, they took place through the redefinition of the previous «closed harbour strategy» into a «unsafe harbour strategy», and through the creation of an offshore isolation system onboard of «quarantine ships». These politics have contributed to a further fragmentation of access pathways to the right of asylum, and to the partial redefinition, especially in practice, of the implementation of the so-called «hotspot approach», aimed at identifying, categorizing and channelling migrants into the international protection procedure or repatriation. Against these changes, the present article aims, on the one hand, to contribute in analysing measures implemented by the Italian government in order to contrast the pandemic in the context of incoming migration flows by sea – giving an account of how in particular the system of quarantine ships, as a measure of arbitrary detention, has contributed to the redefinition of the border regime – and, on the other hand, to explore the impact of the offshore isolation system on accessing the right to asylum, which is conceptualized in terms of access to territory, procedure and reception.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

POLITICHE DI (RI)CONFINAMENTO IN TEMPO DI PANDEMIA: L'UTILIZZO DI «NAVI QUARANTENA» IN ITALIA E L'ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO

di Chiara Denaro*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: tra privazione della libertà personale e isolamento sanitario. – 3. Limitazioni imposte all'accesso al territorio: dai «porti chiusi» ai «porti non sicuri», fino al sistema «navi quarantena». – 4. Frammentazione dei percorsi di accesso alla procedura di asilo: la nave quarantena come elemento di discontinuità fisica e procedurale nel cosiddetto «approccio hotspot». – 5. Limitazioni nell'accesso tempestivo all'accoglienza e ai servizi sociosanitari dedicati: il caso delle persone portatrici di esigenze particolari. – 6. Impatto delle misure (discriminatorie) di isolamento sanitario sulla definizione dello *status* giuridico: il caso dei trasferimenti sulle navi di cittadini stranieri residenti sulla terraferma. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Lo scoppio della pandemia legata alla diffusione del virus Covid-19, ha influito particolarmente sulla gestione delle frontiere, implicando l'introduzione di nuove restrizioni alla libertà di movimento a livello mondiale[1]. Tali restrizioni hanno colpito in particolar modo quelle categorie di persone il cui accesso a vie di fuga sicure e legali era già precluso, andando a amplificare preesistenti condizioni di disuguaglianza nell'accesso a risorse e diritti[2]. Tra coloro che quotidianamente attraversano, o tentano di attraversare i confini, vi sono i richiedenti protezione internazionale, obbligati a intraprendere percorsi di attraversamento irregolare delle frontiere[3].

* Postdoctoral researcher in Sociologia, Università di Trento, Progetto PRIN 2017 «Debordering activities and citizenship from below of asylum seekers in Italy. Policies, practices, people». Il progetto vede coinvolte anche le Università di Genova, Venezia e Milano (capofila).

1. C. Caprioglio ed E. Rigo, *Le restrizioni alla libertà di movimento ai tempi del Covid-19*, in *Questione giustizia*, 30 marzo 2020; K. Goniewicz, A. Khorram-Manesh, A.J. Hertelendy, M. Goniewicz, K. Naylor, e F.M. Burkle, *Current response and management decisions of the European Union to the COVID-19 outbreak: a review*, in *Sustainability*, n. 12(9), 2020, p. 3838.

2. M. Simpson, *For a prefigurative pandemic politics: Disrupting the racial colonial quarantine*, in *Political Geography*, 2020 e G. Baldacchino, *Extra-territorial quarantine in Pandemic Times*, in *Political Geography*, 2021.

3. R. Black, *Breaking the convention: Researching the "illegal" migration of refugees to Europe*, in *Antipode*, *35*(1), 2003, pp. 34-54. L. Schuster, *Turning refugees into 'illegal migrants': Afghan asylum seekers in Europe*, in *Ethnic and Racial Studies*, n. 34(8), 2011, pp. 1392-1407.

Nello specifico, l'Italia è interessata da oltre 30 anni dai cd. «flussi migratori misti» via mare, che vedono le regioni del Sud come principali luoghi di sbarco.[4] Libia e Tunisia si configurano ancora oggi come località di partenza prevalenti per cittadini del Nord Africa, del Corno d'Africa e dell'Africa Subsahariana, ma anche per persone provenienti da Asia e Medio Oriente, nel tentativo di raggiungere l'Italia.

Le politiche di confinamento portate avanti dall'Italia in quanto stato di frontiera, sia a livello nazionale che congiuntamente con altri stati UE, si articolano lungo diverse componenti, tra cui figurano le politiche di esternalizzazione dei confini, le politiche di ricerca e soccorso, le politiche di accesso all'asilo.

Secondo Kriesi *et al.*, a partire dalla cosiddetta crisi migratoria del 2015, diversi Stati europei, sia di frontiera che di transito e destinazione, si sarebbero fatti promotori di politiche di c.d. ri-confinamento, delle frontiere esterne (*external rebordering*) ed interne (*internal rebordering*), che avrebbero preso forma – per ciò che concerne gli Stati di frontiera – sia attraverso un'accelerazione politica in materia di esternalizzazione, che attraverso politiche di accesso all'asilo restrittive, di cui il c.d. approccio hotspot era evidente espressione. Negli stessi anni, ulteriore ambito di (ri)confinamento era quello delle politiche di ricerca e soccorso nel Mediterraneo centrale, che si andavano sempre più configurando come ambito chiave nelle più ampie politiche di gestione delle frontiere esterne.

Alla fine del 2014, terminava la missione umanitaria-militare *Mare Nostrum* che, lanciata nel novembre 2013 in seguito ai gravissimi naufragi del 3 e dell'11 ottobre, prevedeva l'impiego di mezzi navali italiani in operazioni di ricerca e soccorso fino a 90 miglia nautiche da Lampedusa, ovvero fino quasi alle coste libiche. Con l'operazione *Triton* (2014-2015), tale area veniva limitata a 30 miglia nautiche, e mantenuta tale durante *Eunavformed* (2016-2019). A partire dal 2015, nonostante l'ingresso in campo delle ONG, quale forma di intervento SAR civile rispetto all'aumento dei morti in mare, si andava a delineare un *rescue gap* nel Mediterraneo centrale, articolato lungo diverse componenti tra cui, in primo luogo, la scarsa presenza di assetti istituzionali dedicati allo svolgimento di operazioni di ricerca e soccorso[5] e, in secondo luogo, la progressiva delega di responsabilità in tal senso a Paesi terzi, quali la Libia e la Tunisia, nell'ambito di politiche di esternalizzazione. In particolare, non potendosi considerare la Libia né un Paese terzo sicuro

4. P. Monzini, *Sea-border crossings: The organization of irregular migration to Italy*, in *Mediterranean Politics*, n. 12(2), 2007, pp.163-184. C. Denaro, *The reconfiguration of Mediterranean migration routes after the war in Syria: Narratives of the Egyptian route to Italy (and beyond)*, in *Migration, Mobilities and the Arab Spring*, Edward Elgar Publishing, 2016. H. Crawley e F. Duvell, *Unravelling Europe's migration crisis: Journeys over land and sea*, Policy Press, 2017.

5. Amnesty International, *Europe's sinking shame: the failure to save refugees and migrants at sea*, 2015, https://www.amnesty.org/en/documents/eur03/1434/2015/en/.

né un *place of safety* (POS)[6] le stesse operazioni di ricerca e soccorso non potevano dirsi propriamente concluse con lo sbarco nel Paese.

In generale, a partire dal 2018 si assisteva a un drastico calo degli arrivi via mare in Italia[7], a fronte di un aumento delle intercettazioni delle imbarcazioni da parte della cd. Guardia costiera libica[8] e conseguenti respingimenti, diretti (*pushback*) o delegati (*pushback by proxy*) verso la Libia.[9] Secondo Giuffré e Moreno-Lax, il controllo senza contatto (*contactless control*) esercitato dall'Europa sulla Libia nell'ambito di politiche di esternalizzazione[10], poteva contribuire all'emergere di una responsabilità (*contactless responsibility*) in capo agli Stati europei per i respingimenti verso la Libia[11].

Attraverso la moltiplicazione degli attori coinvolti nelle operazioni SAR, il Mediterraneo centrale si andava a riconfigurare come spazio politico transnazionale[12] in cui, al discorso umanitario emergente nell'ambito delle attività di soccorso svolte da organizzazioni non governative[13], quale possibile fattore di de-politicizzazione, si contrapponevano istanze di ri-politicizzazione[14]. Tali processi contribuivano a fare dello spazio Mediterraneo un campo di battaglia che, grazie anche all'attività sempre più sistematica di osservazione critica da

6. Vedasi in materia la posizione di UNHCR (2020), *UNHCR position on the designation of Libya as a safe third country and as a place of safety for the purpose of disembarkation following rescue at sea*, https://www.refworld.org/pdfid/5f1edee24.pdf.

7. I dati sugli arrivi sono consultabili sul Cruscotto Statistico del Ministero dell'interno, https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati. In particolare a fronte di 181.436 persone giunte nel 2016 e 119.310 nel 2017, le persone giunte erano 23.370 nel 2018, 11.471 nel 2019 e 34.154 nel 2020.

8. I dati sulle intercettazioni e respingimenti in Libia da parte della Guardia Costiera libica sono consultabili negli aggiornamenti mensili di UNHCR *Activities at Disembarkation*, https://data2.unhcr.org/en/search?sv_id=0&geo_id=666&type%5B0%5D=document&sector_json=%7B%220%22:%20%220%22%7D&sector=0.

9. Nel contesto della migrazione via mare dal Nord Africa verso il Sud Europa, si parla generalmente di *pushback* per indicare le operazioni di intercettazione e respingimento avvenute all'interno delle zone SAR europee (Italia, Malta, Spagna) e di *pullback* per indicare l'intercettazione da parte delle autorità del Paese di partenza (es. Libia, Tunisia, Marocco) entro i limiti della propria zona SAR.

10. Secondo le autrici, esempi di «controllo da remoto» sono le operazioni di finanziamento, equipaggiamento, formazione della c.d. Guardia costiera libica.

11. M. Giuffré e V. Moreno-Lax, *The rise of consensual containment: from contactless control to contactless responsibility for migratory flows,* in *Research handbook on international refugee law,* Elgar Edward Publishing, 2019; V. Moreno-Lax, *The architecture of functional jurisdiction: unpacking contactless control – On public powers, SS and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, n. 21(3), 2020, pp. 385-416.

12. C. Denaro, *The Mediterranean Sea as transnational space and (struggle) field. Reflections on the critical "sea watching" phenomenon as a new form of citizenship*, in *Feministische Geo-RundMail. Informationen rund um feministische Geographie*, n. 64, 2015, pp. 15-20.

13. E. Cusumano, *Emptying the sea with a spoon? Non-governmental providers of migrants search and rescue in the Mediterranean,* in *Marine Policy*, n. 75, 2017, pp. 91-98.

14. P. Cuttitta, *Repoliticization through search and rescue? Humanitarian NGOs and migration management in the Central Mediterranean*, in *Geopolitics*, n. 23(3), 2018, pp. 632-660.

parte della società civile (*critical sea-watching*), andava a configurarsi quale possibile luogo esercizio di quella che Balibar definiva «cittadinanza transnazionale»[15].

Tale riconfigurazione andava a collocarsi nella progressiva ridefinizione di un *framework* legale multilivello, caratterizzato a livello internazionale da riferimenti di diritto del mare[16], dalle Convenzioni in materia di diritti umani e di diritto di asilo, nonché dagli accordi tra Stati europei e terzi, bilaterali o di cooperazione e – a livello nazionale – dalle normative in materia di immigrazione e da decreti interministeriali volti a regolamentare lo svolgimento delle operazioni di ricerca e soccorso.

A partire dal marzo 2020, tale contesto legislativo subiva ulteriori modifiche, a causa dell'introduzione di nuovi riferimenti normativi specialmente a livello nazionale, prevalentemente connessi con la necessità di fronteggiare la pandemia. In particolare, la cosiddetta politica dei *porti chiusi*[17], proposta e implementata a partire dal 2019 dal governo di centro destra, veniva trasformata in una sorta di politica dei *porti non sicuri* in epoca di pandemia, la cui legittimità veniva ampiamente messa in discussione, poiché in contrasto con l'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare[18].

Con il decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile[19], l'Italia disponeva l'impossibilità di assegnazione di un *porto sicuro* a imbarcazioni dirette nel Paese in seguito a eventi di ricerca e soccorso avvenuti in acque internazionali e non coordinati dalla Guardia costiera di Roma. Particolarmente colpite da questo provvedimento erano le navi delle ONG, già destinatarie in passato di provvedimenti volti a limitarne l'autonomia operativa, subordinandola alla firma di un «codice di condotta»[20].

15. E. Balibar, *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri. 2012.

16. I principali riferimenti di diritto del mare consistono nelle Convenzioni SOLAS (1974), SAR (1979), UNCLOS (1982).

17. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati,* in *Questione Giustizia*, 2020, https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php. F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *EDITORIAL BOARD*, 2020, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020.pdf#page=439; A. Pelliconi e M. Goldoni, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, pp. 219-231. F. Cancellaro, *L'Italia è sotto osservazione dell'Onu con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al Decreto Immigrazione e Sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 12, 2019.

18. ASGI, *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*, comunicato stampa del 15 aprile 2020, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/Nota-ASGI-porti-e-accoglienza-porti-sicuri-COVID14-4-2020-def.pdf.

19. Decreto interministeriale, n. 150, 7 aprile 2020, http://www.immigrazione.biz/upload/decreto_interministeriale_n_150_del_07-04-2020.pdf.

20. E. Cusumano, *Straightjacketing migrant rescuers? The code of conduct on maritime NGOs*, in *Mediterranean Politics*, n. 24(1), 2019, pp. 106-114.

In seguito, il decreto del Capo della Protezione civile n. 1287 del 12 aprile, istituiva il *sistema delle navi quarantena* che, pur immaginato per coloro per i quali l'Italia non poteva rappresentare un *porto sicuro*, veniva esteso *de facto* a tutti i cittadini stranieri giunti in Italia via mare grazie a una clausola che ne permetteva l'utilizzo in caso di mancata disponibilità di posti nelle strutture di quarantena a terra. Secondo i dati disponibili tra aprile e novembre 2020 dalle dieci navi[21] reperite dal Ministero dell'interno sarebbero transitate oltre 10.000 persone[22]. A tale dato si andavano ad aggiungere le circa 5.100 persone trasferite a bordo delle navi tra gennaio e marzo 2021, a fronte di 5.300 transitate dall'hotspot di Lampedusa[23]. Andando ad accorpare questi dati parziali, è possibile ipotizzare che oltre 15.300 persone siano state trasferite sulle navi dall'inizio della pandemia. Pertanto, l'utilizzo delle navi quarantena perdeva il suo carattere di eccezionalità, andando a ridefinire nella prassi le fasi successive allo sbarco di persone giunte via mare, nell'ambito della pandemia.

L'utilizzo di navi per finalità di sorveglianza sanitaria – dunque per lo svolgimento del periodo di quarantena – risale almeno al XIV secolo[24]. In tempi recenti, l'adeguatezza di questa misura a fini epidemiologici è stata messa spesso in discussione sia in ambito medico che accademico, mettendone in luce gli aspetti potenzialmente rischiosi in termini di contagio[25]. Anche nelle politiche di gestione dei fenomeni migratori, l'utilizzo di navi per alloggiare i migranti non era nuovo: le violazioni rilevate dalla CEDU riguardo il caso *Khlaifia* avevano confermato l'inadeguatezza di un possibile sistema di «hotspot galleggianti», che avrebbe posto ostacoli di varia natura in termini di accesso all'asilo, e di illegittimità della privazione della libertà personale[26].

21. Le navi utilizzate, seppur in tempi differenti, erano fornite dalle compagnie Tirrenia (Rubattino, Moby Zaza), Grandi Navi Veloci - GNV (Azzurra, Allegra, Excellent, Rhapsody, Splendid, Suprema) e Società di Navigazione Alta Velocità - SNAV (Aurelia, Adriatico).

22. S. Creta, *Italy's use of ferries to quarantine migrants comes under fire*, in *The New Humanitarian*, 9 novembre 2020, https://www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2020/11/9/italy-migration-ferries-coronavirus-quarantine-health-asylum; ASGI, *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, 2020, *Progetto In Limine*, https://inlimine.asgi.it/diritti-in-rotta-lesperimento-delle-navi-quarantena-e-i-principali-profili-di-criticita/.

23. Progetto In Limine (ASGI), Risposta ricevuta da prefettura di Agrigento in data 4.5.2021, in relazione all'*Istanza di accesso civico a informazioni relative al centro Hotspot di Lampedusa e ai cittadini stranieri ivi presenti, nel periodo dal primo gennaio 2021 alla data odierna*, https://inlimine.asgi.it/wp-content/uploads/2021/05/Questura-di-Agrigento-Hotspot-di-Lampedusa-gennaio-marzo-2021.pdf.

24. J. Booker, *Maritime quarantine: the British experience, c. 1650-1900*. London, Routledge, 2016; K. Chatterjee e V.S. Chauhan, *Epidemics, quarantine and mental health*, in *Medical Journal, Armed Forces India*, *76*(2), 2020, p. 125.

25. G. Baldacchino, *Extra-territorial quarantine in pandemic times*, in *Political Geography*, 2020; K. Kakimoto, H. Kamiya, T. Yamagishi, T. Matsui, M. Suzuki e T. Wakita, *Initial investigation of transmission of COVID-19 among crew members during quarantine of a cruise ship-Yokohama, Japan, February 2020*, in *Morbidity and mortality weekly report*, n. 69(11), 2020, pp. 312-313. Questo aspetto è stato approfondito anche durante l'intervista con C. Lodesani, Presidente di Medici Senza Frontiere Italia, del 23 ottobre 2020.

26. ASGI, CILD, IndieWatch e Action Aid, *Considerazioni a cura del progetto In limine relative all'attuale funzionamento del centro hotspot di Lampedusa alla luce delle violazioni riscontrate dalla Corte nella sentenza Khlaifia e*

A partire da una ricostruzione del contesto politico, giuridico e sanitario, in cui l'istituzione del sistema navi quarantena ha preso forma, il presente articolo ha un duplice scopo. In primo luogo, esso si propone di fornire una prima analisi di come questa misura sia intervenuta nella ridefinizione del confine, sia alla luce delle teorizzazioni in materia di «ri-confinamento», riferito alle c.d. frontiere esterne (*external rebordering*)[27], che del cambio di paradigma ipotizzato da Tazzioli e Stierl, in merito alla trasformazione del contesto europeo da «ambiente ostile» a «ambiente insicuro», anche attraverso la configurazione di ciò che Tazzioli definisce come «confine igienico-sanitario»[28].

In secondo luogo, si cercherà di dar conto dell'impatto di tali politiche in termini di accesso al diritto di asilo, che viene concettualizzato come articolato attorno a tre componenti essenziali: i) accesso al territorio, ii) accesso alla procedura, iii) accesso all'accoglienza[29]. Tale concettualizzazione di accesso all'asilo non pretende in alcun modo di essere esaustiva, ma risulta funzionale all'analisi dell'accesso all'asilo nei luoghi di frontiera[30]. In particolare si focalizzerà l'attenzione su: i) il sistema delle navi quarantena come pratica che di fatto limita l'accesso al territorio, ii) la limitata fornitura di informazioni di tipo legale che, nell'ambito dell'implementazione dell'approccio hotspot, si configura come possibile ostacolo nell'accesso alla procedura, iii) il caso delle persone portatrici di esigenze particolari, che risulta esemplificativo delle criticità legate al mancato accesso tempestivo a servizi di accoglienza e sociosanitari dedicati.

Da un punto di vista metodologico si è proceduto alla raccolta di informazioni rilevanti attraverso la realizzazione di 30 interviste semi-strutturate in profondità di cui 10 rivolte a

altri c. Italia, 2018, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/07/Khlaifia_-hotspot-Lampedusa_Progetto-In-limine_ITA-giugno-2018.pdf; A. Massimi e F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, 2019, https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-attualita-del-caso-khlaifia-gli-hotspot-alla-luc_12-06-2019.php.

27. H. Kriesi, A. Altiparmakis, A. Bojar, e I.E. Oana, *Debordering and re-bordering in the refugee crisis: a case of 'defensive integration'*, in *Journal of European Public Policy*, 28(3), 2021, pp. 331-349; F. Schimmelfennig, *Rebordering Europe: external boundaries and integration in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 28(3), 2021, pp. 311-330.

28. M. Tazzioli e M. Stierl, *Europe's unsafe environment: migrant confinement under Covid-19*, in *Critical Studies on Security*, 2021.

29. Si veda in particolare T. Gammeltoft-Hansen and H. Gammeltoft-Hansen, *The Right to Seek Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 439; G.S. Goodwin-Gill, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 23, 2011, pp. 443-457; C. Costello, *Courting access to asylum in Europe: recent supranational jurisprudence explored*, in *Human Rights Law Review*, 12(2), 2012, pp. 287-339; T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, in *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 44-99; M. Giuffré, *The Readmission of Asylum Seekers Under International Law*, 2020, Bloomsbury Publishing.

30. G. Cornelisse, *Territory, procedures and rights: Border procedures in European asylum law*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. *35*(1), 2016, pp. 74-90; C. Denaro, *I rifugiati siriani sulle rotte via mare verso la Grecia. Riflessioni sul transito e sullo svuotamento del diritto d'asilo*, in *Mondi Migranti*, 2016, pp. 97-119.

esperti del settore – rappresentanti di istituzioni, organizzazioni internazionali ed enti non governativi – e 20 cittadini stranieri transitati per le navi. In fase di pianificazione della ricerca erano state individuate 3 macroaree concettuali: a) accesso all'informazione, b) accesso alla procedura di asilo, c) accesso ai servizi di tutela psicologica, sociale e sanitaria da parte delle persone isolate a bordo delle navi. In particolare, durante le interviste con gli esperti si è cercato di chiarire i criteri di selezione delle persone trasferite sulle navi[31], la tipologia di servizi di tutela legale, psicologica, sociale e sanitaria, nonché di mediazione linguistica presenti a bordo e gli attori (istituzionali e non) responsabili per la loro fornitura.

A partire dal materiale empirico disponibile si è scelto di articolare il presente contributo come segue. Una prima sezione cerca di definire a partire dalla letteratura rilevante, ciò che si intende per politiche di (ri)confinamento, focalizzando l'attenzione sulla questione della privazione della libertà personale dei richiedenti asilo e sui maggiori profili di criticità che genera in relazione ai percorsi di accesso all'asilo. La seconda sezione si focalizza sulla prima delle componenti attraverso cui si sceglie di definire l'accesso all'asilo, dunque l'accesso al territorio, così come riconfigurato alla luce del quadro politico e normativo che ha determinato la nominale chiusura dei porti e l'introduzione delle navi quarantena. La terza sezione analizza il contesto di limitata fornitura di informazioni nei percorsi di accesso al territorio e alla procedura di asilo, mantenendo come *framework* analitico l'approccio hotspot, così come ridefinito dalla presenza delle navi quarantena, quale elemento di discontinuità. Le limitazioni esistenti all'accesso all'informazione, sono riferibili sia alle informazioni di carattere generale sulle procedure che seguono allo sbarco, che di carattere specifico, ovvero relative al processo di definizione del proprio *status* giuridico. La quarta sezione focalizza l'attenzione sull'accesso, posticipato, o mancato, all'accoglienza, inteso anche come accesso ai servizi di tutela. A tal fine si sceglie di partire dall'esempio delle persone portatrici di particolari esigenze (art.17, d.lgs. 142/15), nel cui caso l'accesso a servizi di tutela psicologica, sociale, e sanitaria – secondo quanto stabilito dalla normativa internazionale e nazionale – dovrebbe essere garantito in maniera tempestiva. Infine, nella quinta sezione si presenta il caso dei trasferimenti di richiedenti e beneficiari di protezione internazionale residenti in strutture di accoglienza sul territorio che, una volta risultati positivi al Covid-19 sono stati trasferiti sulle navi quarantena. Il loro caso risulta particolarmente significativo al fine di evidenziare i percorsi di intersezione tra politiche sanitarie e di gestione dei fenomeni migratori, mettendo in luce la rilevanza "politica" della nave quarantena, quale misura *de facto* discriminatoria.

31. Fermo restando l'esistenza di luoghi di isolamento fiduciario a terra – ovvero di strutture di accoglienza appositamente individuate – non sono chiari i criteri alla base delle diverse misure di isolamento adottate nei confronti delle persone neoarrivate, che possono dunque consistere nell'invio in strutture dedicate o nel trasferimento a bordo delle cd. «navi quarantena».

Questo articolo presenta una parte delle conclusioni emerse dallo svolgimento di un più ampio studio di caso sulle navi quarantena che, in seguito all'analisi delle politiche di ri-confinamento dettate dalla pandemia, focalizzava l'attenzione sulle pratiche di de-confinamento messe in atto dai migranti, ovvero l'insieme dei loro sforzi finalizzati a rompere l'isolamento, attraverso l'utilizzo dei *social media* e di altri mezzi di comunicazione, nell'ottica di superare i limiti imposti al loro accesso all'asilo e ad altri diritti fondamentali, e di prevenire i rimpatri.

2. Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: tra privazione della libertà personale e isolamento sanitario

A partire dalla metà degli anni 80, le migrazioni via mare – e via terra – verso il sud Europa hanno iniziato ad assumere un carattere strutturale. In parallelo, gli Stati europei del sud, tra cui l'Italia, hanno investito nella definizione di politiche di gestione dei confini – e di politiche di confinamento – sempre più sofisticate. L'analisi dei processi di (continua) riconfigurazione dei confini[32] ha portato ad evidenziarne caratteristiche e funzioni: confini come barriere, ponti, risorse e simboli di identità[33] ma anche come luoghi di «permeabilità selettiva», «filtri», «meccanismi di inclusione differenziale»[34].

Nell'ambito del presente contributo, il *focus* dell'analisi è la dimensione funzionale del confine – piuttosto che quella simbolica – che prende forma in due aspetti fondamentali: quello della mobilità, intesa come attraversamento del confine, e quello del legame con il mondo sociale esterno.

Riflettendo sul confinamento come strategia di contenimento della mobilità, sembra utile definire le politiche di ri-confinamento come «ogni rafforzamento di barriere e restrizioni alla libertà di movimento»[35]. Secondo Kriesi et al. è opportuno distinguere tra politiche di ri-confinamento delle frontiere esterne (*external rebordering*) e interne (*internal rebordering*) dell'UE, anche in relazione alla configurazione dei diversi Stati come Stati di frontiera o di destinazione. Esse prendono forma sia a livello sovranazionale/europeo – attraverso gli sforzi congiunti nell'ambito delle politiche di esternalizzazione e le azioni di *capacity building* nell'ambito dell'approccio hotspot e della *European Border and Coast*

32. D. Bigo, *Migration and security*, in *Controlling a new migration world*, n. 4/121, 2001; W. Walters, *Mapping Schengenland: denaturalizing the border*, in *Environment and planning D: society and space*, n. 20(5), 2002, pp. 561-580.

33. L. O'dowd, *The changing significance of European borders*, in *Regional & Federal Studies*, n. 12(4), 2002, pp. 13-36.

34. B. Anderson, N. Sharma, e C. Wright, *Why no borders?*, in *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, n. *26*(2), 2009, pp. 5-18.

35. K. Liao, W. Breitung e R. Wehrhahn, *Debordering and rebordering in the residential borderlands of suburban Guangzhou*, in *Urban Geography*, n. 39(7), 2018, pp. 1092-1112.

Guard Agency (EBCGA, Agenzia Frontex) – che a livello nazionale – attraverso gli accordi con la Libia, la strategia dei porti chiusi, la legislazione in materia di asilo e di rimpatri modificata secondo un approccio restrittivo[36].

A partire dal 2015, il c.d. approccio hotspot, ha previsto una riqualificazione – più a livello formale che sostanziale – dei cosiddetti Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA) in luoghi di identificazione e categorizzazione dei migranti neoarrivati, al fine di definirne lo *status* giuridico – distinguendo i cd. migranti economici da quelli cd. forzati – e incanalarli nelle procedure di richiesta asilo o di rimpatrio[37]. Sin dalla metà degli anni 2000, molteplici lavori avevano messo in luce i numerosi profili di illegittimità sia in materia di privazione della libertà personale, la quale oltre ad eccedere di frequente i limiti imposti dalla normativa vigente, avveniva in assenza di qualsivoglia convalida del trattenimento in sede giurisdizionale[38], che in materia di accesso all'asilo.

Per contro, sistemi maggiormente strutturati di detenzione dei richiedenti asilo nelle fasi successive all'asilo e durante l'esame della richiesta di protezione internazionale si andavano diffondendo in tutta Europa[39] e nel mondo, prevedendo anche forme di cd. *offshore detention*, o *remote detention*, che andavano a esacerbare la rottura della connessione con il territorio, l'invisibilizzazione delle persone detenute e il mancato accesso a servizi di tutela[40].

Secondo la categorizzazione di questi luoghi proposta dal *UN Working Group on Arbitrary Detention* (WGAD, 2013), che andava ad evidenziare otto tipologie[41], il caso

36. H. Kriesi *et al.*, *op.cit.*

37. Tale distinzione è stata ampiamente contestata a livello accademico, specialmente nell'ambito di contributi focalizzati sull'*agency* nella teoria delle migrazioni, capaci di mettere in luce la relazione tra forzatura e volontarietà come *continuum* piuttosto che dicotomia ed i complessi meccanismi di sovrapposizione di componenti di forzatura e di volontarietà all'interno di ciascun percorso migratorio. Si veda O. Bakewell, *Some reflections on structure and agency in migration theory,* in *Journal of ethnic and migration studies,* 36(10), 2010, pp. 1689-1708; M.B. Erdal e C. Oeppen, *Forced to leave? The discursive and analytical significance of describing migration as forced and voluntary,* in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44(6), 2018, pp. 981-998; C. Denaro, *"We have the right to choose where to live". Agency e produzione di materiale audio-visuale nei percorsi di fuga dalla Siria,* in *Mondi* Migranti, 2016, pp. 123-145.

38. Si vedano ad esempio i rapporti delle visite della delegazione GUE-NGL nel Centro di accoglienza di Lampedusa, nel 2005, https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200801/20080104ATT17410/20080104ATT17410EN.pdf e nel 2009 https://www.statewatch.org/media/documents/news/2009/mar/eu-gue-lampedusa-report.pdf.

39. L. Schuster, *The exclusion of asylum seekers in Europe.* Oxford: University of Oxford, 2004; K. Hailbronner, *Detention of asylum seekers*, in *Eur. J. Migration & L.*, n. 9, 2017, p. 159; AIDA-ECRE (2017), *The detention of asylum-seekers in Europe – Constructed on shaky ground?*, June 2017. https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/06/AIDA-Brief_Detention-1.pdf.

40. A. Mountz, *Mapping Remote Detention. Beyond walls and cages: Prisons, borders, and global crisis*, Vol. 14, 91. University of Georgia Press, 2013.

41. Le otto categorie individuate dall'UN Working Group on Arbitrary Detention sono riassunte da Campesi (2020) e sono: a) aree di custodia nelle zone di confine, b) stazioni di polizia, c) strutture gestite da amministrazioni penitenziarie, d) strutture *ad hoc* (Centri di detenzione), e) arresti domiciliari, f) aree internazionali e cosiddette «zone di transito», g) Centri di raccolta, h) ospedali. Si veda UN Working Group on Arbitrary Detention, *Compilation of Deliberations*, 2013, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/CompilationWGADDeliberation.pdf.

delle navi quarantena si pone forse a cavallo tra due delle tipologie individuate, ovvero quella delle «strutture *ad-hoc*» e quella degli «ospedali», in virtù della doppia giustificazione della detenzione sia come dovuta ad esigenze di carattere giuridico che di tutela della salute. Lo stesso WGAD andava a individuare quattro possibili tipologie di detenuti, in base alla motivazione della privazione della libertà personale di cui erano oggetto. In questo *framework*, le persone trattenute a bordo delle navi quarantena si potrebbero andare a situare a cavallo tra due tipologie, ovvero coloro cui era negato l'accesso al territorio (a) e coloro che venivano intercettati in seguito a un accesso al territorio irregolare (b). Prendendo spunto dalla categorizzazione proposta da Guild[42], come rivista da Campesi[43], è inoltre possibile andare a definire la misura della nave quarantena come situata a cavallo tra le misure di cd. pre-ammissione, ovvero di detenzione in seguito all'arrivo (*pre-admittance* o *detention upon arrival*), quelle finalizzate alla verifica dell'identità della persona (*hotspots*), e quelle funzionanti come anticamera della deportazione (*pre-removal detention*) (*ibid*. pp. 530-532).

Un importante elemento costitutivo del *background* concettuale in cui l'utilizzo di misure di privazione della libertà personale nei confronti di cittadini stranieri trova giustificazione, sarebbe la visione dei migranti come potenziale causa di "disordine", per i quali sarebbero necessarie delle forme di confinamento umanitario, nella più ampia ottica di governare mobilità considerate pericolose[44]. In particolare, l'attribuzione del carattere di *pericolosità* è alla base di una delle dieci ipotesi previste dall'art. 31 della Direttiva UE "Procedure", per l'applicazione di «procedure di frontiera accelerate», che prevedono appunto la detenzione[45].

Secondo Mountz[46], tra le conseguenze più rilevanti della detenzione – in termini di accesso al territorio, e di residenza sullo stesso – vi è il mancato accesso ai diritti fondamentali collegati: esso viene letto anche quale forma di razzismo, la cui essenza consiste esattamente nella diversificazione degli standard di accesso ai diritti umani e nel trattamento differenziale riservato a persone di una certa nazionalità o gruppo etnico e di «violenza di stato» che si manifesta nella creazione di «geografie di esclusione», fondate sul

42. E. Guild, *A Typology of Different Types of Centres for Third Country Nationals in Europe*, Strasbourg: European Parliament Briefing Paper, 2006, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2006/378268/IPOL-LIBE_NT(2006)378268_EN.pdf.

43. G. Campesi, *Genealogies of Immigration Detention: Migration Control and the Shifting Boundaries Between the 'Penal' and the 'Preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, n. 29(4), 2020, pp. 527-548.

44. Vedasi G. Campesi, *op.cit*.

45. G. Cornelisse, *Territory, procedures and rights: Border procedures in European asylum law*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. *35*(1), 2016, pp. 74-90.

46. Vedasi A. Mountz, K. Coddington, R.T. Catania e J.M. Loyd, *Conceptualizing detention: Mobility, containment, bordering, and exclusion*, in *Progress in Human Geography*, n. 37(4), 2013, pp. 522-541 e A. Mountz, *op.cit*.

presupposto di trasferibilità dei corpi e della sottoposizione degli stessi a misure di «isolamento geografico», in luoghi di difficile localizzazione[47].

Le stesse caratteristiche contraddistinguevano il sistema delle navi quarantena. La quasi totale assenza di contatto con il mondo esterno dava luogo alla invisibilizzazione *de facto* delle persone oggetto di isolamento, le cui identità venivano in qualche modo occultate. Inoltre, esse venivano allontanate da – e precluse dall'accesso a – determinate risorse, tra cui le infrastrutture di *advocacy*, la rappresentanza legale, l'assistenza medica specialistica, le informazioni rilevanti sulla propria condizione giuridica e sullo stesso luogo di permanenza, spesso sconosciuto alle persone isolate.

In questo contesto, la pandemia si andava dunque a configurare come elemento funzionale all'introduzione di ulteriori restrizioni alla mobilità, in nome dell'esigenza dichiarata di "proteggere" sia le persone in movimento che i cittadini europei, secondo il paradigma *confine to protect*[48]. Ciò contribuiva alla materializzazione di quelli che Tazzioli definisce «confini igienico-sanitari», ovvero dei meccanismi di confinamento che prevedono l'adozione di forme di contenimento che rafforzano le gerarchie tra cittadini e migranti (*racialized containment*) in nome della logica della sicurezza sanitaria[49].

Nei successivi paragrafi, fermo restando l'impatto rilevante delle politiche di gestione dei confini sulle politiche di accesso al diritto di asilo nei luoghi frontiera[50], si cercherà di dar conto di come le politiche attuate a livello nazionale in uno Stato di frontiera in tempo di pandemia, dalla strategia dei «porti non sicuri» sino all'isolamento delle persone a bordo di navi quarantena, abbiano inciso in maniera specifica sulle possibilità di accesso all'asilo, andando a ridefinire i percorsi di accesso al territorio e alla procedura di asilo, andando modificarne luoghi, spazi, tempi e procedure, e configurandosi come politiche di ri-confinamento.

47. Particolarmente significativo in tal senso è il caso dei richiedenti asilo residenti in strutture di accoglienza sulla terraferma, trasferiti sulle navi in seguito all'essere risultati positivi al Covid-19 (Sezione 5. del presente articolo).

48. M. Tazzioli, *Confine to Protect: Greek Hotspots and the Hygienic-Sanitary Borders of Covid-19,* in *Border Criminologies,* in *Border Criminologies*, 2020, https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2020/09/confine-protect.

49. *Ibidem.*

50. R. Andrijasevic, *DEPORTED: The Right to Asylum at EU's External Border of Italy and Libya*, in *International Migration*, *48*(1), 2010, pp.148-174; G. Campesi, *Seeking asylum in times of crisis: Reception, confinement, and detention at Europe's southern border*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 37(1), 2018, pp. 44-70; V. Moreno-Lax, *Accessing asylum in Europe: Extraterritorial border controls and refugee rights under EU law*, Oxford University Press, 2017.

3. Limitazioni imposte all'accesso al territorio: dai «porti chiusi» ai «porti non sicuri», fino al sistema «navi quarantena»

Sin dai primi mesi del 2020, il governo italiano ha varato una serie di misure volte a introdurre restrizioni della libertà di movimento individuale e collettiva, nell'intento di fronteggiare la pandemia legata alla diffusione del Covid-19. I governi europei, in diversi modi e tempi e attraverso vari strumenti, si sono attivati per limitare gli spostamenti individuali, introdurre misure di isolamento, quarantena, rafforzare il sistema di *screening* epidemiologico della popolazione. Importanti restrizioni hanno riguardato i movimenti tra Stati, incidendo sulla possibilità di compiere attraversamenti di confine in assenza di giustificati motivi[51]. In tutto il mondo, l'impatto della pandemia ha investito trasversalmente la vita privata e sociale, in modo più o meno rilevante. In questo contesto, i fenomeni migratori hanno assunto un carattere ancor più critico agli occhi dell'opinione pubblica. La generale percezione di "pericolosità" dei migranti, e dei fenomeni migratori – in particolare se irregolari – è stata accentuata dal timore epidemiologico, generalmente legato agli spostamenti di persone.

In questo contesto di timore diffuso, la soluzione di chiusura dei porti – emersa nel 2019 nell'ambito dei cd. Decreti sicurezza – tornava a far parte del dibattito politico, nonostante i molteplici profili di illegittimità già sollevati[52]. Innanzi tutto, si trattava di una misura selettiva, il cui *target* applicativo si limitava ai migranti soccorsi ed ai loro soccorritori. Inoltre, seppur inizialmente concepita per contrastare l'operato delle navi SAR della società civile, essa aveva finito per concernere anche navi della guardia costiera, o navi mercantili, il cui operato era comunque concesso nell'ambito di attività non SAR. Si trattava comunque di chiusura parziale, *ad hoc* rispetto a determinate imbarcazioni, e finalizzata al contenimento degli arrivi via mare. Inoltre, oltre a trattarsi di un «provvedimento *ad hoc* (*rectius*, *ad navem*), la misura non teneva conto né i profili costituzionali né gli obblighi internazionali dell'Italia» in particolare in materia di diritto di asilo e principio di *non-refoulement*[53].

Nell'ambito della pandemia, la politica dei «porti chiusi» si andava a riconfigurare attorno al concetto di «porto sicuro» (*place of safety*), in via altrettanto strumentale a limitare gli arrivi dei migranti. Giustificando la misura alla luce del contesto sanitario emergenziale, Paesi del sud Europa quali l'Italia e Malta, si dichiaravano – formalmente o informalmente – porti non sicuri,[54] sottraendosi ai loro obblighi in materia di ricerca e

51. Motivi di salute, motivi di lavoro o altri motivi previsti dalla normativa vigente.

52. Vedasi F. Cancellaro, *op. cit.* e A. Pelliconi e M. Goldoni, *op. cit.*.

53. Vedasi A. Pelliconi e M. Goldoni, *op. cit.* 2020.

54. In almeno un caso la stessa Libia si dichiarava «porto non sicuro». Vedasi N. Scavo, *Migranti. Tripoli si dichiara "porto non sicuro" e respinge una propria motovedetta*, 2020, in *Avvenire*,

soccorso. Secondo il diritto del mare, infatti, l'obbligo di soccorso non si esaurisce nella mera presa a bordo dei migranti-naufraghi in pericolo di vita o di grave danno, ma si estende fino al loro trasporto e sbarco in un *place of safety*, in cui possano ricevere adeguate cure, assistenza e una valutazione appropriata del loro *status* giuridico[55].

La specifica ridefinizione dell'Italia quale *porto non sicuro*, avveniva nell'ambito del decreto interministeriale del 7 aprile 2020, che all'art. 1 (ambito di applicazione) stabiliva al comma 1: «Per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (POS, "porto sicuro"), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana».

Tale decreto costituiva il contesto politico e giuridico in cui il sistema delle navi quarantena veniva definito, attraverso il decreto del Capo Dipartimento di Protezione civile n. 1287 del 12 aprile[56]. Esso stabiliva che il soggetto attuatore (Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno[57]), avvalendosi della Croce Rossa Italiana quale struttura operativa del SSN e previo assenso del Capo del Dipartimento di Protezione civile avrebbe provveduto all'*assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria delle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il "Place of Safety" (luogo sicuro) [...] e di quelle giunte sul territorio nazionale in modo autonomo*. Inoltre, *con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare*

https://www.avvenire.it/attualita/pagine/tripoli-si-dichiara-porto-non-sicuro-e-respinge-una-propria-motovedetta-con-280-profughi.

55. Secondo le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare dell'IMO (paragrafo 6.12), il porto 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 e cure mediche) possono essere soddisfatte e dal quale può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti alla loro prossima destinazione (o a quella finale)*. Tuttavia, nell'ambito della recente giurisprudenza il concetto di *place of safety* risulta essere in continua evoluzione. In particolare, nell'ambito di procedimenti penali a carico di migranti – quali ad esempio il caso *Vos-Thalassa* – e di ONG dedite alla ricerca e soccorso – quali *Proactiva Open Arms* e *Mediterranea Saving Humans* – alcune decisioni hanno fornito una interpretazione più estensiva del concetto stesso, introducendo due ulteriori componenti da tenere in considerazione nella sua definizione: a) il rispetto del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) e b) le possibilità di accesso alla protezione internazionale. Si veda in particolare L. Masera, (2019, 2020), Ruggiero (2020), S. Romano, (2021).

56. Decreto del Capo dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020. *Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/dettaglio/-/asset_publisher/default/content/decreto-del-capo-dipartimento-n-1287-del-12-aprile-2020-nomina-del-soggetto-attuatore-per-le-attivita-emergenziali-connesse-all-assistenza-e-alla-sorv.

57. Individuato come soggetto attuatore dell'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020.

il "Place of Safety" (luogo sicuro) il Soggetto attuatore avrebbe potuto *utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria*.

Riguardo i migranti giunti in seguito a sbarchi autonomi, il decreto immaginava lo svolgimento di isolamento fiduciario o quarantena in strutture di accoglienza *ad hoc* – attribuendo alle prefetture competenti la responsabilità di individuazione delle aree/strutture da adibire ad alloggi nonché dei soggetti fornitori di servizi di gestione[58] – ma stabiliva la possibilità di sistemazione degli stessi sulle navi «qualora non fosse stato possibile individuare le predette strutture sul territorio».[59]

A fronte della relazione di "consequenzialità" dei due decreti, in un'ottica di giustificazione delle navi quarantena come misura connessa all'impossibilità di individuare l'Italia come POS, occorre sottolineare come una eventuale venir meno del primo decreto andrebbe a incidere sulla legittimità del secondo, privando di ragion d'essere il sistema delle navi quarantena.

4. Frammentazione dei percorsi di accesso alla procedura di asilo: la nave quarantena come elemento di discontinuità fisica e procedurale nel cosiddetto «approccio hotspot»

A partire dal 2015, le politiche di gestione dei flussi migratori verso l'Europa e dei confini hanno iniziato ad essere caratterizzate dal cosiddetto «approccio hotspot»[60]. Tale approccio – sviluppato dalla Commissione europea come parte delle azioni volte a supportare gli Stati Membri UE situati ai confini esterni dell'Unione Europea nella gestione della pressione migratoria – definita come «sproporzionata» – era stato presentato nell'ambito dell'Agenda Europea sulle Migrazioni (Maggio 2015)[61]. Esso prevedeva la collaborazione degli Stati con Agenzie quali EASO, Frontex, Eurpol e Eurjust, al fine di «favorire il rispetto dei loro obblighi previsti dalla legge» e «velocemente identificare, registrare e foto-segnalare i migrati in arrivo» nell'ottica di facilitarne la categorizzazione tra «richiedenti asilo» e «migranti economici» e rispettivamente, sulla base della stessa, «l'immediato incanalamento nella procedura di asilo o verso le procedure di rimpatrio». Il raggiungimento di tali obiettivi

58. In particolare: *In modo autonomo il Soggetto attuatore individua, sentite le Regioni competenti e le autorità sanitarie locali, per il tramite delle prefetture competenti, altre aree o strutture da adibire ad alloggi per il periodo di sorveglianza sanitaria previsto dalle vigenti disposizioni, avvalendosi delle prefetture medesime che procedono alla stipula di contratti per il trattamento di vitto, alloggio e dei servizi eventualmente necessari, per le persone soccorse ovvero, in caso di mancanza di accordo, ad attivare le procedure di cui all'articolo 6, comma 7 del decreto legge n. 18 del 2020*, disponibile su http://www.protezionecivile.gov.it/documents/20182/989700/Ocdpc+n+630+3+febbraio+2020/dec616d1-7cc7-4255-ab50-b26241a2180d.

59. *Ibid.*

60. European Commmission, *Migration Home affairs, Hotspot Approach*, 2015 https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/hotspot-approach_en.

61. European Commission, *European Agenda on Migration*, 13 maggio 2015, su https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf.

era immaginato attraverso l'individuazione di strutture di prima accoglienza, dette appunto «hotspot», nei luoghi di frontiera. Nel caso dell'Italia, alcuni dei Centri di Primo Soccorso e Accoglienza situati in possibili luoghi di sbarco venivano *de facto* ri-definiti hotspot (Lampedusa, Trapani, Messina, Taranto), seppur in assenza di una reale modifica al fondamento normativo delle strutture.

In particolare, era possibile ricondurre le maggiori criticità dell'approccio hotspot intorno a due assi principali, legati a diversi profili di illegittimità. Un primo asse si articolava attorno al tema *dell'accesso alla procedura di asilo*, parzialmente limitato dal meccanismo di categorizzazione dei migranti in seguito all'arrivo, fortemente informato dalla definizione di una lista di Paesi ritenuti sicuri. In particolare, l'introduzione di disposizioni normative volte a discriminare l'accesso a procedure di asilo ordinarie o viceversa accelerate in base alla nazionalità dei cittadini stranieri che manifestavano la volontà di chiedere protezione internazionale in frontiera – quali i decreti sicurezza – andava parzialmente a minare il criterio della valutazione della situazione individuale quale base per la richiesta di protezione internazionale, in favore di una ridefinizione del diritto di asilo quale «diritto collettivo», per il quale sia l'accesso alla procedura che il possibile riconoscimento di qualche forma di protezione venivano influenzati dalla nazionalità del richiedente[62]. Sempre in merito all'accesso alla protezione internazionale ulteriori profili di criticità venivano sollevati in merito al tema del diritto all'informativa legale che – secondo quanto rilevato durante azioni di monitoraggio delle procedure di frontiera – rischiava nella pratica di essere limitato alle nazionalità escluse dalla lista dei cd. «Paesi sicuri»[63]. Infine, ulteriori profili di illegittimità erano stati rilevati sia in riferimento alla natura degli strumenti utilizzati dalle autorità di pubblica sicurezza al momento dell'identificazione e foto-segnalamento dei migranti – ovvero il cd. «Foglio notizie» e «la Scheda informativa» – che alle circostanze di compilazione. In particolare, il Foglio notizie prevede una determinata sequenza di quesiti da porre alla persona, il primo dei quali rileva una generica «volontà di lavorare» della persona, ritenuta indicatore di una volontarietà del percorso migratorio, e giustificativa di un possibile incanalamento nelle procedure di allontanamento del territorio, e di esclusione dall'accesso alla procedura di asilo. La stessa finalità era riscontrabile nello strumento successivamente introdotto – cd. Scheda informativa – nella quale veniva richiesto alla persona di sottoscrivere «una non-volontà di accedere alla protezione

62. ASGI e A buon diritto, *Le nuove ipotesi di procedure accelerate e di frontiera*, 2020, https://www.asgi.it/notizie/le-nuove-ipotesi-di-procedure-accelerate-e-di-frontiera/.

63. ASGI, *Ombre in frontiera. Politiche informali di detenzione e selezione dei cittadini stranieri. Report Progetto In Limine*, 2020, https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/Ombre-in-frontiera.-Politiche-informali-di-detenzione-e-selezione-dei-cittadini-stranieri-2.pdf.

internazionale, a fronte della ricezione di una corretta informativa legale», circostanza però non confermata dalle persone che l'avevano sottoscritta[64].

Un secondo asse lungo il quale si andavano ad articolare ulteriori possibili profili di illegittimità era la questione della *privazione della libertà personale*, in relazione ai trattenimenti in hotspot «per finalità di identificazione». Già a partire dal 2011 si era osservato l'utilizzo di navi di linea per le stesse finalità, ed era stato introdotto il concetto di «hotspot galleggianti». Particolarmente rilevante – al fine di ribadire l'illegittimità delle prassi detentive di cittadini stranieri, in mancanza di convalida da parte dell'autorità giudiziaria – era la decisione in merito al caso *Khlaifia*[65], che oltre a stabilire che il trattenimento dei ricorrenti era privo di base legale, metteva in luce il mancato accesso a un ricorso effettivo da parte dei richiedenti.

Questo era il contesto in cui il sistema «navi quarantena» si andava a implementare, ponendosi come ulteriore fattore di discontinuità nell'accesso alla procedura di asilo. Un primo ambito di discontinuità generato dall'introduzione della nave quarantena concerneva i percorsi di accesso all'informazione, che – secondo quanto emerso durante le interviste realizzate e confermato da attività di monitoraggio a lungo termine come quelle portate avanti nell'ambito del Progetto in Limine di ASGI – risultavano gravemente compromessi, specialmente riguardo l'informativa legale in merito alla protezione internazionale.

Nell'ambito delle testimonianze raccolte, la totalità dei migranti intervistati – indipendentemente dalla nazionalità e dall'eventuale incanalamento nella procedura di richiesta asilo o di respingimento e rimpatrio – dichiarava di non aver ricevuto alcun tipo di informativa legale in seguito allo sbarco, né in hotspot, né successivamente a bordo delle navi quarantena o alla discesa dalle stesse.

Per ciò che concerneva la sottoscrizione di documenti nell'ambito delle procedure di identificazione – quali il Foglio notizie – o in fase precedente alle operazioni di trasferimento presso un Centro di detenzione finalizzato al rimpatrio, quali il decreto di respingimento differito – gli intervistati riferivano di non aver compreso il contenuto di tali documenti, e letteralmente di «non sapere cosa avessero firmato».

Quando siamo arrivati a Lampedusa ci hanno portati al Centro. Li ci hanno messi in due file. I tunisini da una parte, gli africani dall'altra parte. E poi hanno diviso i tunisini in altre due file. In una c'erano quelli che erano già venuti, nell'altra quelli che non erano mai venuti. C'eravamo noi

64. ASGI, *Cassazione sulle prassi hotspot: il secondo foglio notizie non può limitare l'accesso al diritto di asilo*, *Progetto In Limine,* 2020, https://www.asgi.it/notizie/cassazione-hotspot-secondo-foglio-notizie-non-limita-diritto-di-asilo/.

65. Grand Chambre, *Case Khlaifia and other v. Italy*, *(Application no. 16483/12)*. https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:[%22Khlaifia%22],%22itemid%22:[%22001-170054%22]%7D.

e la polizia. Non c'erano interpreti. Era notte. Non c'erano organizzazioni. Non abbiamo avuto informazioni. Solo ci hanno chiesto da dove venivamo, nome, cognome, nazionalità. E abbiamo firmato. Non so cosa abbiamo firmato. Poi ci hanno fatto il tampone, abbiamo dormito e siamo saliti sulle navi. Io pensavo che sulle navi ci avrebbero spiegato ma non ci hanno detto nulla. La nave era molto pulita. Non c'era nulla di male. La sera cantavamo tutti insieme. Poi un giorno siamo scesi e abbiamo firmato un altro foglio e ci hanno detto che eravamo liberi. Solo dopo ho capito che questo foglio era il "via". E che non potevo stare qua. Ero clandestino e non sapevo cosa fare[66].

Nell'immaginario degli intervistati vi era un possibile "slittamento" della fornitura di informazioni di tipo legale, dall'hotspot alla nave quarantena, che restava peraltro insoddisfatta. Ciò appariva verosimile alla luce di quanto dichiarato dall'ente gestore delle navi in oggetto, la Croce Rossa Italiana, la quale riferiva dell'avvenuta introduzione di un servizio di informativa legale a bordo – seppur percepito dalla stessa organizzazione insufficiente per ragioni legate al numero di risorse umane impiegate, e ai limiti imposti all'organizzazione di sessioni informative di gruppo per via della pandemia – solo nel mese di dicembre 2020[67].

Il lavoro di ricerca e analisi svolto dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione nell'ambito del Progetto In Limine, permetteva infine di rilevare ulteriori criticità in merito all'accesso alla procedura da parte di minori stranieri non accompagnati[68]. Secondo informazioni fornite da parte della questura di Agrigento in seguito a un'istanza di accesso civico generalizzato a informazioni e provvedimenti assunti nei confronti dei minori non accompagnati in ingresso sul territorio italiano e condotti a bordo di navi quarantena, dei circa 1000 minori transitati sulle navi quarantena tra maggio e settembre 2020, nessuno manifestava la volontà di chiedere protezione internazionale.

In conclusione, la presenza della nave, sia come luogo fisico intermedio di trasferimento precedente rispetto a un vero e proprio accesso al territorio, che come *step* procedurale, su cui venivano riflesse, almeno idealmente e in maniera fittizia, azioni, servizi, procedure che avrebbero dovuto svolgersi in hotspot, andava a ridefinire le modalità, i tempi e i luoghi di accesso alla procedura di asilo, quale componente dell'accesso al diritto stesso.

5. Limitazioni nell'accesso tempestivo all'accoglienza e ai servizi sociosanitari dedicati: il caso delle persone portatrici di esigenze particolari

Una terza componente dell'accesso all'asilo è stata individuata nell'accesso all'accoglienza. In questo contesto, per accoglienza si intende non solo l'individuazione di

66. Intervista con S.A., Stazione di Palermo, 15 ottobre 2020.

67. Intervista con L. Bastianetto e F. Basile, Croce Rossa Italiana, 28 dicembre 2020.

68. ASGI, *I MSNA sulle "navi quarantena": i dati ottenuti dalle autorità competenti*, *Progetto In Limine*, 9 dicembre 2020e, https://inlimine.asgi.it/i-msna-sulle-navi-quarantena-i-dati-ottenuti-dalle-autorita-competenti/.

una struttura alloggiativa adeguata alle esigenze delle persone o coerente rispetto al loro *status* giuridico, ma anche l'insieme di servizi di tutela sociale, sanitaria, psicologica e legale presenti su un determinato territorio, cui si ritiene che la persona accolta dovrebbe avere accesso. Per dar conto di come la nave quarantena sia andata a incidere sull'accesso all'accoglienza, *de facto* andando a posticiparlo, e delle maggiori conseguenze di questa fattispecie, si è scelto di focalizzare l'attenzione sulle persone portatrici di particolari esigenze (art. 17, d.lgs. 142/15), per le quali secondo quanto previsto dalla normativa nazionale e internazionale – incluse le Procedure Standard Operative sugli hotspot – la prima individuazione, l'invio ai servizi, e l'accesso ad adeguati percorsi di accoglienza, dovrebbero avvenire in maniera quanto più possibile tempestiva.

Tra di esse sono da includersi i minori stranieri non accompagnati, i nuclei monoparentali, le donne in stato di gravidanza, le persone con problematiche di salute mentale o fisica, le persone disabili, le vittime di tortura, le persone sopravvissute a violenza sessuale e di genere, gli anziani, ma anche, secondo l'interpretazione di UNHCR (2018) anche le persone LGBTIQ, i sopravvissuti a naufragio ed eventuali altri casi da valutare su base individuale. Da una lettura congiunta delle disposizioni normative in materia di persone portatrici di esigenze particolari, è possibile individuare la necessità di un accesso tempestivo al territorio di riferimento, finalizzato alla soddisfazione delle esigenze rilevate. Tale accesso al territorio – inteso quale luogo di accesso ai servizi – porta con sé l'aspetto dell'uscita tempestiva da strutture che possano comportare la privazione della libertà personale sia se finalizzata all'identificazione – come in hotspot – che al rimpatrio – come i Centri per il Rimpatrio (CPR). Lo stesso decreto Minniti (d.l. 13/2017)[69], nell'ambito delle modifiche introdotte al d.lgs. 142/15, all'articolo 7 comma 5 andava a concettualizzare l'esigenza di una valutazione della compatibilità delle particolari esigenze della persona con il trattenimento, finendo *de facto* per vietarlo[70].

Durante le interviste – in particolare quelle con lo *staff* dell'Ufficio del Garante delle Persone Private della Libertà Personale e con l'Associazione Be Free – è stato possibile individuare almeno un caso di particolare rilievo in materia in incompatibilità del trattenimento in CPR delle persone portatrici di particolari esigenze.

C'è stato poi un caso che non è finito sui giornali, ma è finito sulle nostre scrivanie. Un caso singolo, ma temo non isolato, di una donna tunisina con una forte storia di abusi e soprusi che

69. Decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*. (17G00026) (G.U. Serie Generale n. 40 del 17.2.2017), https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/02/17/40/sg/pdf.

70. Art. 7, *Condizioni di trattenimento*, comma 5. Non possono essere trattenuti nei Centri di cui all'articolo 6 i richiedenti le cui condizioni di salute o di vulnerabilità ai sensi dell'articolo 17, comma 1, sono incompatibili con il trattenimento. Nell'ambito dei servizi sociosanitari garantiti nei Centri è assicurata anche la verifica periodica della sussistenza di condizioni di vulnerabilità che richiedono misure di assistenza particolari.

tuttavia durante il periodo di quarantena non è riuscita a trovare un canale per comunicare tutte la sofferenza di cui era portatrice. Una volta sbarcata a terra questa donna è stata immediatamente trasferita in un Centro per il rimpatrio del territorio e ha purtroppo tentato il suicidio. Solo dopo è riuscita a trovare un momento di ascolto e a raccontare di che cosa era stata vittima nella sua vita e ha trovato la possibilità e il modo di chiedere aiuto e di essere inserita in un percorso di protezione internazionale. Era una donna che era sotto la responsabilità delle autorità statali da tempo, perché appunto per 14 gg aveva fatto il periodo di quarantena e in quel periodo però c'era stato un buco, un buio, un tempo vano, in cui lei non aveva trovato la possibilità di essere presa in carico come vittima e come persona bisognosa di protezione internazionale.

Nel caso della donna, le criticità in materia di fornitura di informazioni legali propedeutiche all'accesso alla protezione internazionale si andavano a sommare alle ulteriori criticità legate alla mancata individuazione tempestiva delle persone portatrici di particolari esigenze. Nel caso particolare, solo l'intervento dell'ente antiviolenza Be Free, che intercettava la donna in seguito al tentato suicidio e al suo ricovero presso il pronto soccorso di un ospedale romano, permetteva la rilevazione delle particolari esigenze della donna, sopravvissuta a violenza sessuale e di genere nel Paese di origine, e ne facilitava l'accesso alla procedura di richiesta asilo. La potenziale rilevanza di vissuti di violenza sessuale e di genere quale causa dell'abbandono del Paese di origine nei processi di riconoscimento dello *status* di rifugiato è sancita proprio da UNHCR in molteplici documenti e raccomandazioni[71].

Noi incontrammo la donna per caso, durante il nostro operato all'interno dell'Ospedale San Giovanni Addolorata di Roma, come sportello antiviolenza. Attraverso i colloqui riuscimmo a ricostruire il vissuto di violenza familiare nel Paese di origine e a facilitare l'accesso alla procedura di richiesta protezione internazionale. Era mancato tutto. Dallo sbarco, all'hotspot, alla nave quarantena, fino al CPR la storia individuale della donna non era mai stata realmente presa in considerazione. Il suo Paese di origine era considerato sicuro e dunque era stata automaticamente incanalata nella procedura di rimpatrio. Il tentato suicidio era stato un ultimo tentativo di prendere la parola[72].

Alla luce di queste considerazioni, nonché della rilevanza che la sussistenza di particolari esigenze e dell'individuazione tempestiva delle stesse assume sia in riferimento all'accesso alla protezione internazionale che alla procedura di determinazione dello *status* di rifugiato (*Refugee Status Determination*, RSD), risulta particolarmente problematica la prassi di

71. UNHCR (2016), *Strategia sulla violenza sessuale e di genere*, https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/UNHCR_SGBV_-Strategia_2017_2019_Final-1.pdf.

72. Intervista con F. De Masi, Be-Free, 26 novembre 2020.

trasferire queste persone a bordo di una nave per lo svolgimento del periodo di quarantena, specialmente a fronte dell'avvenuta individuazione da parte di prefetture competenti di strutture di accoglienza finalizzate all'espletamento delle misure sanitarie di prevenzione e contenimento della diffusione del Covid-19 sulla terra ferma[73].

A partire dalle informazioni rilevate nell'ambito delle interviste condotte, sia con migranti a bordo delle navi che con esperti in materia, emergeva come la presenza di persone portatrici di esigenze particolari a bordo delle navi fosse una prassi, in diversi casi da associarsi al mancato accesso a servizi dedicati, quali quelli di salute specialistica (ad es. ginecologica, psicologica, psichiatrica, e così via). Di seguito un estratto dal diario di campo, riguardo il caso di una donna incinta di due gemelli, con una gravidanza a rischio, trasferita a bordo delle navi quarantena.

Ricevo una richiesta di aiuto da uno dei ragazzi che ho intervistato. Mi dice di avere un'amica in ospedale a Catania. Aspetta due gemelli ed è al sesto mese. Mi chiede se la posso aiutare perché non capisce la lingua e non ha con sé nulla, eccetto un telefonino ma senza caricatore. Prendo il suo numero, la chiamo e...capisco che non si trova a Catania. Le dico di mandarmi la posizione su Whatsapp ma non sa farlo. Mi invia una foto delle carte dell'ospedale. Riesco a capire che potrebbe trovarsi in provincia di Siracusa. Mi dice di parlare solo francese e di non stare capendo come mai la tengano lì. Mi offro di tradurla con i medici, per capire meglio. Rifiutano purtroppo. Le chiedo di cosa avrebbe bisogno e mi dice di un caricatore, poi di assorbenti perché ha dette perdite, di fazzoletti...e poi mi chiede se per caso potessi farle portare un dolcetto al cioccolato. Si scusa subito, poi. Io le dico che non c'è problema, cercheremo di trovarlo. Chiamo poi un'amica avvocata che prepara il pacco e va a trovarla. Si incontrano fuori. Non si può entrare in tempo di Covid nei reparti. Marie è completamente sola[74].

Anche in seguito alla discesa dalle navi quarantena, il trasferimento verso strutture di accoglienza non sembrava – in diversi casi – tenere conto delle particolari esigenze delle persone. Dall'intervista con il referente della struttura dove era stata inviata la donna emerge la frustrazione dell'*equipe* per non poter fornire alla donna il supporto di cui avrebbe necessitato.

Io onestamente non capisco. Noi vorremmo, davvero, andare a trovarla ogni giorno, sostenerla, portarle cose, lavarle i vestiti, parlare con lei. Ma in questa situazione non ci è possibile. Siracusa dista da qui oltre 2 ore di macchina. Una donna incinta, con una gravidanza gemellare, non avrebbe

73. Intervista con M. Bagaglini e E. Adamoli, Ufficio del Garante delle Persone Private della Libertà Personale, 26 novembre 2020.

74. Note di campo, 25 ottobre 2020.

dovuto essere sulla nave quarantena e comunque, una volta scesa a causa di un malore, e una volta accertato che si trattava di una gravidanza a rischio, almeno avrebbero potuto collocarla nei pressi di un ospedale. In queste condizioni l'ospedale non se la sente di dimetterla e sta valutando di tenerla ricoverata fino al termine della gravidanza[75].

Nei casi più noti, non sempre sottolineati da un'adeguata attenzione mediatica, delle persone portatrici di particolari esigenze hanno perso la vita, successivamente alla discesa e al trasferimento in ospedale. Decessi come quello Bilal Ben Massoud[76], Abdallah Said[77] e Abou Diakite[78] avrebbero probabilmente potuto essere evitati grazie a una tempestiva individuazione delle loro particolari esigenze, una segnalazione immediata a servizi dedicati in un'ottica di facilitare l'accesso agli stessi, l'individuazione di soluzioni di accoglienza adeguate, in strutture sanitarie o Centri di accoglienza sulla terraferma.

6. Impatto delle misure (discriminatorie) di isolamento sanitario sulla definizione dello *status* giuridico: il caso dei trasferimenti sulle navi di cittadini stranieri residenti sulla terraferma

A partire dal mese di settembre 2020, tra le misure adottate dal Ministero dell'Interno attraverso i suoi uffici territoriali (prefetture UTG) al fine di prevenire e contenere la diffusione del Covid-19 vi è stato il trasferimento a bordo di navi quarantena di cittadini stranieri già presenti in Italia e ospiti presso Centri di Accoglienza Straordinaria. Nello specifico si trattava di richiedenti asilo a diversi stadi della procedura: alcuni nella fase iniziale, magari in seguito a un trasferimento Dublino, altri in attesa del rilascio del permesso di soggiorno in seguito al riconoscimento della protezione internazionale o di altre forme di protezione, altri ancora ricorrenti in primo o secondo grado di giudizio. Unico fattore comune tra le persone trasferite – dal Lazio, la Campania e la Calabria verso navi quarantena ancorate in Puglia e Sicilia – era l'essere risultati positivi al Covid-19 in seguito a un tampone rapido, e l'essere accolti presso Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS). Secondo quanto riferito durante le interviste i trasferimenti erano avvenuti in piena notte, a bordo di un pullmino da 20 posti, e gestiti da personale di Croce Rossa. Dal lavoro di contenzioso svolto da alcuni avvocati ASGI emergeva il mancato coinvolgimento dell'Azienda Sanitaria Locale di riferimento nelle operazioni in oggetto, o comunque un suo ruolo marginale. L'elemento caratterizzante dei trasferimenti avvenuti consisteva nella

75. Intervista con G.A., 16 novembre 2020.

76. A. Camilli, *Un morto senza nome è il simbolo della nuova frontiera europea*, *Internazionale,* 2020, https://www.internazionale.it/opinione/annalisa-camilli/2020/05/22/migrante-morto-moby-zaza.

77. FOCSIV, *Verità e giustizia per Abdallah Said e stop navi quarantena*, 2020, https://www.focsiv.it/verita-e-giustizia-per-abdallah-said-e-stop-navi-quarantena/.

78. G. Ruta, *Morte di un ragazzo*, *La Repubblica Palermo,* 2020, https://palermo.repubblica.it/cronaca/2020/10/20/news/morte_di_un_ragazzo-271134315/.

mancanza di informazioni in merito alla destinazione dello stesso, e ai tempi di permanenza nel luogo "altro" rispetto a quello di residenza.

Il 18 settembre ci hanno fatto il tampone. Io ed altri eravamo positivi. Quindi ci hanno detto che saremmo stati trasferiti e di preparare uno zainetto. Abbiamo chiesto verso dove, e hanno risposto che non sapevano. La sera è arrivato un pullmino. Forse era notte. Siamo saliti, eravamo circa 17. Poi abbiamo preso altre 10 persone. Siamo partiti da Roma intorno alle 2 di notte. Abbiamo chiesto dove stessimo andando. Nessuno sapeva. Abbiamo viaggiato per oltre 14 ore. Qualcuno di noi provava a seguire sul navigatore, andavamo verso Sud. A un certo punto siamo saliti sulla nave, poi scesi col pulmino, poi ancora strada. Nel frattempo, avevamo fame ma non c'era da mangiare. Solo acqua. Poi abbiamo visto dai cartelli stradali che eravamo a Palermo. Siamo arrivati al Porto. Siamo entrati col pullmino proprio dentro la nave. Abbiamo chiesto cosa stesse succedendo. Ci hanno detto che avremmo fatto la quarantena sulla nave[79].

Al di là dei profili discriminatori insiti in tale misura, e successivamente impugnati in sede giurisdizionale da diversi avvocati, dalle testimonianze dei richiedenti asilo trasferiti sulle navi emergevano ulteriori profili di criticità legati prevalentemente alla persistenza della carenza informativa a bordo nave, sia in merito alle individuali situazioni sanitarie, che in merito all'*iter* procedurale cui erano sottoposti, con particolare riferimento all'eventuale trasferimento presso le Regioni e i Centri di accoglienza di provenienza al termine del periodo di quarantena.

La nave poi si spostava. Non so che nave era. A un certo punto però siamo arrivati a Lampedusa. Io l'ho riconosciuta subito! Ero arrivato li 5 anni fa. Non avrei mai potuto dimenticarla. E mi sono chiesto, ma cosa ci faccio qui di nuovo? [...] Io comunque avevo tutta la mia vita a Roma. Ero li da tanto tempo. Chiedevo ogni tanto se alla fine della quarantena ci avrebbero riportati a casa. Nessuno sapeva niente[80].

Infine, in seguito alla discesa dalle navi, si apprendeva dell'emanazione di provvedimenti di espulsione a carico dei richiedenti asilo oggetto del trasferimento. Tra i casi maggiormente problematici vi erano quelli di richiedenti asilo ricorrenti in Cassazione, trasferiti dal Lazio, regolarmente soggiornanti sul territorio, che venivano muniti di un decreto di espulsione alla discesa della nave e letteralmente "abbandonati" sulla terraferma, nello specifico al Porto di Palermo. Mentre la maggioranza dei loro «compagni di viaggio» venivano ritrasferiti a Roma dalla stessa Croce Rossa, e potevano rientrare nelle strutture di accoglienza di provenienza, i destinatari di questi provvedimenti si trovavano a doversi

79. Intervista con O.A., 2 ottobre 2020.
80. Intervista con Y.S., 6 ottobre 2020.

orientare in una città sconosciuta, cercare una stazione di treni o bus, spendere buona parte dei loro risparmi per acquistare un biglietto. All'arrivo nelle città di provenienza realizzavano di aver perso il diritto all'accoglienza, e non avevano altra alternativa se non quella di cercare soluzioni abitative di fortuna.

Ricevo una chiamata da uno dei ragazzi che ho intervistato. Mi dice che lui sta tornando a Roma ma che due dei suoi amici sono stati lasciati a Palermo al porto. Gli chiedo i numeri e ci sentiamo. «Sono andati tutti via! Siamo rimasti solo io e Joseph. Ci hanno dato un foglio di via! Io gli ho spiegato che avevo appuntamento in questura il 6 ottobre per ritirare il permesso di soggiorno. Avevo fatto un ricorso in Cassazione col mio avvocato. Non mi hanno ascoltato. Gli ho chiesto se mi potevano riportare a Roma ma niente, ci hanno lasciati qui. Non sappiamo dove siamo, come tornare a casa. Tu ci puoi aiutare?» Gli chiesi di condividere la posizione e mi accorsi che erano al Porto. Gli mandai la posizione della stazione e ci arrivarono. Trovarono un bus. Spesero tutti i loro risparmi per tornare indietro. Una volta tornati a Roma, dormirono alla Stazione Termini poiché a causa dei provvedimenti ricevuti avevano perso il diritto all'accoglienza[81].

Il caso in oggetto rappresenta un esempio di intersezione tra politiche migratorie e sanitarie in cui, l'adozione di provvedimenti a rilevanza sanitaria da parte di autorità responsabili del governo delle migrazioni – nell'ottica di prevenzione e contenimento della pandemia – andavano non solo a configurarsi come discriminatori nei confronti dei cittadini stranieri, ma anche in grado di incidere *de facto* sulle condizioni giuridiche degli stessi, determinandone il passaggio dalla regolarità all'irregolarità sul territorio[82].

7. Riflessioni conclusive

Come espresso nelle sezioni precedenti, la strategia dei porti chiusi, e la conseguente istituzione di un sistema di isolamento *offshore* a bordo delle «navi quarantena» è andato a intervenire sulle infrastrutture costitutive del regime confinario implementato dall'Italia, contribuendo in qualche modo alla sua ridefinizione e introducendo ulteriori dispositivi di limitazione della mobilità dei cittadini stranieri.

In primo luogo, l'utilizzo discriminatorio di tale sistema per i soli cittadini stranieri giunti via mare, sembra in linea sia con quanto sottolineato da Simpson rispetto alla storica

81. Intervista con U.R.,10 ottobre 2020.

82. Vedasi anche ASGI, *Illegali e discriminatori I trasferimenti coercitivi sulle "navi quarantena"*, *Progetto In Limine*, 10 ottobre 2020, https://inlimine.asgi.it/illegali-e-discriminatori-i-trasferimenti-coercitivi-sulle-navi-quarantena/.

natura della quarantena come misura caratterizzata da dinamiche coloniali e razziali[83] che con il concetto di «confine igienico-sanitario» proposto da Tazzioli.

Inoltre, la ridefinizione della «strategia dei porti chiusi» in termini di «strategia dei porti non sicuri», confermava il cambio di paradigma ipotizzato da Tazzioli e Stierl[84] riguardo la trasformazione del contesto europeo da «ambiente ostile» a «ambiente insicuro».

Infine, il concetto di ri-confinamento delle frontiere esterne dell'UE proposto da Kriesi *et al.* sembra utile alla lettura di tali trasformazioni, che per un verso prevedevano un rafforzamento delle politiche di esternalizzazione, attraverso la "delega" potenziale della responsabilità di assegnazione di un POS ad altri Paesi – quali la Libia o la Tunisia – avvenuta attraverso la qualificazione di insicurezza dei porti italiani, in linea con le politiche di esternalizzazione e, per l'altro, un rafforzamento dell'approccio hotspot, i cui meccanismi di categorizzazione e selezione venivano resi ancor più effettivi dall'intervallo materiale e procedurale della nave. Così come rilevato da Tazzioli in merito al caso greco, le politiche di gestione della pandemia, invece di configurarsi come stato di eccezione, andavano a costituire un fattore di accelerazione delle politiche di confinamento già in atto, introducendo ulteriori ostacoli nell'accesso all'asilo.

Esse incidevano profondamente sulle possibilità di accesso all'asilo, posticipando – o in alcuni casi definitivamente compromettendo – l'accesso al territorio, alla procedura e all'accoglienza.

Il mancato accesso al territorio avveniva nell'ambito di una contestata qualificazione dell'Italia come «porto non sicuro» avvenuta con il decreto interministeriale del 7 aprile 2020, che giustificava il sistema delle navi introdotto con il decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020. Tale sistema, avrebbe dovuto applicarsi soltanto a quella categoria di persone – soccorse nell'ambito di operazioni SAR condotte fuori dalle acque territoriali italiane da imbarcazioni battenti bandiera straniera – per cui l'Italia non poteva essere *place of safety*. Ciò nonostante, nella prassi, la clausola residuale che autorizzava il trasferimento sulle navi di migranti giunti in Italia con altre modalità, in caso di mancata disponibilità di posti in strutture sulla terraferma, finiva per far venire meno la limitazione prevista inizialmente, trasformando la misura delle navi in una prassi applicabile a tutti i migranti giunti via mare, e così facendo, compromettendo a livello generale l'accesso al territorio.

In secondo luogo, la misura della nave quarantena andava a incidere sull'accesso alla procedura di asilo, modificandone le circostanze, le procedure, i presupposti – tra cui la possibilità di ricevere un'informativa legale adeguata – oltre che i confini spazio-temporali. L'intervallo della nave andava in qualche modo a diluire in diverse fasi l'inadempienza

83. M. Simpson, *op.cit.*
84. M. Tazzioli e M. Stierl, *op.cit.*

governativa nella fornitura di informazioni sull'asilo, e facilitava l'incanalamento di interi gruppi di cittadini stranieri in procedure di respingimento e rimpatrio, puramente sulla base della nazionalità. Ciò che veniva posticipato al momento della discesa dalle navi era in particolare la definizione dello *status* giuridico. Tale definizione, quale esito di una interlocuzione tra autorità di polizia e cittadino/a straniero/a che poteva dirsi, seppur parzialmente, conclusa in seguito alla comunicazione verbale dell'esito della procedura da parte dell'autorità e con la consegna e spiegazione di eventuale documentazione rilevante (es. Foglio di via), veniva in qualche modo rimandata al momento della discesa dalla nave quarantena.

Infine, il sistema navi quarantena innestato sul cd. approccio hotspot, ostacolava l'accesso tempestivo a un'accoglienza dedicata e a servizi sociosanitari territoriali per le persone portatrici di esigenze particolari, la cui eventuale individuazione non pareva informare le misure prese nei loro confronti, né in termini di accesso alla procedura che all'accoglienza, sollevando profili di illegittimità in relazione alle disposizioni normative internazionali e nazionali in materia.

La prassi del trasferimento sulle navi andava a modificare la configurazione del regime confinario, introducendo la nave come ulteriore confine, funzionale e in parte simbolico, quale luogo di privazione della libertà personale, di mancato accesso al territorio, di invisibilizzazione delle singole identità e di ipervisibilizzazione delle politiche di contenimento delle migrazioni dinanzi all'opinione pubblica.

In particolare, della privazione della libertà personale, si andavano a sfumare i confini spazio-temporali: il tempo di confinamento sulla nave si andava a cumulare con altre forme di detenzione, precedenti – per tutti i migranti che transitavano dall'hotspot – e successive, per coloro che venivano incanalati in procedure di rimpatrio. In altre parole, la privazione prolungata della libertà personale delle persone a bordo nave si andava a sommare alla già illegittima privazione di libertà personale a fini di identificazione, andando a costituire un ulteriore luogo di materializzazione del confine.

Dinanzi a queste politiche di ri-confinamento, sembra utile andare ad analizzare eventuali azioni compiute, sia da parte di confinati e confinate, che da parte della società civile, delle organizzazioni coinvolte nella gestione dei flussi migratori in arrivo via mare, e delle stesse istituzioni, focalizzando l'attenzione sui processi di interlocuzione tra queste parti, in un'ottica di negoziazione del confine e de-confinamento.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

L'INCIDENZA DELLE MISURE DI CONTRASTO DELLA PANDEMIA SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DEI MIGRANTI SBARCATI SULLE COSTE ITALIANE: IL CASO DELLE «NAVI QUARANTENA»

di Guido Savio

Abstract: *Si propone all'attenzione del lettore una prima analisi dell'incidenza delle misure antipandemiche, consistenti nell'isolamento forzato su apposite navi, sulla condizione giuridica dei migranti che approdano sulle coste italiane, in particolare sotto il profilo della corretta tutela della libertà personale e dell'accesso al sistema di protezione internazionale. Infatti, la quarantena su navi ormeggiate in rada, senza la possibilità di scendere anche per due settimane e senza alcuna facoltà di contatti con l'esterno (in particolare con legali ed enti di tutela dei richiedenti protezione internazionale) configura una restrizione della libertà personale che si riflette inesorabilmente sulla corretta informazione circa l'accesso alle misure di protezione che non viene fornita durante la permanenza coatta sulle navi. L'analisi vuole dimostrare – partendo dalle fonti amministrative che disciplinano il nuovo istituto e da alcuni casi concreti – come l'intreccio delle descritte misure con l'approccio hotspot comporti una restrizione della libertà priva di base legale e sottratta al controllo giurisdizionale cui consegue – senza soluzione di continuità – l'adozione di provvedimenti di respingimento differito corredati da trattenimenti presso i Centri per il rimpatrio anche nei confronti di potenziali richiedenti asilo.*

Abstract: *This essay proposes a first analysis of the impact of anti-pandemic measures, consisting of forced isolation on special ships, on the legal status of migrants arriving on the Italian coasts, in particular from the point of view of the protection of personal freedom and of the access to the international protection. The quarantine on ships moored in the roadstead, without the possibility of disembarking for up to two weeks and without any possibility of contacts with the outside world (in particular with lawyers and bodies for the protection of applicants for international protection) constitutes a restriction of personal freedom which inexorably reflects on the correct information about access to protection measures, information that is not provided during the forced stay on ships. The analysis aims to demonstrate – starting from the administrative sources that regulate the new institute and from some concrete cases – how the intertwining of the described measures with the hotspot approach leads to a restriction of freedom without legal basis and without a judicial control which follows – without interruption – the adoption of measures of deferred rejection accompanied by detention at the Repatriation Centers even for potential asylum seekers.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

L'INCIDENZA DELLE MISURE DI CONTRASTO DELLA PANDEMIA SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DEI MIGRANTI SBARCATI SULLE COSTE ITALIANE: IL CASO DELLE «NAVI QUARANTENA»

di Guido Savio*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Le fonti. – 3. Alcuni riscontri fattuali. – 4. La condizione giuridica dei migranti in isolamento forzato sulle navi quarantena … – 5. … in relazione all'approccio *hotspot*. – 6. L'adozione di provvedimenti ablativi al termine dell'isolamento forzato sulle navi. – 7. La dubbia legittimità dei decreti di respingimento differito adottati dal questore al termine dell'isolamento navale. – 8. Note conclusive.

1. Note introduttive

Le misure di contrasto e prevenzione della pandemia adottate dal Governo italiano hanno inciso, in varia misura, sulle libertà di tutti. Se fin da subito la comunità dei giuristi si è interrogata sulla legittimità delle misure adottate, e, in particolare, se queste potessero determinare una restrizione della libertà personale (cui conseguirebbe il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione) ovvero di quella di circolazione dei cittadini, sono state fino ad ora poco esplorate le specifiche misure adottate nei confronti dei migranti e, in particolare, di quanti sono sbarcati sulle coste italiane nell'ultimo anno[1]. Infatti, le procedure preordinate al controllo delle frontiere (respingimenti, espulsioni e c.d. approccio *hotspot*, di cui agli artt. 10 ss. del d.lgs. 286/98) e quelle preordinate all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale di cui al d.lgs. 142/2015 sono state intersecate dalle misure adottate in funzione antipandemica, condizionandole, come vedremo, in modo assai significativo.

E tuttavia, l'analisi di queste misure e dei loro effetti è resa particolarmente complessa per due ordini di motivi: il fatto che non sono state adottate con disposizioni legislative, bensì con atti di natura amministrativa diversi tra loro che si sono succeduti nel tempo e, soprattutto, che la loro concreta applicazione s'è svolta *in limine*, in modo silente, lontano dagli occhi indiscreti delle cronache e degli attori istituzionalmente preposti al controllo di legalità.

*Avvocato in Torino

1. Sotto una prospettiva internazionalistica si veda E. Carli, *Trattenimento a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Dir. um. dir. int.*, 3/2020, p. 689 ss.

È per questo motivo che questa analisi è stata resa possibile fondamentalmente grazie ad un progetto dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (che come noto promuove questa *Rivista* insieme a Magistratura Democratica) denominato *In Limine*, cui conviene fare breve cenno.

In Limine è un progetto ASGI[2], attivo da gennaio 2019, che affronta i temi dell'approccio *hotspot*, delle politiche di gestione delle frontiere e dell'accesso alle procedure d'asilo, al fine di strutturare – attraverso la ricerca sul campo, il contenzioso strategico e l'*advocacy* – strategie di denuncia e contrasto delle pratiche lesive delle libertà e dei diritti dei cittadini stranieri in arrivo in Italia. Il *team* lavora con il sostegno di un comitato di esperti costituito da giuristi specializzati e da un gruppo mobile di avvocati disponibile ad intervenire *in loco* intervenendo fattivamente sulle violazioni riscontrate: per evidenti ragioni l'area di azione è concentrata sulle zone costiere del sud Italia e a Lampedusa. Il lavoro svolto è stato recentemente condensato in un report denominato «Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità» (in corso di pubblicazione sul sito indicato nella nota n. 1) e si fonda sulla ricerca sul campo, comprensiva di indagini e interviste ai soggetti a vario titolo coinvolti, che ha consentito a chi scrive di avere materiale fattuale diversamente difficile da reperire, al fine della analisi giuridica che ora si sottopone all'attenzione del lettore, senza voler duplicare l'importante ricerca svolta.

2. Le fonti

Occorre premettere che esula dall'ambito di questa indagine l'analisi dei numerosissimi provvedimenti di carattere normativo e amministrativo che si sono succeduti nel corso del tempo per il contrasto alla pandemia; ci limiteremo, invece, all'individuazione delle fonti direttamente inerenti il fenomeno delle navi quarantena.

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria sul territorio nazionale deliberata dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020, con ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020[3] sono stati stabiliti i primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Per quanto d'interesse in questa sede, è opportuno sottolineare che, ai sensi dell'art. 1 dell'o.c.d.p.c., il coordinamento degli interventi urgenti è assicurato dal Capo Dipartimento della protezione civile, che si avvale del medesimo Dipartimento, delle componenti e delle strutture operative, del Servizio nazionale della protezione civile, nonché di *soggetti attuatori*, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di

2. www.inlimine.asgi.it.
3. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8.2.2020.

specifiche direttive, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Tra gli amplissimi poteri attribuiti al Capo Dipartimento, da attuarsi anche per il tramite dei *soggetti attuatori*, è compresa – all'art. 2, lett. a) – anche la requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili.

Il decreto interministeriale[4] n. 150 del 7 aprile 2020, che si è occupato della gestione delle persone soccorse in mare, non potendosi escludere la presenza di casi di contagio Covid-19, ha ritenuto di disporre misure straordinarie di prevenzione dai rischi da contagio con riferimento ai casi di soccorso effettuati da unità battenti bandiera straniera che avessero condotto operazioni al di fuori dell'area SAR italiana in assenza del coordinamento del IMRCC di Roma, vietandone l'accesso ai porti italiani. La misura prevedeva quindi la chiusura dei porti italiani ai predetti natanti – per tutta la durata dell'emergenza sanitaria – sul presupposto che lo Stato italiano non potesse considerarli «luoghi sicuri», restando invece a carico del Paese di cui le unità navali battevano bandiera l'onere di assicurare le attività assistenziali e di soccorso nel «porto sicuro», secondo le previsioni della Convenzione di Amburgo.

Successivamente, il 12 aprile 2020, è stato pubblicato il decreto del Capo Dipartimento della protezione civile n. 1287 con cui – in attuazione dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, prima citata – è stato individuato il Capo del Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'interno come *soggetto attuatore* delle attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi. Ai sensi dell'art. 1 di tale decreto, il predetto *soggetto attuatore* provvede all'assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria delle persone soccorse in mare per le quali non è possibile indicare il «luogo sicuro», va a dire per quelle persone soccorse da natanti non battenti bandiera italiana al di fuori della zona SAR italiana, e quindi nell'ambito delle operazioni di soccorso non coordinate direttamente dal Centro di coordinamento italiano del soccorso in mare istituito presso il Comando generale del Corpo delle capitanerie di porto - Guardia costiera (cioè quelle persone per le quali i porti italiani sono stati chiusi ai sensi del decreto interministeriale del 7 aprile). In questi casi, il Capo Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, nelle sue funzioni di *soggetto attuatore*, può utilizzare navi da adibire alla sorveglianza sanitaria ai fini dell'isolamento fiduciario e di quarantena, ove non siano disponibili strutture idonee a terra. Ai fini della realizzazione delle attività cui è stato preposto, il *soggetto attuatore* si avvale – ai sensi dell'art. 1, co. 2 del decreto n. 1287 – della Croce rossa italiana, dei volontari della protezione civile, nonché

4. Emanato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale, dell'interno e della salute.

degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera; può inoltre stipulare accordi con soggetti pubblici e contratti con soggetti privati funzionali alle attività previste dal suddetto decreto.

Il 19 aprile 2020 il Ministero delle infrastrutture ha pubblicato un bando di gara per «la presentazione di manifestazioni di interesse per il servizio di noleggio di unità navali battenti bandiera italiana o comunitaria funzionale all'assistenza e sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare o giunti sul territorio nazionale seguito di sbarchi autonomi ...». I requisiti minimi richiesti per le manifestazioni d'interesse sono indicati nell'allegato tecnico al bando di gara; può essere d'interesse – ai fini dello sviluppo successivo dell'indagine – indicarne alcuni tra i più significativi: deve trattarsi di nave passeggeri di classe A, è richiesta la capacità di trasbordo da piccole unità che hanno effettuato il soccorso ai *naufraghi* (es. portello pilota), è richiesta la disponibilità di un numero di cabine atte ad ospitare circa 250 migranti in regime di quarantena con impianto di ventilazione indipendente o possibilità di aerazione diretta con l'esterno, la nave deve avere la possibilità di confinamento in area controllata di almeno dieci migranti con sintomi da contagio da Covid-19, almeno 35 cabine singole da destinare al personale in assistenza sanitaria, vitto da erogarsi in conformità ai dettami delle varie religioni, capacità di imbarco di personale addetto alla *security*, messa disposizione della rete *wifi* di bordo al personale sanitario, di assistenza e di sorveglianza (quindi con esclusione degli ospiti), realizzazione di un regolamento – tradotto nelle lingue più utilizzate – da consegnarsi ai migranti relativo alle norme di convivenza e accesso ai servizi della nave. La durata dell'appalto è di 30 giorni, il corrispettivo complessivo stimato è pari ad € 1.199.250,00, oltre IVA, per i 30 giorni di esecuzione dell'appalto, di cui € 900.000,00, oltre IVA, da corrispondersi a corpo, ed € 299.250,00, oltre IVA, da corrispondersi a misura.

Secondo l'ultimo bando per l'aggiornamento dell'elenco delle unità navali, pubblicato sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti l'11 gennaio 2021, il Governo intende proseguire l'utilizzo delle navi quarantena fino al termine dello stato di emergenza (attualmente prorogato fino al 31 luglio 2021) e si prevede la sorveglianza sanitaria sulle predette navi non solo dei migranti soccorsi in mare o giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi, ma pure di quelli che giungono in modo autonomo attraverso le frontiere terrestri (cioè per tutti i migranti in arrivo), beninteso sempre che non siano disponibili altre aree o strutture.

L'erogazione delle misure di assistenza e sorveglianza sanitaria a bordo delle navi avviene da parte della Croce rossa italiana grazie ad un convenzione stipulata l'8.5.2020 con il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione nelle vesti di *soggetto attuatore*.

3. Alcuni riscontri fattuali

Grazie all'attività del Progetto *In Limine* sono state raccolte informazioni sui migranti trattenuti sulle navi, utilizzando lo strumento dell'accesso civico generalizzato[5]. Così, a titolo esemplificativo, la prefettura di Palermo in data 16.6.2020 ha reso noto che la nave *Rubattino* ha ospitato, a far data dal 17.4.2020 i migranti provenienti dalle navi *Alan Kurdi* e *Aita Mari* per il periodo di quarantena fino al 4.5.2020, successivamente 33 minori stranieri non accompagnati sono stati trasferiti presso due Centri SIPROIMI e 150 uomini presso il CARA di Bari.

Il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, in data 12.6.2020 rendeva noto che la nave *Moby Zazà* in pari data ospitava 193 migranti – in gran parte bengalesi e sudanesi – tutti sbarcati a Lampedusa, precisando altresì che costoro, se richiedenti asilo, al termine dell'isolamento fiduciario sarebbero stati accolti in strutture di accoglienza, mentre a bordo erano garantite dalla Croce rossa le misure di assistenza sanitaria, la mediazione linguistico culturale, l'assistenza sociale, il supporto psicologico, l'identificazione delle persone vulnerabili e delle donne in stato di gravidanza.

Quanto allo specifico ruolo ricoperto dalla Croce rossa italiana, a seguito di accesso agli atti è stata comunicata una dettagliata relazione il 22.7.2020 relativa ai servizi erogati sulle navi *Rubattino* e *Moby Zazà* da cui si evince che tutti i servizi – anche di natura non strettamente sanitaria – e segnatamente l'informativa socio-psicologica e l'individuazione delle persone vulnerabili sono stati erogati da personale della Croce rossa con l'ausilio di mediatori culturali.

L'accesso agli atti ha anche consentito di accertare il numero di minori ospitati in isolamento fiduciario sulle navi quarantena; secondo i dati forniti dalla Croce rossa il 5.11.2020, suddivisi per ciascuna nave, risulta che ne sono stati ospitati 262 sulla *GNV Allegra*; 292 sulla *GNV Azzurra*; 122 sulla *SNAV Adriatico*; 151 sulla *GNV Aurelia*; 243 sulla *GNV Rhapsody* e 143 sulla *Moby Zazà*.

Secondo quanto riportato in un articolo di Sara Creta pubblicato su *The New Humanitarian*[6] si stima in circa 10.000 persone il numero dei migranti ospitati in isolamento fiduciario sulle navi quarantena alla data del 9.11.2020.

Le cronache si sono occupate di questa peculiare forma di isolamento in occasione di tre eventi luttuosi: lo scorso 20 maggio, quando un giovane di 28 anni, Bilal Ben Massaoud perse la vita buttandosi in mare nel tentativo di raggiungere la terra ferma; lo scorso 15 settembre quando Abdallah Said di 17 anni morì in ospedale a Catania dopo essere stato trasferito a seguito di isolamento sulla nave *GNV Azzurra*; e nel mese di ottobre quando

5. Ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 33/2013.

6. https://www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2020/11/9/italy-migration-ferries-coronavirus-quarantine-health-asylum.

Abou Diakitè morì all'età di 15 anni a seguito di un ricovero d'urgenza dopo un periodo d'isolamento sulla nave *GNV Allegra*.

Merita inoltre riportare quanto segnalato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale su «Il Punto» del 28 ottobre 2020[7] che, a seguito di una visita effettuata su una nave utilizzata per la quarantena precauzionale, dopo avere espresso un parere positivo sulle condizioni materiali di ospitalità, specie se confrontate con le affollate e ingestibili strutture a terra dedicate alla prima identificazione (gli *hotspot*), ha tuttavia espresso due criticità, entrambe rilevanti ai fini di questa indagine: l'effettività dell'informazione sui diritti che si riesce a rendere in nave da parte del personale della Croce rossa, quando questa non è supportata da materiale scritto in più lingue, considerato l'altissimo numero di persone ospitate; e la difficoltà di rapportarsi con le persone in modo tale da riconoscerne il passato traumatico e conseguentemente elaborare un piano di concreto supporto. A riprova di tale difficoltà il Garante ricorda proprio la dolorosa vicenda del quindicenne Abou Diakitè, sottoposto a un passato di maltrattamenti e torture, cui s'è fatto prima cenno. Tali criticità, sottolinea opportunamente il Garante, «rischiano di diventare centrali nel contesto della tutela dei diritti nei casi in cui si proceda con la prassi del respingimento differito non appena le persone vengono portate e terra».

Infine, il Garante riferisce di avere espresso le sue preoccupazioni alla Ministra dell'interno circa il trasferimento sulle navi, al fine di espletare il periodo di quarantena, di persone migranti risultate positive al Covid-19 dai Centri di accoglienza a terra dove da tempo erano ospitate. Tale prassi, ritenuta priva di fondamento giuridico e di motivazione fattuale, risulta critica anche sotto il profilo della tutela dei diritti e delle garanzie delle persone coinvolte, operatori inclusi. In effetti, l'applicazione di queste prassi nei confronti di migranti regolarmente soggiornanti in Italia, «rischia di divenire un collettore delle difficoltà del territorio e di determinare un effetto discriminatorio nei confronti di persone particolarmente vulnerabili».

4. La condizione giuridica dei migranti in isolamento forzato sulle navi quarantena ...

A questo punto possiamo iniziare a trarre qualche considerazione sulla condizione giuridica del migrante sbarcato sulle coste italiane nell'attuale situazione emergenziale, collocato in isolamento navale.

Innanzitutto si tratta, in linea generale (perché abbiamo appena visto alcune significative eccezioni), di straniero soccorso in acque internazionali da natanti non battenti bandiera italiana, soccorso avvenuto al di fuori della zona SAR di competenza italiana e senza il coordinamento dell'Italia, ovvero giunto autonomamente sulle nostre coste.

7. www.garantenazioaleprivatiliberta.it.

Tuttavia, poiché secondo il decreto interministeriale n. 150/2020 in questi casi le attività assistenziali e di soccorso dovrebbero essere assicurate dal Paese di cui le unità navali battono bandiera, deve per forza ritenersi che tale Paese non sia in grado di offrire un «porto sicuro», sicché spetta all'Italia farsene comunque carico. Consegue che la condizione del migrante soggiaccia ad una doppia condizione negativa: non essere stato soccorso da nave italiana nel corso di operazione di salvataggio interamente *made in Italy* e non avere la disponibilità di un porto sicuro altrove. Il che designa la nave quarantena come una sorta di porto sicuro di emergenza, o di serie B. Evidente però che tali condizioni siano del tutto casuali e, soprattutto, del tutto estranee rispetto alla volontà o alla condotta del singolo migrante soccorso, che si trova – *obtorto collo* – a subire una condizione non voluta e forse nemmeno astrattamente ipotizzata: se quello stesso naufrago fosse stato soccorso dalla nostra Capitaneria il suo trattamento e, conseguentemente la sua condizione giuridica, sarebbero stati differenti.

Certamente è la contingente eccezionale pandemia a giustificare la parziale chiusura dei porti italiani, tuttavia la oggettiva constatazione che si tratta di poco più di una petizione di principio, dovrebbe indurre a rivedere – a distanza di un anno – l'opzione originaria, quantomeno al fine di evitare diseguaglianze sostanziali che sarebbero evitabili.

Perché, al netto delle dotte disquisizioni circa il livello di coercizione delle libertà conseguenti all'isolamento fiduciario, è fuor di dubbio che essere rinchiusi su una nave, ormeggiata in rada, senza poter scendere a terra per un periodo di circa quindici giorni, costituisca privazione della libertà personale. Prima ancora della giurisprudenza costituzionale è la tragica morte di Bilal Ben Massaoud che ce lo fa comprendere e, per fare un altro esempio ripreso dalle recenti cronache, non è tanto della astratta qualificazione giuridica in termini di sequestro di persona di cui si discetta nei processi a carico del sen. Salvini in corso a Catania e Palermo, quanto di altri profili.

«Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale», così si esprimeva la Corte costituzionale ormai vent'anni fa, nella nota sentenza n. 105/2001. E non ha cambiato orientamento.

Vale inoltre osservare che l'obbligatorietà dell'isolamento su nave è generalizzata, si applica a tutti i migranti che versano nelle condizioni esaminate a prescindere dall'accertamento della positività virale: ha una funzione preventiva nell'interesse dei singoli e della collettività, ma si distingue dalla quarantena a terra per il maggior tasso di intensità della restrizione della libertà, che non è circoscritta a quella di circolazione proprio in forza di quell'assoggettamento fisico all'altrui potere, per usare le parole della Consulta.

Non solo, mentre la quarantena precauzionale su ordine dell'autorità sanitaria è prevista per chi ha avuto contatti con persone contagiate o per chi giunge da determinate aree, la cui violazione è sanzionata in via amministrativa, solo in caso di positività al Covid-19 la violazione del divieto di allontanarsi dall'abitazione o dimora integra un illecito penale; nessuna esecuzione forzata di queste misure è però disposta preventivamente, in via generalizzata, a prescindere dall'accertamento del contagio o del contatto con persone contagiate.

Inoltre, questa restrizione preventiva della libertà interseca e per così dire si sovrappone con l'insieme di misure previste per l'identificazione degli stranieri che giungono sulle nostre coste in condizione di formale irregolarità, eludendo i valichi di frontiera appositamente istituiti. È a questo aspetto che conviene prestare attenzione per verificare l'incidenza dell'isolamento navale sull'approccio *hotspot*[8], tenendo presente che se il secondo è blandamente disciplinato da norme di legge, il primo, come abbiamo visto dall'analisi delle fonti, è adottato esclusivamente sulla base di atti amministrativi.

5. ... in relazione all'approccio *hotspot*

Com'è noto, ai sensi dell'art. 10-*bis*, d.lgs. 286/98 lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera, interna o esterna, ovvero giunto in Italia a seguito di operazioni di salvataggio in mare (senza differenziazioni su chi opera il soccorso, né in quale zona SAR e indipendentemente dalla bandiera del natante) è condotto per le esigenze di soccorso e prima accoglienza presso i «punti di crisi» (versione in lingua italiana degli *hotspot*) istituiti appositamente ai sensi della legge n. 563/1995 (la c.d. «legge Puglia» che prevedeva l'istituzione di Centri di raccolta dei migranti albanesi approdati in quel periodo sulle coste adriatiche, senza nulla prevedere circa la condizione giuridica – in termini di privazione della libertà personale – delle persone ospitate) e nelle strutture di cui all'art. 9, d.lgs. 142/2015 (i Centri di prima accoglienza per richiedenti asilo). In questi stessi Centri gli stranieri sono altresì sottoposti ai rilevamenti fotodattiloscopici e segnaletici anche ai fini del regolamento UE n. 603/2013 (EURODAC). Lo straniero che rifiuti reiteratamente di sottoporsi a tali rilevamenti è considerato dalla legge «a rischio di fuga» ai fini del trattenimento amministrativo presso i CPR per la durata massima di 30 giorni. Poiché il trattenimento costituisce misura restrittiva della libertà personale (v. Corte cost. sent. n. 105/2001) è prevista l'attivazione della convalida giurisdizionale da parte del

7. Il tema *hotspot* è già stato trattato più volte in questa *Rivista*: si rinvia a M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in n. 2.2018; M. Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in n. 2.2017; C. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10-ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in n. 2.2017; D. Belluccio, *Richiedente asilo o persona irregolare: se il confine è il silenzio. Nota a Corte di cassazione civile, sez. VI-1, ord. n. 10743 del 24.2/3.5.2017*, in n. 2.2017.

Giudice di pace, ovvero della sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale, qualora si tratti di straniero richiedente protezione internazionale. Tuttavia la convalida giurisdizionale è prevista solo in caso di trattenimento a fini identificativi nei CPR: alcuna convalida giurisdizionale è prevista per la fase iniziale nell'*hotspot*.

Infatti, il punto di massima criticità dell'approccio *hotspot* consiste nel fatto che sono aree chiuse, da cui non ci si può allontanare; il che comporta che siano compresse la libertà personale e quella di circolazione delle persone ivi trattenute. Vero è che si tratta di limitazioni delle libertà tendenzialmente circoscritte nel tempo breve, ma è altrettanto vero che in caso di afflusso massiccio di migranti i tempi necessari all'espletamento delle procedure potrebbero protrarsi per svariati giorni e, comunque, indipendentemente dalla durata temporale della restrizione della libertà, il nostro assetto costituzionale non consente alcuna restrizione se non nei casi e modi previsti dalla legge e fatta salva la convalida giurisdizionale dei provvedimenti restrittivi, ove adottati dall'autorità di pubblica sicurezza. Si tratta, quindi, di situazioni privative della libertà personale e di circolazione senza base legale. Si riproduce quindi la medesima situazione fattuale verificatasi a Lampedusa nel 2011 e che ha portato la Corte EDU (con la nota sentenza *Khlaifia*, Corte EDU, G.C. 15.12.2016) a stabilire che il trattenimento degli stranieri in strutture chiuse, anche se disposto nell'immediatezza dei soccorsi ed in situazioni di accesso straordinario di migranti – ove nessuna norma interna preveda la restrizione della libertà in detti Centri – configura una detenzione di fatto, priva di base legale, in contrasto con l'art. 5, § 1, 2 e 4, CEDU.

Inoltre, la circolare del Dipartimento delle libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno del 6 ottobre 2015, prot. n. 14106 ha specificato che il «meccanismo [*hotspot*] prevede – a regime – che tutti i migranti sbarchino in uno dei siti *hotspot* individuati, affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore le operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria EURODAC 2)». È molto importante evidenziare come la circolare in esame prefiguri gli scenari che si possono verificare nell'immediatezza degli sbarchi nei seguenti termini:

1) «le persone che manifestano la volontà di chiedere asilo vengono, di norma, trasferite nei Centri di accoglienza presenti sul territorio per la formalizzazione della domanda attraverso la compilazione del c.d. modello C3;

2) alle persone in evidente bisogno di protezione [appartenenti a quelle nazionalità il cui tasso di riconoscimento della protezione internazionale è pari o superiore al 75%] viene fornita, con il sostegno dell'EASO e dell'UNHCR, una informazione mirata sulla procedura di *relocation*; le stesse, una volta manifestata la volontà di chiedere asilo, saranno fotosegnalate come EURODAC CAT. 1 e trasferite negli *hubs* regionali per la formalizzazione del modello C3 europeo;

3) infine, le persone che non manifestano la volontà di chiedere protezione, né di sottoporsi all'iter procedurale finalizzato alla *relocation* sono, a cura delle competenti forze di polizia, sottoposte agli ulteriori accertamenti previsti dalla vigente normativa»: cioè avviate alle procedure di respingimento o di espulsione. È quindi evidente che fin dallo sbarco dei migranti si verifica una preselezione tra le persone "meritevoli" di accedere al percorso di protezione e quelle da allontanare. Certamente, anche il migrante destinatario di un provvedimento ablativo può chiedere in qualsiasi momento protezione, ma previo trattenimento in CPR – ove la domanda venga ritenuta strumentale al fine di eludere o ritardare l'allontanamento – ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 142/2015, la cui durata massima è pari a 12 mesi. Ecco che viene in rilievo un secondo rilevante profilo di criticità dell'approccio *hotspot*: il corretto adempimento degli obblighi di informazione che grava sulla PA ai sensi dell'art. 8, dir. 2013/32/UE, che ha trovato attuazione, nel diritto interno, negli artt. 10 e 10-*ter*, d.lgs. 25/2008, come modificati dal d.lgs. 142/2015.

Fin dall'ordinanza 10743/2017 la sesta sezione civile della Corte di cassazione annullando la convalida di un decreto di trattenimento del Giudice di pace ha stabilito che «il dovere delle autorità nazionali di fornire informazioni ai cittadini stranieri e agli apolidi in ingresso nel territorio nazionale che desiderino presentare domanda di protezione internazionale ... è attualmente sancito dagli artt. 1, co. 2 e 3, d.lgs. 142/2015 ... ne consegue che il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al suo sbarco e avrebbe dovuto essere indirizzato presso un Centro di accoglienza». Ma è tuttavia evidente che se al migrante sbarcato non viene fornita immediata e corretta informazione, ovvero se la sua manifestazione di volontà non è immediatamente raccolta, assai difficilmente costui potrà essere nelle condizioni di manifestare la volontà di chiedere protezione.

Questo elemento di forte criticità non può che essere esasperato dalla permanenza coatta sulle navi quarantena, potendosi verificare un'anticipazione sostanziale dell'effetto *hotspot* durante l'isolamento sanitario, comportante una restrizione della libertà personale di durata ben maggiore, al termine del quale segue, *de plano*, l'adozione di provvedimenti ablativi.

6. L'adozione di provvedimenti ablativi al termine dell'isolamento forzato sulle navi

Alcuni dati raccolti nell'ambito del citato *Progetto In limine* – pur se parziali – consentono di estrapolare taluni casi pratici emblematici del rapporto tra approccio *hotspot* e isolamento forzato sulla nave quarantena. Al fine di ben comprendere le prassi operative prenderemo ora in esame il caso di una persona tunisina sbarcata a Lampedusa in data 1.11.2020. Com'è noto, un ruolo importante, ai fini della pre-identificazione di cui alla citata circolare ministeriale n. 14106/2015, è svolto dal «foglio notizie», un documento fidefacente

in cui solitamente si condensa l'intervista amministrativa svolta nell'immediatezza dello sbarco.

Ebbene, in occasione dello sbarco n. 10 avvenuto lo scorso primo novembre, dal foglio notizie redatto dalla questura di Agrigento nel CSPA (Centro soccorso e prima assistenza) di Lampedusa in data 1.11.2020, si apprende che il migrante, la cui nazionalità è stata accertata dall'interprete di lingua araba e la cui provenienza è stata accertata nell'ambito dell'attività info-investigativa svolta in relazione allo sbarco, è giunto in Italia per cercare lavoro: tanto si desume dal fatto che tra le cinque opzioni indicate – lavoro, raggiungere i familiari, fuggire dalla povertà, asilo e «altro» – è stata barrata la casella relativa alla prima opzione. Dodici giorni dopo, il 13 novembre, il questore di Messina, «preso atto che lo straniero è stato fermato a Lampedusa all'atto dell'ingresso nel territorio dello Stato avvenuto sottraendosi ai controlli di frontiera in data 1.11.2020, che non ha inteso avvalersi della possibilità di chiedere la protezione internazionale, così come risulta dal foglio notizie, essendo stato compiutamente informato al momento della pre-identificazione in conformità con la direttiva 2008/115/CE, che deve pertanto procedersi ai sensi dell'art. 10, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 [respingimento differito] essendo stato l'interessato ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso in quanto posto in quarantena per COVID-19, a bordo di nave in rada presso il porto di Augusta», disponeva il suo respingimento differito che, non potendo essere eseguito immediatamente e sussistendo il rischio di fuga, determinava il trattenimento del migrante presso il CPR di Gradisca d'Isonzo, in provincia di Gorizia. Il Giudice di pace del capoluogo friulano convalidava il trattenimento in data 16.11.2020; tuttavia, poiché nelle more del trattenimento costui faceva pervenire al locale ufficio immigrazione nota manoscritta con cui manifestava la propria volontà di chiedere protezione, il 18.11.2020 veniva formalizzata la sua domanda con la compilazione dell'apposito modulo C3, immediatamente trasmesso alla competente Commissione territoriale di Trieste. Contestualmente, il questore di Gorizia mutava il titolo del trattenimento del «*clandestino respinto*» ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015 ed inviava gli atti alla sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale di Trieste per la nuova convalida, avendo cura di specificare che «si fa presente che in sede di adozione del provvedimento di respingimento era già stato accertato, a mezzo del foglio notizie, che il medesimo era entrato in Italia con finalità lavorative». Il nuovo trattenimento finalizzato all'esame prioritario della richiesta di asilo, che interrompeva quello originariamente disposto dal questore di Messina finalizzato all'esecuzione del provvedimento di respingimento, era giustificato dal fatto che la domanda di protezione fosse «preordinatamente formulata in stretta concomitanza con un'attività di rimpatrio a mezzo idoneo vettore charter e pertanto pretestuosa ed unicamente finalizzata a ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento». Il Tribunale di Trieste, all'udienza camerale del

20.11.2020, a seguito dell'audizione del trattenuto e dell'esame della documentazione fornita dal suo difensore, preso atto che «la domanda [di protezione] dello straniero risulta essere già stata formulata durante la permanenza in quarantena sulla nave *Allegra*, dopo avere contattato l'avv. L.B. del Foro di Messina affinché lo assistesse nella formulazione/presentazione della domanda di asilo (vd. PEC in atti), che pertanto essa non può ritenersi strumentale ad evitare l'espulsione [*recte*: il respingimento] siccome non formulata in concomitanza con la procedura di espulsione; richiamata la giurisprudenza della S.C. sulle molteplici possibili forme di presentazione della domanda di asilo ... non convalida il trattenimento».

Questa vicenda, banale ma al tempo stesso emblematica delle prassi quotidiane, consente di scorgere qualche elemento di riflessione utile rispetto al tema oggetto della nostra indagine.

Innanzitutto balza agli occhi che il nostro cittadino tunisino è stato privato della sua libertà personale dall'1.11.2020 (giorno dello sbarco a Lampedusa, si ha ragione di ritenere dopo una poco piacevole crociera nel Mediterraneo) al successivo 20 novembre, dapprima in isolamento sanitario forzato e, successivamente, presso il CPR di Gradisca d'Isonzo. Tuttavia, fino al 16 novembre (dunque per 15 giorni) alcun provvedimento giurisdizionale di convalida è stato adottato, anzi, a ben vedere il decreto di convalida del Giudice di pace di Gorizia ha sanato la restrizione della sua libertà disposta dall'autorità amministrativa solo per il periodo successivo all'adozione del decreto di respingimento adottato dal questore di Messina lo scorso 13 novembre. Il che significa che per i precedenti 12 giorni la privazione della sua libertà è stata *sine titulo*, in forza di una sorta di *fictio juris* secondo cui il periodo trascorso sulla nave Allegra ancorata in rada presso il porto di Augusta fosse da considerarsi un limbo, una sorta di zona sterile, di fatto e di diritto.

Dopodiché, senza soluzione di continuità, sono stati adottati il provvedimento di respingimento differito e quello di trattenimento, proprio sulla scorta di quello scarno «foglio notizie» redatto nell'immediatezza dello sbarco – in condizioni di verosimile stress – consistente nell'avere barrato con una crocetta la casella posta a fianco della prima voce indicata tra i motivi dell'arrivo: cercare lavoro. Di qui l'immediata qualificazione della persona nella categoria dei c.d. migranti economici, una sorta di marchio di origine che ha seguito il nostro migrante per mezza Italia, da Lampedusa ad Augusta, da Messina a Gradisca d'Isonzo fino a Trieste. Tant'è vero che nella richiesta di ri-convalida del trattenimento avanzata dal questore di Gorizia al Tribunale di Trieste si richiama proprio il mitico foglio notizie a riprova della natura dilatoria e strumentale della domanda di protezione riformulata proprio nel CPR.

Domanda di asilo "ri-formulata" perché nel corso dell'udienza di "ri-convalida" del trattenimento innanzi al Tribunale triestino è emerso l'imponderabile (per

l'Amministrazione): il difensore produce al giudice alcuni messaggi di posta elettronica certificata con cui un avvocato di Messina – in pendenza del trattenimento sanitario sulla nave quarantena, quindi prima dell'adozione del decreto di respingimento – segnalava alla locale questura la manifestazione di volontà del migrante tunisino di chiedere protezione internazionale, che ha l'effetto di far crollare la consolidata sacralità del foglio notizie: poiché la domanda di protezione era già stata formulata in epoca non sospetta, cessa la sua presunzione di strumentalità e, finalmente, si dichiara che la privazione della libertà è priva di base giuridica. Che non si tratti di uno stratagemma improvvisato è comprovato dal fatto che il giudice triestino richiama «la giurisprudenza della S.C. sulle molteplici possibili forme di presentazione della domanda di asilo (21910/20; 26253/09)».

La questione è seria. Non è questa la sede per analizzare analiticamente le modalità di presentazione delle domande di protezione; basti ricordare che Cass. civ. sez. I, sent. 21910/2020, depositata il 9.10.2020 (la stessa citata nel provvedimento che ha negato la riconvalida del trattenimento nel caso in esame) ha annullato – su conforme parere del Procuratore generale – l'ordinanza con cui un giudice di pace aveva respinto un ricorso avverso un decreto di espulsione ritenendo che non vi fosse alcuna causa ostativa all'applicazione del provvedimento prefettizio di espulsione «posto che il ricorrente aveva solo manifestato la volontà di presentare istanza per l'ottenimento della protezione internazionale tramite l'inoltro di una PEC senza che, tuttavia, a tale iniziativa seguisse l'effettiva presentazione di una formale domanda ...». Osserva la Corte di volere dare continuità al suo consolidato orientamento secondo cui «la proposizione della domanda di protezione internazionale legittima lo straniero richiedente a permanere nel territorio dello Stato sino alla decisione della Commissione territoriale sulla stessa ... l'autorità di pubblica sicurezza – avanti la quale lo straniero si presenti per proporre la domanda – non è autorizzata a valutarla nel merito ed in ipotesi di delibata infondatezza ad attivare il procedimento di espulsione ... lo stesso art. 2, co.1, lett. a), d.lgs. 142/2015 (recante norme di attuazione della direttiva 2013/33/UE ... nonché della direttiva 2013/32/UE ...) ha espressamente definito richiedente protezione internazionale lo straniero che ha presentato domanda di protezione ... ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione». Consegue che l'invio di un messaggio di posta elettronica certificata alla PA da un legale incaricato anche con semplice delega orale (qual è quella conferibile per telefono da un richiedente posto in isolamento navale), contenente la manifestazione di volontà del delegante di chiedere protezione, è una delle modalità legittime di inoltro della domanda. Il fatto stesso che a più riprese sia intervenuta la Suprema Corte ad affermare questo principio costituisce sicuro indice della rilevanza e ricorrenza di tale problematica che, sia detto per inciso, costituisce l'unica alternativa concreta alla valenza probatoria assoluta che l'Amministrazione attribuisce al foglio notizie.

7. La dubbia legittimità dei decreti di respingimento differito adottati dal questore al termine dell'isolamento navale

Se nessun incidente di percorso si frappone, al termine della permanenza sulla nave quarantena il foglio notizie produce i suoi effetti: l'adozione di un provvedimento di allontanamento da parte dell'Amministrazione.

In realtà la legge offre due possibilità: l'espulsione per ingresso illegale ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. a), d.lgs. 286/98, ovvero il respingimento differito ai sensi dell'art. 10, co. 2, lett. b), d.lgs. cit., applicabile allo straniero ammesso temporaneamente nel territorio dello Stato per necessità di pubblico soccorso.

La chiara propensione delle questure all'adozione di decreti di respingimento differito in questi casi pone le questioni che affrontiamo a conclusione di questa indagine.

I rapporti tra respingimento immediato, differito ed espulsione sono stati ben delineati dal Consiglio di Stato, sez. III, sent. 4543/2013 nei seguenti termini: «... il potere di respingimento è lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza tra le due fattispecie considerate dall'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è il respingimento *in limine*, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione ... Tuttavia, nelle ipotesi considerate dal comma 2 (respingimento differito) la norma consente – a titolo eccezionale – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una *fictio iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora *in limine* e quindi soggetto a quel potere di respingimento che – senza la *fictio iuris* – non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero».

A seguito delle modifiche all'art. 10, co. 2, d.lgs. 286/98 apportate con la legge 213/2018, che ha introdotto il comma 2-*bis*, si prevede che al provvedimento di respingimento differito si applichino le procedure di convalida di cui all'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8, d.lgs. 286/98 cioè l'identica procedura prevista per le espulsioni amministrative, ivi compresa la convalida dell'accompagnamento e la ricorribilità al Giudice di pace. La sostanziale equiparazione tra respingimento differito ed espulsione per ingresso illegale è ulteriormente comprovata dalla previsione di cui ai commi 2-*ter* e 2-*sexies* che estende il divieto di reingresso nel territorio dello Stato – prima previsto solo per le espulsioni – anche per lo straniero respinto in via differita, sicché quella *fictio iuris* cui si faceva cenno pare ormai superata, stante la totale sovrapponibilità strutturale e funzionale dei due istituti in esame.

Tuttavia, poiché entrambe le misure ablative continuano a coesistere nell'ordinamento, un criterio di distinzione deve essere individuato se non altro perché l'art. 13, co. 2, lett. a), d.lgs. 286/98 continua ad attribuire la potestà espulsiva al prefetto, nei confronti dello straniero entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, a condizione che non sia stato respinto ai sensi dell'art. 10.

E l'unico criterio distintivo logico non può che essere di natura strettamente temporale rispetto al momento dell'ingresso illegale: il questore dispone il respingimento immediato o differito entro il tempo breve, diversamente subentra la potestà espulsiva del prefetto.

Ma se le necessità di pubblico soccorso si protraggono per intere settimane sulle navi quarantena (anche in funzione della chiusura dei porti italiani ai sensi del decreto interministeriale n. 150/2020, che non è qualificabile in termini di pubblico soccorso), e se si tratta di un soccorso meramente cautelativo e preventivo posto che alcuna positività al virus Covid-19 è stata preventivamente acclarata, pare dubbia la legittimità dell'adozione del respingimento questorile in luogo dell'espulsione prefettizia. Se alla *fictio iuris* cui fa cenno il Consiglio di Stato si premette la *fictio iuris* sostanziale che consente la privazione della libertà personale *sine titulo* sulle navi quarantena prima dell'adozione del decreto di respingimento, il rispetto delle garanzie costituzionali dell'*habeas corpus* parrebbe piuttosto instabile, perché si perviene a una dilatazione temporale del controllo di legalità sulla privazione della libertà personale che non è giustificata nemmeno dall'emergenza pandemica.

La questione che si pone all'attenzione del lettore non è meramente teorica se si presta attenzione al fatto che all'istituto del respingimento, in entrambe le sue forme, non si applica la direttiva rimpatri 2008/115/CE che, all'art. 2, rubricato «Ambito di applicazione» prevede – al § 2, lett. a) – che «gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen 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». Con la legge 121/2011, di recepimento nel diritto interno della direttiva in questione, il legislatore si è avvalso della facoltà accordata agli Stati membri dal citato art. 2 e, conseguentemente, le disposizioni dello strumento normativo sovranazionale, in primo luogo la concessione di un termine per la partenza volontaria, l'obbligo di valutazione individuale *caso per caso* prima di adottare i provvedimenti, ed il riesame del trattenimento, non si applicano ai respingimenti. Non a caso, invero, anche il comma 2-*bis* dell'art. 10, d.lgs. 286/98 non richiama i commi 5, 5.1 e 5.2 dell'art. 13 che disciplinano l'istituto della concessione del termine per la partenza volontaria.

L'opzione per lo strumento del respingimento in luogo di quello espulsivo non pare affatto casuale.

8. Note conclusive

Analizzare fenomeni complessi quando ancora sono in atto e ben lontani dall'essere assestati è obiettivamente complicato. Anche la frammentarietà e disomogeneità dei dati e delle fonti impone cautela. E tuttavia il panorama che si osserva all'esito di quest'anno di emergenza pandemica mostra che l'approccio securitario che connota da sempre la nostra legislazione sul contrasto alle migrazioni irregolari è acuito ulteriormente: a emergenza si aggiunge emergenza. Permane, apparentemente forte più che mai, la chiusura all'accoglienza in tempi durissimi per tutti, anche per quelli che stanno nella sponda sbagliata del Mediterraneo. Permane, irrazionalmente, la fideistica certezza nelle espulsioni, nei respingimenti, nei trattenimenti quale strumento idoneo a fronteggiare pandemie e invasioni, quando è da anni noto che statisticamente questi arnesi non funzionano, e ancor meno oggi, quando i rimpatri non si possono effettuare proprio per le chiusure di molte frontiere, per la cancellazione di molti voli verso i Paesi di destinazione dei migranti. Eppure si noleggiano navi, si spostano persone come pacchi postali dagli estremi opposti del Paese – con denaro pubblico, sia chiaro – in una sorta di giostra impazzita senza capo né coda. In un quadro siffatto le garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali delle persone faticano a trovare attuazione.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA QUALE LIMITE ALL'ALLONTANAMENTO: L'ATTUAZIONE (E L'AMPLIAMENTO) DEGLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI ATTRAVERSO LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE PER INTEGRAZIONE SOCIALE

di Marcella Ferri

Abstract: *Uno dei risultati più significativi della prassi relativa alla protezione umanitaria è costituita dalla sentenza 4455/2018 con cui la Corte di Cassazione, richiamando il diritto alla vita privata e familiare sancito dalla Convenzione europea dei diritti umani, ha riconosciuto rilevanza all'integrazione sociale ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria. In linea con questa giurisprudenza, il decreto-legge 130/2020 ha previsto il riconoscimento della protezione speciale nell'ipotesi in cui vi sia il rischio che l'allontanamento dello straniero determini una violazione del suo diritto alla vita privata e familiare. Dopo una breve ricostruzione dell'evoluzione della protezione umanitaria, la prima parte dello scritto si sofferma sulla nuova forma di protezione speciale per integrazione sociale, al fine di indagarne il rapporto con la protezione umanitaria riconosciuta a partire dalla sentenza 4455/2018. La seconda parte è, invece, incentrata sull'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul diritto alla vita privata e sul rapporto esistente tra questa giurisprudenza e la nuova protezione speciale. Da ultimo, lo scritto discute il rapporto tra quest'ultima e il diritto dell'Unione europea ed esamina la protezione garantita alla vita privata e familiare dei cittadini di Paesi terzi nel diritto UE.*

Abstract: *One of the most important outcomes of the Italian case-law on the humanitarian residence permit is the judgment 4455/2018 in which the Court of Cassation, referring to the right to respect for private and family life enshrined in the European Convention of Human Rights, recognised the relevance of social integration for the recognition of the humanitarian protection. In line with that jurisprudence and its progeny, the Decree-Law 130/2020 introduced a new form of special protection for social integration which must be granted where there are substantial grounds for believing that the removal of an alien would entail a violation of his right to private or family life. After a description of the evolution of the humanitarian protection, this paper will firstly examine the newly introduced special protection for social integration to understand its interplay with the humanitarian protection recognised in the Italian case-law after the judgement 4455/2018. Secondly, the paper will deep on the relationships between the special protection for social integration and the case-law of the European Court of Human Rights on the right to respect for private life. Thirdly, the paper will discuss the interplay between the special protection and the EU law and will analyse the protection of the private and family life of third country nationals under the EU law.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA QUALE LIMITE ALL'ALLONTANAMENTO: L'ATTUAZIONE (E L'AMPLIAMENTO) DEGLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI ATTRAVERSO LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE PER INTEGRAZIONE SOCIALE

di Marcella Ferri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini della protezione umanitaria e il legame con il sistema dell'asilo. – 2.1. I presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria: la svolta della sentenza 4455/2018. – 2.2. Dall'abrogazione della protezione umanitaria alla nuova protezione speciale per integrazione sociale. – 3. La tutela della vita privata e familiare dei cittadini stranieri nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3.1. I limiti all'allontanamento dei "migranti stabiliti" derivanti dalla vita familiare e privata. – 3.2. Il caso degli stranieri non regolarmente soggiornanti o in attesa di ottenere un titolo di soggiorno. – 4. La protezione per integrazione sociale e la rilevanza delle disposizioni di diritto UE. – 4.1. La rilevanza del rinvio al diritto UE nell'ambito delle «situazioni puramente interne». – 4.2. La tutela della vita privata e familiare nella Carta e il possibile innalzamento dello standard CEDU. – 4.3. La vita privata (e familiare) quale limite all'allontanamento del cittadino di Paese terzo nel diritto derivato. – 4.4. (*segue*) la direttiva rimpatri: la rilevanza del diritto UE in relazione alla protezione speciale per integrazione sociale. – 5. Osservazioni conclusive: il rapporto tra la protezione speciale per integrazione sociale e la precedente protezione umanitaria. – 5.1. (*segue*) e il rapporto tra protezione speciale per integrazione sociale, CEDU e diritto UE.

1. Introduzione

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ha vissuto alterne vicende, divenute negli ultimi anni talmente tormentate da portare la dottrina a paragonarne l'evoluzione alla figura geometrica della *parabola*[1]. Benché le sue origini nell'ordinamento italiano risalgano gli anni '90, il permesso di soggiorno per motivi umanitari, originariamente previsto dall'articolo 5, comma 6, del Testo Unico sull'immigrazione[2] (TU) ha cominciato a trovare ampia applicazione quando, in occasione dell'attuazione delle direttive europee in materia di protezione internazionale, è stato collocato nell'ambito del sistema di riconoscimento

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

1. M. Acierno, *La protezione umanitaria prima e dopo il decreto legge n. 113 del 2018*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020, pp. 805-820, in particolare pp. 805-806.

2. D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero».

dell'asilo. La protezione umanitaria si poneva quindi come forma di tutela residuale e atipica da assicurare qualora, pur non configurandosi i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, sussistesse una condizione di vulnerabilità tale per cui il rimpatrio dello straniero lo avrebbe esposto ad una compromissione dei suoi diritti fondamentali che ne avrebbe leso la dignità umana.

Stante la natura atipica della protezione umanitaria, è stata la prassi giurisprudenziale che, a partire dal dettato normativo, ne ha definito i contorni e i presupposti applicativi consentendo una significativa valorizzazione dell'istituto che ha raggiunto uno dei suoi momenti di maggiore sviluppo[3] con la celebre sentenza 4455 adottata dalla Corte di Cassazione il 23 febbraio del 2018[4]. In tale occasione la Suprema Corte, facendo chiarezza rispetto alla prassi dei Tribunali di merito, ha specificato i presupposti in presenza dei quali la protezione umanitaria poteva essere riconosciuta in ragione dell'integrazione sociale raggiunta dallo straniero nel territorio italiano. Tale approdo si basava su una valorizzazione del diritto alla vita privata riconosciuto dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), a partire dal quale la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) ha elaborato una significativa giurisprudenza relativa ai limiti che tale diritto pone all'allontanamento degli stranieri dal territorio degli Stati parte della Convenzione.

Pochi mesi dopo questa importante pronuncia, la parabola evolutiva della protezione umanitaria è stata interrotta in seguito all'adozione del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018, che, intervenendo significativamente sulla materia dell'asilo e dell'immigrazione – oltre che della sicurezza – ha disposto l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e ha, invece, previsto alcune fattispecie di permessi di soggiorno tipici. L'adozione del decreto ha sollevato una molteplicità di critiche da parte della dottrina che, in primo luogo, evidenziava l'avvenuta eliminazione dell'atipicità caratterizzante la protezione umanitaria quale forma di protezione residuale nel sistema di asilo italiano e, in secondo luogo, poneva in luce come i nuovi permessi di soggiorno tipici non consentissero di garantire tutela ad alcune delle ipotesi che, nell'assetto previgente, erano ricondotte alla protezione umanitaria. Tra le situazioni rimaste prive di tutela vi era, in particolare, quella del richiedente che avesse raggiunto un'adeguata integrazione sociale nel territorio italiano.

La necessità di superare tali – e altre criticità – ha condotto ad una nuova modifica legislativa apportata dal d.l. 130/2020, successivamente convertito con modifiche in l. 173/2020. La riforma, pur non reintroducendo l'istituto della protezione umanitaria, è

3. V. Cass., Ufficio del massimario e del ruolo, *Rassegna delle recenti pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di asilo e protezione internazionale dello straniero: questioni sostanziali e processuali*, Roma, 20 novembre 2018, p. 13 in cui la sentenza 4455/2018 è definita il momento «più evoluto in tema di protezione umanitaria».

4. Cass., sez. I civ., sentenza n. 4455 del 23 febbraio 2018.

intervenuta significativamente per cercare di riallineare l'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dal diritto internazionale e dalla Costituzione. Tra le modifiche più innovative, che sembra porre le basi per l'avvio di una nuova fase ascendente della «parabola», vi è quella relativa al rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale nell'ipotesi in cui vi sia il rischio che l'allontanamento dello straniero possa determinare una violazione del suo diritto alla vita privata e familiare.

La modifica legislativa pone alcuni interrogativi circa il rapporto tra il nuovo istituto e gli obblighi di tutela derivanti dall'articolo 8 CEDU e la rispondenza tra la nuova protezione speciale per integrazione sociale e la precedente protezione umanitaria delineata dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza 4455/2018. Ponendo sullo sfondo questi interrogativi, il presente scritto si articolerà in due parti.

Nella prima parte, dopo aver ricostruito le origini della protezione umanitaria nell'ordinamento italiano, si esaminerà la prassi applicativa dell'istituto prima dell'abrogazione operata dal d.l. 113/2018, dedicando una particolare attenzione al riconoscimento della protezione umanitaria per integrazione sociale, inaugurata dalla sentenza 4455/2018. Successivamente, dopo un breve richiamo alle maggiori criticità derivate dall'abrogazione della protezione umanitaria per opera del d.l. 113/2018, si analizzeranno le modifiche apportate dal d.l. 130/2020 con riferimento alla nuova forma di protezione speciale.

La seconda parte sarà, invece, dedicata ad un'analisi della giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU in relazione all'articolo 8 CEDU, con specifico riferimento ai limiti che esso pone all'allontanamento degli stranieri che abbiano costituito nello Stato ospitante una propria vita familiare e privata, prestando particolare attenzione a quest'ultimo aspetto. L'esame sarà completato con una disamina del rapporto tra la protezione speciale per integrazione sociale e il diritto dell'Unione europea per valutare se quest'ultimo assuma rilevanza ai fini del riconoscimento della nuova forma di protezione, anche (ma non solo) in ragione del rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE operato nella nuova disposizione del TU sulla protezione speciale per integrazione sociale. In ragione dell'esito di tale analisi che condurrà ad attribuire una certa rilevanza al diritto UE, si svolgerà una breve illustrazione della protezione che il diritto dell'Unione garantisce al diritto alla vita privata e familiare dei cittadini di Paesi terzi.

2. Le origini della protezione umanitaria e il legame con il sistema dell'asilo

Le origini dell'istituto della protezione umanitaria nell'ordinamento italiano risalgono alla legge 388/1993 di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione degli accordi relativi all'adesione dell'Italia all'Accordo di Schengen (1985) e alla Convenzione relativa alla sua applicazione (1990). Quest'ultima prevedeva, infatti, che l'ingresso nel territorio dello Stato

dovesse essere rifiutato allo straniero che non integrasse le condizioni previste dall'Accordo, a meno che una delle Parti ritenesse necessario derogarvi «per motivi umanitari o di interesse nazionale ovvero in virtù di obblighi internazionali».

L'istituto fu poi inserito nella legge 40/1998 [5] e, successivamente, nel TU sull'immigrazione il cui articolo 5, comma 6, prevedeva che, anche in assenza dei requisiti per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, questo potesse essere rilasciato dal questore in presenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano». Accanto a questa previsione di carattere generale, nel TU erano state inserite alcune ipotesi tipiche di permessi per motivi umanitari. Si tratta(va) in particolare del permesso di soggiorno «per le vittime di violenza domestica» (articolo 18-*bis* TU), per «ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo» (articolo 22, comma 12-*quater* TU) e «per motivi di protezione sociale» (articolo 18 TU); quest'ultimo era previsto a favore degli stranieri vittime di sfruttamento o di attività criminali e nei confronti dello straniero che avesse scontato una pena detentiva inflittagli per un reato commesso durante la minore età. Un'ipotesi di permesso di soggiorno «per motivi umanitari»[6] tipica ma con peculiarità del tutto proprie era (*rectius*: è) costituita dal permesso rilasciato nei casi in cui non possa disporsi l'espulsione o il respingimento dello straniero in ragione del rischio che nello Stato di destinazione egli possa essere vittima di persecuzione per motivi di razza, sesso, orientamento sessuale, identità di genere[7], lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche e condizioni personali o sociali; tale ipotesi, prevista fin dalla legge 39/1990 e successivamente dalla legge 40/1998, è stata di seguito inserita nell'articolo 19, comma 1 TU (a tale disposizione, più recentemente, la legge istitutiva del reato di tortura, ha aggiunto il comma 1.1. TU che estende il divieto anche all'ipotesi in cui sussista un rischio di tortura[8]). Si tratta di un'ipotesi che, pur riconducibile all'alveo della protezione umanitaria di cui all'articolo 5, comma 6, TU[9], presenta delle sue peculiarità poiché applicata nei confronti di uno straniero che, non integrando (o non integrando più) le condizioni per il rilascio delle altre tipologie di permesso previste dall'ordinamento, dovrebbe essere oggetto di allontanamento: tale misura, tuttavia, non può trovare applicazione poiché sussiste una (o più) delle ragioni sopra richiamate che integra un *limite all'allontanamento*, in ragione dei vincoli derivanti dal diritto internazionale e, in

5. Legge 6 marzo 1998, n. 40, recante «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (c.d. Legge Turco-Napolitano).

6. Questa la denominazione che era prevista dall'articolo 28, lett. d), d.p.r. n. 394/1999, il decreto attuativo del TU.

7. Il riferimento alle motivazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere è stato aggiunto in sede di conversione del d.l. 130/2020.

8. Legge 14 luglio 2017, n. 110 recante «Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano».

9. A questo riguardo, v. in particolare cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, pp. 1-32, in particolare, pp. 12-13.

particolare, dagli articoli 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) CEDU e dall'articolo 33, par. 2 (principio di non respingimento) della Convenzione di Ginevra 1951 sullo *status* dei rifugiati.

Emerge quindi che, ancor prima dell'attuazione in Italia delle direttive europee in materia di protezione internazionale, la protezione umanitaria costituiva, unitamente al c.d. rifugio politico previsto dalla Convenzione di Ginevra[10], l'unico strumento per garantire tutela allo straniero che fosse esposto ad una violazione dei diritti fondamentali nel Paese di origine[11]. La protezione umanitaria andava in tal modo ad assicurare attuazione dell'articolo 10, comma 3, Cost. che riconosce il diritto d'asilo allo straniero cui, in patria, sia ostacolato «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione»[12].

Come noto, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1999), che attribuì alla allora Comunità europea competenza in materia di visti, asilo e immigrazione, ebbe inizio la prima fase di realizzazione del Sistema europeo comune di asilo, sulla scorta di quanto definito nel Programma di Tampere[13]. Come emerge dalla formulazione dell'allora articolo 63 del Trattato istitutivo della Comunità europea (attuale articolo 78 TFUE), il diritto UE annovera nella macrocategoria della «protezione internazionale», tre forme di protezione costituite dallo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione temporanea[14]. Le prime due forme di protezione sono state disciplinate dalla direttiva 2004/83/CE, la c.d. prima direttiva qualifiche[15], che accanto allo *status* di rifugiato, incentrato sulla Convenzione

10. La Convenzione di Ginevra è stata ratificata in Italia nel 1954; occorre peraltro evidenziare che tale ratifica aveva consentito di dare solo parziale attuazione al diritto di asilo, in particolare sotto il profilo del riconoscimento dello *status* di rifugiato; al riguardo, cfr. C. Corsi, *The Right of Asylum after the "Security Decree". The Abolition of Humanitarian Protection*, in *Italian journal of public law*, n. 2.2019, pp. 561-587, in particolare pp. 562 ss.

11. Cfr. in particolare M. Acierno, *op. cit.*, p. 805; l'Autrice fa riferimento alla «funzione vicaria» assolta dalla protezione umanitaria che, prima dell'attuazione delle direttive europee, «costituiva l'unica forma di riconoscimento di condizioni di vulnerabilità o compressione dei diritti umani».

12. Per la distinzione tra rifugio politico e asilo politico costituzionale, cfr. Cass., SU, sentenza 4674/97; in proposito, cfr. N. Zorzella, *op. cit.*, in particolare, p. 2.

13. Per un'analisi approfondita al riguardo, si rimanda, tra gli altri, a A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3.2009, pp. 669-696; S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law EU Justice and Home Affairs Law. Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, OUP, 2016.

14. La protezione temporanea è disciplinata dalla direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, GU L 212 del 7.8.2001, pagg. 12-23. Tale forma di protezione, tuttavia, non ha mai trovato applicazione.

15. Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, GU L 304 del 30.9.2004, pagg. 12-23. Nella seconda fase di realizzazione del SECA, tale direttiva è stata sostituita dalla 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 (rifusione), GU L 337 del 20.12.2011,

di Ginevra, ha previsto la forma della protezione sussidiaria che costituisce una formalizzazione dei limiti all'allontanamento enucleati dalla Corte EDU a partire dal divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti (articolo 3 CEDU).

Sotto un altro profilo, il d.lgs. 25/2008 di attuazione della prima direttiva procedure aveva previsto che qualora le Commissioni territoriali competenti per l'esame della domanda di protezione internazionale non accogliessero tale domanda riconoscendo lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, ma ritenessero sussistenti «gravi motivi di carattere umanitario», trasmettessero gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, TU[16]. In tal modo, l'istituto della protezione umanitaria poteva trovare applicazione in due diverse fattispecie: quale permesso chiesto direttamente al questore e quale forma di protezione da riconoscere nell'ambito del sistema dell'asilo, qualora non fosse riconosciuta una forma di protezione maggiore.

L'attuazione della direttiva qualifiche e la collocazione della protezione umanitaria nel sistema dell'asilo consentirono, peraltro, di garantire piena attuazione all'articolo 10, comma 3, Cost., stante la mancata adozione della normativa generale di implementazione cui tale disposizione rimanda[17]. Come evidenziato dalla Corte di Cassazione, infatti, il diritto

---

pagg. 9-26. Sulla seconda fase di realizzazione del SECA, cfr. tra gli altri 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, Schulthess, 2010; A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2011, p. 11 ss.; K. Hailbronner, D. Thym (Eds.), *EU Immigration and asylum Law, A Commentary*, Monaco, Verlag C. H. Beck oHG, 2016.

16. D.lgs. 25/2008 recante «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato», articolo 32, comma 3: «Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». Già la l. n. 189/2002 (c.d. legge Bossi-Fini), nell'apportare modifiche alla l. 39/1990 (c.d. Legge Martelli), aveva previsto che le neoistituite Commissioni territoriali, competenti ad esaminare le domande di asilo, valutassero altresì l'esistenza dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'articolo 5, comma 6, TU e ne chiedessero il rilascio al questore (articolo 1-*quater* della l. 39/1990, come modificato dall'articolo 32 della l. 189/2002). Con tale modifica, si era in tal modo realizzato «il collegamento [della protezione umanitaria] con il diritto d'asilo»; in tal senso C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. intern.*, n. 1.2019, pp. 164-171, in particolare p. 166.

17. A questo riguardo e, più in generale, sull'impatto della normativa UE sull'ordinamento italiano e il suo rapporto con il diritto di asilo costituzionale, si vedano tra gli altri 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, pp. 13-53; M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2010, pp. 36-58; Id., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, n. 2.2018, pp. 14-27; C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2.2018, pp. 361-388; A. Di Pascale, *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella, *Ius Migrandi*, *op. cit.*, pp. 81-103; C. Corsi, *op. cit.*, p. 564 ss.; di parere contrario è invece N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *op. cit.*, p. 28 ss.; esprime alcune perplessità anche P. Morozzo della Rocca, *Protezione umanitaria una e trina*, in *Questione e Giustizia*, n. 2.2018, pp. 108-116, in particolare pp. 110 ss.

di asilo costituzionale doveva considerarsi «interamente attuato e regolato» dal d.lgs. 251/2007 che, in attuazione della prima direttiva qualifiche, ha previsto il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, e dall'articolo 5, comma 6, TU avente ad oggetto la protezione umanitaria[18].

2.1. I presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria: la svolta della sentenza 4455/2018

In seguito alla collocazione della protezione umanitaria nel sistema dell'asilo, tale istituto si poneva a «chiusura del sistema», quale forma di protezione di «carattere atipico e residuale» al fine di garantire tutela in quelle situazioni, inevitabilmente non tipizzabili a priori in cui, pur non sussistendo i presupposti per una forma tipica di protezione, quale lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, si ravvisasse una «condizione di vulnerabilità»[19], caratterizzata «da un'esigenza qualificabile come umanitaria»[20] tale per cui il rimpatrio avrebbe comportato una violazione dei diritti fondamentali, lesiva della dignità umana[21].

Nonostante la natura atipica e non tipizzabile della protezione umanitaria, è possibile individuare alcune delle ipotesi in relazione alle quali essa ha trovato maggiore applicazione nella prassi precedente all'entrata in vigore del d.l. 113/2018 e, prima di procedere nella trattazione, appare utile svolgerne una breve – e necessariamente sommaria – ricognizione[22]. Al riguardo, è sicuramente utile richiamare la circolare adottata nel 2015

18. Cass., sez. VI civ., ordinanza n. 10686 del 26 giugno 2012: «il diritto di asilo è oggi [...] interamente attuato e regolato, attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei *tre istituti di protezione*, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 251 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e dell'art. 5, co. 6 del T.U. approvato con d.lgs. 286 del 1998, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale» (corsivo aggiunto).

19. Si veda, tra le altre, Cass., sez. I, sentenza n. 13079 del 15 maggio 2019.

20. Cass., sez. VI, ordinanza n. 15466 del 7 luglio 2014.

21. Proprio in ragione della connessione esistente tra la protezione umanitaria e la tutela dei diritti fondamentali ai sensi degli artt. 2, 3 e 10 Cost., nonché di quelli derivanti da disposizioni internazionali, la dottrina ne aveva teorizzato la natura necessaria e non abrogabile; cfr. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *op. cit.*, pp. 9-10.

22. Per un esame più approfondito al riguardo, si rimanda, tra gli altri, a N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *op. cit.*; C. Corsi, *op. cit.*; P. Morozzo della Rocca, *op. cit.*; V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista*, n. 4.2012, pp. 59-86; M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, pp. 1-39. Alla casistica che si va a descrivere, va aggiunto il caso, del tutto peculiare, del permesso di soggiorno riconosciuto dal questore a uno straniero che avesse compiuto azioni particolarmente meritevoli a favore della collettività; come evidenziato in dottrina, in tali situazioni, il permesso era rilasciato in ragione di «considerazioni solo latamente umanitarie» e in assenza di uno degli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6 TU; cfr. al riguardo P. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, p. 109, cui si rimanda anche per un esempio della prassi applicativa al riguardo.

dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo[23] che aveva individuato, pur senza pretesa di esaustività, cinque ipotesi in cui, nell'assetto previgente, si configuravano i requisiti per il rilascio della protezione umanitaria. La Commissione aveva, in particolare, richiamato i casi in cui sussisteva: a) una situazione caratterizzata dalla presenza di «gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non potessero essere adeguatamente trattate nel Paese di origine»; b) una situazione di «insicurezza» nel Paese di origine che non fosse tale da determinare il riconoscimento della protezione sussidiaria[24] (c.d. conflitti a bassa intensità sociale); c) «gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi a un rimpatrio in dignità e sicurezza»; d) una «situazione familiare del richiedente asilo che deve essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'articolo 8 della CEDU concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare»[25]; e) un rischio di tortura o trattamenti disumani e degradanti in seguito al rimpatrio del richiedente.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi (che, invero, era collocata al primo posto nell'elencazione della circolare), la Commissione nazionale aveva evidenziato la necessità di assicurare piena effettività all'articolo 3 CEDU in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, ha natura assoluta e non è suscettibile di incontrare alcuna eccezione[26]. Si tratta evidentemente del già richiamato caso previsto dall'articolo 19, commi 1 e 1.1. TU che trova, in particolare, applicazione nelle ipotesi in cui il richiedente possegga le caratteristiche per essere qualificato come rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria, ma non possa essergli riconosciuto tale *status* a causa della presenza di una causa di esclusione[27].

L'elencazione fornita nella circolare non teneva, tuttavia, conto di alcuni significativi sviluppi che hanno caratterizzato la protezione umanitaria negli ultimi anni di vigenza di

23. Ministero dell'interno - Commissione nazionale per il diritto di asilo, circolare n. 3716 del 30.7.2015, *Ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari*.

24. Ci si riferisce all'ipotesi in cui il rischio di danno grave cui il cittadino di Paese terzo sarebbe esposto nel Paese di origine si configura nella «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale» (direttiva 2011/95/UE, cit., articolo 15, lett. c) e d.lgs. n. 251/2007, cit., articolo 14, lett. c)).

25. A questo riguardo, la circolare precisava che «I legami personali e familiari devono essere particolarmente significativi in base alla loro durata nel tempo e alla loro stabilità».

26. Al riguardo si veda in particolare, Corte EDU (Grande Camera), *Saadi v. Italy*, App. No. 37201/06, sentenza 28 febbraio 2008.

27. Si tratta dell'ipotesi dei c.d. rifugiati inespellibili su cui si è pronunciata anche la CGUE, affermando la natura perentoria e assoluta dei divieti sanciti dagli articoli 4 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) e 19, par. 2 (protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; v. CGUE (Grande Sezione), *M (Révocation du statut de réfugié)*, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, 14 maggio 2019; su cui si v. *infra*.

tale istituto. Essi riguardano, in particolare, due aspetti: la rilevanza dell'integrazione sociale e le torture subite nei Paesi di transito.

Il primo aspetto è stato oggetto della già menzionata sentenza della Corte di Cassazione 4455 del 2018[28] che ha inaugurato un approccio successivamente confermato e dettagliato con le pronunce a Sezioni Unite 29459, 29460 e 29461 del 2019[29].

Nella sentenza 4455/2018[30] la Suprema Corte, facendo riferimento al diritto alla vita privata e familiare, riconosciuto dall'articolo 8 CEDU, ha riconosciuto rilevanza all'integrazione sociale ai fini dell'accertamento di una condizione di vulnerabilità tale da giustificare il riconoscimento della protezione umanitaria. In ragione del fatto che l'articolo 8 CEDU, a differenza dell'articolo 3, ha natura derogabile, la Cassazione ha evidenziato che ai fini della valutazione della vulnerabilità del richiedente non sarebbe stato sufficiente limitarsi a considerare *tout court* la situazione da cui questi si era allontanato e in cui si sarebbe ritrovato in seguito al rimpatrio; era, invece, necessario considerare quest'ultima alla luce della situazione vissuta dallo straniero in Italia, tenendo in particolare considerazione il grado di *integrazione sociale* da questi raggiunto.

La Corte di Cassazione ha, d'altra parte, precisato che la sola integrazione sociale non costituiva di per sé un serio motivo di carattere umanitario, ma doveva collocarsi nell'ambito di una più complessa valutazione comparativa. Il ragionamento della Corte ha preso le mosse dalla *ratio* stessa della protezione umanitaria che, come già evidenziato, doveva ravvisarsi nella tutela dello straniero che si trovasse in una condizione di vulnerabilità, a fronte della presenza di una «esigenza qualificabile come umanitaria», in quanto relativa alla protezione di un «nucleo minimo» di diritti della persona che ne definiscono la dignità. Ne consegue che l'esistenza di una migliore integrazione sociale e lavorativa dello straniero in Italia rispetto a quella presente nel Paese di origine non sarebbe stata di per sé sufficiente ad affermare la sussistenza di una condizione di vulnerabilità e, quindi, a giustificare il riconoscimento della protezione umanitaria; l'integrazione sociale, tuttavia, avrebbe potuto «concorrere a

28. Al riguardo si vedano in dottrina, tra gli altri, C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2018; E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in questa *Rivista*, n. 3.2018, pp. 1-27; G. Conti, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria (Nota a sentenza n. 4455 del 2018 della Corte di Cassazione)*, in *Federalismi*, n. 2.2018, pp. 1-15.

29. Cass., SU, sentenze n. 29459, 29460 e 29461 del 24 settembre 2019.

30. In tale occasione, la Corte si era pronunciata riguardo al ricorso, proposto dal Ministero dell'interno, nei confronti di una sentenza della Corte d'appello di Bari che aveva riconosciuto a un cittadino gambiano il diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'allora articolo 5, comma 6, TU in ragione dell'avvenuta integrazione nel tessuto sociale italiano e della condizione di particolare vulnerabilità cui sarebbe stato esposto in seguito al rimpatrio, stante la situazione di grave compromissione dei diritti umani presente in Gambia.

determinare» l'accertamento di una situazione di vulnerabilità tale da comportare una compromissione dei diritti fondamentali del richiedente in seguito al rimpatrio.

In particolare, l'inserimento sociale e lavorativo del richiedente avrebbe dovuto essere considerato dal giudice nell'ambito della «valutazione comparativa»[31] da svolgere con riferimento al caso individuale dello straniero al fine di *comparare* «il grado di integrazione effettiva» raggiunta dal richiedente in Italia e la «situazione soggettiva e oggettiva» in cui egli si sarebbe trovato nel Paese di origine, in seguito al rimpatrio. Solo qualora, all'esito della suddetta valutazione comparativa, si giungesse a constatare «un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa», avrebbe potuto ravvisarsi l'esistenza di «seri motivi di carattere umanitario» meritevoli di tutela attraverso il riconoscimento della protezione umanitaria[32].

Peraltro, come successivamente precisato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza 1104/2020, la valutazione comparativa doveva svolgersi conformemente ad un principio di «comparazione attenuata» tale per cui, conformemente ad un rapporto di «proporzionalità inversa», tanto più intensa era la situazione di vulnerabilità del richiedente, tanto meno sarebbe stata determinante la valutazione relativa alla sua situazione oggettiva nel Paese di origine[33].

Il secondo elemento che merita di essere richiamato ai fini della presente trattazione è costituito dalla rilevanza delle gravi violenze e torture subite nei Paesi di transito ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Al riguardo, sono numerosi i provvedimenti dei giudici di merito in cui è stata riconosciuta l'esistenza di una situazione di vulnerabilità fondante il riconoscimento della protezione umanitaria in ragione dei gravi traumi psico-fisici che affliggevano il richiedente in seguito alle torture subite in Libia. È interessante evidenziare che, benché in molti casi questo aspetto sia stato valutato congiuntamente al profilo dell'integrazione sociale in Italia[34], vi sono provvedimenti in cui i fatti di violenza subiti in Libia, tali da determinare l'insorgenza di una sindrome da stress post-traumatico clinicamente accertata, è stata giudicata sufficiente a giustificare il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari al fine di consentire il trattamento e il superamento dei traumi subiti[35].

31. Cass., sez. I civ., sentenza n. 4455 del 23 febbraio 2018, punto 5.

32. *Ivi*, punto 6.

33. Cass., sez. II civ., ordinanza n. 1104 del 20 gennaio 2020; in senso analogo, Cass., sez. II civ., ordinanza n. 20894 del 30 settembre 2020.

34. Tribunale di Bologna, ordinanza 28 luglio 2018 (RG. 14618/2016); Corte d'appello di Trieste, sentenza n. 246/2018 (RG. 293/2017); Tribunale di Genova, ordinanza 6 dicembre 2017 (RG. 10172/2017) e ordinanza 9 febbraio 2018 (RG. 12138/2017).

35. Tribunale di Bologna, sez. I civ., ordinanza 19 febbraio 2017 (R.G. n. 9949/2016).

La rilevanza delle torture subite nei Paesi di transito è stata talvolta giustificata dai giudici di merito in ragione dell'articolo 8 d.lgs. 95/2008 che ha dato attuazione alla direttiva qualifiche, in forza del quale la domanda di protezione internazionale deve essere esaminata tenendo conto delle informazioni relative alla situazione generale del Paese di origine del richiedente, ma anche dei Paesi di transito. Benché tale disposizione abbia ad oggetto il riconoscimento della protezione internazionale prevista dal diritto dell'Unione, essa è stata significativamente valorizzata in alcuni provvedimenti, evidenziando che i traumi subiti nel corso del viaggio che ha condotto il richiedente in Italia e che «abbiano lasciato un segno nel richiedente» devono essere tenuti in considerazione «quanto meno ai fini di una eventuale protezione umanitaria»[36].

Tale aspetto è stato valorizzato anche dalla Corte di Cassazione che, abbandonando l'approccio restrittivo privilegiato in precedenza[37], nell'ordinanza 1104/2020 e nella successiva sentenza 20894/2020[38] ha censurato i relativi provvedimenti di merito che, nell'ambito della valutazione relativa alla vulnerabilità delle richiedenti – due donne nigeriane che in Libia erano state costrette a prostituirsi – non aveva tenuto in alcuna considerazione quanto da esse vissuto durante il viaggio. La Corte ha evidenziato che, ai fini del riconoscimento della situazione di vulnerabilità, occorreva tenere conto delle gravi violenze subite dal soggetto prima di arrivare in Italia, a prescindere dalla circostanza che esse abbiano avuto luogo in un Paese diverso da quello verso cui avverrebbe il rimpatrio. In tali occasioni, valorizzando il già richiamato principio della comparazione attenuata, la Corte è giunta ad attribuire rilevanza decisiva alla situazione di eccezionale vulnerabilità incarnata dalle richiedenti, attenuando significativamente (se non addirittura annullando)[39] la rilevanza dell'integrazione sociale raggiunta[40].

36. In tal senso, si vedano Tribunale di Genova, ordinanza 6 dicembre 2017 (RG. 10172/2017), p. 3 e ordinanza 9 febbraio 2018 (RG. 12138/2017), p. 3.

37. Si v. Cass., sez. VI civ., ordinanza n. 2861 del 6 febbraio 2018.

38. Cass., sez. II civ., sentenza n. 20894 del 30 settembre 2020.

39. *Ivi*: «Sostituito al radicamento sociale la vulnerabilità» (punto 3.1); in senso analogo anche Cass., sez. II civ., ordinanza n. 1104 del 20 gennaio 2020, punto 4.3.2.

40. Al riguardo si veda anche Cass., sez. I civ., sentenza n. 13096 del 15 maggio 2019 relativo al caso di una donna nigeriana che era transitata in Libia, dove era stata vittima di violenze sessuali; in tale sentenza, la circostanza relativa alle violenze subite in Libia sembra assumere una rilevanza meno autonoma rispetto all'elemento dell'integrazione sociale.

2.2. Dall'abrogazione della protezione umanitaria alla nuova protezione speciale per integrazione sociale

Come già richiamato in apertura, l'istituto della protezione umanitaria ha conosciuto una brusca battuta di arresto con il d.l. 113/2018[41], convertito con modificazioni dalla l. 132/2018, che ha disposto l'abrogazione dell'articolo 5, comma 6, TU nella parte in cui consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per gravi motivi di carattere umanitario o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali. Con l'intento di tipizzare le forme di protezione, erano state, invece, mantenute quelle che, nella previgente disciplina, costituivano ipotesi tipiche di protezione umanitaria, quali il permesso di soggiorno «per casi speciali», per le vittime di violenza domestica e per particolare sfruttamento lavorativo; era inoltre rimasto il permesso rilasciato nelle ipotesi in cui sussista un divieto di allontanamento ai sensi dell'articolo 19, commi 1 e 1.1., che, tuttavia, aveva perso la denominazione di permesso di soggiorno umanitario e assunto quella di «permesso di soggiorno per *protezione speciale*». Unitamente a queste ipotesi, erano stati poi inseriti nel TU altri casi speciali di permesso di soggiorno: il permesso «per cure mediche» (articolo 19, comma 2, lett. D-*bis* TU), «per calamità» (articolo 20-*bis* TU) e «per atti di particolare valore civile» (articolo 42-*bis* TU).

Come ampiamente evidenziato in dottrina, le nuove fattispecie di permesso introdotte non erano in grado di garantire piena e adeguata protezione a tutte quelle ipotesi che, pur non essendo riconducibili allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria, dovessero ritenersi meritevoli di tutela in forza del diritto di asilo costituzionale (articolo 10, comma 3, Cost.)[42]. Quest'ultimo, infatti, veniva ad essere privato della norma che contribuiva a darvi attuazione, tanto da condurre alcuni Autori a sostenere che esso potesse trovare applicazione diretta in sede giurisprudenziale[43].

La gravità dell'abrogazione della protezione umanitaria emergeva altresì dalla lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio, contestualmente all'emanazione del d.l. 113/2018. In essa, il Presidente della Repubblica affermò di «avvert[ire] l'obbligo di sottolineare»[44] che, nonostante il venir meno dell'esplicito richiamo

41. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonchè misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

42. Per un commento si rinvia tra gli altri a C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re!*, *op. cit.*; C. Padula, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?*, in *Questione Giustizia*, 21 novembre 2018; C. Corsi, *op. cit.*, p. 571 ss.

43. C. Favilli, *Il Re è morto, lunga vita al Re!*, *op. cit.*

44. Presidenza della Repubblica, *Decreto Sicurezza e Immigrazione: Mattarella emana e scrive a Conte*, Roma, 4 ottobre 2018, https://www.quirinale.it/elementi/18099.

agli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato», tali obblighi permanevano comunque in ragione di quanto previsto dall'articolo 10, comma 3, Cost. e di quanto deriva dai vincoli internazionali assunti dall'Italia al riguardo[45].

L'esigenza di ovviare a queste criticità[46] è stata all'origine dell'adozione del d.l. 130/2020[47], successivamente convertito con modifiche in l. 173/2020. Sotto il profilo della abrogata protezione umanitaria, le più importanti modifiche apportate dall'ultimo intervento del legislatore sono riconducibili a tre aspetti. In primo luogo, si è intervenuto sull'articolo 5, comma 6, TU, reintroducendo il riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato; non è stato, invece, reintrodotto né qui né in altre disposizioni dell'ordinamento alcun riferimento alle ragioni umanitarie. In secondo luogo, è stato significativamente modificato l'articolo 19, comma 1.1., ampliando il novero delle ipotesi in cui può essere riconosciuto il «permesso di soggiorno per protezione speciale». Innanzitutto, il divieto di allontanamento, originariamente previsto con esclusivo riferimento alle ipotesi nel caso di rischio di persecuzione, di tortura o di trattamenti inumani o degradanti[48], è stato ora ampliato alle situazioni in cui «ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6 [TU]». Inoltre, il suddetto divieto è stato esteso all'ipotesi in cui l'allontanamento dello straniero comporti il rischio di una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare e

45. Nello stesso senso, v. Corte cost., sentenza 194 del 20 giugno 2019, punto 7.8: «l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli "obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano" precedentemente contenuto nell'art. 5, comma 6, del TU immigrazione».

46. La presente analisi si focalizza solo sull'aspetto della protezione umanitaria; tuttavia, come noto, il d.l. 113/2018 e il successivo d.l. n. 53/19 e le modifiche apportate dal d.l. 130/2020, avevano ad oggetto anche altri aspetti relativi all'immigrazione all'asilo, nonché al tema della sicurezza.

47. D.l. 21 ottobre 2020, n. 130 recante «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale»; per un primo commento riguardo al d.l., si rimanda a M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pisa, Pacini Editore, 2021. Per quanto riguarda in particolare le modifiche introdotte, non solo sotto il profilo della protezione umanitaria e speciale, dai dd.ll. 113/2018 e 53/19 e le modifiche ad essi apportate dal d.l. 130/2020, si vedano nel volume sopra citato i contributi di C. Corsi, *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, pp. 32-43 e L. Trucco, *Luci ed ombre nel decreto legge n. 130/2020*, pp. 17-31; per un approfondimento riguardo al regime di efficacia nel tempo della novella, cfr. L. Minniti, *Prime note sull'immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020. Un contributo alla riflessione in corso sul regime transitorio previsto dal d.l. n. 130/2020*, in *Questione Giustizia*, 1° febbraio 2021. Con specifico riferimento alla protezione speciale, si vedano altresì E. Rossi, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1.2021, pp. 74-86; G. Conti, *La protezione umanitaria e il nuovo sistema di accoglienza e integrazione nel d.l. n. 130/2020*, in *Federalismi*, n. 35.2020, pp. 1-15; C. De Chiara, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Questione Giustizia*, 9 dicembre 2020.

48. Il riferimento al rischio di trattamenti inumani o degradanti non era presente nella precedente versione del TU ed è stato aggiunto in sede di conversione del d.l.130/2020; come evidenziato da più parti, si tratta di una modifica estremamente opportuna che rende il dettato legislativo pienamente conforme all'articolo 3 CEDU da cui trae ispirazione.

sono stati specificati i criteri in base ai quali deve essere accertato tale rischio. A questo riguardo, si è in particolare previsto che:

«Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

In terzo luogo, all'articolo 19 è stato inserito il comma 1.2. che reintroduce il "doppio binario" originariamente previsto per l'istituto della protezione umanitaria che, come richiamato, poteva essere rilasciato nell'ambito del sistema dell'asilo o in modo autonomo. Tale nuova disposizione prevede, infatti, che il permesso di soggiorno per protezione speciale possa essere rilasciato, in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale, in seguito alla trasmissione degli atti al questore su iniziativa della Commissione territoriale, oppure direttamente dal questore (previo parere della Commissione territoriale) in seguito alla presentazione della domanda di rilascio di permesso di soggiorno da parte dello straniero. Si segnala da ultimo – ma tutt'altro che ultimo per importanza –, che differentemente da quanto disposto in seguito al d.l. 113/2018, il d.l. 130/2020 ha previsto che il permesso per protezione speciale abbia durata biennale (e non più annuale) e sia convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro[49].

Ci si soffermerà nel prosieguo sul valore e le motivazioni alle origini del rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, operato dall'articolo 19, comma 1.1. e sull'assonanza esistente tra i criteri richiamati e quelli previsti dal legislatore dell'Unione in materia di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi titolari di permesso di soggiorno a titolo di

49. Articolo 6, comma 1-*bis*, lett. a) TU e articolo 32, comma 3, d.lgs. 25/2008. Come evidenziato da Zorzella, con questa nuova disposizione «la riforma assume un *ulteriore straordinario significato*» (corsivo aggiunto); cfr. N. Zorzella, *Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale: gli artt. 5, co. 6 e 19, commi 1.1. e 1.2. TU d.lgs. 286/98*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, *op. cit.*, pp. 63-74.

ricongiungimento familiare[50]. Tuttavia, prima di proseguire nella trattazione, sia consentito svolgere una rapida notazione circa la formulazione non ottimale della nuova disposizione[51], specialmente nel riferimento operato alla Convenzione di Ginevra. Tale richiamo non pare del tutto giustificabile dal momento che i divieti di allontanamento posti nell'articolo 19, comma 1, risultano già di per sé più ampi rispetto a quello sancito dalla suddetta Convenzione.

3. La tutela della vita privata e familiare dei cittadini stranieri nella giurisprudenza della Corte EDU

Focalizzando ora l'analisi sugli obblighi in materia di tutela della vita privata e familiare degli stranieri, derivanti in capo agli Stati dall'articolo 8 CEDU, occorre innanzitutto evidenziare che tale disposizione – non solo con riferimento alla tutela degli stranieri – è stata oggetto di un'ampia e composita attività ermeneutica della Corte EDU[52]. Essa, muovendo dall'obiettivo di assicurare un'interpretazione evolutiva e dinamica alle previsioni della Convenzione, è giunta a ricondurre all'ambito applicativo del diritto alla vita privata e familiare e, in particolare, alla nozione di vita privata, aspetti da essa non espressamente menzionati e, probabilmente, lungi dall'essere immaginati dai redattori della CEDU[53]. Una parte significativa della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 8 riguarda la protezione da esso conferita agli stranieri che si trovano sotto la giurisdizione degli Stati parte della Convenzione. Si parla al riguardo di protezione c.d. *par ricochet* in quanto essa scaturisce, in via indiretta, dagli obblighi esistenti in capo agli Stati ratificanti la Convenzione in ragione dei diritti da questa tutelati. Tali obblighi pongono un limite al diritto degli Stati di controllare l'accesso al proprio territorio e, dunque, di definire le condizioni per accedervi, risiedervi ed esserne allontanati. Al riguardo, occorre notare che il richiamo a questa prerogativa statuale, quale consolidato principio di diritto internazionale, appare lo «standard refrain»[54] con cui la Corte EDU apre il proprio

50. Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare GU L 251 del 3.10.2003, pp. 12-18, articolo 17.

51. Oltre a questi aspetti, pone alcuni dubbi il riferimento alla protezione della salute; al riguardo, cfr. N. Zorzella, *Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale*, *op. cit.*, pp. 63-74, in particolare pp. 65-66 e E. Rossi, *op. cit.*, pp. 80-81.

52. Per una disamina generale al riguardo, cfr. C. Pitea, L. Tomasi, *Art. 8 – "Diritto al rispetto della vita privata e familiare"*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla CEDU – Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, pp. 297-369.

53. Al riguardo si veda anche V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 245 ss.

54. A. Desmond, *The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants under Article 8 of the ECHR?*, in *European Journal of International Law*, n. 1.2018, pp. 261-279, in particolare p. 264.

ragionamento nelle decisioni in materia di tutela degli stranieri[55]. A questa affermazione fa da potente contraltare il riconoscimento che il suddetto diritto degli Stati incontra una serie di limiti derivanti dagli obblighi esistenti in capo ad essi in ragione di talune disposizioni della CEDU tra cui, in particolare, gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) e 8[56].

Con riferimento alle ipotesi in cui lo straniero lamenti una violazione dell'articolo 8 in ragione di un provvedimento statale adottato nei suoi confronti, lo schema argomentativo seguito dalla Corte segue un percorso ormai ampiamente consolidato.

In primo luogo, la Corte accerta l'esistenza di una vita privata e/o familiare dello straniero su cui il provvedimento contestato vada ad interferire. Al riguardo occorre innanzitutto svolgere un breve cenno alle nozioni di vita familiare e privata elaborate dalla Corte EDU. La prima espressione è stata intesa secondo una concezione particolarmente restrittiva, tanto da aver suscitato numerose critiche sia in dottrina[57] che tra i giudici della Corte[58]. Nella giurisprudenza relativa agli stranieri, la nozione di vita familiare è limitata ai soli rapporti tra coniugi o conviventi *more uxorio* e tra genitori e figli minori. La relazione con i figli maggiorenni e con parenti diversi dai figli minori d'età è ricompresa nel concetto di vita familiare solo qualora sia caratterizzata dalla presenza di «further elements of

55. Questo aspetto è stato ampiamente criticato in dottrina; cfr. A. Desmond, *op. cit.*, pp. 264-265; M. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, 2015, pp. 3 ss.; ad avviso dell'Autrice la circostanza che le sentenze della Corte EDU in cui rilevano i diritti degli stranieri si aprano con tale riferimento deve ritenersi criticabile in quanto sottende l'idea che i diritti riconosciuti dalla CEDU costituiscano un'eccezione alla prerogativa degli Stati di esercitare la propria sovranità in materia migratoria, secondo una logica contraria («Strasbourg reversal») a quella che dovrebbe caratterizzare un trattato in materia di tutela dei diritti umani.

56. Tra le altre disposizioni rilevanti al riguardo si ricordano gli articoli 2 e 3 relativi, rispettivamente, al diritto alla vita e al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti che hanno permesso alla Corte EDU di elaborare una cospicua giurisprudenza sul principio di *non refoulement*; la letteratura in materia è vastissima, si rimanda, tra gli altri, a A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 120 ss.

57. Come osservato in dottrina, questa concezione non trova riscontro nella nozione di vita familiare applicata in relazione ai casi che non coinvolgono migranti, in cui la Corte ha ricondotto a tale concetto anche la relazione tra «near relatives», come per esempio quella tra nonni e nipoti (v. Corte EDU, *Marckx v. Belgium* (Grande Camera), App. No. 6833/74, sentenza 13 giugno 1979, par. 45; *Scozzari and Giunta v. Italy* (Grande Camera), App. No. 39221/98, 41963/98, sentenza 13 luglio 2000, par. 221; *Strand Lobben and Others v. Norway* (Grande Camera), App. No. 37283/13, sentenza 30 novembre 2017, par. 89); cfr. in dottrina A. Desmond, *op. cit.*, p. 265 ss.

58. Si segnalano al riguardo alcune opinioni dissenzienti o parzialmente concordati espresse dai giudici della Corte, cfr. *Kaftailova v. Latvia* (Grande Camera), App. No. 59643/00, sentenza 22 giugno 2006, partly concurring opinion of Judge Spielmann, joined by Judge Kovler, parr. 4 ss.; *Shevanova v. Latvia* (Grande Camera), App. 58822/00, sentenza 15 giugno 2006, partly concurring opinion of Judge Spielmann, parr. 4 ss.; *Slivenko v. Latvia* (Grande Camera), App. No. 48321/99, sentenza 9 ottobre 2003, partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Kovler, par. 1. I giudici hanno evidenziato la diversità esistente tra le nozioni di vita familiare accolte dalla Corte in relazione ai casi che coinvolgono migranti e non, sottolineando che la prima risulta caratterizzata da un «artificial approach» (Judge Spielmann) che risulta ormai obsoleto (Judge Kovler).

dependency, involving more than the normal, emotional ties»[59]; in assenza di tale requisito, la relazione "familiare" tra adulti è, invece, ricondotta dalla Corte alla nozione di vita privata[60].

In riferimento a quest'ultimo concetto, l'analisi della giurisprudenza permette immediatamente di cogliere la straordinaria ampiezza con cui esso è stato interpretato: un'ampiezza tale da renderlo, secondo le parole degli stessi giudici di Strasburgo, «not susceptible to exhaustive definition»[61]. Ai fini della presente trattazione, è utile rimarcare che la *nozione di vita privata* non ricomprende solo la sfera intima e, appunto, privata dell'esistenza di una persona, bensì anche quel complesso di interazioni e relazioni che essa sviluppa con gli altri individui[62] e, in ultima analisi, la sua «*social identity*»[63]. La prospettiva da cui muove la Corte è quella secondo cui il diritto alla vita privata «is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings»[64]. Con specifico rifermento agli stranieri, la Corte ha ricondotto alla nozione di vita privata, oltre che i rapporti familiari non annoverabili nella definizione di vita familiare, tutto quel «*network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being*»[65] e che lo straniero ha creato nella società di accoglienza.

Una volta accertata l'esistenza di una vita privata e/o familiare su cui il provvedimento statale contestato va ad incidere, la Corte procede, in *secondo luogo*, a valutarne la conformità rispetto all'articolo 8, par. 2, CEDU. In forza di tale disposizione, una

59. Commissione europea dei diritti umani, App. No. 10375/83, 10 dicembre 1984, par. 196; tra le sentenze della Corte EDU, si vedano, tra le altre, *Kwakie-Nti et Dufie v. the Netherlands* (dec.), App. No. 31519/96, 7 novembre 2000; *Ezzouhdi v. France*, App. No. 47160/99, 13 febbraio 2001, par. 34; *Benhebba v. France*, App. No. 53441/99, 10 luglio 2003, par. 36; *Slivenko v. Latvia*, cit.; *F.N. v. the United Kingdom* (dec.), App. No. 3202/09, 17 settembre 2013, par. 36; *A.S. v. Switzerland*, App. No. 39350/13, 30 giugno 2015, par. 49.

60. Una maggiore rilevanza dei legami tra parenti adulti è stata riconosciuta dalla Corte con riferimento ai giovani, da poco divenuti maggiorenni, che non abbiano costituito un proprio nucleo familiare e vivano ancora con la famiglia di origine; in relazione a tali ipotesi, la Corte ha ricondotti i legami esistenti con i genitori e con i parenti più prossimi, talvolta, sia alla vita privata che a quella familiare (*inter alia*, *El Boujaïdi v. France*, App. No. 25613/94, 26 settembre 1997, par. 33; *Bouchelkia v. France*, App. No. 23078/93, 29 gennaio 1997, par. 41; *Ezzouhdi v. France*, cit., par. 26), talvolta alla sola vita familiare (v. *Maslov v. Austria* (Grande Camera), App. No. 1638/03, 23 giugno 2008, par. 62).

61. Corte EDU, *inter alia*, *S. and Marper v. the United Kingdom* (grande camera), App. No. 30562/04 e 30566/04, sentenza 4 dicembre 2008, par. 66; *Pretty v. the United Kingdom*, App. no. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002, par. 61; *Y.F. v. Turkey*, App. No. 24209/94, sentenza 22 luglio 2003, par. 33.

62. Corte EDU, *inter alia*, *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, sentenza 16 dicembre 1992, par. 29; *von Hannover v. Germany (No. 2)* (Grande Camera), App. No. 40660/08 e 60641/08, sentenza 7 febbraio 2012, par. 95.

63. Corte EDU, *inter alia*, *S. and Marper v. the United Kingdom*, cit., par. 66; *Pretty v. the United Kingdom*, cit., par. 61; *Y.F. v. Turkey*, cit., par. 33.

64. Corte EDU, *Botta v. Italy*, App. No. 21439/93, sentenza 24 febbraio 1998, par. 32.

65. Corte EDU, *Slivenko v. Latvia*, cit., par. 96; in senso analogo, *Butt v. Norway*, App. No. 47017/09, 14 dicembre 2012, par. 67; *Borisov v. Lithuania*, App. No. 9958/04, 14 giugno 2011, par. 111; *Novruk and Others v. Russia*, App. No. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 and 13817/14, par. 88.

limitazione del diritto alla vita privata e/o familiare è legittima qualora risponda a determinate condizioni, quali la previsione *ex lege*, il perseguimento di uno degli obiettivi indicati da tale disposizione e, da ultimo, la necessità della misura[66]. È proprio quest'ultimo aspetto a costituire il fulcro della valutazione che la Corte è chiamata a svolgere considerando, in particolare, tra gli altri, la *proporzionalità* della misura restrittiva rispetto all'obiettivo perseguito[67]. La valutazione relativa alla proporzionalità implica che la Corte, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento agli Stati in materia, svolga un controllo circa il corretto bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra i diversi interessi in gioco e, in particolare, da un lato il diritto dello straniero alla propria vita privata e/o familiare e, dall'altro, l'interesse dello Stato a perseguire un interesse legittimo e, segnatamente in materia migratoria, la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e il benessere economico della comunità statuale, cui è ricondotto il controllo dell'immigrazione.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, il diritto alla vita privata e familiare ha assunto rilevanza quale strumento di tutela degli stranieri in relazioni a due diversi ambiti: il ricongiungimento familiare e l'allontanamento dal territorio dello Stato.

In relazione al primo aspetto, ai fini della presente trattazione – che non riguarderà nello specifico tale aspetto – è sufficiente richiamare che, benché la Corte abbia affermato che dall'articolo 8 CEDU non possa derivarsi un diritto al *ricongiungimento familiare*,[68] il diniego di titoli di soggiorno per ricongiungimento familiare può determinare, pur in situazioni eccezionali, una violazione del diritto alla vita familiare. Come emerge dalla rilevante casistica al riguardo la Corte, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali, valuta se il diniego del ricongiungimento sia il risultato di un adeguato bilanciamento tra il diritto alla vita familiare e l'interesse generale che lo Stato mira a tutelare, ravvisabile in particolare nel controllo dell'immigrazione. Nell'operare tale bilanciamento, la Corte tiene in considerazione una pluralità di aspetti, quali la tempestività della domanda di ricongiungimento, l'età del figlio cui sia negato il ricongiungimento e la circostanza che questi abbia bisogno delle cure del genitore, la solidità

66. CEDU, articolo 8: «1.Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

67. Come affermato dalla Corte, «An interference will be considered "necessary in a democratic society" for the achievement of a legitimate aim if it answers a "pressing social need" and, in particular, if the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient" and if it is proportionate to the legitimate aim pursued»; tra gli altri, v. *Vavřička and Others v. The Czech Republic* (grande camera), App. No. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15, 43883/15, sentenza 8 aprile 2021, par. 273.

68. Si veda per tutti Corte EDU, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom* (grande camera), App. No. 9214/80 9473/81 9474/81, sentenza 28 maggio 1985, par. 68.

dei legami linguistici e culturali del figlio nel Paese di origine e dunque la possibilità per quest'ultimo di continuare agevolmente a viverci e, più in generale, la presenza di «insurmountable obstacles» (o «major impediments») dello straniero a sviluppare la vita familiare nel Paese di origine[69]. Come evidenziato in dottrina, tale bilanciamento conduce la Corte a esiti che, pur attestando talvolta alcune significative aperture, tendono a privilegiare le prerogative statuali, a discapito dei diritti dei soggetti, talvolta anche minori, coinvolti[70].

Venendo invece al secondo aspetto, relativo ai limiti che l'articolo 8 CEDU pone all'*allontanamento* dello straniero, è evidente che un provvedimento di allontanamento disposto nei confronti di uno straniero, che lo costringa a rompere quel complesso di relazioni sociali e/o familiari create nello Stato ospitante, costituisce un'interferenza nella sua vita privata e/o familiare.

L'analisi della ampia giurisprudenza elaborata al riguardo consente di individuare due direttrici di sviluppo. Un *primo profilo* riguarda la rilevanza attribuita ai due segmenti protetti dall'articolo 8, la vita familiare e privata: è possibile constatare una significativa evoluzione in cui, dopo una prima fase in cui il focus esclusivo delle valutazioni della Corte era costituito dalla vita familiare, essa è giunta a riconoscere graduale importanza anche alla vita privata che, prima, ha cominciato ad essere considerata *congiuntamente* a quella familiare a cui poi, nella giurisprudenza più recente, è stata attribuita rilevanza *autonoma e indipendente* rispetto alla vita familiare. Sotto un *secondo profilo*, la giurisprudenza della Corte in materia di allontanamento è caratterizzata da una significativa distinzione tra la situazione degli stranieri cui sia già stato formalmente riconosciuto il diritto di risiedere nel territorio dello Stato (c.d. *settled migrants*) e nei cui confronti sia disposto l'allontanamento in seguito ad una condanna penale e coloro che, invece, siano allontanati dal territorio dello Stato in quanto privi di un titolo di soggiorno regolare.

69. Per un'analisi approfondita al riguardo, v. tra gli altri M. Spatti, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, p. 175 ss.; A. Del Guercio, *Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in A. Caligiuri A., G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, Cedam, 2010, pp. 387-413; P.F. Docquir, *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers: vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour?*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 60.2004, pp. 921-950; Id., *The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3.1999, pp. 427-450; H. Storey, *The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 2.1990, pp. 328-344; M. Evola, *La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani*, in *Dir. um. e dir. inter.*, n. 2.2010, pp. 279-308; S. Marinai, *L'unità familiare e il ricongiungimento*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti. Profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 493-530.

70. A. Del Guercio, *Il diritto dei migranti all'unità familiare*, *op. cit.*, pp. 398 e 400; S. Marinai, *op. cit.*, p. 498; P. F. Docquir, *op. cit.*, in particolare pp. 925-926.

3.1. I limiti all'allontanamento dei "migranti stabiliti" derivanti dalla vita familiare e privata

Iniziando l'analisi con la giurisprudenza relativa ai limiti derivanti dall'articolo 8 CEDU con riferimento ai provvedimenti di espulsione adottati nei confronti dei *settled migrants* in seguito a una condanna penale, è possibile notare una significativa evoluzione circa il ruolo riconosciuto ai profili della vita familiare e privata. La giurisprudenza più risalente al riguardo, inaugurata dalla pronuncia *Moustaquim v. Belgium*[71], nelle fasi iniziali era caratterizzata da un focus prevalente sulla vita familiare[72]. La casistica presenta forti similitudini e ha ad oggetto provvedimenti di espulsione adottati dalle autorità dello Stato convenuto in seguito a condanne penali emesse nei confronti dei ricorrenti, cittadini stranieri che, giunti nello Stato in giovane età con la propria famiglia di origine, vi avevano svolto i propri studi e avevano creato un proprio nucleo familiare, allentando – quando non addirittura recidendo completamente – i propri legami con il Paese di origine.

La prospettiva della Corte in questa prima giurisprudenza risulta ambivalente: da un lato, la Corte dimostrava una attenzione chiaramente prioritaria nei confronti del profilo familiare, dall'altra non sembrava voler assumere una posizione chiara riguardo al rapporto tra vita privata e vita familiare. Il focus sulla vita familiare emerge dal fatto che la Corte, pur riconoscendo che l'espulsione sarebbe andata ad incidere sia sulla vita privata che familiare, valutava il corretto bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico e il diritto dello straniero alla vita privata e familiare, attribuendo particolare rilevanza solo a quest'ultima. Nonostante tra i fattori considerati vi fossero anche la portata dei legami con il Paese di origine a fronte del percorso scolastico e lavorativo svolto in quello di accoglienza, il focus della Corte appariva infatti incentrato sui legami familiari, sulla presenza della famiglia di origine nello Stato di accoglienza e sul nucleo familiare costituito dallo straniero.[73] A fronte di tale analisi, la Corte – e qui risiede l'aspetto poco chiaro – nella maggior parte delle sentenze affermava una *generica* violazione dell'articolo 8, senza operare alcuna precisazione riguardo allo specifico aspetto – della vita familiare o privata – violato nel caso di specie.

71. Corte EDU, *Moustaquim v. Belgium*, App. No. 12313/86, sentenza 18 febbraio 1991.

72. Corte EDU, *inter alia*, *Nasri v. France*, App. No. 19465/92, sentenza 13 luglio 1995; *Beldjoudi v. France*, App. No. 12083/86, sentenza 26 marzo 1992.

73. La Corte EDU tiene conto di una pluralità di fattori, quali la durata del soggiorno, la presenza di legami familiari nel territorio dello Stato, la gravità del reato da cui è derivato il provvedimento di espulsione e l'eventualità che esso sia stato commesso quando lo straniero era minore d'età, la presenza di legami con il Paese di origine, la circostanza che lo straniero abbia svolto il proprio percorso di studi nello Stato e che vi svolga un'attività lavorativa; cfr., *inter alia*, Corte EDU, *Moustaquim v. Belgium*, cit.; *Beldjoudi v. France*, cit.; *Nasri v. France*, cit.; *Boughanemi v. France*, App. No. 22070/93, sentenza 24 aprile 1996; *Bouchelkia v. France*, cit.; *Mehemi v. France*, App. No. 25017/94, 26 settembre 1997; *El Boujaïdi v. France*, cit.

L'approccio formalmente ambiguo, ma di fatto escludente nei confronti della vita privata, era stato oggetto di critiche anche da parte degli stessi giudici che, in alcune opinioni dissenzienti o parzialmente concordanti, avevano invitato la Corte a considerare anche il profilo della vita privata e ad assumere un atteggiamento più chiaro circa i due aspetti coperti dall'articolo 8[74]. I giudici evidenziavano, in particolare, che il provvedimento di espulsione va ad incidere su quella complessità di relazioni sociali costruite dallo straniero nella comunità in cui vive e si è stabilmente integrato e di cui la vita familiare costituisce solo un aspetto; in tale prospettiva, veniva evidenziato che tutti gli stranieri avessero una loro vita privata, a prescindere dal fatto che possedessero anche una vita familiare[75].

Nell'ambito del panorama giurisprudenziale, va segnalata la sentenza *C. v. Belgium* che, pur essendo dal punto di vista fattuale del tutto analoga a quelle precedenti, segna un significato cambio di paradigma da parte della Corte[76]. Essa, infatti, ha ricondotto il percorso di formazione scolastica e professionale e l'integrazione lavorativa del ricorrente alla nozione di vita privata e, quindi, ha valutato la legittimità del provvedimento di espulsione anche in relazione all'impatto che esso avrebbe avuto sui legami sociali da questi costituiti nello Stato di accoglienza. Nonostante con riferimento al caso di specie, la Corte abbia negato l'esistenza di una violazione dell'articolo 8 CEDU, la sentenza risulta particolarmente significativa poiché ha posto le basi per una nuova fase della giurisprudenza in materia in cui il profilo della vita privata ha cominciato ad entrare in gioco quale limite rilevante rispetto all'allontanamento.

Nelle sentenze successive, tuttavia, la Corte ha continuato a considerare la vita privata *unitamente* all'elemento della vita familiare la quale, a sua volta, tendeva a mantenere una certa prevalenza nella valutazione della Corte. Paradigmatica in tal senso è la sentenza *Boultif v. Switzerland*[77], relativa al caso di un cittadino algerino che, dopo il trasferimento in Svizzera e il matrimonio con una cittadina svizzera, era stato oggetto di un provvedimento di allontanamento da parte delle autorità nazionali, a seguito di una condanna per furto

74. Per il richiamo ad una maggiore chiarezza si veda in particolare *Nasri v. France*, cit., Partly dissenting opinion of Judge Morenilla, par. 5.

75. Corte EDU, *Nasri v. France*, cit., Partly dissenting opinion of Judge Morenilla, parr. 5-6: «Deportation from a country in which the person concerned has lived from birth or from childhood constitutes an interference with this private and personal sphere where it entails, as in this case, the separation of the person concerned from his essential social environment, his emotional and "social circle", including his family» (par. 6); nello stesso senso, Concurring opinion of Judge Wildhaber. Si veda anche *Beldjoudi v. France*, cit., Concurring opinion of Judge Martens, par. 3, cui aderisce sul punto il giudice De Meyer.

76. Corte EDU, *C. v. Belgium*, App. No. 21794/93, sentenza 7 agosto 1996; la portata della sentenza *C. v. Belgium* rispetto al profilo della vita privata quale elemento autonomo nella giurisprudenza della Corte è evidenziata in dottrina, *inter alia*, da A. Desmond, *op. cit.*, p. 273; Y. Ronen, *The ties that bind: Family and private life as bars to the deportation of immigrants*, in *International Journal of Law in Context*, n. 2.2012, pp. 283-296, in particolare p. 286.

77. Corte EDU, *Boultif v. Switzerland*, App. No. 54273/00, 2 agosto 2001.

aggravato. In tale occasione la Corte, sistematizzando la propria precedente giurisprudenza, ha individuato una serie di criteri (divenuti poi noti come «criteri *Boultif*») volti a valutare la proporzionalità della misura di allontanamento rispetto al diritto di cui all'articolo 8 CEDU; come notato in dottrina, nell'ambito di tali criteri l'aspetto della vita familiare, pur non avendo rilevanza esclusiva, risulta ancora del tutto prevalente [78] e tende a «incorporate[d]» quella della vita privata[79].

L'evoluzione tracciata trova il suo compimento nella celebre sentenza *Slivenko v. Latvia*[80], concernente l'espulsione disposta nei confronti della moglie e della figlia di un militare dell'esercito sovietico il quale, in seguito al ritiro delle forze armate sovietiche dalla Lettonia, era già stato espulso verso la Russia. Benché certamente la pronuncia presenti forti peculiarità che non la rendono riconducibile alla restante giurisprudenza in materia di allontanamento degli stranieri, la sua importanza non va comunque sottovalutata: in essa, infatti, per la prima volta la vita privata ha assunto rilevanza quale unico elemento da valutare ai fini della legittimità dell'allontanamento. Al riguardo, in primo luogo, la Corte ha evidenziato che, essendo il provvedimento destinato ai familiari di un soggetto già allontanato dal territorio dello Stato, esso non avrebbe comportato una rottura della vita familiare, rilevando, invece, sotto il solo profilo della vita privata. In secondo luogo, la Corte è giunta a riconoscere una violazione dell'articolo 8 in ragione del fatto che le ricorrenti, avendo trascorso la quasi totalità della loro vita in Lettonia, vi avevano costituito una pluralità di legami personali, sociali ed economici, che sarebbero stati irrimediabilmente compromessi dall'espulsione. Al riguardo, è particolarmente interessante rilevare che la Corte abbia ritenuto che i legami da esse creati in Lettonia fossero molto più solidi rispetto a quelli presenti in Russia, nonostante il signor Slivenko, rispettivamente marito e padre delle ricorrenti, fosse già stato espulso verso la Russia, dove peraltro esse lo avevano poi raggiunto, ottenendo anche la cittadinanza di tale Stato.

78. *Ivi*, par. 48; i criteri elaborati dalla Corte sono la natura e la gravità del reato commesso; la durata del soggiorno nello Stato ospitante; il tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta dell'espellendo durante tale periodo; la nazionalità delle persone su cui si producono le conseguenze, anche indirette, del provvedimento di allontanamento; la situazione familiare del soggetto e l'esistenza e la durata di un eventuale rapporto matrimoniale; altri fattori volti ad attestare l'esistenza di una vita familiare nell'ambito dell'unione matrimoniale; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione del legame familiare; la presenza di figli e, nel caso, la loro età; l'entità delle difficoltà che il coniuge incontrerebbe a trasferirsi nel Paese verso il quale il soggetto sarebbe espulso. Essi sono stati ampiamente richiamati nella giurisprudenza successiva; si v., tra gli altri, anche *Cherif v. Italy*, App. No. 1860/07, sentenza 7 aprile 2009; *Hamidovic v. Italy*, App. No. 31956/05, sentenza 4 dicembre 2012; *Ejimson v. Germany*, App. No. 58681/12, sentenza 1° marzo 2018; *Unuane v. the United Kingdom*, App. No. 80343/17, sentenza 24 novembre 2020.

79. Y. Ronen, *op. cit*., p. 286.

80. Corte EDU, *Slivenko v. Latvia*, cit.

Questa sentenza, pur riferendosi a un contesto del tutto peculiare, ha avuto una significativa ricaduta in tutta la giurisprudenza relativa all'allontanamento degli stranieri, ponendo le basi per il riconoscimento di una sempre maggiore rilevanza, anche in via esclusiva, della vita privata. Merita di essere richiamata al riguardo la sentenza della Grande Camera *Üner v. the Netherlands*[81], in cui la Corte ha ulteriormente sviluppato i criteri *Boultif*. A differenza del caso *Boultif*, in cui l'espulsione avrebbe inciso solo sulla vita familiare dell'espellendo e della moglie di nazionalità svizzera, nella pronuncia *Üner* la Corte si è trovata a dover valutare le conseguenze che il provvedimento avrebbe avuto sui figli minorenni dello straniero i quali, nati e cresciuti nello Stato di accoglienza, non avevano alcun legame con il Paese di origine del genitore. In considerazione di ciò, la Grande Camera, esplicitando alcuni criteri che, come da essa stessa affermato, erano già impliciti in quelli *Boultif*, ha affermato la necessità di tenere in considerazione due ulteriori elementi. In primo luogo, i «best interests and well-being of the children» e, in particolare, le difficoltà che i figli avrebbero incontrato qualora fossero stati costretti a trasferirsi e a vivere nel Paese di origine del genitore espulso. In secondo luogo, e spostando il baricentro della valutazione sullo straniero espellendo, la Corte ha affermato la necessità di considerare «*the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination*»[82].

Il richiamo operato ai legami sociali e culturali è particolarmente interessante in quanto nel caso di specie avrebbe potuto rilevare anche il solo profilo della vita familiare; esso pertanto esprime l'implicito riconoscimento che il provvedimento di allontanamento dello straniero può incidere anche in relazione all'aspetto della *vita privata*, tanto da richiedere di considerare la solidità dei rapporti sociali e culturali costruiti dallo straniero nel Paese di accoglienza, a fronte di quelli mantenuti in quello di origine[83]. Non a caso, è proprio nella sentenza *Üner* che la Grande Camera ha ampiamente riconosciuto che, poiché l'articolo 8 tutela l'identità sociale degli individui e il loro diritto di creare e sviluppare relazioni con gli altri esseri umani, si deve ritenere che nel suo ambito di applicazione rientrino anche «the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living»[84]. Di conseguenza, un provvedimento di espulsione va ad incidere anche sul diritto al rispetto della vita privata dello straniero, a prescindere dalla circostanza che rilevi anche in relazione alla vita familiare: il profilo della vita familiare e della vita privata si configurano come del tutto autonomi l'uno dall'altro e sarà poi la Corte, in ragione delle circostanze del

81. Corte EDU, *Üner v. the Netherlands* (Grande Camera), App. No. 46410/99, sentenza 18 ottobre 2006.

82. *Ivi*, par. 58 (corsivo aggiunto).

83. Per un ridimensionamento della portata della sentenza *Üner v. the Netherlands*, v. in dottrina A. Desmond, *op. cit.*, pp. 274-275.

84. *Üner v. the Netherlands*, cit., par. 59.

caso di specie, a valutare se focalizzare l'analisi sull'uno o sull'altro o, addirittura, su entrambi[85].

Un'ulteriore specificazione dei criteri *Boultif* si è avuta nella sentenza *Benhebba v. France*[86] in cui la Corte ha precisato l'applicazione di tali criteri con specifico riferimento al caso degli stranieri di seconda generazione. In tale occasione essa ha chiarito che in relazione a coloro che abbiano già costituito nello Stato di accoglienza una propria vita familiare, trovano applicazione i criteri *Boultif*. Nell'ipotesi, invece, in cui essi non abbiano costruito un proprio nucleo familiare, si applicheranno solo i primi tre di questi criteri, cui dovrà aggiungersi un ulteriore elemento relativo ai «liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec leur pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence»[87]. L'esigenza di questo criterio aggiuntivo si fonda sulla considerazione che è nello Stato di accoglienza che lo straniero ha costruito la propria identità personale e sociale, a discapito del Paese di origine con cui spesso non ha più alcun rapporto. Tale sentenza, che ha inaugurato una significativa giurisprudenza al riguardo, è particolarmente significativa dell'importanza assunta dalla vita privata quale limite capace di assumere rilevanza autonoma rispetto ai provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato.

Giova rimarcare che, con riferimento ai *settled-migrants* che siano stranieri di seconda generazione o abbiano trascorso gran parte della propria vita nello Stato di accoglienza, la Corte ha affermato che, proprio in ragione del particolare radicamento che essi hanno con la comunità di accoglienza, l'espulsione può considerarsi legittima solo in presenza di «very serious reasons», specialmente qualora il reato oggetto della sentenza di condanna all'origine della misura di allontanamento, sia stato commesso quando lo straniero era minore d'età[88].

---

85. *Ibidem*: «*Regardless of the existence or otherwise of a "family life"*, therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the "family life" rather than the "private life" aspect» (corsivo aggiunto).

86. Corte EDU, *Benhebba v. France*, cit.; il caso era relativo all'allontanamento disposto nei confronti di un cittadino algerino, giunto in Francia all'età di due anni che, al momento dell'espulsione, non aveva ancora creato un suo nucleo familiare nello Stato di accoglienza.

87. *Ivi*, par. 33; si tratta di un principio ormai estremamente consolidato nella giurisprudenza della Corte; al riguardo, cfr. *inter alia*, *Emre v. Switzerland*, App. No. 42034/04, sentenza 22 maggio 2008; *Samsonnikov v. Estonia*, App. No. 52178/10, sentenza 3 luglio 2012; *Bajsultanov v. Austria*, App. No. 54131/10, sentenza 12 giugno 2012; *Shala v. Switzerland*, App. No. 52873/09, sentenza 15 novembre 2012; *Kissiwa Koffi v. Switzerland*, App. No. 38005/07, sentenza 15 novembre 2012; *Hasanbasic v. Switzerland*, App. No. 52166/09, sentenza 11 giugno 2013.

88. Corte EDU, *Maslov v. Austria* (Grande Camera), cit., par. 75; *Osman v. Denmark*, App. No. 38058/09, sentenza 14 giugno 2011, par. 65; *Zakharchuk v. Russia*, App. No. 2967/12, sentenza 17 dicembre 2019, par. 49; al riguardo si v. anche Council of Europe, *Recommendation Rec (2000)15 of the Committee of Ministers to member states concerning the security of residence of long-term migrants*, articolo 4, lett. c): «Long-term immigrants born on the territory of the member state or admitted to the member state before the age of ten, who have been lawfully and habitually resident, should not be expellable once they have reached the age of eighteen. Long-term immigrants who are minors may in principle not be expelled».

3.2. Il caso degli stranieri non regolarmente soggiornanti o in attesa di ottenere un titolo di soggiorno

Come espressamente affermato dalla Corte, i criteri elaborati con riferimento ai *settled migrants* non possono essere automaticamente trasposti alla situazione di coloro che non siano (ancora) formalmente titolari di un diritto di residenza nel territorio dello Stato. In riferimento a questa categoria di soggetti, occorre operare un'ulteriore distinzione tra coloro che abbiano costituito una vita familiare e/o privata durante un soggiorno irregolare e, invece, coloro la cui presenza nel territorio dello Stato, pur non derivando da un titolo di residenza stabile, è stata "tollerata" dalle autorità nazionali nelle more del procedimento per il rilascio di un permesso di soggiorno o per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale.

Per quanto riguarda l'esistenza di un obbligo dello Stato di tutelare la vita privata e familiare che sia stata costituita dallo straniero *nelle more di un soggiorno irregolare*, la maggior parte della giurisprudenza di Strasburgo riguarda il solo profilo della vita familiare. A tale riguardo, la Corte ha fatto riferimento ad una pluralità di criteri, quali a) la misura in cui l'allontanamento dello straniero andrebbe a compromettere la vita familiare, da considerare in ragione dell'entità dei legami familiari esistenti nello Stato di accoglienza e della presenza di ostacoli insormontabili allo stabilimento di una vita familiare altrove; b) l'esistenza di ragioni che giustifichino l'allontanamento dello straniero, quali considerazioni di ordine pubblico o la presenza di pregresse e ripetute violazioni della legislazione in materia di immigrazione da parte dell'interessato; e infine, c) la circostanza che la vita familiare *de qua* sia stata costituita in un momento in cui le persone coinvolte erano consapevoli della precarietà del soggiorno dello straniero e, dunque, dell'altrettanto precaria natura della costituenda vita familiare. Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte ha affermato che, in tale ipotesi, l'allontanamento dello straniero può configurare una violazione del diritto alla vita familiare solo in presenza di circostanze eccezionali. A questo riguardo, i giudici di Strasburgo hanno più volte ribadito che, anche laddove la presenza dello straniero nel territorio dello Stato, nonché l'avvenuta creazione di legami familiari e sociali, costituiscano un *fait accompli* realizzatosi in violazione delle leggi dello Stato in materia di migrazione, lo straniero non può vantare una legittima aspettativa a vedersi riconosciuto il diritto di risiedervi[89].

Benché, come già richiamato, la maggior parte della giurisprudenza relativa all'allontanamento di stranieri irregolarmente soggiornanti abbia ad oggetto il solo aspetto

89. Corte EDU (Grande Camera), *Jeunesse v. the Netherlands*, App. No. 12738/10, 3 ottobre 2014, par. 103; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, App. No. 50435/99, 31 gennaio 2006, par. 43.

della vita familiare[90], in relazione a tali fattispecie è talvolta emerso anche il profilo della vita privata. Particolarmente significativa al riguardo la sentenza *Butt v. Norway*[91], relativa all'espulsione di due fratelli di origini pakistane che, in tenera età, erano giunti in Norvegia con la madre. A seguito della revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari, inizialmente loro rilasciato, i due ragazzi erano stati arrestati per essere espulsi. Stante l'impossibilità di trovare la madre, nel frattempo scomparsa, le autorità avevano deciso di non dare esecuzione al provvedimento di espulsione e i giovani avevano continuato a vivere irregolarmente in Norvegia presso una coppia di zii, riuscendo ad integrarsi nel contesto sociale e culturale locali finché, a seguito della condanna penale di uno dei due, le autorità norvegesi ne avevano disposto l'espulsione.

Il caso presenta certamente delle significative peculiarità, poiché i ricorrenti, fino al momento del loro arresto, non erano consapevoli dell'irregolarità del loro soggiorno; conseguentemente, i legami che avevano nel frattempo costruito non potevano dirsi creati in un momento in cui essi erano a conoscenza della natura precaria della loro permanenza e, neppure, si poteva loro rimproverare di aver posto lo Stato di fronte a tali legami come a un *fait accompli*. Tali distinguo trovano riscontro nella circostanza che il governo convenuto aveva giustificato la misura di allontanamento richiamando non solo motivi di ordine pubblico, ma anche ragioni di controllo dell'immigrazione, riconducibili alla nozione di benessere economico dello Stato.

La pronuncia appare estremamente significativa poiché la Corte è giunta ad affermare l'illegittimità dell'espulsione in considerazione dell'importanza dei legami culturali e sociali costituiti dai due giovani in Norvegia, a fronte dei deboli legami rimasti con il Pakistan e delle «social and professional difficulties» cui essi sarebbero andati incontro in caso di rientro nel Paese di origine[92]. Pur tenendo conto della peculiarità del caso specifico, la significatività della pronuncia risiede in due aspetti. In primo luogo, benché la Corte non lo abbia affermato esplicitamente, il secondo provvedimento di espulsione sarebbe andato a incidere esclusivamente sulla vita privata dei ricorrenti, non rilevando in alcun modo invece rispetto alla loro vita familiare. All'epoca, infatti, essi non avevano costituito un nuovo nucleo familiare e, d'altra parte, avevano ormai raggiunto la maggiore età e, pertanto, i legami con gli zii non potevano più ritenersi rilevanti in relazione alla nozione di vita familiare adottata

90. Si noti peraltro che tale circostanza ha indotto la Corte a spostare il baricentro della propria valutazione, incentrandola sulle conseguenze che il provvedimento di allontanamento dello straniero avrebbe avuto rispetto alla tutela della vita familiare non dello straniero, bensì degli altri componenti della sua famiglia, valutata, nel caso di figli minori, in connessione con il principio dei *best interests of the child*; cfr. al riguardo, tra gli altri, Corte EDU, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, cit.; *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, 28 giugno 2011; *Darren Omoregie and Others v. Norway*, App. No. 265/07, 31 luglio 2008; *Antwi and Others v. Norway*, App. No. 26940/10, 14 febbraio 2012; *Rahmani and Dineva v. Bulgaria*, App. No. 20116/08, 10 maggio 2012.

91. Corte EDU, *Butt v. Norway*, cit.

92. *Ivi*, par. 88.

dalla Corte. In secondo luogo, benché certamente la mancata esecuzione del primo provvedimento di espulsione fosse dipesa da una decisione delle autorità nazionali, non si può tuttavia mancare di rilevare che, dopo il loro arresto, essi avevano continuato a consolidare la propria vita privata all'interno dello Stato, pur vivendo in esso in modo irregolare ed essendo, ormai, consapevoli di tale irregolarità.

Particolarmente significative per la materia qui trattata sono le sentenze adottate dalla Corte in relazione alla tutela della vita privata e familiare di coloro la cui presenza nel territorio dello Stato sia ammessa e *tollerata* dalle autorità nazionali nelle more del procedimento volto a ottenere il rilascio di un titolo di soggiorno. Il *leading case* in materia è la sentenza *Jeunesse v. the Netherlands*[93], relativa al provvedimento di espulsione adottato nei confronti di una donna surinamese che, giunta nei Paesi Bassi con visto turistico, vi era successivamente rimasta, presentando ripetute richieste di permesso di soggiorno, le quali erano state, tuttavia, sempre respinte; nel frattempo, la donna si era sposata con un uomo di nazionalità olandese e aveva avuto tre figli. In ragione del fatto che la donna non era titolare di un diritto di residenza formalmente riconosciutole, la Corte ha ritenuto non poter applicare i criteri elaborati in relazione ai *settled migrants*, bensì quelli relativi alla situazione degli stranieri irregolarmente presenti. Risulta significativo evidenziare che nonostante tale distinzione, la Corte abbia al tempo stesso evidenziato che la presenza della donna nel territorio dello Stato era *tollerata* dalle autorità nazionale e dovesse quindi essere distinta dalla situazione di una persona irregolarmente presente nel territorio dello Stato e che non cerchi di ottenere la regolarizzazione della sua posizione. Al riguardo, è rilevante il passaggio della sentenza in cui si afferma che

«Where a Contracting State *tolerates* the presence of an alien in its territory thereby allowing him or her to await a decision on an application for a residence permit, an appeal against such a decision or a fresh application for a residence permit, such a Contracting State enables the alien *to take part in the host country's society, to form relationships and to create a family there*»[94].

Nonostante le evidenti peculiarità del caso di specie, tale affermazione merita ugualmente di essere richiamata. Nonostante nel caso specifico della signora Jeunesse rilevasse la sola vita familiare, la Corte ha infatti posto l'accento, più in generale, sulla *partecipazione* dello straniero alla società dello Stato di accoglienza e sulle relazioni, anche diverse da quelle familiari, da questi costituite nelle more del procedimento per il rilascio di un titolo di soggiorno e che, essendo legate a una presenza tollerata nel territorio dello Stato,

93. Corte EDU, *Jeunesse v. the Netherlands*, cit.
94. *Ivi*, par. 103.

appaiono meritevoli di un maggiore grado di tutela rispetto a quello riconosciuto alle relazioni costituite nelle more di un soggiorno irregolare.

Con specifico riferimento alla tutela della vita privata, merita infine di essere richiamata la sentenza *Pormes v. the Netherlands*[95], relativa a un cittadino di origini indonesiane che in tenera età anni era giunto, insieme al padre, nei Paesi Bassi con un visto turistico. Rimasto a vivere irregolarmente nel territorio dello Stato e cresciuto nella società olandese, solo all'età di 17 anni aveva scoperto che né il padre né gli zii, cui era stato affidato dopo la morte del genitore, avevano avviato le procedure per regolarizzare il suo soggiorno; egli aveva quindi presentato domanda di permesso di soggiorno che gli era stato, tuttavia, negato in ragione delle condanne, nel frattempo pronunciate nei suoi confronti, per la ripetuta commissione di aggressioni a sfondo sessuale.

Nonostante nel caso di specie la Corte, attribuendo particolare rilevanza alla gravità dei reati commessi, non abbia ravvisato una violazione dell'articolo 8 CEDU, si tratta di una sentenza che presenta particolari profili di interesse per un duplice ordine di motivazioni. In primo luogo, i «social and cultural ties» creati dal signor Pormes nello Stato di accoglienza inducono la Corte ad attribuire, per la prima volta, esclusiva rilevanza al solo aspetto della vita privata del ricorrente applicando con riferimento ad essa, *mutatis mutandis*, i criteri fino ad allora elaborati con riferimento alla vita familiare[96].

Come affermato fin dalla sentenza *Jeunesse*, l'esistenza di un obbligo positivo dello Stato di riconoscere un diritto di residenza a un cittadino straniero il quale, nelle more di un soggiorno non stabile, abbia costituito una vita privata è valutato alla luce di una pluralità di fattori, quali la misura in cui la vita privata sarebbe effettivamente compromessa dall'allontanamento, l'esistenza di legami nello Stato di accoglienza, la presenza di ostacoli insormontabili al godimento della vita privata nel Paese di origine, la presenza di considerazioni legate al controllo dell'immigrazione o di ordine pubblico che depongono a favore dell'allontanamento. Del pari, la Corte ha rilevato che, qualora lo straniero costituisca la propria vita privata in un momento in cui è consapevole della precarietà della propria permanenza nello Stato di accoglienza, il diniego di un titolo di residenza configura una violazione dell'articolo 8 CEDU solo in circostanze eccezionali[97]. Nonostante tale ultima

95. Corte EDU, *Pormes v. the Netherlands*, App. No. 25402/14, 28 luglio 2020.

96. *Ivi*, par. 58.

97. *Ivi*, parr. 56 ss.: «The Court has, moreover, identified a number of factors in its case-law that are to be taken into account when assessing whether a State may be under a positive obligation to admit to its territory an alien whose stay in the country was unlawful, such as the extent to which family life is effectively ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of one or more of them, whether there are factors of immigration control (e.g. a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion [...]. Another important consideration has also been found to be whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one

affermazione, gli altri criteri richiamati dalla Corte aprono ad una significativa valorizzazione della tutela della vita privata. Si pensi, in particolare, alla misura in cui un provvedimento di allontanamento può incidere sulla vita privata dello straniero il quale abbia raggiunto una significativa integrazione socio-lavorativa nello Stato di accoglienza che, evidentemente, non è immediatamente "trasferibile" e facilmente ricostituibile nel Paese di origine, specialmente qualora questo si caratterizzi per un difficile contesto socioeconomico.

Un secondo significativo elemento che la Corte potrebbe ampiamente valorizzare in futuro è costituito dall'approccio particolarmente flessibile da essa dimostrato in tale sentenza. Stante le peculiarità del caso in esame, in cui il ricorrente era venuto a conoscenza della natura irregolare del suo soggiorno quando aveva ormai costituito una propria vita privata, la Corte ha affermato che la sua situazione non era assimilabile né a quella di un *settled migrant*, il cui allontanamento è ammissibile solo in presenza di «very serious reasons», né a quella di uno straniero sin dall'origine consapevole della precarietà del suo *status* e il cui allontanamento può dirsi contrario all'articolo 8 CEDU «only in very exceptional circumstances»[98].

Infine, è necessario sottolineare che la giurisprudenza della Corte EDU relativa alla vita privata e familiare dei richiedenti protezione internazionale è, invece, molto scarsa. Per l'analisi qui svolta, è opportuno richiamare la sentenza *A.S v. Switzerland*[99], relativa al caso di un richiedente protezione internazionale che lamentava la violazione, tra gli altri, dell'articolo 8 CEDU derivante dalla decisione di trasferimento verso l'Italia, disposta nei suoi confronti dalle autorità svizzere ai sensi del Regolamento Dublino. Se egli asseriva che l'allontanamento dal territorio svizzero gli avrebbe impedito di continuare a vivere con le sorelle, regolarmente residenti in Svizzera, il governo convenuto sosteneva, invece, che la misura era motivata dal garantire il necessario controllo dell'immigrazione, riconducibile alla nozione di benessere economico dello Stato. La Corte, pur avendo richiamato

---

of them was such that the persistence of that family life within the host state would from the outset be precarious. The Court has held that where this is the case it is likely only to be in exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8. [...] As can be seen from the preceding paragraphs, the relevant principles as well as the factors and considerations to be taken into account when examining whether Article 8 of the Convention imposes a positive obligation on a State to admit an alien unlawfully residing in its territory have so far mainly been formulated in cases which concerned family life or in which the Court considered it appropriate to focus on that aspect. *The Court finds that similar considerations apply in respect of an alien who has established social ties amounting to private life in the territory of a State during a period of unlawful stay*. The extent of the State's positive obligations to admit such an alien will depend on the particular circumstances of the person concerned and the general interest. Moreover, *the factors set out in paragraph 56 above also apply – to the extent possible – to cases where it is more appropriate to focus on the aspect of private life*. Equally, if an alien establishes a private life within a State at a time when he or she is aware that his or her immigration *status* is such that the continuation of that private life in that country would be precarious from the start, a refusal to admit him or her would amount to a breach of Article 8 in exceptional circumstances only» (evidenziazione mia).

98. *Ivi*, par. 61.

99. Corte EDU, *A.S. v. Switzerland*, cit.

ampiamente il caso *Jeunesse*, non ha ravvisato una violazione dell'articolo 8. Essa, da un lato, ha negato la possibilità di ravvisare elementi di dipendenza tra il ricorrente e le sorelle tali da configurare l'esistenza di una vita familiare e, dall'altro, ha sottolineato che nel breve periodo di tempo in cui le autorità svizzere avevano tollerato la sua presenza nel proprio territorio, questi non aveva costituito nuovi legami familiari rilevanti. La pronuncia presenta alcuni elementi di criticità poiché, oltre a evidenziare i limiti della nozione di vita familiare adottata dalla Corte – tale da negare qualsiasi rilevanza alla relazione tra familiari adulti in assenza di condizioni di dipendenza -, non ha ricondotto tale rapporto neppure al profilo della vita privata.

4. La protezione per integrazione sociale e la rilevanza delle disposizioni di diritto UE

Come già illustrato nel paragrafo dedicato alle origini della protezione umanitaria, tale istituto ha conosciuto un notevole sviluppo in seguito all'attuazione della prima direttiva qualifiche. Collocandosi nell'ambito del sistema dell'asilo, la protezione umanitaria ha contribuito, insieme alle forme di protezione internazionale disciplinate dal diritto UE, a dare piena attuazione al diritto di asilo costituzionale. Nonostante la correlazione logica e cronologica esistente tra la disciplina della protezione internazionale derivante dal diritto UE e la protezione umanitaria, quest'ultima non trova fondamento nella prima.

Come si evince chiaramente dal preambolo della direttiva qualifiche, essa non trova applicazione con riguardo ai cittadini di Paesi terzi cui gli Stati membri riconoscano un titolo di soggiorno nel proprio territorio non in quanto bisognosi di protezione internazionale, bensì «per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale»[100]. La questione è stata oggetto di precisazione anche da parte della Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) nella sentenza *B. e D.*[101]. In tale occasione, la CGUE, nella composizione della Grande Sezione, ha affermato che la normativa di uno Stato membro che riconosca il diritto d'asilo a persone che, in forza delle disposizioni della direttiva qualifiche, sarebbero escluse dallo *status* di rifugiato è compatibile con il diritto UE a condizione che la protezione riconosciuta sulla base del diritto nazionale risulti distinta dal sistema di protezione internazionale definito dalla direttiva.

La sentenza è particolarmente interessante per la materia qui trattata perché in essa la Corte, oltre ad aver precisato il contenuto del considerando sopra richiamato, ha affermato che la direttiva qualifiche muove dal presupposto che gli Stati membri possano prevedere nel proprio diritto nazionale forme di protezione che si affiancano al sistema di protezione

100. Direttiva 2011/95/UE, cit., preambolo, considerando 15; analogo contenuto si trovava nella prima direttiva qualifiche, v. direttiva 2004/83/CE, cit., preambolo, considerando 9.

101. CGUE (Grande Sezione), *B. e D.*, causa C-57/09, sentenza 9 novembre 2010.

internazionale definito e disciplinato dal diritto UE[102]. In altre parole, è lo stesso diritto UE a riconoscere espressamente che la protezione internazionale da essa definita *non esaurisce* le forme di protezione che possono riconoscersi a livello nazionale, in forza degli obblighi derivanti a livello costituzionale o internazionale[103].

Un riferimento a forme di protezione ulteriori rispetto a quelle definite dal diritto UE è presente anche nella direttiva rimpatri finalizzata alla definizione di norme e procedure comuni in materia di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia divenuto irregolare[104]. La direttiva prevede che, in qualsiasi momento, le autorità degli Stati membri possano riconoscere al cittadino di Paese terzo il diritto di soggiornarvi «per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura»[105], facendo in tal modo venir meno l'irregolarità del soggiorno.

La circostanza che l'esistenza di forme di protezione previste a livello nazionale «per motivi caritatevoli o umanitari» sia riconosciuta dal diritto UE – e risulti perfettamente conforme ad esso –, non è tuttavia sufficiente a qualificare tali forme di protezione come fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto UE e, dunque, a far scattare gli obblighi esistenti in capo agli Stati membri in forza della Carta dei diritti fondamentali dell'UE («la Carta»). Come noto, infatti, secondo l'articolo 51, par. 1, della Carta e l'interpretazione che la CGUE ne ha dato nella sentenza *Åkerberg Fransson*, essa vincola gli Stati membri solo quando una fattispecie giuridica rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE[106].

Tale nozione è stata successivamente specificata dalla Corte con riferimento, tra le altre, alla situazione, del tutto peculiare, in cui una fattispecie giuridica sia disciplinata dal diritto nazionale sulla base di un potere discrezionale che il diritto UE e, in particolare, una

102. *Ivi*, punto 117: «La direttiva, al pari della Convenzione di Ginevra, muove dal principio che gli Stati membri di accoglienza possono accordare, in conformità del loro diritto nazionale, una protezione nazionale accompagnata da diritti che consentano alle persone escluse dallo *status* di rifugiato ai sensi dell'articolo 12, n. 2, della direttiva di soggiornare nel territorio dello Stato membro considerato».

103. A quest'ultimo riguardo cfr. C. Favilli, *Sintonie e distonie tra il diritto interno e quello dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, *op. cit.*, pp. 44-53, in particolare p. 52; l'Autrice richiama alcune sentenze della CGUE da cui emerge chiaramente che «residua uno spazio di tutela derivante dagli obblighi internazionali, non ancora disciplinato dal diritto UE attraverso gli istituti della protezione internazionale ed ancora rientrante nella piena competenza nazionale»; si tratta delle sentenze, entrambe rese dalla Grande Sezione, *MP*, causa C-353/16, sentenza 24 aprile 2018 e *M (Révocation du statut de réfugié)*, cit.

104. Direttiva 2008/115/CE, cit., articoli 1, 2 e 3. In particolare, ai sensi dell'articolo 3, par. 2, per soggiorno irregolare si intende: «la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un Paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro».

105. Direttiva 2008/115/CE, cit., articolo 6, par. 4.

106. CGUE (Grande Sezione), *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, sentenza 26 febbraio 2013, punti 19 ss.

direttiva riconosce agli Stati membri[107]. Al riguardo, la CGUE ha distinto tra l'ipotesi in cui la disposizione di una direttiva «conferisce» agli Stati membri una «facoltà normativa» che deriva dallo stesso diritto dell'Unione e l'ipotesi in cui il diritto UE si limiti a riconoscere agli Stati membri il «potere» di prevedere, in forza del loro diritto nazionale, «disposizioni più favorevoli» al di fuori del regime previsto da una direttiva UE. Come chiarito dalla CGUE, la prima ipotesi, andando ad incidere sul regime definito dalla direttiva, deve ritenersi rientrante nel suo ambito di applicazione e, dunque, in quello della Carta. Al contrario, nella seconda ipotesi, la disposizione nazionale più favorevole si colloca «al di fuori del contesto del regime previsto da tale direttiva»[108] e, in quanto tale, non ricade nell'ambito di applicazione della Carta[109]. Le forme di protezione «per motivi caritatevoli o umanitari» definite a livello nazionale e richiamate dalle direttive qualifiche e rimpatri sono riconducibili a questa seconda categoria e, dunque, non rientrano nell'ambito di applicazione della Carta.

Alla luce di tali considerazioni, il richiamo alla Carta operato dall'articolo 19, comma 1.1., TU non costituisce un riferimento dovuto in forza di un obbligo di diritto UE. Resta, tuttavia, da chiedersi se il rinvio operato al diritto UE da una disposizione nazionale sia sufficiente ad attrarre una «situazione puramente interna» nell'ambito di applicazione del diritto UE e, in particolare, della Carta.

4.1. La rilevanza del rinvio al diritto UE nell'ambito delle «situazioni puramente interne»

La rilevanza dei rinvii operati da una legislazione nazionale al diritto dell'Unione è stato oggetto di una significativa evoluzione nella giurisprudenza della CGUE. In una prima fase, riconducibile ad una più generale tendenza della Corte a interpretare in modo espansivo la propria competenza a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale sollevato da un giudice nazionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE in relazione alle «situazioni puramente interne»[110], essa ha affermato tale competenza anche in relazione a ipotesi in cui il diritto nazionale contenesse un rinvio al diritto UE (allora diritto comunitario). Questo orientamento, avviato con la sentenza *Dzodzi*, era giustificato dalla CGUE in ragione dell'esistenza di un interesse dell'(allora) ordinamento comunitario ad assicurare «un'interpretazione uniforme» di tutte le sue norme «a prescindere dalle condizioni in cui

107. Per un approfondimento al riguardo, cfr. N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 231 ss.

108. CGUE, *Julián Hernández e a.*, causa C-198/13, sentenza 10 luglio 2014, punto 44.

109. *Ibidem*; v. anche CGUE (Grande Sezione), *TSN*, causa C-609/17, sentenza 19 novembre 2019, punto 49.

110. Sulla tendenza «espansiva» della Corte e sull'evoluzione al riguardo, cfr. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 99 ss.

verranno applicate»[111]. Tale pronuncia ha inaugurato un filone giurisprudenziale che ha portato ad un'applicazione talmente ampia di tale criterio da condurre la Corte ad affermare la propria competenza anche in ipotesi in cui il rinvio operato dal legislatore nazionale era formulato in modo estremamente generico[112].

Un'inversione di tendenza[113] si è verificata quando la CGUE, a partire dalla sentenza *Kleinwort Benson*[114], ha subordinato la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale in ragione del rinvio operato dal diritto nazionale al diritto dell'Unione, a condizione che tale rinvio risultasse formulato «in modo diretto e incondizionato»[115]. L'esistenza di tale condizione che, nella suddetta pronuncia, era stata esclusa in riferimento a un caso in cui il rinvio operato dalla legislazione nazionale consisteva in una riproduzione pressoché testuale, è stata parimente scartata in relazione a ipotesi di rinvio estremamente generici. Merita di essere menzionata al riguardo la sentenza *Cicala*[116] relativa ad alcune questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte dei Conti italiana in relazione all'obbligo di motivazione degli atti dell'amministrazione, sancito dagli articoli 296 TFUE e 41, par. 2, lett. c) della Carta. Benché il procedimento *a quo* fosse relativo ad una situazione puramente interna, la Corte dei Conti riteneva sussistente la competenza della CGUE a pronunciarsi in via pregiudiziale in ragione del fatto che la legge sul procedimento amministrativo, rilevante

111. CGUE, *Dzodzi v Belgian State*, causa C-297/88, sentenza 18 ottobre 1990, punto 37; nello stesso senso, si vedano, *inter alia*, *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*, causa C-28/95, sentenza 17 luglio 1997, punto 32; *Giloy v Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, causa C-130/95, sentenza 17 luglio 1997, punto 28.

112. Per un'analisi della giurisprudenza al riguardo, cfr. M.E. Bartoloni, *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2-3.2001, pp. 311-347; A. Arena, *op. cit.*, p. 135 ss.; J. Krommendijk, *Wide Open and Unguarded Stand our Gates: The CJEU and References for a Preliminary Ruling in Purely Internal Situations*, in *German Law Journal*, n. 18.2017, pp. 1359-1394, in particolare p. 1379 ss.

113. Come notato in dottrina, questa inversione di tendenza risponde alle sollecitazioni critiche mosse, specialmente da alcuni Avvocati generali, all'orientamento eccessivamente espansivo inaugurato dalla giurisprudenza *Dzodzi*; per una ricostruzione al riguardo cfr. A. Arena, *op. cit.*, p. 180 ss.

114. CGUE, *Kleinwort Benson v City of Glasgow District Council*, causa C-346/93, sentenza 28 marzo 1995; al riguardo cfr. M.E. Bartoloni, *op. cit.*, secondo cui si tratta di un *revirement* solo apparente.

115. CGUE, *Kleinwort Benson v City of Glasgow District Council*, cit., punto 16.

116. CGUE, *Cicala*, causa C-482/10, sentenza 21 dicembre 2011; il rinvio pregiudiziale era stato sollevato dalla sezione giurisdizionale della Regione Sicilia della Corte dei Conti nell'ambito del procedimento con cui la signora Cicala, contestando l'assoluto difetto di motivazione, chiedeva l'annullamento di una nota con cui la Regione Sicilia, di cui era stata dipendente, le aveva comunicato che l'ammontare della pensione da essa ricevuta era superiore a quanto le sarebbe spettato e ne disponeva pertanto una riduzione e il recupero delle somme eccedenti. Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di valutare se fosse compatibile con il diritto dell'UE e, in particolare con l'obbligo di motivazione degli atti dell'amministrazione, sancito dagli articoli 296 TFUE e 41, par. 2, lett. c) della Carta, l'interpretazione della legge nazionale sul procedimento amministrativo secondo cui tale obbligo non dovesse trovare applicazione in relazione agli atti paritetici in materia pensionistica.

nel caso di specie, definisce i criteri in base ai quali deve operare l'amministrazione richiamando i «principi dell'ordinamento comunitario»[117].

In tale pronuncia, che segna l'inizio di un radicale cambiamento nell'approccio della CGUE in materia[118], essa ha escluso la propria competenza a pronunciarsi al riguardo, non ritenendo esistente «un rinvio diretto e incondizionato» al diritto dell'Unione. L'assenza di tale presupposto è stata ravvisata in ragione del carattere del tutto «generale»[119] del rinvio operato al diritto UE e dell'impossibilità di ravvisare l'intenzione del legislatore nazionale di «applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione»[120].

Il rinvio alla Carta dell'UE operato dal legislatore nell'articolo 19, comma 1.1. del TU, come novellato dalla riforma, non sembra potersi qualificare come un rinvio diretto e incondizionato. Ne consegue che la fattispecie della nuova protezione speciale non può considerarsi attratta nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE con tutte le conseguenze che ne conseguono, tra cui in particolare l'assenza della competenza della CGUE a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale sollevato al riguardo. Per quanto riguarda in particolare la Carta, essa costituirà un parametro interpretativo rilevante per l'interprete, ma la sua applicazione non opera in ragione del vincolo derivante dall'articolo 51, par. 1, della stessa, bensì in ragione di una scelta «volontaria» del legislatore[121].

La rilevanza – pur nei termini in cui si è detto e di cui si dirà – della Carta, rende necessario svolgere una breve disamina della tutela garantita dal diritto UE al diritto alla vita privata e familiare dei cittadini di Paesi terzi.

117. L. 7 agosto 1990, n. 241 recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», articolo 1: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princìpi dell'ordinamento comunitario».

118. L'orientamento inaugurato nella sentenza Cicala è stato poi confermato nella giurisprudenza successiva; cfr., *inter alia*, *Giuseppa Romeo c. Regione Siciliana*, causa C-313/12, sentenza 7 novembre 2013; *Vittoria De Bellis e altri c. Istituto Nazionale di Previdenza per i Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica (Inpdap)*, causa C-246/14, ordinanza 15 ottobre 2014; *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Italsempione - Spedizioni Internazionali SpA*, causa C-450/15, ordinanza 28 giugno 2016.

119. CGUE, *Cicala*, cit., punto 25.

120. *Ivi*, punto 29.

121. A. Adinolfi, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3.2018, pp. 29-40; l'Autrice annovera l'ipotesi del rinvio non diretto e condizionato tra le «situazioni non sufficientemente collegate con il diritto dell'Unione» e, dunque, non rientranti nell'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'articolo 51, par. 1, della stessa.

4.2. La tutela della vita privata e familiare nella Carta e il possibile innalzamento dello standard CEDU

Volendo ora analizzare la protezione garantita al diritto alla vita privata e familiare nell'ambito delle fonti di rango primario di diritto dell'Unione, esso è tutelato dall'articolo 7 della Carta che, come esplicitato dalle Spiegazioni, deve ritenersi corrispondente all'articolo 8 CEDU[122]. Tale corrispondenza implica che, conformemente all'articolo 52, par. 3, della Carta, la giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU rilevi quale *standard minimo di tutela* che deve essere garantito nell'ordinamento dell'Unione, fatta salva la possibilità di un livello di protezione maggiore[123].

L'ampia tutela riconosciuta alla vita privata (e familiare) dei cittadini di Paesi terzi nell'ordinamento dell'Unione e la possibilità di enucleare uno standard di tutela maggiore rispetto a quello della Corte EDU emergono in modo paradigmatico nella sentenza *M*[124] in cui la CGUE si è pronunciata in relazione allo *status* dei c.d. soggetti non espellibili. Con tale espressione ci si intende riferire a coloro che, pur possedendo la *qualità* di rifugiato, come definita dall'articolo 2, lett. d) della direttiva qualifiche[125], si vedono revocare o negare il riconoscimento dello *status di rifugiato* poiché considerati, secondo quanto previsto dalla direttiva, un pericolo per la sicurezza dello Stato membro ospitante[126].

Si tratta di una pronuncia estremamente rilevante per un duplice ordine di motivazioni[127]. In primo luogo, la Corte, valorizzando la «distinzione tra la *qualità* e lo *status*

122. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, Spiegazione relativa all'articolo 7, GU 2007/C 303/02, 14 dicembre 2007.

123. Carta dei diritti fondamentali dell'UE, articolo 52, par. 3: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

124. CGUE (Grande Sezione), *M (Révocation du statut de réfugié)*, cit.

125. 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, GU L 337 del 20.12.2011.

126. La sentenza ha avuto in particolare ad oggetto l'interpretazione e la validità dell'articolo 14, parr. 4, 5 e 6 della direttiva qualifiche; i parr. 4 e 5 della disposizione conferiscono agli Stati membri la facoltà di revocare, cessare, rifiutare o non riconoscere lo *status* di rifugiato qualora via siano fondati motivi di ritenere che la persona rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova o qualora, a seguito di una sentenza di condanna passata in giudicato per un reato di particolare gravità, essa costituisca un pericolo per la comunità dello Stato; il paragrafo 6 della disposizione prevede che, in tali ipotesi, al soggetto devono comunque essere garantiti alcuni diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra «o diritti analoghi».

127. Per un'analisi più completa della sentenza, sia consentito rinviare a M. Ferri, *Il principio di non respingimento e lo statuto giuridico del rifugiato non espellibile all'esame della Corte di Giustizia: osservazioni sul rapporto tra Convenzione di Ginevra e Carta dei diritti fondamentali UE*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019.

di rifugiato»[128], ha avuto l'occasione di precisare che gli articoli 4 e 19, par. 2, della Carta offrono una protezione assoluta nei confronti del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti che «prescinde [...] dal comportamento dell'interessato»[129] e che, pertanto, deve essere garantita anche nelle ipotesi in cui sussista una causa di revoca o diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato[130]. In secondo luogo – e ben più rilevante ai fini qui trattati – la Corte, pronunciandosi sulla validità dell'articolo 14, par. 6, della direttiva qualifiche, ha affermato che qualora gli Stati revochino o neghino lo *status* di rifugiato a un soggetto, non possono limitarsi a riconoscergli protezione contro il non respingimento, ma devono anche assicurargli un certo novero di diritti[131]. La Corte ha ricondotto allo *status* dei «soggetti non espellibili», unitamente ai diritti riconosciuti dalla Convenzione di Ginevra espressamente richiamati dall'articolo 14, par. 6, della direttiva qualifiche [132] e, più in generale, quelli riconosciuti da tale Convenzione a prescindere da una residenza regolare[133], un complesso più ampio di diritti, individuati facendo diretto riferimento alle disposizioni della Carta[134]. Appare particolarmente significativo evidenziare che, tra i diritti richiamati dalla CGUE, vi siano anche il *diritto alla vita privata e familiare* (articolo 7) e la libertà professionale e il diritto di lavorare (articolo 15). A questo ultimo riguardo, è significativo porre l'accento sull'interpretazione particolarmente estensiva accolta dalla Corte, a fronte

128. F. Casolari, *La qualità di rifugiato al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea: i diritti dei beneficiari di protezione internazionale tra "Ginevra" e "Lisbona"*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione Europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, Cacucci Editore, 2019, pp. 683-694, in particolare p. 689 (corsivo aggiunto).

129. CGUE (Grande Sezione), *M (Révocation du statut de réfugié)*, cit., punto 98.

130. Tale precisazione nasce dal fatto che le ipotesi di revoca e diniego dello *status* di rifugiato, previste dall'articolo 14, parr. 4 e 5, della direttiva qualifiche, corrispondono ai casi in cui l'articolo 21, par. 2, della direttiva – nonché la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (articolo 33, par. 2) –, ammettono eccezioni al principio di non respingimento; la Corte ha, pertanto, precisato che la protezione offerta dal diritto dell'UE è maggiore rispetto a quella prevista dalla Convenzione di Ginevra.

131. La questione pregiudiziale riguardava in particolare la compatibilità con gli articoli 78 TFUE e 18 della Carta dell'articolo 14, par. 6, della direttiva qualifiche in forza del quale i soggetti, cui sia stato revocato o negato lo *status* di rifugiato, «godono dei diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31[,] 32 e 33 della convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro».

132. V. nota precedente: si tratta in particolare delle disposizioni di cui agli articoli 3 (principio di non-discriminazione), 4 (diritto alla libertà religiosa), 16 (diritto di adire i Tribunali), 22 (parità di trattamento in materia di istruzione primaria), 31 (divieto di sanzionare penalmente l'ingresso o il soggiorno irregolare nello Stato), 32 (garanzie in caso di allontanamento) e 33 (principio di non respingimento) della Convenzione di Ginevra.

133. Si tratta dei diritti previsti dagli articoli 13 (proprietà mobiliare e immobiliare), 20 (razionamento), 25 (assistenza amministrativa), 27 (documenti di identità) e 29 (oneri fiscali) della Convenzione di Ginevra. La Corte è giunta a tale conclusione affermando che, alla luce del contesto e delle finalità della direttiva, la congiunzione «o» di cui all'articolo 14, par. 6 della direttiva, deve interpretarsi in senso cumulativo; v. CGUE (Grande Sezione), *M (Révocation du statut de réfugié)*, cit., punto 102.

134. *Ivi*, punto 109: «Ad ogni modo, è importante precisare, come rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 133 e 134 delle sue conclusioni, e come confermano i considerando 16 e 17 della direttiva 2011/95, che l'applicazione dell'articolo 14, paragrafi da 4 a 6, di detta direttiva non incide sull'obbligo, per lo Stato membro interessato, di rispettare le disposizioni pertinenti della Carta, quali quelle contenute nel suo articolo 7, relativo al rispetto della vita privata e della vita familiare, nel suo articolo 15, relativo alla libertà professionale e al diritto di lavorare, nel suo articolo 34, relativo alla previdenza sociale e all'assistenza sociale, nonché nel suo articolo 35, relativo alla protezione della salute».

della formulazione dell'articolo 15 che, invece, riserva tale diritto ai soli cittadini di Paesi terzi *autorizzati* a lavorare nel territorio di uno Stato membro. Sulla scorta di quanto evidenziato dall'Avvocato generale Wathelet, secondo cui il diniego di accedere al mercato del lavoro posto nei confronti di un soggetto non espellibile, al termine della scarcerazione, avrebbe potuto configurare una violazione del suo diritto alla vita privata come interpretata dalla Corte EDU, la CGUE ha riconosciuto tale diritto anche ai soggetti non espellibili, proprio in ragione del rapporto esistente tra il diritto al lavoro e la vita privata.

Al di là della rilevanza in sé della sentenza, essa risulta paradigmatica dell'importanza riconosciuta dall'ordinamento dell'Unione al diritto alla vita privata e all'integrazione lavorativa, in quanto diritti da garantire anche ai soggetti che, pur non potendo essere riconosciuti come rifugiati, non sono espellibili. Tale riconoscimento lascia presagire una particolare valorizzazione del diritto alla vita privata da parte della CGUE, tale da consentirle di andare oltre lo standard definito dalla giurisprudenza della Corte EDU, in quell'ottica di ampliamento del livello di tutela, delineato dall'articolo 52, par. 3, della Carta.

4.3. La vita privata (e familiare) quale limite all'allontanamento del cittadino di Paese terzo nel diritto derivato

Molteplici sono le disposizioni di diritto derivato, adottate nell'ambito delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, che mirano a garantire il *diritto alla vita familiare*. È, invece, da rilevare una minore attenzione del legislatore dell'Unione al profilo della vita privata, il cui obbligo di tutela deriva, tuttavia, in sede interpretativa in virtù del rapporto tra le fonti e, in particolare, del vincolo derivante dal sopra citato articolo 7 della Carta. L'analisi sarà qui limitata alle disposizioni rilevanti in materia di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi[135] e, in tale prospettiva, si focalizzerà

135. Non sarà invece oggetto di analisi la 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, tuttavia, contiene una disposizione che codifica la giurisprudenza della Corte EDU in materia di tutela della vita privata e familiare dello straniero; v. articolo 28, par. 1, in forza del quale «Prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine».

sulla direttiva in materia di ricongiungimento familiare[136], la direttiva relativa allo *status* dei soggiornanti di lungo periodo[137] e la direttiva rimpatri[138].

Per quanto riguarda la *direttiva sul ricongiungimento familiare*[139], essa appare chiaramente ispirata dalla finalità di garantire «il mantenimento o la creazione della vita familiare»[140] dei cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti[141], nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, dell'articolo 8 CEDU, esplicitamente richiamato nel preambolo della direttiva[142]. In tale prospettiva, nella giurisprudenza della CGUE si ritrovano ampi riferimenti al diritto alla vita familiare e all'interpretazione elaborata al riguardo dalla Corte EDU in relazione alla materia del ricongiungimento familiare[143].

Nonostante il focus della direttiva sia sul diritto alla vita familiare, non mancano dei richiami anche al profilo della vita privata. In primo luogo, è significativo evidenziare che, come emerge dal preambolo, nella prospettiva della direttiva, l'unità familiare è concepita come un elemento che «contribuisce a creare una stabilità socioculturale» e agevola l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi[144]. In secondo luogo, l'elemento della vita privata e l'implicito richiamo alla giurisprudenza dalla Corte EDU in materia di allontanamento dello straniero emergono chiaramente dall'articolo 17. In forza di tale disposizione, le decisioni di rigetto della domanda di ricongiungimento, di ritiro o di mancato rinnovo del relativo permesso di soggiorno o di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi

136. Direttiva 2003/86/CE, cit., v. *supra* nota 50.

137. Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, GU L 16 del 23.1.2004, pp. 44-53.

138. 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, GU L 348 del 24.12.2008, pp. 98-107.

139. Per un approfondimento sul tema del ricongiungimento familiare, cfr. tra gli altri, S. Peers, *op. cit.*, p. 400 ss.; R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, Cacucci, 2012; A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, n. 1.2011, pp. 1-28; Id., *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati, tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 101-134; C. Favilli, *La direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e le due Corti europee*, in G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, Chimienti, 2007, pp. 375-392; S. Marinai, *op. cit*.

140. Direttiva 2003/86/CE, cit., Preambolo, considerando 6.

141. L'articolo 3 della direttiva ne prevede l'applicabilità al soggiornante che sia titolare di un permesso di soggiorno per un periodo di validità pari o superiore a un anno e che abbia una fondata prospettiva di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile; si tenga conto che la direttiva prevede alcune disposizioni specificatamente relative al ricongiungimento familiare dei rifugiati (articoli 9-12).

142. Direttiva 2003/86/CE, cit., Preambolo, considerando 2.

143. CGUE, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, sentenza 27 giugno 2006 (Grande Sezione); *Chakroun*, causa C-578/08, sentenza 4 marzo 2010, punto 44; *Dereci e a.*, causa C-256/11, sentenza 15 novembre 2011 (Grande Sezione), punti 70 ss.; *Y.Z. e a. (Frode nel ricongiungimento familiare)*, causa C-557/17, sentenza 14 marzo 2019, punto 53.

144. Direttiva 2003/86/CE, cit., Preambolo, considerando 4.

familiari, devono essere adottate tenendo «nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine». La disposizione – ripresa pressoché testualmente nell'articolo 19, comma 1.1. TU – costituisce un'evidente codificazione della giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU riguardo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla vita privata (e familiare) e sistematizzata nei criteri *Boultif* e *Üner*.

La prassi giurisprudenziale rilevante al riguardo non è particolarmente ampia, ma merita di essere richiamata la sentenza *Y.Z.*[145] in cui il giudice del rinvio chiedeva alla CGUE di chiarire l'interpretazione dell'articolo 16, par. 2, lett. a), della direttiva relativa al ricongiungimento familiare, in forza del quale gli Stati membri possono revocare il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare che sia stato ottenuto sulla base di informazioni o documenti falsi. Il dubbio del giudice nazionale verteva, in particolare, sulla compatibilità con tale disposizione di una legislazione nazionale che consentiva la suddetta revoca nell'ipotesi in cui i familiari titolari del permesso non fossero a conoscenza della frode commessa.

La CGUE ha innanzitutto affermato che un'interpretazione sistematica e teleologica della disposizione controversa conduce a ritenere che il comportamento fraudolento nell'ambito della procedura per ricongiungimento familiare autorizza gli Stati membri a disporre la revoca del permesso di soggiorno, anche qualora il familiare interessato non fosse a conoscenza della frode commessa. Essa ha, tuttavia, evidenziato che la suddetta revoca non può avvenire in modo automatico poiché deve, invece, essere subordinata allo svolgimento di un esame individualizzato della situazione del familiare titolare del permesso in questione, al fine di operare «una valutazione equilibrata e ragionevole di tutti gli interessi in gioco» alla luce degli elementi richiamati dall'articolo 17 della direttiva[146]. Come evidenziato dalla Corte, benché la direttiva riconosca agli Stati membri un margine di discrezionalità nelle misure di revoca del permesso di soggiorno ottenuto in modo fraudolento, tale discrezionalità deve essere esercitata conformemente al diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 7 della Carta, corrispondente all'articolo 8 CEDU. Alla luce di tali considerazioni, le autorità nazionali dovranno considerare la durata del soggiorno dei familiari coinvolti nello Stato membro, l'età degli eventuali figli al momento del loro arrivo nello Stato e l'eventuale circostanza che questi vi siano cresciuti e vi abbia ricevuto un'istruzione, l'esistenza di legami familiari, economici, culturali e sociali dei familiari coinvolti nello Stato membro e nel Paese di origine; è nell'ambito di tale

145. CGUE, *Y.Z. e a. (Frode nel ricongiungimento familiare)*, causa C-557/17, 14 marzo 2019.
146. *Ivi*, punto 51.

valutazione che le autorità nazionali dovranno tenere altresì conto della circostanza che i familiari coinvolti non erano a conoscenza della frode commessa.

Venendo ora alla *direttiva sullo status dei soggiornanti di lungo periodo*[147], occorre innanzitutto menzionare l'articolo 6 in forza del quale lo *status* di soggiornante di lungo periodo può essere negato dalle autorità degli Stati membri per ragioni di ordine pubblico o sicurezza pubblica; tuttavia, la decisione di diniego deve tenere conto della gravità o del tipo di reato contro l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica o del pericolo rappresentato dalla persona in questione, ma deve altresì tenere in debita considerazione «la durata del soggiorno e l'esistenza di legami con il Paese di soggiorno». Una tutela analoga è prevista, con specifico riferimento all'allontanamento, dall'articolo 12. La disposizione prevede che l'allontanamento possa essere disposto solo qualora il cittadino di Paese terzo costituisca una «minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza» e non possa essere, in ogni caso, motivata da mere ragioni economiche. L'articolo 12, par. 3, specifica che l'adozione del provvedimento di allontanamento deve tenere conto di una serie di elementi, quali a) la durata del soggiorno nel territorio; b) l'età dell'interessato; c) le conseguenze per l'interessato e per i suoi familiari; d) i vincoli con il Paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il Paese d'origine[148]. Anche in questo caso, è evidente che gli elementi richiamati dagli articoli 6 e 12 costituiscono una formalizzazione dei criteri elaborati dalla Corte EDU.

La prassi della CGUE in materia non è particolarmente ricca, ma è significativo evidenziare che secondo una giurisprudenza consolidata, la nozione di ordine pubblico che può giustificare l'allontanamento deve essere interpretata in analogia con quanto affermato dalla Corte in relazione ai limiti alla libera circolazione di cittadini dell'Unione motivati da ragioni da ordine pubblico[149]. Richiamando tale giurisprudenza, la CGUE ha affermato che la minaccia all'ordine pubblico deve costituire una «minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività» e non è sufficiente la mera «perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge»; il provvedimento di allontanamento deve pertanto essere motivato esclusivamente dal comportamento del

147. Per un approfondimento al riguardo, si vedano, *inter alia*, S. Peers, *op. cit.*, p. 420 ss.; A. Di Stasi, *La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2-3.2012, pp. 375-409; A. Di Pascale, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in questa *Rivista*, n. 1.2007, pp. 13-40.

148. Riguardo all'espulsione dei soggiornanti di lungo periodo, cfr. *inter alia*, D. Acosta Arcarazo, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary form of EU Citizenship: an Analysis of Directive 2003/109*, Leiden-Boston, Brill, 2011, p. 121 ss.

149. CGUE, *Nazli e a.*, causa C-340/97, sentenza 10 febbraio 2000, punto 56; *Cetinkaya*, causa C-467/02, sentenza 11 novembre 2004, punto 43; *Polat*, causa C-349/06, sentenza 4 ottobre 2007, punto 30; *Bozkurt*, causa C-303/08, sentenza 22 dicembre 2010, punto 55; *Ziebell*, causa C-371/08, punto 81.

soggetto e non può essere «automaticamente emanato a seguito di una condanna penale e a scopo di prevenzione generale». Alla luce di tali considerazioni, l'adozione del suddetto provvedimento deve essere il risultato di una valutazione «caso per caso» relativa al comportamento del soggetto, «del carattere attuale, reale e sufficientemente grave» del pericolo che egli pone per l'ordine pubblico e tale valutazione deve svolgersi nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dell'interessato, tra cui in particolare, il *diritto al rispetto della vita privata e familiare*[150].

Merita infine di essere richiamata la sentenza *López Pastuzano*[151], originata dal rinvio di un giudice spagnolo che chiedeva alla CGUE di specificare se fosse compatibile con il diritto UE una normativa nazionale – quale quella spagnola – in forza della quale la valutazione che, ai sensi dell'articolo 12, par. 3 della direttiva deve precedere l'allontanamento, sia prevista nelle sole ipotesi in cui l'allontanamento sia disposto quale sanzione amministrativa e non, invece, a fronte di una condanna penale. La Corte, dopo aver ribadito che l'allontanamento non può essere l'automatica conseguenza di una condanna penale, ma deve presupporre una valutazione caso per caso di tutti gli elementi menzionati dall'articolo 12, par. 3, ha precisato che la tutela contro l'allontanamento garantita da tale disposizione deve essere assicurata nei confronti di *tutte* le decisioni di allontanamento, a prescindere dalla «natura o dalle modalità giuridiche di tale misura»[152].

Analogamente, con riferimento all'articolo 6, par. 1, della direttiva 2003/109, nella sentenza *Subdelegación del Gobierno en Barcelona*, la CGUE ha ritenuto che questa disposizione osti alla normativa di uno Stato membro che consenta di negare lo *status* di soggiornante di lungo periodo a un cittadino di un Paese terzo per il solo motivo che egli ha precedenti penali, senza operare un esame specifico della situazione specifica che lo riguarda, tenendo conto della natura del reato commesso, del pericolo che egli potrebbe rappresentare per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, della durata del soggiorno nello Stato membro ospitante e dell'esistenza di legami con quest'ultimo[153].

150. V., tra le altre, CGUE, *Polat*, cit., punto 34; *Bozkurt*, cit., punto 57; *Ziebell*, cit., punto 82.

151. CGUE, *López Pastuzano*, causa C-636/16, sentenza 7 dicembre 2017.

152. *Ivi*, punto 29.

153. CGUE, *Subdelegación del Gobierno en Barcelona (Soggiornanti di lungo periodo)*, cause riunite C-503/19 e C-592/19, sentenza 3 settembre 2020.

4.4. (segue) la direttiva rimpatri: la rilevanza del diritto UE in relazione alla protezione speciale per integrazione sociale

Un'attenzione particolare merita, infine, la direttiva rimpatri che, per la sua finalità, rende necessaria qualche ulteriore considerazione circa i limiti derivanti dalla vita privata e familiare in relazione all'allontanamento del cittadino di Paese terzo[154].

Anche nell'ambito di tale direttiva, si può constatare una significativa rilevanza riconosciuta innanzitutto al diritto alla vita familiare. Essa emerge fin dal preambolo in cui si afferma che il rispetto della vita familiare deve costituire una «considerazione preminente» quando gli Stati membri vi danno attuazione[155]. Questo richiamo trova significativo riscontro nell'articolo 5, in forza del quale gli Stati membri devono tenere in «debita considerazione» *la vita familiare*, unitamente all'interesse superiore del bambino, alle condizioni di salute del cittadino di Paese terzo e al principio di *non-refoulement*. L'espressione utilizzata sembra proprio richiamare quel giudizio di bilanciamento tra vita familiare e interesse generale che, come si è visto, è operato dalla Corte EDU qualora sia chiamata a valutare la conformità di un provvedimento di allontanamento rispetto all'articolo 8 CEDU.

Come già evidenziato, l'aspetto della *vita privata* sembra invece ricevere una minore attenzione da parte del legislatore dell'Unione che non lo ha espressamente richiamato tra gli aspetti di cui occorre tenere conto in sede di attuazione del provvedimento di rimpatrio. Un significativo – se pur limitato – riferimento alla vita privata compare, invece, nell'articolo 7 della direttiva, relativo alla partenza volontaria; il secondo paragrafo della disposizione prevede che il periodo previsto per la partenza volontaria, ove necessario, debba essere prorogato in ragione delle specifiche circostanze del singolo, tra le quali si richiamano espressamente «la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di *altri legami* familiari e *sociali*».

---

154. Per un approfondimento sulla direttiva rimpatri, si rimanda, *inter alia*, a C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.2009, pp. 1-10; A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: an Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1.2009, pp. 1-17; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in questa *Rivista*, n. 1.2010, pp. 1-25; F. Spitaleri, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in questa *Rivista*, n. 1.2013, pp. 15-27; Id., *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, in particolare p. 59 ss.; G. Cellamare, *Il rimpatrio e l'allontanamento dei cittadini di Stati terzi in condizione irregolare*, in AA.VV., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Monduzzi, 2012, pp. 227-261; M. Di Filippo, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti*, *op. cit.*, in particolare p. 446 ss.; S. Peers, *op. cit.*, in particolare p. 502 ss.

155. Direttiva 2008/115/CE, cit., Preambolo, considerando 22.

Inoltre, nonostante la direttiva rimpatri sia scarna di riferimenti espliciti alla vita privata, la rilevanza da riconoscere a quest'ultimo profilo, oltre ad essere imposta da un'interpretazione conforme alla Carta, sembra emergere implicitamente dal richiamo alla nozione onnicomprensiva di «situazione personale» del soggetto. Una conferma in tal senso è data, oltre che dal sopra citato articolo 7, da quanto affermato nella sentenza *Boudjlida*[156], in cui la CGUE si è pronunciata circa il contenuto che il diritto di essere ascoltato, quale elemento dei diritti di difesa, assume nell'ambito del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di rimpatrio. La Corte, affermando che il diritto di essere ascoltato deve essere interpretato nel senso di riconoscere al cittadino di Paese terzo il diritto di manifestare all'autorità competente, prima che questa adotti il provvedimento di rimpatrio, il proprio punto di vista sulla regolarità del rimpatrio, l'eventuale applicabilità dell'articolo 5 e le modalità del rimpatrio di cui all'articolo 7, ha evidenziato che egli ha il diritto di fornire all'autorità «tutte le informazioni pertinenti sulla propria *situazione personale e familiare*»[157]. È interessante rilevare che la CGUE, nel fare riferimento alla «situazione personale» del soggetto che evidentemente include anche un implicito richiamo alla vita privata, non abbia avvertito l'esigenza di giustificarla in quanto interpretazione che si impone alla luce della Carta. La Corte, a ben vedere, non ha neppure ritenuto necessario dare una qualche giustificazione a tale interpretazione, quasi che la considerazione della complessiva situazione personale del soggetto dovesse considerarsi di per sé implicita nella formulazione della direttiva.

Si è già evidenziato che la direttiva rimpatri se, da un lato, riconosce agli Stati membri la possibilità di conferire delle forme di protezione "umanitaria", d'altra parte non pone alcun obbligo al riguardo. Al tempo stesso, si deve ritenere che in sede di adozione della decisione di rimpatrio e nell'ambito del ricorso proposto avverso tale decisione, le autorità nazionali devono tenere in «debita considerazione», come affermato dall'articolo 5, la vita privata (e familiare) dello straniero. Benché la formulazione letterale della disposizione faccia esclusivo riferimento alla vita familiare, un'interpretazione conforme al diritto primario e, segnatamente all'articolo 7 della Carta, impone di considerare anche il profilo della vita privata, come del resto emerge dall'ampia nozione di «situazione personale» cui fa riferimento la giurisprudenza della CGUE.

Occorre richiamare che, come emerge dalla giurisprudenza relativa agli effetti sospensivi del ricorso, benché la decisione di rimpatrio possa essere adottata nello stesso atto amministrativo con cui è adottata la decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale, dal punto di vista logico-sistematico le due decisioni risultano essere distinte

156. CGUE, *Boudjlida*, causa C-249/13, sentenza 11 dicembre 2014.

157. *Ivi*, punto 50; in tal senso si veda anche *K.A. e a.*, causa C-82/16, sentenza 8 maggio 2018, punto 103.

e autonome l'una dall'altra e l'esecuzione della decisione di rigetto della domanda di protezione non può «comportare, di per sé, l'allontanamento del cittadino» di Paese terzo[158]. In ragione di ciò, la Corte ha affermato che l'assenza di effetti sospensivi del ricorso proposto contro la sola decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale non è contraria al principio di non respingimento e al diritto a un ricorso effettivo (articolo 47 della Carta); è, invece, necessario che gli effetti sospensivi siano garantiti rispetto al ricorso proposto avverso la decisione di rimpatrio[159]. Tale distinzione – che per certi aspetti può apparire artificiosa – consente di affermare che se la vita privata (e familiare) creata dal cittadino di Paese terzo non può costituire titolo per il riconoscimento di una forma di protezione prevista dal diritto UE, essa *deve* invece operare quale limite all'allontanamento rispetto all'adozione del provvedimento di rimpatrio. E, limitatamente a quest'ultimo profilo, sussiste un obbligo derivante dal diritto UE in capo agli Stati membri.

Alla luce di quanto detto, benché l'introduzione della nuova figura di protezione speciale per integrazione sociale non costituisca attuazione di una forma di protezione prevista dal diritto UE, essa ha permesso di dare una precisa veste giuridica al limite che, (anche) nel diritto UE, il diritto alla vita privata e familiare pone rispetto all'allontanamento disposto con l'adozione del provvedimento di rimpatrio conseguente al diniego della protezione internazionale[160]. Ai fini della definizione del contenuto di tale diritto e della sua applicazione rispetto all'allontanamento, dunque, deve rilevare anche l'articolo 7 della Carta e l'interpretazione elaborata al riguardo dalla CGUE.

5. Osservazioni conclusive: il rapporto tra la protezione speciale per integrazione sociale e la precedente protezione umanitaria

È ora opportuno svolgere qualche considerazione circa il rapporto, oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, tra la nuova protezione speciale per integrazione sociale e la precedente protezione umanitaria di elaborazione giurisprudenziale. Ci si chiede, in particolare, se il riconoscimento della nuova protezione speciale presupponga lo svolgimento

158. CGUE (Grande Sezione), *Gnandi*, causa C-181/16, sentenza 19 giugno 2018, punto 55.

159. *Ivi*, punti 55-56 in cui la Corte riprende quanto già affermato in *Tall*, causa C-23914, sentenza 17 dicembre 2015, punti 56-57.

160. La necessità di tenere contro dei legami familiari, culturali o sociali in sede di adozione del provvedimento di allontanamento del cittadino di Paese terzo che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto, conformemente all'articolo 17 della direttiva sul ricongiungimento familiare era già stata prevista dall'articolo 13, comma 2-*bis* TU, introdotto dal d.lgs. 5/2007 recante «Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare». Del pari, il d.lgs. 3/2007 recante «Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo» aveva modificato l'articolo 9 del TU e inserito l'articolo 9-*bis* prevedendo, in conformità agli articoli 6 e 12 della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo, la necessità di tenere conto dei legami familiari e sociali ai fini dell'adozione del provvedimento di allontanamento nei confronti del titolare del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

di quel giudizio comparativo che la Cassazione aveva posto a fondamento del riconoscimento della protezione umanitaria per integrazione sociale[161].

Nelle prime pronunce con cui i Tribunali hanno dato applicazione alla nuova protezione speciale, la giurisprudenza ha ravvisato una totale continuità tra essa e la precedente protezione umanitaria e, in tale ottica, ha subordinato il riconoscimento della nuova forma di protezione allo svolgimento di quel giudizio comparativo, delineato dalla Cassazione nella sentenza 4455/2018, e all'esistenza del rischio di esporre il richiedente ad una compromissione dei diritti fondamentali del richiedente, in seguito al rimpatrio[162].

Tra i due istituti sussiste certamente un rapporto di continuità, come si evince nella relazione illustrativa del d.l. 130/2020 in cui si afferma che la modifica apportata è «coerente» con la sentenza 4455/2018, esplicitamente richiamata. Occorre, d'altra parte, rilevare l'esistenza di alcuni elementi che consentono di propendere per una diversa soluzione. Nella formulazione della nuova disposizione la necessità di tutelare la vita privata e familiare, quale elemento ostativo all'allontanamento, rileva autonomamente e, al contrario della giurisprudenza previgente, non è più connessa alla sussistenza dei «seri motivi di carattere umanitario». Tale elemento costituiva il perno del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, affiancato dal richiamo agli articoli 2 Cost., 3 e 8 CEDU; come si è visto, infatti, nella sentenza 4455/2018, la Corte di Cassazione era giunta ad affermare la necessità del giudizio comparativo proprio in ragione della *ratio* della protezione umanitaria che, nella logica allora vigente, riposava sulla necessità di ravvisare una situazione di vulnerabilità tale da compromettere il nucleo imprescindibile dei diritti umani fondamentali.

La nuova protezione speciale introdotta all'articolo 19, comma 1.1. è innanzitutto[163] finalizzata a tipizzare una di quelle ipotesi in cui la protezione deve essere riconosciuta in ottemperanza ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e costituzionali di cui all'articolo 5, comma 6, espressamente richiamato, nonché una di quelle situazioni di vulnerabilità che, nell'assetto previgente, erano tutelabili grazie alla protezione umanitaria.

161. La dottrina sembra concorde nell'escludere la necessità del giudizio comparativo che, invece, era richiesto nell'assetto previgente; cfr. al riguardo, N. Zorzella, *Le nuove ipotesi di protezione speciale al di fuori del sistema di protezione internazionale*, *op. cit.*; De Chiara, *op. cit.*

162. Sul punto si è interrogata anche la VI sezione della Corte di Cassazione che, pur con riferimento ad un caso disciplinato *ratione temporis* dalla protezione umanitaria precedente l'abrogazione del d.l. 113/2018, ha rimesso alla Sezioni Unite la questione circa la necessità di dare applicazione al giudizio di comparazione di cui alla sentenza 4455/2018. Sollecitando un'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, basata anche sul d.l. 130/2020, la sezione ha evidenziato che, in presenza di un significativo inserimento sociale – non riconducibile, peraltro, al solo profilo lavorativo ma a tutti quegli «altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8» –, il rimpatrio sarebbe di per sé sufficiente a determinare una violazione dell'articolo 8 CEDU e, dunque, a giustificare il riconoscimento della protezione; v. Cass. sez. VI civ., ordinanza n. 28316/20 del 12 novembre 2020.

163. Come si evidenzierà nel paragrafo successivo, peraltro, la nuova forma di protezione speciale va oltre il vincolo derivante dagli obblighi sovranazionali; v. *infra*.

Una volta ravvisata l'esistenza di un rischio di violazione della vita privata o familiare del richiedente in seguito all'allontanamento, la vulnerabilità è in *re ipsa* e non deve (più) essere accertata attraverso quel giudizio comparativo che, invece, era necessario quando, in assenza della previsione *ex lege*, trovava applicazione la protezione atipica.

Non si vuole con questo sostenere che la mera esistenza di una vita privata (e/o familiare) del richiedente sia sufficiente a giustificare il riconoscimento della protezione speciale; è necessario accertare che il provvedimento di allontanamento determinerebbe un rischio di violazione del diritto alla vita privata (e/o familiare) del soggetto e l'esistenza del suddetto rischio va accertato sulla base dei criteri indicati dal legislatore. Con riferimento all'ipotesi della mera vita privata, rilevano l'effettivo inserimento sociale, la durata del soggiorno e l'esistenza di legami familiari, culturali e sociali nel Paese di origine. Si potrebbe quindi affermare che quest'ultimo criterio richiama un giudizio comparativo tra la solidità dei legami creati dal richiedente in Italia e quelli mantenuti nel Paese di origine. Anche qualora ci si voglia riferire a una comparazione, si tratterebbe comunque di una valutazione comparativa diversa da quella di cui alla pronuncia 4455/2018, in cui essa era finalizzata ad accertare il rischio di compromissione dei diritti fondamentali in ragione di una condizione di vulnerabilità. Nel nuovo assetto normativo, tale "comparazione" ha la mera finalità di accertare alcuni dei criteri elaborati dalla Corte EDU nella sentenza *Pormes* e, in particolare, la presenza di ostacoli insormontabili al godimento della vita privata nel Paese di origine e, in ultima analisi, la misura in cui il provvedimento di allontanamento andrebbe ad incidere sulla vita privata creata dal richiedente in Italia.

Si potrebbe osservare che la suddetta ricostruzione rischia di non assicurare tutela a quelle ipotesi in cui si ravvisi una condizione di vulnerabilità "atipica" e non accompagnata da una significativa integrazione sociale. Benché non si possa parlare di una reintroduzione della protezione umanitaria, merita di essere valorizzato il reintrodotto riferimento agli «obblighi costituzionali e internazionali» quale ulteriore motivo che preclude l'allontanamento e fonda il riconoscimento della protezione speciale: in tal modo, si garantisce uno spazio residuale di tutela a quelle situazioni atipiche e non definibili *ex lege* in cui sussista una condizione di vulnerabilità che, alla luce degli obblighi costituzionali e/o internazionali, risulti meritevole di tutela.

Un esempio paradigmatico in tal senso è il caso del soggetto che abbia subito gravi forme di tortura nel corso del viaggio precedente il suo arrivo in Italia e che, se respinto nel Paese di origine, non potrebbe avere accesso a un trattamento medico tale da assicurargli un pieno recupero delle conseguenze psico-fisiche connesse alle torture di cui è stato vittima. Come sopra richiamato, nel sistema precedente il d.l. 113/2018, tale ipotesi costituiva fondamento per il riconoscimento della protezione umanitaria generalmente in connessione con l'integrazione sociale ma, talvolta, anche a prescindere da essa: quale forma di tutela

deve oggi assicurarsi al soggetto, vittima di tortura nel Paese di transito, che *non* abbia raggiunto un grado di integrazione tale da consentire il riconoscimento della nuova forma di protezione speciale per integrazione sociale?

La tutela in questo caso potrebbe ugualmente essere garantita riconoscendo una situazione di vulnerabilità atipica che merita di essere tutelata in ragione degli obblighi internazionali derivanti in capo all'Italia dalla Convenzione contro la tortura. Rileva in particolare, al riguardo, l'articolo 14 della Convenzione che annovera la riabilitazione tra le forme di riparazione che gli Stati parte hanno l'obbligo di assicurare alle vittime di tortura. La riabilitazione, avendo la finalità di assicurare il pieno recupero psico-fisico della vittima di tortura e di ripristinarne l'autonomia e le capacità fisiche, mentali, sociali e professionali per consentirne un pieno reinserimento all'interno della società, presenta alcune peculiarità rispetto alle altre forme di riparazione del crimine di tortura. In particolare, come si evince dall'interpretazione elaborata al riguardo dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura[164] e, indirettamente, in quanto affermato dalla Corte di Giustizia[165], essa ha natura indifferibile e, in quanto tale, deve essere garantita dagli Stati anche in relazione agli atti di tortura commessi al di fuori della propria giurisdizione. Ne deriva che, come peraltro espressamente affermato dal Comitato, il diritto alla riabilitazione deve essere riconosciuto anche ai rifugiati e ai richiedenti asilo che siano stati vittime di tortura[166]. Conseguentemente, anche qualora la condizione dello straniero non determini l'insorgere di «gravi condizioni psico-fisiche» (disturbo post-traumatico da stress) tale da consentire il rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche (articolo 19, comma 2, lett. d-*bis* TU), possono ugualmente ravvisarsi le condizioni per il riconoscimento della protezione speciale, a fronte dall'articolo 14 della Convenzione contro la tortura e degli obblighi internazionali da esso derivanti[167].

Il caso del richiedente che sia stato vittima di tortura in un Paese di transito, è paradigmatico del fatto che la tipizzazione della protezione speciale per integrazione sociale

164. Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, *General comment No. 3 (2012), Implementation of article 14 by States parties*, UN Doc. CAT/C/GC/3 (2012); *A.N. v. Switzerland*, UN Doc. CAT/C/64/D/742/2016 (2018); *Concluding Observations* Sud Africa, CAT/C/ZAF/CO/2 (2019), par. 37, lett. h); Germania, CAT/C/DEU/CO/5 (2011), par. 15, lett. b); Croazia, CAT/C/HRV/CO/4-5 (2014), par. 15, lett. c); Stati Uniti d'America, CAT/C/USA/CO/3-5 (2014), par. 29; Australia, CAT/C/AUS/CO/4-5 (2014), par. 18, lett. b); Serbia, CAT/C/SRB/CO/2 (2015), par. 13; Francia, CAT/C/FRA/CO/7 (2016), parr. 38-39; Finlandia, CAT/C/FIN/CO/7 (2017), par. 13, lett. d); Irlanda, CAT/C/IRL/CO/2 (2017), par. 12, lett. c).

165. CGUE (Grande Sezione), *MP c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-353/16, 24 aprile 2018.

166. Al riguardo, ci si permette di rinviare a M. Ferri, *La riabilitazione a favore delle vittime di atti di tortura commessi all'estero: alcune riflessioni a partire dall'articolo 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, pp. 102-134.

167. A questo riguardo, merita di essere richiamato un provvedimento del Tribunale di Roma in cui, nonostante una discreta integrazione sociale del richiedente, è stata riconosciuta la protezione speciale in ragione della documentata necessità di portare avanti un percorso terapeutico per il trattamento delle torture e dei maltrattamenti subiti in Libia, alla luce dell'articolo 14 della Convenzione contro la tortura; v. Tribunale di Roma, decreto del 15 dicembre 2020.

non esclude la possibilità di riconoscere altre forme di vulnerabilità in relazione alle quali le norme costituzioni e/o internazionali pongono un obbligo di tutela che, in seguito alle modifiche apportate dal d.l. 130/2020, è nuovamente possibile garantire attraverso il riconoscimento della protezione speciale.

5.1. (segue) e il rapporto tra protezione speciale per integrazione sociale, CEDU e diritto UE

Occorre, da ultimo, interrogarsi circa il rapporto tra la nuova fattispecie di integrazione sociale e gli obblighi derivanti dal diritto UE e dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU con riferimento all'articolo 8 CEDU.

Partendo da quest'ultima, l'analisi svolta ha consentito di evidenziare la considerevole rilevanza riconosciuta dalla Corte alla vita privata degli stranieri. Essa è riscontrabile, oltre che nell'ampia interpretazione data a tale nozione e nella totale autonomia che essa ha progressivamente assunto rispetto a quella di vita familiare, nella circostanza che la Corte riconosca tutela alla vita privata non solo dei *settled migrants*, ma anche di coloro che abbiano costituito dei legami sociali nello Stato di accoglienza nelle more di un soggiorno precario o, addirittura, irregolare.

Venendo al bilanciamento operato dalla Corte EDU, è possibile svolgere qualche osservazione conclusiva tenendo conto dell'ampiamente richiamata distinzione, operata dalla Corte, tra la tutela accordata alla vita privata (e familiare) dei *settled migrants* e quella riconosciuta a coloro che vivano in una situazione di soggiorno irregolare. A tale considerazione deve aggiungersi che la situazione di coloro i quali abbiano costituito una vita privata (e familiare) nelle more della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, raramente oggetto di attenzione da parte della Corte, non appare inquadrabile in nessuna delle due categorie sopraindicate.

Svolte queste premesse, occorre in *primo luogo* evidenziare che, nel valutare la legittimità dei provvedimenti di allontanamento adottati rispetto ai *settled migrants*, la natura e la gravità dei reati assumono rilevanza decisiva nell'ambito del giudizio di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco operato dalla Corte. Questo elemento, se da un lato, trova giustificazione nella finalità di ordine pubblico perseguita con i suddetti provvedimenti, dall'altro non può assumere alcun rilievo nel caso dei richiedenti protezione – fatta, ovviamente, salva l'ipotesi specifica in cui sia stata pronunciata una sentenza di condanna nei confronti del richiedente – .

In *secondo luogo*, con riferimento alla vita privata dei soggetti irregolari, è significativo evidenziare che, benché alcuni dei fattori richiamati dalla Corte EDU e sistematizzati nella sentenza *Pormes* – quali, ad esempio, la precarietà del soggiorno – siano certamente espressione della tendenza a garantire una particolare tutela degli interessi statali di protezione dell'ordine pubblico e di controllo dell'immigrazione, al tempo stesso, la Corte ha

riconosciuto importanza anche a elementi che – se maggiormente valorizzati – potrebbero consentire una rilevante protezione della vita privata dello straniero. Si pensi, in particolare, al richiamo agli ostacoli al godimento della vita privata nel Paese di origine e, più in generale, all'impatto che l'allontanamento potrebbe avere sulla vita privata costituita nello Stato di accoglienza. Quest'ultimo fattore, che la Corte aveva elaborato con riferimento alla vita familiare e, nella sentenza *Pormes*, ha trasposto alla vita privata, se applicato a quest'ultima assume una rilevanza – in valore assoluto – decisamente significativa, in ragione dell'impossibilità che può facilmente riscontrarsi nel replicare, nel Paese di origine, la significativa integrazione sociale, lavorativa ed economica che sia stata raggiunta nello Stato di accoglienza.

In terzo luogo, preme nuovamente rilevare che, nell'ipotesi in cui la vita privata sia stata costituita nelle more del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, non sono ravvisabili quelle considerazioni legate alla tutela dell'ordine pubblico che rilevano, invece, in relazione sia al provvedimento di allontanamento disposto nei confronti di un migrante stabilito oggetto di una condanna penale che all'allontanamento di uno straniero che abbia vissuto in una situazione di irregolarità.

Da ultimo, è necessario porre l'accento sul contenuto dell'articolo 19, comma 1.1. TU, per evidenziare che, se certamente esso si pone nel solco dell'articolo 8 CEDU e costituisce lo strumento per consentire pieno adeguamento ai vincoli derivanti da tale disposizione in forza dell'articolo 117, comma 1, Cost., esso non contiene un rinvio *tout court* all'articolo 8 CEDU e neppure ne riproduce letteralmente il contenuto. Si noti in particolare che, a differenza dell'articolo 8 CEDU, l'articolo 19, comma 1.1 TU non annovera tra le motivazioni che possono giustificare una limitazione della vita privata (e familiare) la protezione della morale, dei diritti e delle libertà altrui e il benessere economico del Paese. L'assenza di quest'ultimo aspetto risulta estremamente rilevante poiché esso costituisce la ragione richiamata dai governi convenuti e dalla Corte EDU quale obiettivo legittimo giustificante l'adozione di provvedimenti di allontanamento che – come nel caso *A.S. v. Switzerland* – non trovino fondamento in una condanna penale o nel soggiorno irregolare dello straniero e non risultino, pertanto, finalizzati alla tutela dell'ordine pubblico.

Per quanto riguarda il rapporto tra la protezione speciale e il diritto UE, si è evidenziato che benché tale forma di protezione non sia disciplinata e prevista dal diritto dell'Unione, essa consente di dare una precisa veste giuridica a un limite all'allontanamento del cittadino di Paese terzo che deriva *anche* dal diritto UE nell'ambito della tutela da garantire al diritto alla vita privata (e familiare) in sede di esecuzione di un provvedimento di rimpatrio. Questo aspetto implica che la tutela apprestata dal diritto dell'Unione al diritto alla vita privata dei cittadini di Paesi terzi assuma rilevanza anche ai fini dell'applicazione della nuova forma di

protezione speciale, a prescindere dal (e andando oltre la portata del) rinvio operato dal legislatore nazionale alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Al riguardo, la breve analisi svolta riguardo alla – pur limitata – prassi giurisprudenziale in materia consente di evidenziare che la CGUE, interpretando restrittivamente il limite dell'ordine pubblico e rafforzando le cautele previste ai fini della sua applicazione, è giunta a elaborare un approccio che risulta particolarmente garantista nei confronti della tutela della vita privata (e familiare) del cittadino di Paese terzo.

In conclusione, si può affermare che, da un lato, la nuova forma di protezione speciale per integrazione sociale costituisce attuazione del vincolo posto dal diritto internazionale in relazione ai limiti all'allontanamento derivanti dall'articolo 8 CEDU e, nel senso in cui si è detto, contribuisce a dare chiara attuazione a quelli posti dal diritto dell'Unione. D'altra parte, occorre ribadire che l'articolo 19, comma 1.1 TU non ha riprodotto testualmente la disposizione convenzionale. Oltre alla differenza pocanzi segnalata, si noti infatti che il legislatore nazionale ha codificato la giurisprudenza della Corte EDU con una formula presa a prestito dal diritto UE poiché, come già notato, i criteri che ai sensi dall'articolo 19, comma 1.1. TU, devono essere utilizzati per valutare il rischio di una violazione del diritto alla vita privata e familiare, sono gli stessi cui fa riferimento il legislatore dell'Unione in relazione all'allontanamento del cittadino di Paese terzo nell'ambito del ricongiungimento familiare[168], cui si aggiunge la specifica menzione dell'*inserimento sociale* in Italia.

In tal modo, la fattispecie che il legislatore nazionale è giunto a delineare è il risultato dell'incontro tra le diverse fonti sovranazionali e l'eredità della precedente protezione umanitaria che tanta attenzione aveva saputo riconoscere all'elemento dell'integrazione sociale. Questa positiva "ibridazione" consente di andare significativamente oltre la tutela imposta dai vincoli derivanti dall'articolo 117, par. 1, Cost. e di garantire una protezione decisamente più ampia rispetto a quella riconosciuta dall'articolo 8 CEDU. Tale sviluppo si registra in relazione al profilo sia soggettivo che oggettivo della protezione speciale per integrazione sociale. Dal punto di vista *soggettivo*, tale forma di protezione consente di estendere la tutela della vita privata (e familiare) anche a coloro che, nelle more della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, abbiano costituito una propria vita privata e/o familiare. Sotto il profilo *oggettivo*, l'ampliamento operato rispetto alla disposizione della CEDU emerge, a sua volta, in relazione a due aspetti. In primo luogo, il legislatore italiano, come già richiamato, ha annoverato tra le ragioni che possono giustificare un allontanamento da cui derivi una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare unicamente le ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica e protezione della salute, escludendo altre motivazioni, tra cui in particolare il

168. Direttiva 2003/86/CE, cit., articolo 17.

benessere economico dello Stato. In secondo luogo, tra i criteri rilevanti ai fini dell'accertamento della vita privata, il legislatore ha inserito un esplicito e autonomo richiamo all'integrazione sociale.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE INTRODOTTA DAL D.L. 130/2020. TRA PRINCIPIO DI FLESSIBILITÀ, RESISTENZE AMMINISTRATIVE E PROBLEMATICHE APPLICATIVE

di Nazzarena Zorzella

Abstract: *Il presente saggio analizza in primis le innovazioni apportate dal d.l. n. 130/2020, convertito con modifiche nella l. n. 173/2020, all'art. 19 TU immigrazione; in particolare focalizza la natura della protezione speciale ed illustra il doppio percorso delineato dal legislatore per il rilascio del permesso per protezione speciale (all'interno del sistema asilo o con domanda diretta al questore), mettendo anche in rilievo le resistenze dell'apparato amministrativo che rischiano di vanificare la riforma. Nel contempo ci si propone di verificare se, con la riforma del 2020, possa dirsi attuato l'art. 10, co. 3 della Costituzione. È quindi analizzata la portata normativa del ripristinato art. 5, co. 6 TU immigrazione e il contesto entro il quale può tornare ad espandersi. Infine, un focus riguarda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, uno dei presupposti cioè per il riconoscimento della protezione speciale, che, valorizzando l'integrazione sociale intesa in senso ampio, secondo i criteri forniti direttamente dal legislatore, amplia nell'ordinamento italiano la portata dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani.*

Abstract: *This essay first analuses the chanaes to art. 19 of the Consolidation Act on Immiaration no. 286/1998 introduced bu the Decree-Law n. 130/2020, converted with amendments into the Law n. 173/2020. In particular, it focuses on the nature of special protection, illustratina the dual path outlined bu the leaislator for issuing the permit for special protection (either within the asulum sustem or with a direct application to the police commissioner); and highlightina the resistance of the public administration apparatus which risks underminina the reform. At the same time, it examines the auestion as whether art. 10, para. 3 of the Constitution could actuallu be considered implemented bu the 2020 reform. The analusis is then carried out with reaard to the reaulatoru framework of the reinstated art. 5, para. 6 of the Consolidation Act and its renewed scope of application. Finallu, a focus is put on the riaht to respect for private and familu life, that is, one of the prereauisites for the recoanition of special protection. Bu fosterina a broad concept of social integration based on the criteria directlu provided bu the leaislator, it extends the scope of art. 8 of the European Convention on Human Rights into the Italian legal system.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

LA NUOVA PROTEZIONE SPECIALE INTRODOTTA DAL D.L. 130/2020. TRA PRINCIPIO DI FLESSIBILITÀ, RESISTENZE AMMINISTRATIVE E PROBLEMATICHE APPLICATIVE

di Nazzarena Zorzella[*]

SOMMARIO: 1. Premessa: da dove arriva la nuova protezione speciale. – 2. La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020. – 2.1. L'interpretazione distorsiva delle Amministrazioni dello Stato. – 3. La relazione tra il potere del questore e il parere della Commissione territoriale. Vincolatività o autonomia? – 3.1. I provvedimenti amministrativi in materia di protezione speciale sono vincolanti anche per l'Autorità giudiziaria? – 4. La nuova protezione speciale e l'art. 10, co. 3, della Costituzione. – 5. L'art. 5, co. 6 TU 286/98 e la relazione con l'art. 19. – 6. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel nuovo art. 19 TU. – 7. Questioni aperte.

> *Se, da un lato, siamo di fronte a una circolazione massiccia a livello globale di immagini e notizie sulle migrazioni mediterranee, dall'altro non possiamo non constatare come queste riproducano, nella gran parte dei casi, un'iconografia uniforme e stereotipata volta a sottolineare i tratti di vulnerabilità estrema e niente più. Emerge, infatti, per contrasto, il peso di quello stato di sostanziale invisibilità e silenzio a cui individui che non sono considerati cittadini e, in alcuni casi, neanche esseri umani, sono di fatto confinati.*
>
> Monica Massari, *Corpi infranti dinanzi allo spettacolo dell'orrore in Europa*[**]

1. Premessa: da dove arriva la nuova protezione speciale

Per meglio comprendere la portata e il significato della nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020 è necessaria una breve e sintetica ricostruzione storica della protezione umanitaria, le cui vicende, legislativa e giurisprudenziale, hanno condotto all'attuale nuova forma di tutela.

Già il d.l. n. 416/89 (conv. con mod. in legge 39/90, cd. legge Martelli), in occasione della riforma attuata dalla legge 388/93 (di ratifica dell'Accordo di Schengen), prevedeva quale limite generale alla regolare presenza della persona straniera al venir meno delle

[*] Avvocata ASGI del foro di Bologna.

[**] Politics. Rivista di Studi Politici - www.rivistapolitics.it - n. 10, 2/2018, pp. 83-95. https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/630152/1182987/Massari_Politcs.pdf.

condizioni generali di soggiorno «applicabili nel territorio di uno degli Stati contraenti», l'esistenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 4, commi 12-bis e 12-ter). Una certa ambiguità nella formulazione della norma è stata superata nel 1998 dalla legge n. 40, poi trasfusa nel TU immigrazione d.lgs. 286/98, che ha espressamente introdotto una clausola generale di salvaguardia del diritto al soggiorno, imponendo al potere pubblico di derogare alle regole ordinarie in presenza di obblighi costituzionali o internazionali o a fronte di serie ragioni di carattere umanitario. Si tratta dell'art. 5, co. 6, che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno, espressamente denominato dal 2004 per «protezione umanitaria», il quale, a differenza di altre speciali disposizioni derogatorie contenute nel TU immigrazione[1], non tipizza(va) le ipotesi al verificarsi delle quali il diritto al soggiorno poteva essere riconosciuto, perché non circoscrivibili in numero chiuso ma fattispecie aperte e in continua evoluzione, normativa e/o interpretativa[2].

L'art. 5, co. 6 TU rientra(va) nella competenza del questore, inserito nella parte del corpo normativo dedicato al soggiorno della persona straniera, era (ed è) coerente con altra previsione generale del TU, l'art. 2, co. 1[3], che espande il riconoscimento dei diritti fondamentali a tutte le persone straniere a prescindere dalla regolarità della loro presenza sul territorio nazionale e fin dal loro ingresso.

Entrambe le disposizioni rispondevano ai precetti costituzionali di cui agli artt. 2 e 10 della Costituzione e se, va precisato, vari diritti fondamentali hanno trovato immediata declinazione nel TU (si pensi all'art. 19, agli artt. 18, 18-bis, 22, co. 12-quater ma anche agli artt. 32, 35, 38 e 43), le clausole aperte espresse dagli artt. 2, co. 1 e 5, co. 6 certamente conferivano all'intero sistema quella flessibilità imprescindibile per dare concretezza, caso per caso, a fattispecie non pre-determinate né pre-determinabili.

L'applicazione pratica dell'art. 5, co. 6 TU non è stata né immediata né diffusa, inizialmente a causa dell'assenza di un'espressa previsione che conferisse il potere al questore di rilasciare questo specifico permesso di soggiorno, esplicitato solo nel 2011 per effetto della riforma attuata con il d.l. n. 89/2011[4], nonostante già il regolamento di

1. Si vedano gli artt. 18 (protezione speciale per vittime di sfruttamento criminale) e 31, co. 3 (assistenza minori) TU, presenti nel testo originario, a cui nel corso degli anni si sono aggiunti gli art. 18-*bis* (violenza domestica) e l'art. 22, co. 12-*quater* (sfruttamento lavorativo).

2. Cass., SU, n. 19393/2009 e n. 11535/09; Cass., n. 10686/2012, n. 26887/2013, n 26566/2013, n. 21903/2015, n. 23604/2017, n. 4455/2018, n. 4890/2019.

3. Art. 2, co. 1 TU: «*Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*».

4. D.l. n. 89/2011 che ha aggiunto all'art. 5, co. 6 la previsione secondo cui «*Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione*».

attuazione d.p.r. 394/99, modificato nel 2004[5], contemplasse il permesso di soggiorno umanitario tra le tipologie di permessi rilasciabili (art. 11, co. 1 lett. c-ter).

Anche la prassi delle questure ha reso difficile la presentazione della domanda diretta al questore di rilascio del permesso umanitario, sull'errato presupposto che fosse riconoscibile solo dalle Commissioni territoriali per la protezione internazionale, mentre era (ed è) indubbia l'autonomia dell'art. 5, co. 6 TU rispetto al sistema della protezione internazionale, confermata anche dalla previsione regolamentare poc'anzi citata, secondo cui il permesso è rilasciato «per motivi umanitari, nei casi di cui agli articoli 5, comma 6 e 19, comma 1, del Testo unico, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero acquisizione dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale» (art. 11, co. 1 lett. c-ter d.p.r. 394/99)[6]. La congiunzione disgiuntiva ovvero non lasciava dubbi sull'alternatività delle due ipotesi.

Tuttavia, è solo con l'implementazione del sistema della protezione internazionale di derivazione europea (d.lgs. 251/2007 e d.lgs. 25/2008) che la protezione umanitaria ha avuto un'estesa e concreta applicazione, quale diritto residuale rispetto alle ipotesi del rifugio politico e della protezione sussidiaria, perché in forza dell'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 la Commissione territoriale, dopo avere escluso le forme maggiori di protezione, poteva rinviare al questore per l'applicazione dell'art. 5, co. 6 TU. È utile, però, ricordare che ancor prima del sistema attuativo delle direttive europee, l'art. 1-ter d.l. n. 416/89, introdotto dalla legge 189/2002, faceva espresso rinvio all'art. 5, co. 6 TU 286/98 disponendo che «Nell'esaminare la domanda di asilo le Commissioni territoriali valutano per i provvedimenti di cui all'articolo 5, comma 6, del citato Testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, le conseguenze di un rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è firmataria e, in particolare, dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848».

La norma contenuta nell'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 (testo originario) era certamente più chiara della previsione del 2002, perché non limitata alle conseguenze del rimpatrio ai sensi dell'art. 3 CEDU ma riferita ad un catalogo ampio e non tipizzato di diritti connessi ai seri motivi di carattere umanitario o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali (ex

5. Modifica apportata dal d.p.r. 334/2004.

6. Per un maggiore approfondimento si rinvia a V. Marengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in questa *Rivista* n. 4.2012, p. 59 ss. Sia consentito rinviare a N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in questa *Rivista*, n. 1.2018; https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2018-1/208-la-protezione-umanitaria-nel-sistema-giuridico-italiano.

art. 5, co. 6 TU) e, come detto, è nel contesto della sua applicazione che l'istituto della protezione umanitaria ha avuto implementazione ed è stato intensamente esplorato dalla giurisprudenza e dalla dottrina[7], che ne hanno riconosciuto la natura di diritto fondamentale, al pari della protezione internazionale[8].

Tuttavia, proprio perché ha avuto un'importante applicazione nel sistema asilo, prevalendo nel corso degli anni sulle forme tipiche della protezione internazionale[9], sulla protezione umanitaria si è abbattuta la scure del legislatore del 2018 che, ritenendo i criteri per il suo riconoscimento dai contorni incerti[10] e dunque arbitrari, con il d.l. n. 113/2018 ha abrogato l'art. 5, co. 6 TU nella parte in cui richiamava i seri motivi umanitari o derivanti da obblighi costituzionali o internazionali, espungendo anche l'ultimo periodo della norma, relativo alla competenza del questore al rilascio del permesso umanitario. Correlativamente ha abrogato la lettera c-ter dell'art. 11 regolamento di attuazione d.p.r. 394/99 e ha modificato l'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, da cui ha eliminato il richiamo all'art. 5, co. 6 TU immigrazione, sostituendolo con la previsione della possibilità per le Commissioni territoriali di riconoscere, in via residuale, la protezione, a cui è stata attribuita la denominazione «speciale», in presenza dei requisiti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU.

Disposizione che nel 2018 riguardava i divieti di espulsione e respingimento per il rischio 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» (co. 1) o per il rischio della persona «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» (co. 2).

7. Tra le tante pronunce, si vedano Cass., SU, n. 19393/2009, n. 11535/09, n. 30658/2018; Cass., n. 10686/2012, n. 26887/2013, n. 26566/2013, n. 21903/2015, n. 23604/2017, n. 4455/2018, n. 28990/2018, n. 10922/2019, 13096/2019, n. 1104/2020, n. 8819/2020. Cfr. tra le varie analisi, M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, numero monografico *L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*,

https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-protezione-umanitaria-nelsistema-deidiritti-umani_536.php. Si rinvia anche a M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista* n. 1.2019. https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2019-1/345-il-dito-e-la-luna-la-protezione-delle-esigenze-di-carattere-umanitario-degli-stranieri-prima-e-dopo-il-decreto-salvini; dello stesso Autore, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2.2018

https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/506/qg_2018-2_03.pdf.

8. Cass., SU, n. 11535/2009 e SU, n. 19393/2009.

9. M. Giovannetti, *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *Questione giustizia*, maggio 2021.

10. http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/50700_testi.htm.

Quel nuovo permesso di soggiorno aveva durata annuale e non convertibile in altro tipo di permesso, potendo solo essere rinnovato a fronte di parere positivo della Commissione territoriale, chiamata dunque a verificare di anno in anno la permanenza dei requisiti dell'art. 19. Prima della riforma, invece, la durata del permesso umanitario era biennale[11] e convertibile in lavoro o comunque rinnovabile previo parere della Commissione territoriale se sussistenti i presupposti di cui all'art. 5, co. 6 TU.

In buona sostanza, invertendo totalmente la natura aperta e flessibile della protezione umanitaria ex art. 5, co. 6 TU immigrazione, la protezione speciale del 2018 è (era) divenuta elemento di rigidità dell'intero sistema asilo e strumento di coazione della persona straniera a rimanere per sempre in una data condizione giuridica (quella afferente ai presupposti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1 TU 286/98), perdendo la quale scivolava in una condizione di irregolarità e dunque di perdita di tutti i diritti. Non stupisce, pertanto, che nell'ambito della protezione internazionale questa potente restrizione abbia fatto precipitare i tassi di accoglimento della protezione speciale ai minimi storici (1% nel 2019 e 2% nel 2020, a fronte del 25% nel 2017 e 21% nel 2018 per la protezione umanitaria[12]), complice anche una opinabile interpretazione, amministrativa e giurisprudenziale, secondo cui i presupposti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1. TU erano accertabili solo in presenza di cause ostative al riconoscimento del rifugio politico o della protezione sussidiaria (in genere: preclusioni ex art. 12, 13, 15, 16 d.lgs. 251/2007)[13].

In realtà, la relazione tra ostatività al riconoscimento della protezione internazionale e requisiti indicati nell'art. 19 TU non è l'unica lettura che poteva darsi, perché i presupposti per i quali questa disposizione vieta(va) in modo assoluto l'espulsione o il respingimento solo in parte coincidono con i presupposti del rifugio politico di cui all'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati e all'art. 8, d.lgs. 251/2007 o della protezione sussidiaria, di cui all'art. 14, d.lgs. 251/2007. Infatti, rispetto ai motivi in forza dei quali è riconoscibile il rifugio politico (razza, religione, nazionalità, particolare gruppo sociale, opinione politica), l'art. 19, co. 1 indicava (e indica ancora) ulteriori fattori, cioè la lingua, il sesso, la cittadinanza (elemento in parte diverso dalla nazionalità), le condizioni personali o sociali.

Motivi di rischio persecutorio che non entrano nella fattispecie del rifugio politico e pertanto non può sostenersi che i divieti contenuti nell'art. 19, co. 1 TU vengano in rilievo

11. La durata biennale era espressa nell'art. 6, co. 2, d.p.r. 21/2015, abrogato dal d.l. 113/2018.

12. Vedi http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/schede_riepilogative_al_2020.pdf.

13. Si veda, in proposito, P. Papa, *Esclusione, non respingimento, protezione umanitaria: brevi note a margine di Cassazione n. 11668 del 2020*, in *Questione giustizia*, Diritti senza confini, https://www.questionegiustizia.it/articolo/esclusione-non-respingimento-protezione-umanitaria-brevi-note-a-margine-di-cassazione-n-11668-del-2020.

solo in presenza di cause ostative al riconoscimento del rifugio, perché una simile interpretazione restringerebbe illegittimamente la natura stessa della norma di non refoulement, facendola indebitamente coincidere con i (mancati) presupposti del rifugio. Lo stesso ragionamento vale per il rischio di tortura di cui al co. 1.1. dell'art. 19 pre-riforma 2020[14], ritenuto applicabile in presenza di cause ostative al riconoscimento della protezione sussidiaria, in quanto il rischio tortura non si esaurisce in quello dei tre presupposti di cui all'art. 14 d.lgs. 251/2007.

In disparte queste considerazioni, la scure abbattutasi nel 2018 sulla protezione umanitaria ha lasciato un preoccupante vuoto in tutta la disciplina del diritto dell'immigrazione che, orfana della norma generale di salvaguardia dell'art. 5, co. 6 TU, si è trovata priva di uno strumento concreto di attuazione dei pur esistenti e persistenti obblighi costituzionali e internazionali. Questi, infatti, non potevano certamente essere abrogati, avendo fonte direttamente nella Costituzione, come affermato anche dal Presidente della Repubblica all'atto della firma al d.l. n. 113/2018[15], ma è fuor di dubbio che, in assenza di procedure precise, sia sostanziali che processuali, erano di difficile concretizzazione.

Né il vuoto poteva dirsi riempito dalla previsione degli specifici permessi di soggiorno introdotti dal d.l. n. 113/2018, cioè quello per cure mediche (art. 19, co. 2 lett. d-bis TU) o per calamità (art. 20-bis TU), poiché entrambi coprivano determinati diritti, lasciandone fuori molti altri, tutti quelli che non possono essere tipizzati perché non predeterminabili. Infine, l'abrogazione del permesso umanitario ha reso estremamente difficile la conversione di quel titolo già rilasciato prima della riforma, in quanto la disposizione transitoria prevista dall'art. 1, co. 8 e 9, d.l. n. 113/2018 poneva l'alternativa tra il rinnovo per protezione speciale, secondo i nuovi criteri, o per lavoro, in presenza di un'attività in corso. Regole non facilmente concretizzabili, sia per l'improvvisa modifica di quelle precedenti, che per interpretazioni restrittive delle questure, che ancora oggi determinano un significativo contenzioso[16].

Un parziale temperamento a questo nuovo restrittivo sistema è arrivato dalla giurisprudenza che, riflettendo sulla retroattività o meno delle nuove disposizioni nel sistema della protezione internazionale, l'ha esclusa, affermando che per tutte le domande di

14. Questo il testo dell'art. 19, co. 1.1 vigente nel 2018: «*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*».

15. https://www.quirinale.it/elementi/18098.

16. Ad esempio, in molti casi le conversioni sono state riconosciute dalle questure solo in presenza di un lavoro in corso e non in forza di mera iscrizione al Centro per l'impiego, oppure pretendendo una continuità lavorativa o la dimostrazione di un determinato reddito, ecc.

riconoscimento della protezione internazionale presentate prima del 5 ottobre 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018) debba essere accertata la "vecchia" protezione umanitaria e non la speciale di nuova introduzione (Cass., SU, n. 29459, 29460 e 29461 del 2019).

Tuttavia, il ripristino della legalità costituzionale, cioè il rispetto da parte del legislatore dell'obbligo di cui all'art. 10, commi 1 e 2 Cost.[17], è avvenuto solo con il d.l. n. 130/2020, entrato in vigore il 21 ottobre 2020 e convertito con modifiche nella legge n. 173/2020, pubblicata in G.U. il 19 dicembre 2020.

2. La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020

La riforma del 2020 è intervenuta su vari aspetti che riguardano i permessi di soggiorno, oltre che in relazione ad alcune ipotesi procedurali della protezione internazionale, al sistema di accoglienza, in materia di contrasto al salvataggio in mare o per alcune disposizioni penali[18].

Per quanto riguarda i permessi di soggiorno è stata, innanzitutto, reintrodotta la parte dell'art. 5, co. 6 TU relativa al dovere di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali ma senza ripristino dei seri motivi di carattere umanitario e senza espressa previsione della competenza del questore al rilascio del titolo di soggiorno[19]. Inoltre, è stata modificata la disciplina di permessi di soggiorno fino ad allora ritenuti temporanei e/o non convertibili (permessi per calamità, ex art. 20-bis TU, per residenza elettiva, ex art. 11, co. 1 lett. c-quater) ex d.p.r. 394/99, per acquisto cittadinanza o riconoscimento apolidia, ex art. 11, co. 1 lett. c) d.p.r. 394/99, per attività sportiva, ex art. 27, co. 1, lettera p) TU, per lavoro artistico, ex art. 27, co. 1, lettere m), n) ed o), per motivi religiosi, ex art. 5, co. 2 TU, per assistenza di minori, ex art. 31, co. 3 TU e, infine, in sede di conversione in legge è stato reso convertibile anche il permesso di soggiorno per cure mediche, ex art. 19, co. 2-bis TU.

Modifiche, tutte, che hanno reso estremamente flessibile e tendenzialmente uniforme il sistema regolatorio del diritto al soggiorno delle persone straniere, consentendo l'adattamento giuridico alla modificazione della propria condizione conseguente all'evolversi del progetto esistenziale, non più cristallizzata al solo motivo dell'ingresso in Italia o all'acquisizione originaria di un titolo di soggiorno, così attenuandosi quel principio alla base

17. «*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*».

18. Per una prima analisi dell'intero d.l. n. 130/2020 cfr. M. Giovannetti, N. Zorzella, (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

19. Il testo attuale è, dunque, questo: «*Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*».

dell'originario Testo unico immigrazione, d.lgs. 286/98, che prevede uno stretto legame tra motivo dell'ingresso e motivo del soggiorno (art. 5, co. 2), con temperamenti limitati al solo lavoro e famiglia (art. 6, co. 1 TU) o introdotti in attuazione del diritto europeo (art. 5, co. 5 TU in materia di coesione familiare).

L'odierna disciplina, dunque, ha reso più elastico l'intero sistema, ma la straordinaria modificazione del nuovo approccio alla questione migratoria (limitata, non può tacersi, alla condizione di chi è già presente sul territorio nazionale, mentre nulla è stato modificato rispetto ai canali di ingresso regolari) è stata completata con la radicale riforma operata dal d.l. n. 130/2020 all'art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2 TU e con il ripristino quasi completo dell'art. 5, co. 6 TU nella parte abrogata nel 2018.

Introdotto nel 1998 con la legge n. 40/98, poi trasfusa nel TU, l'art. 19 ha rappresentato il limite assoluto, inderogabile, del potere statale di allontanare o respingere una persona straniera in presenza del rischio di persecuzione, nel Paese di origine o in quello di rinvio, per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (co. 1). Nel 2017, per effetto dell'introduzione nell'ordinamento italiano del delitto di tortura con legge n. 110/2017, la norma è stata integrata con il comma 1.1, recante il divieto assoluto di espulsione, respingimento o estradizione per il rischio di assoggettamento a tortura, tenendo conto anche «anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

La protezione da questi rischi, va evidenziato, non era e non è limitata al Paese di origine della persona straniera, ma è indicata dal legislatore senza specificazione, ovverosia in modo indeterminato verso uno Stato o verso un altro Stato, comprendendovi dunque sia quello di origine che di eventuale rinvio e pertanto proteggendo anche dal respingimento indiretto. Accezione che dovrebbe rilevare, ad esempio, per i respingimenti indiretti (o i mancati soccorsi, speculari ai primi) delle persone migranti verso la Libia, ove è indiscutibilmente accertato che sono assoggettate a torture e violenze immani nei Centri di detenzione ufficiali e soprattutto in quelli informali, ben più numerosi, gestiti da gruppi criminali. Raramente, tuttavia, l'art. 19, commi 1 e 1.1 TU è stato applicato in quei termini, in sede amministrativa o giudiziale, in relazione alle domande di riconoscimento della protezione internazionale nella forma della protezione speciale, nonostante la stragrande maggioranza dei richiedenti asilo sia arrivata, nell'ultimo decennio, dalla Libia.

A parte questo inciso, su cui però è bene riflettere, è con il d.l. n. 130/2020 che l'art. 19 ha subito una profonda revisione, sia al comma 1 ma soprattutto al comma 1.1 e con introduzione del comma 1.2, che estende la protezione speciale al di fuori del sistema asilo, così mutando, per certi versi, la natura stessa della norma, da obbligo negativo dello Stato a obbligo anche positivo. Se, infatti, quei divieti assoluti di espulsione, respingimento o estradizione valgono, oggi come ieri, in tutti i contesti giuridici nei quali una persona

straniera si trovi (penale, civile, amministrativo), con la riforma del 2020 diventano anche presupposto per il riconoscimento del diritto al soggiorno mediante rilascio di specifico titolo denominato di «protezione speciale».

Per quanto riguarda le modifiche apportate al comma 1, in sede di conversione del decreto n. 130 in legge n. 173/2020, ai fattori di rischio già presenti sono aggiunti quelli per orientamento sessuale e identità di genere, così completando il catalogo dei divieti assoluti in presenza dei quali non può disporsi né espulsione né respingimento.

Ma è il comma 1.1 che riceve una più radicale trasformazione, in quanto all'originario rischio tortura sono aggiunti:

il rischio di trattamenti inumani e degradanti, con evidente evocazione dell'art. 3 Convenzione europea dei diritti umani, che rappresenta già divieto assoluto inderogabile ai sensi dell'art. 15 della stessa Convenzione, rispetto a cui recedono anche le esigenze dello Stato afferenti alla sicurezza dello Stato (Corte EDU, Grande Chambre, 23.2.2012, Hirsi Jamaa c. Italia; Corte EDU 23.2.2016, n. 44883/09);

in sede di conversione del decreto in legge n. 173/2020 è inserito, nel medesimo primo periodo, il diritto al rispetto dell'art. 5, co. 6 TU, ripristinato dallo stesso d.l. n. 130/2020 e, dunque, il dovere dello Stato di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali;

il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con l'unica eccezione relativa a ragioni di sicurezza nazionale, ordine e sicurezza pubblica o di protezione della salute ma «nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

Rinviando a successiva parte l'analisi soprattutto di quest'ultima innovazione, va qui evidenziato che è con l'introduzione del comma 1.2 che i precedenti commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU acquistano una notevole potenza espansiva, trasformando la norma, come già accennato, da mero obbligo negativo (astensione da espulsione, respingimento ed estradizione) a obbligo positivo, di riconoscimento del diritto al soggiorno mediante rilascio del permesso per protezione speciale (denominazione che il legislatore ha, inopportunamente, conservato). Il diritto al soggiorno, in presenza di uno dei presupposti contenuti nei commi 1 e 1.1, non è più limitato al sistema della protezione internazionale, come è stato dopo la riforma del 2018, ma si ripristina quella possibilità già originariamente prevista dall'art. 5, co. 6 TU di rilascio del permesso richiesto direttamente al questore. Infatti, il co. 1.2 stabilisce che «Nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale. Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il questore, previo parere della Commissione

territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale».

L'inciso «Nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno» rende evidente il doppio percorso che può condurre al rilascio di un permesso per protezione speciale: 1) nell'ambito della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, qualora la Commissione territoriale non riconosca né il rifugio politico né la protezione sussidiaria ma ritenga sussistente uno dei presupposti indicati nei commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TU; 2) con istanza rivolta direttamente al questore, il quale non decide autonomamente ma deve attivare un sub-procedimento inviando alla Commissione territoriale affinché esprima un parere in merito.

Se l'innovazione è chiara con riguardo al dovere per le Commissioni territoriali di valutare, all'interno del sistema di protezione internazionale, l'esistenza di uno dei presupposti per il riconoscimento della protezione speciale di nuovo conio, rinviando al questore per il rilascio dello specifico titolo (come avveniva prima della riforma 2018 per la protezione umanitaria e dal 2018 per quella speciale all'epoca vigente), è altrettanto chiaro il secondo percorso, attivabile con istanza rivolta direttamente al questore, il quale non decide autonomamente ma deve richiedere il parere alla Commissione territoriale per l'accertamento di uno dei presupposti di cui ai commi 1 e 1.1.

Non ci sarebbe stata necessità di introdurre l'ultimo periodo del comma 1.2 se il legislatore avesse inteso esclusivamente ampliare i criteri per il riconoscimento della protezione speciale nell'ambito del sistema della protezione internazionale, e il rinvio al parere della Commissione territoriale, anche per il percorso "questorile", si giustifica con le competenze tecniche proprie di essa, estranee a quelle dell'Autorità di P.S. Solo un organo a cui il legislatore ha già assegnato compiti di conoscenza tecnica della realtà dei Paesi di origine o di transito dei richiedenti asilo, che si forma attraverso l'acquisizione di precise ed aggiornate fonti di informazione (artt. 4, 8 e 27, d.lgs. 25/2008 e art. 3, d.lgs. 251/2007), può effettivamente accertare se in un dato Paese, di origine o di rinvio, vi siano rischi tra quelli indicati nei commi 1 e 1.1. Conoscenza che certamente non appartiene al questore, organo locale di pubblica sicurezza non dotato di quelle specifiche competenze tecniche ed è irrilevante che il necessario intervento delle Commissioni territoriali avvenga al di fuori del sistema asilo, giacché è nella discrezionalità del legislatore ampliare le competenze in capo ad un determinato organo amministrativo.

Nonostante la chiarezza della disposizione in commento, si è subito assistito ad una forte resistenza dell'apparato amministrativo nel recepirla e dunque nell'attuare la straordinaria riforma dell'art. 19 operata con il d.l. n. 130/2020.

2.1. L'interpretazione distorsiva delle Amministrazioni dello Stato

È accaduto, infatti, che pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 la Commissione nazionale asilo ha emesso, il 3 novembre 2020, una Nota indirizzata alle Commissioni territoriali[20] in cui, con specifico riferimento alla valenza dell'art. 19, co. 1.2, riconosce che la nuova ipotesi della protezione speciale si applica anche al di fuori della procedura di asilo, ma nel contempo afferma che essa «ricorre nel caso in cui il questore, "in sede di esame di un'istanza per il rilascio di un permesso di soggiorno ad altro titolo" ritenga che sussistano le condizioni di cui ai commi 1 ed 1.1 dell'art. 19 TUI e, al riguardo, chiede il "parere" della Commissione territoriale».

L'inciso ad altro titolo era ed è palesemente ultroneo rispetto al testo normativo, che non lo contiene affatto, oltre ad essere illogico, se si considera che l'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 è specificamente dedicato alla protezione speciale e dunque il permesso di soggiorno in forza di esso rilasciabile non può che essere disciplinato dalla medesima disposizione. Quell'inciso ha comportato da subito l'indisponibilità delle questure ad accettare la formalizzazione della domanda diretta di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, osteggiata con varie modalità informali, fino a quando il Ministero dell'interno ha formalizzato detta contrarietà con circolare 19 marzo 2021 prot. 23186[21].

In essa, in caso di domanda rivolta direttamente al questore, il Ministero ritiene che il secondo capoverso del comma 1.2 dell'art. 19 TU «disciplini il caso in cui lo straniero abbia presentato una **istanza di rilascio di un permesso di soggiorno per altro motivo** (ad es. studio, lavoro, etc.)» (ndr: il grassetto è contenuto nella circolare) precisando che «In tale circostanza il questore, qualora ritenga possano ricorrere i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, previo parere favorevole della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale».

La circolare, a prescindere dalla sua irrilevanza giuridica (questo atto amministrativo non rientra tra le fonti del diritto), è palesemente illegittima sotto due profili: da un lato perché nega che possa essere formulata espressa domanda di rilascio del permesso per protezione speciale, dall'altro perché sembra sottendere un potere valutativo autonomo del questore rispetto al parere espresso dalla Commissione territoriale.

Quanto al primo aspetto, l'interpretazione del comma 1.2 della Commissione nazionale asilo e del Ministero dell'interno si configura come manifestamente errata, perché disattende il tenore letterale della norma e ne stravolge l'intera ratio. Come già detto, infatti, sul piano

20. Il testo della Nota della CNA è allegata alla rubrica dell'Osservatorio italiano, a cura di P. Bonetti, in questa *Rivista* n. 1/2021.

21. La circolare in commento è pubblicata nel n. 2.2021 di questa *Rivis*ta, nella rubrica *Osservatorio italiano*, a cura di P. Bonetti.

sistematico l'art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2 TU è interamente dedicato alla protezione speciale, della quale sono disciplinati sia i presupposti (commi 1 e 1.1) che la procedura (co. 1.2), quest'ultima integrata, per la sola tutela riconoscibile nell'ambito della protezione internazionale, dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 novellato dal medesimo d.l. n. 130/2008[22]. Del resto, le stesse Amministrazioni dello Stato riconoscono il doppio percorso all'esito del quale può essere rilasciato il permesso per protezione speciale, ma non condividono che nel percorso attivato direttamente davanti al questore la domanda possa essere espressamente denominata per protezione speciale.

Sia la circolare della CNA che quella del Ministero non motivano tale ritenuta impossibilità, cioè non spiegano perché si debba far finta di presentare un permesso di soggiorno per altro motivo (ad es. studio, lavoro, etc.) pur sapendo di non averne i requisiti, solo per consentire al questore di valutare l'esistenza, o meno, dei requisiti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, chiedendo in tal caso il parere alla Commissione territoriale. Un meccanismo, all'evidenza irrazionale e ipocrita, che nega la corrispondenza della domanda alla propria (ritenuta) condizione giuridica (art. 5 TU) e sottrae il diritto alla persona di rappresentarla effettivamente, nel contempo affidando al questore un potere discrezionale, che sconfina con l'arbitrio (in violazione dell'art. 10, co. 2 Cost.), di decidere se vi siano, o meno, i presupposti per la richiesta di parere alla Commissione. Lo scenario di una siffatta pretesa è, infatti, che la persona straniera chieda, ad esempio, il rilascio di un permesso per studio o per lavoro, senza allegare la documentazione richiesta per l'uno o l'altro permesso (documentazione che risponde ai requisiti indicati nel TU 286/98 e nel suo regolamento di attuazione d.p.r. 394/99, nonché elencata nelle tipologie di permesso fornita dalle polizie di Stato[23]), eventualmente priva di indicazione di alcuno dei presupposti di cui all'art. 19 (lo stesso vale anche se siano indicati ma non pertinenti alla motivazione del titolo richiesto) e per effetto di essa il questore abbia consapevolezza, d'ufficio, che quella persona integri uno dei presupposti di cui al citato art. 19 e allora, solo allora, attivi il sub-procedimento richiedendo il parere alla Commissione territoriale.

È palese, va ribadita, l'irrazionalità di un siffatto scenario, tanto più se si considera che in molti casi la persona straniera che può accedere alla protezione speciale di nuovo conio

22. Art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008 riformato dal d.l. n. 130/2020: «*Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno biennale che reca la dicitura "protezione speciale", salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga. Il permesso di soggiorno di cui al presente comma è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa, fatto salvo quanto previsto in ordine alla convertibilità dall'articolo 6, comma 1-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*».

23. Ad esempio: https://questure.poliziadistato.it/statics/18/2_rilascio-rinnovo-questura.pdf?lang=it#:~:text=1)%20marca%20da%20bollo%20da,nel%20permesso%20di%20soggiorno%20.
https://questure.poliziadistato.it/statics/16/documenti-per-permesso-di-soggiorno.pdf?lang=it.
https://www.portaleimmigrazione.it/?wt.ac=1473800378142.

non ha mai avuto un pregresso titolo di soggiorno e pertanto dovrebbe inventarsi una domanda oggettivamente e sin dall'inizio inaccoglibile.

Non si ignora che una disposizione generale del TU immigrazione prevede che «Il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente Testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente Testo unico.» (art. 5, co. 9). Norma che, a parte la sua totale disapplicazione nella prassi da parte delle questure, esprime un principio che non nega ma, al contrario, valorizza il diritto della persona straniera di chiedere il permesso che ritiene coincidente con la propria condizione giuridica, imponendo al questore, se non la rinvenga, di accertare l'esistenza di altri presupposti. L'art. 5, co. 9 TU rappresenta, infatti, un ulteriore elemento di flessibilità dell'intero sistema, che riguarda tutte le tipologie dei permessi di soggiorno, ognuna delle quali ha una specifica disciplina che stabilisce sia i requisiti che le procedure per il suo rilascio, i quali vanno prioritariamente accertati, e solo se ritenuti non esistenti, il questore dovrà valutare la possibilità di rilasciare un permesso ad altro titolo. Questo non significa che per il solo permesso di soggiorno per protezione speciale il questore non debba prima verificare l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 19 TU e poi, se ritenuti insussistenti, verificare se vi siano i presupposti per altro permesso di soggiorno. Ciò che fa la circolare del Ministero è di invertire, irragionevolmente, questo schema generale.

La pretesa del Ministero dell'interno di non accettare le domande espressamente finalizzate al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, dichiarandole irricevibili in forza della circolare del 19 marzo 2021, ha già innescato critiche e richieste di revoca sia di essa che di quella della CNA[24] e ha già indotto un contenzioso giudiziale di cui non c'era certamente bisogno, costringendo a presentare ricorsi d'urgenza per riconoscere il diritto alla formalizzazione della domanda. La giurisprudenza già formatasi sul punto è concorde nel ritenere illegittima la circolare ministeriale che, aggiungendo la locuzione ad altro titolo sovverte il tenore letterale dell'art. 19, co. 1.2 TU, riconoscendo pertanto il diritto alla presentazione della domanda di rilascio dello specifico permesso per protezione speciale[25].

24. Si veda la richiesta di ASGI ai Ministeri, del 6 maggio 2021, in https://www.asgi.it/notizie/protezione-speciale-divieti-di-espulsione-asgi-scrive-al-ministero-dellinterno/.

25. Trib. Bologna 6.5.2021 RG. 3246/2021; Trib. Bologna 17.5.2021 RG. 3877/2021; Trib. Napoli 24.5.2021 RG. 11264/2021; Trib. Ancona 29.5.2021 RG. 2505/2021; Trib. Venezia 3.6.2021 RG. 3057/2021; Trib. Bologna 3.6.2021 RG. 3926/2021. I decreti sono pubblicati in questo numero della *Rivista*, nella rubrica *Asilo e protezione internazionale*.

3. La relazione tra il potere del questore e il parere della Commissione territoriale. Vincolatività o autonomia?

In parte connessa alla questione trattata nel precedente paragrafo è quella del potere del questore nel caso di domanda diretta[26], se cioè sia autonomo rispetto al parere espresso dalla Commissione territoriale (ai sensi del co. 1.2 dell'art. 19 TU) o se, invece, sia a questo vincolato. La richiamata circolare del Ministero dell'interno sembra propendere per l'affermazione dell'autonomia del questore rispetto al parere della Commissione o quantomeno si pone in termini ambigui («qualora ritenga possano ricorrere i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, previo parere favorevole della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, rilascia un permesso di soggiorno per protezione speciale»), ma, in entrambi i casi, trattasi di interpretazione non giustificata dal tenore letterale della norma, se non nei limiti che seguono.

Innanzitutto va precisato che il legislatore non ha qualificato espressamente in termini di vincolatività il parere della Commissione territoriale, mentre è indubbio che la sua richiesta sia certamente obbligatoria. Tuttavia, la vincolatività esiste in entrambi i percorsi (nell'ambito della protezione internazionale o con domanda diretta al questore), quando la Commissione territoriale accerta l'esistenza di uno dei divieti assoluti declinati nell'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, perché è proprio la natura dei divieti che esclude possa ritenersi sussistente un diverso ed autonomo potere del questore di negare il diritto al soggiorno.

Così è per i rischi di cui al co. 1, il cui divieto è preceduto dall'inciso «In nessun caso», ma altrettanto può dirsi per i divieti connessi ai rischi tortura, trattamenti inumani o degradanti o in presenza di obblighi costituzionali o internazionali (art. 5, co. 6 TU), ricompresi nel primo periodo del co. 1.1 dell'art. 19 TU. Se per i primi due, infatti, già la normativa da cui traggono origine li qualifica come inderogabili[27], per quanto riguarda gli obblighi costituzionali o internazionali, questi partecipano alla medesima natura in forza dell'indicazione offerta del singolo obbligo dal legislatore stesso (si vedano gli artt. 2, co. 1, 19, 35, 43 TU) o in forza dell'elaborazione costituzionale (si pensi, ad esempio, al diritto alla salute come limite all'espulsione, di cui alla Corte cost. 252/2001 o il diritto all'unità familiare anche per le persone prive di permesso di soggiorno, di cui alla Corte cost. 202/2013) o perché discendono da specifiche Convenzioni internazionali, laddove esse contengano precetti direttamente applicabili nell'ordinamento interno (si veda, ad esempio, la Convenzione di Istanbul del 2011, ratificata in Italia con d.l. n. 93/2013, conv. con mod.

26. All'interno del sistema asilo è pacifica la natura vincolata del rinvio, operato dalla Commissione territoriale al questore per il rilascio del permesso *ex* art. 5, co. 6 TU (Cass., SU, 11535/2009 e SU, n. 19393/2009) e in termini analoghi vale per la protezione speciale.

27. Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, ratificata in Italia con legge n. 489/1988 e art. 3 CEDU, inderogabile *ex* art. 15 della medesima Convenzione.

in legge 119/2013, senza dimenticare la stessa Convenzione europea dei diritti umani e i suoi artt. 2 e 4, par. 1 e 7, oltre ovviamente all'art. 3).

Gli esempi potrebbero essere molteplici. La stessa natura di clausola di salvaguardia attribuita pacificamente all'art. 5, co. 6 TU conferma l'inderogabilità della violazione di obblighi costituzionali o internazionali, proprio perché segna il limite invalicabile al potere attribuito dal legislatore al questore di rifiutare il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno "altro", in caso di difetto dei presupposti indicati dalla specifica disciplina del TU immigrazione per quel dato permesso di soggiorno.

In tutti questi casi è indubbia la vincolatività del parere della Commissione territoriale per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, poiché i diritti sottostanti prevalgono sulle esigenze dello Stato di regolamentazione della circolazione dei non cittadini sul territorio nazionale, tant'è che essi sono stati inseriti in una norma – l'art. 19 TU – titolata Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili.

Maggiore difficoltà comporta, invece, la qualificazione di vincolatività del parere della Commissione territoriale in relazione all'ultima fattispecie introdotta dal d.l. n. 130/2020 all'art. 19, co. 1.1 TU, vale a dire l'obbligo di rispetto del diritto alla vita privata e familiare, in relazione al quale il legislatore stesso ha provveduto a indicare compiutamente i criteri per il suo accertamento: natura ed effettività dei vincoli familiari, durata del soggiorno in Italia ed esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese di origine. Diritto che, si preciserà meglio di seguito, non è perfettamente coincidente con quello sancito dall'art. 8 CEDU o meglio con l'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Quello che si intende qui porre in rilievo è se l'accertamento di questo diritto sia di esclusiva pertinenza della Commissione territoriale o se lasci margine di discrezionalità al questore, non tanto in riferimento alla natura del diritto quanto per effetto dell'incompiutezza della procedura amministrativa di cui al co. 1.2 dell'art. 19, in cui mancano indicazioni chiare di cosa il questore debba inviare alla Commissione territoriale (una propria relazione o la documentazione fornita dall'interessato/a?) e quale istruttoria questa debba espletare per accertare l'esistenza del diritto, se cioè debba o possa acquisire direttamente dall'interessato/a elementi utili per l'accertamento del diritto, se debba o meno sentirlo/a. Mancanza di regole procedurali che può condurre ad un inadeguato parere da parte della Commissione, qualora il questore non invii tutta la documentazione eventualmente fornita dalla persona straniera o quest'ultima l'abbia fornita parzialmente, rendendo astrattamente necessaria la sua convocazione davanti alla Commissione territoriale, che tuttavia non è formalmente prevista.

È, dunque, urgente che il legislatore provveda all'introduzione di regole procedurali, che, senza indurre una burocratizzazione eccessiva, diano indicazioni precise alle Amministrazioni dello Stato, escludendo comportamenti arbitrari perché non disciplinati dalla legge e dunque contrari all'art. 10, co, 2 della Costituzione, che assegna al solo legislatore il potere di disciplinare la condizione giuridica della persona straniera.

A parte queste difficoltà, che però rischiano di compromettere, negandolo, il diritto alla protezione speciale, non pare potersi dubitare che anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare condivida la natura inderogabile degli altri diritti compresi nel novellato art. 19 TU, con le sole eccezioni individuate direttamente dal legislatore per questo solo diritto (non per gli altri), cioè qualora «sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute». Eccezioni che richiamano quelle preclusive all'ingresso (e dunque anche al soggiorno) per le persone straniere che chiedano il ricongiungimento familiare, secondo quanto previsto dall'art. 4, co. 3 TU e pertanto l'accertamento di esse dovrà essere svolto secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in relazione al diritto all'unità familiare (inteso anche come coesione familiare ex art. 5, co. 5 TU).

Ferme restando le carenze procedurali dianzi indicate, si può concludere nel senso di qualificare la natura del diritto al rispetto della vita privata e familiare come relativamente inderogabile e dunque anche per esso è certamente vincolante il parere della Commissione territoriale, richiesto dal co. 1.2 dell'art.19, ma il questore ha il potere di discostarsi da esso solo in presenza di ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute.

3.1. I provvedimenti amministrativi in materia di protezione speciale sono vincolanti anche per l'Autorità giudiziaria?

La natura vincolante, assoluta o relativa, del parere della Commissione territoriale non vincola certamente l'Autorità giudiziaria, perché la natura fondamentale del diritto alla protezione speciale non impedisce la disapplicazione del provvedimento amministrativo se accertata giudizialmente la sua esistenza.

In tal senso può richiamarsi la giurisprudenza formatasi con riguardo ad altre fattispecie di diritti riconosciuti a specifiche categorie di persone straniere in ragione della peculiarità della loro condizione personale, quali le vittime di sfruttamento criminale (art. 18 TU), o di violenza domestica (art. 18-bis TU) o di grave sfruttamento lavorativo (art. 22, co. 12-quater TU), per le quali il TU immigrazione ha delineato specifiche tutele e permessi di soggiorno. Situazioni, queste, qualificate di diritto soggettivo, per le quali è stata innanzitutto riconosciuta la giurisdizione ordinaria perché «In tutti questi casi – che sono particolarmente delicati e meritevoli di tutela – non si può certamente dubitare della natura

della posizione soggettiva del richiedente come "diritto soggettivo" da annoverare tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 Cost. e dall'art. 3 CEDU, che non è affievolibile per atto della PA» (Cass., SU, n. 32044/2018 ma si vedano anche: Cass., SU, n. 11535/2009; SU, n. 19393/2009; SU, n. 26480/2011; SU, n. 15115/2013; SU, n. 5059/2017; SU, n. 10291/2018; SU, n. 32044/2018 ed altre).

Giurisdizione ordinaria che, per quei permessi di soggiorno, è stata poi formalizzata dal d.l. n. 13/2017.

In relazione a dette fattispecie, la Cassazione ha ritenuto che il questore e/o l'Autorità giudiziaria, chiamata ad esprimere il parere propedeutico sia per gli artt. 18 e 18-bis che per l'art. 22, co. 12-quater, esercitino un potere solo ricognitivo, frutto di discrezionalità di tipo tecnico, poiché i presupposti del diritto sono già stati individuati dal legislatore (Cass., SU, n. 30658/2018 tra le varie). In forza di detti principi, la Corte di legittimità ha escluso che il parere reso nell'ambito del procedimento amministrativo abbia un valore vincolante per l'Autorità giudiziaria davanti a cui la persona straniera abbia proposto ricorso avverso il diniego di rilascio del permesso di soggiorno, perché la natura fondamentale del diritto alla protezione di tipo umanitario, a prescindere dalla denominazione ad essa attribuita dal legislatore, comporta che esso non abbia natura costitutiva ma accertativa, con conseguente ampio potere del giudice di accertarlo in concreto, a prescindere da quanto avvenuto in sede procedimentale amministrativa (Cass., SU, n. 30658/2018; SU, n. 32044/2018; SU, n. 32774/2018).

Lo stesso ragionamento vale, indubbiamente, anche per la protezione speciale, che condivide con le altre fattispecie derogatorie del TU 286/98 la natura fondamentale del diritto sotteso al permesso di soggiorno, tanto più se si considera che i suoi presupposti sono stati allocati dal legislatore nei divieti espulsivi, a protezione generale dei diritti ivi compresi e che la nuova protezione speciale da concreta attuazione all'art. 10, co. 1 e 2 della Costituzione e a tutti gli obblighi ad essi relativi.

4. La nuova protezione speciale e l'art. 10, co. 3, della Costituzione

Nonostante l'ampia riformulazione dell'art. 19 TU, attuata con il d.l. n. 130/2020, consenta oggi di ritenere che la nuova protezione speciale dia concreta attuazione ai principi espressi dall'art. 10 della Costituzione, commi 1 e 2[28], pur con le carenze procedurali di cui

28. Co. 1: L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Co. 2: La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

s'è detto nel paragrafo 2, residuano ancora dubbi che sia effettivamente attuato anche il comma 3 della norma costituzionale[29].

Se, infatti, tra gli obblighi costituzionali – richiamati sia dall'art. 19 che dall'art. 5, co. 6 TU – va compreso anche quello dello Stato di garantire le libertà democratiche previste dalla Carta fondamentale allo straniero a cui esse siano impedite nel suo Paese (contenuto dell'asilo costituzionale di cui al co. 3 dell'art. 10 Cost.), si potrebbe ritenere che le due norme del TU attuino anche questo precetto costituzionale. Tuttavia, l'esito del riconoscimento di questo fondamentale diritto, astrattamente compreso oggi nella protezione speciale e nel correlato permesso di soggiorno, determina una condizione giuridica inferiore alla garanzia assoluta che la norma costituzionale ha inteso affermare, sia perché viene definita all'esito di un procedimento che presenta evidenti e gravi carenze procedurali, per i motivi descritti nel precedente paragrafo, sia perché il titolo che ne consegue è fragile in termini di durata e di contenuto e anche la prevista sua convertibilità in lavoro non garantisce la persona straniera dalla perdita di regolarità di soggiorno. Certamente è una condizione giuridica inferiore e più precaria rispetto a quella che esita al compimento del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale.

Il permesso per protezione speciale, infatti, pur nella sua indubbiamente positiva flessibilità, non ha un chiaro contenuto, se non applicando ad esso in via analogica i diritti sottesi a molti altri titoli di soggiorno in forza di quanto previsto dall'art. 2, co. 2 TU (secondo cui le persone straniere regolarmente soggiornanti godono dei medesimi diritti civili attribuiti al cittadino italiano) o indicato in specifiche disposizioni del TU in relazione a precisi diritti (art. 34/diritto all'iscrizione al SSN e 41/diritto alle misure di assistenza sociale).

C'è, tuttavia, un vuoto con riguardo al diritto al ricongiungimento familiare[30] e lo stesso diritto a svolgere attività lavorativa è espressamente previsto solo dall'art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, cioè nell'ipotesi di riconoscimento della protezione speciale da parte della Commissione territoriale all'esito del procedimento di protezione internazionale, così come la convertibilità in lavoro, prevista dal nuovo art. 6, co. 1-bis TU, è correlata a detto art. 32, co. 3, d.lgs. 25/2008, che solo ne definisce il contenuto (durata biennale, svolgimento attività lavorativa, rinnovabilità previo parere della Commissione, convertibilità in lavoro).

Certo, sarebbe irragionevole e discriminatorio ritenere che solo il permesso per protezione speciale rilasciato nel percorso di protezione internazionale abbia quelle

29. Co. 3: Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

30. Prima dell'abrogazione della parte dell'art. 5, co. 6 TU e della correlata eliminazione del permesso umanitario, operate dal d.l. 113/2018, l'art. 29, co. 10 TU escludeva il ricongiungimento familiare «nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6», che il d.l. 113 ha parimenti abrogato. Il d.l. 130/2020 non ha ripristinato detta esclusione ma non ha nemmeno inserito il permesso per protezione speciale tra i titoli in forza dei quali l'art. 28 TU afferma il diritto all'unità familiare.

caratteristiche, le quali, pertanto, vanno riconosciute in analogia anche a quello rilasciato a fronte di domanda diretta al questore, stante l'identità dei presupposti di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1 TU, ma non può negarsi che già queste incongruenze possono indurre incertezza sulla condizione giuridica del titolare di permesso per protezione speciale conseguito al di fuori del sistema asilo.

Riconoscendo, per le ragioni dette, identità di contenuto del permesso per protezione speciale, se si ritiene che esso sia attuativo anche dell'art. 10, co. 3 della Costituzione, concretizzando nell'ordinamento giuridico l'asilo costituzionale, non può negarsi che la condizione giuridica che ne discende sia precaria e certamente inferiore, quanto a garanzie, a quella stabilita a conclusione del sistema di protezione internazionale, il cui titolo di soggiorno ha durata quinquennale, il cui contenuto ha una serie di garanzie previste da specifiche disposizioni contenute nel d.lgs. 251/2007 (artt. 19 e ss.), oltre che poter essere trasformato in permesso di lungo soggiorno ai sensi dell'art. 9 TU, stabilizzando a tempo indeterminato la condizione giuridica e consentendo una più ampia libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea.

Differenza di contenuto e garanzie sottese ai due titoli di soggiorno – per protezione speciale e per protezione internazionale – che inducono ad escludere che mediante il primo possa dirsi attuato il precetto costituzionale di cui all'art. 10, co. 3 Cost., perché la fragilità e per certi versi l'indeterminatezza del suo contenuto sono difformi dalla garanzia assoluta prevista dall'art. 10, co. 3 Cost.

È, pertanto, difficile sostenere che l'art. 19 di nuovo conio dia concreta attuazione all'art. 10, co. 3 della Costituzione ma se si ritenesse, al contrario, che lo attui, non può non escludersi la sua illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento tra due condizioni (asilo costituzionale e protezione internazionale) che sottendono due diritti di natura fondamentale e assoluta ed anzi con un diritto – l'asilo costituzionale – che, a differenza della protezione internazionale, non è soggetto a limiti e/o ostatività.

Prospettazione comunque non facile, perché non vi è una norma espressa che affermi l'attuazione dell'art. 10, co. 3 della Costituzione, derivando da mera interpretazione dottrinale o giurisprudenziali e anche per questa difficoltà dovrebbe usarsi estrema prudenza prima di affermare che tale attuazione sia oggi avvenuta.

5. L'art. 5, co. 6 TU 286/98 e la relazione con l'art. 19

Come anticipato, l'art. 5, co. 6 TU è stato parzialmente reintegrato nel testo originario pre-riforma 2018, in quanto il d.l. n. 130/2020 ha inserito il solo richiamo al «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» e non anche ai «seri motivi, in particolare di carattere umanitario», ed ha omesso anche di ripristinare la previsione del permesso di soggiorno rilasciabile dal questore. La perdita per strada dei seri motivi

umanitari non desta grande preoccupazione, sia per l'indeterminatezza che ne caratterizzava originariamente l'individuazione, sia perché ogni seria ragione umanitaria può e deve trovare collocazione in uno degli obblighi costituzionali o internazionali oggi nuovamente richiamati dall'art. 5, co. 6 TU.

Induce, invece, maggiori riflessioni la coesistenza del ripristinato art. 5, co. 6 con il nuovo art. 19 TU, al cui co. 1.1 è stato inserito, in sede di conversione del decreto in legge n. 173/2020, anche il divieto di espulsione, respingimento ed estradizione in presenza di obblighi costituzionali o internazionali di cui all'art. 5, co. 6 TU. Norma che pertanto è collocata in due differenti parti del TU e a cui occorre dare precisa interpretazione e applicazione, escludendo che possa ritenersi mera ripetizione o norma di principio laddove collocata all'interno del complessivo art. 5.

Non si ignora che, prima dell'abrogazione del 2018, la disposizione indicava, dal 2011, espressamente il potere del questore di rilascio del permesso umanitario[31], ancor prima già previsto dall'art. 11, co. 1 lett. c-ter), d.p.r. 394/99[32] e che nessuna di queste due disposizioni è stata reintrodotta dal d.l. 130/2020, che sembra, dunque, lasciare un vuoto applicativo all'art. 5, co. 6, mentre il novellato art. 19 esplicita il tipo di permesso di soggiorno rilasciabile se accertato uno dei presupposti ivi delineati, quello per protezione speciale.

L'apparente vuoto dell'art. 5, co. 6 va, tuttavia, superato innanzitutto riconoscendo la sua ripristinata natura di clausola di salvaguardia generale dell'intero sistema regolatorio del diritto al soggiorno della persona straniera, certamente oggi integrato ed implementato dal nuovo art. 19, ma che conserva la sua autonomia perché inserito nella parte del TU immigrazione che, disciplinando modi e condizioni per il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno, rappresenta un obbligo positivo dello Stato, a cui corrisponde un preciso diritto della persona se carenti i precisi requisiti previsti per una data tipologia di permesso ma in presenza di obblighi costituzionali o internazionali.

L'apparente sovrapposizione con l'art. 19 TU è superata proprio dalla collocazione sistematica dell'art. 5, co. 6 TU all'interno della regolamentazione del soggiorno, quale limite invalicabile per il potere pubblico di negare la legittimazione al soggiorno anche se mancano o vengono a mancare i requisiti per il rilascio dello specifico permesso richiesto dalla persona straniera. Ad esempio, potrà accadere che venga chiesto il rilascio o il rinnovo del permesso per famiglia (ex art. 5, co. 5 TU) o per lavoro (ex artt. 5 e 22 TU) o per studio (ex art. 5 e 38) o per motivi religiosi (ex art. 11 d.p.r. 394/99), o delle altre variegate tipologie di permesso, e se il questore ritenga insussistenti i suoi presupposti non potrà limitarsi a negarlo ma sarà tenuto a verificare la presenza di un obbligo costituzionale o

31. Introdotto dall'art. 3, co. 1 lett. a) d.l. 89/2011, conv. in l. 129/2011.

32. Introdotto nel 2004 con la modifica al regolamento di attuazione di cui al d.p.r. 334/2004.

internazionale, nel caso svolgendo adeguata istruttoria per accertarlo, in contraddittorio con il/la richiedente, nel rispetto delle regole procedurali fissate dalla legge n. 241/90 e s.m.

Va escluso che l'Autorità di P.S. debba o possa chiedere, a tal fine, il parere della Commissione territoriale, perché quello specifico sub-procedimento è delineato espressamente per il solo art. 19 TU.

In questo modo, l'esistenza degli obblighi costituzionali o internazionali, di cui all'art. 5, co. 6, rappresenta un'estensione/integrazione dei criteri di valutazione, ordinari e straordinari insieme, per il rilascio di uno specifico titolo di soggiorno senza modificarne la tipologia e, pertanto, il permesso che verrà rilasciato potrà senz'altro avere la denominazione della tipologia del permesso richiesto dall'interessato/a, soggiacendo alle medesime regole per esso delineato dal TU immigrazione. Potrà, per esempio, accadere che un lavoratore straniero chieda il rinnovo del permesso per lavoro e il questore ritenga insufficiente il reddito posseduto o superato il periodo massimo di disoccupazione (ex art. 22, co. 11 TU): in tal caso dovrà verificare se, ad integrazione dei requisiti previsti dal TU, vi sia un obbligo costituzionale o internazionale da rispettare e se presente condurrà al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro. E così per tutti gli altri.

Prospettazione che porta, per converso, ad escludere che dopo la riforma 2020 possa chiedersi al questore il rilascio di un permesso sulla base della sola esistenza di uno degli obblighi costituzionali o internazionali, come accadeva prima dell'abrogazione del 2018, perché esso ricade oggi nell'ambito esclusivo di applicazione dell'art. 19, commi 1.1 e 1.2 TU. È fuori di dubbio, tuttavia, che l'art. 5, co. 6 TU conservi la sua piena autonoma e applicabilità nel contesto procedimentale dianzi descritto.

6. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nel nuovo art. 19 TU

Un'ultima riflessione merita di essere posta con riguardo alla parte dell'art. 19, co. 1.1, introdotta dal d.l. n. 130/2020, che vieta l'espulsione e il respingimento se comportino violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (per un'ampia e approfondita analisi si rinvia all'intervento M. Ferri in questo numero della *Rivista)*. Divieto che evoca l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, ma che non coincide strettamente con esso, in quanto il legislatore ha da un lato indicato i criteri sulla base dei quali accertare il rischio di violazione (natura ed effettività dei vincoli familiari, effettivo inserimento sociale in Italia, durata del soggiorno nel territorio nazionale, esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine) e dall'altro ha circoscritto i limiti al suo riconoscimento ai soli motivi di sicurezza dello Stato, ordine e sicurezza pubblica o per necessità di salute pubblica, mentre nell'art. 8 CEDU sono riferiti anche al benessere economico del Paese, alla protezione della morale o dei diritti e delle libertà altrui.

La differenza tra il testo della Convenzione e quello introdotto nel nuovo art. 19, co. 1.1 TU non è di poco conto, sotto entrambi i profili, perché certamente quello nazionale oggi vigente è più ampio del primo e si differenzia anche dall'interpretazione che dell'art. 8 CEDU è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e da quella nazionale[33].

Partendo dai limiti al riconoscimento del diritto, le ragioni di ordine pubblico devono essere interpretate alla luce dei principi vigenti in fattispecie analoghe, come per il diritto all'unità familiare, rispetto al quale, già si è anticipato, è precluso ogni automatismo impeditivo al riconoscimento del diritto in presenza di cause astrattamente ostative, quali le condanne o le inammissibilità indicate nell'art. 4, co. 3 TU, dovendo l'Autorità verificare se in dipendenza da esse vi sia una concreta ed effettiva pericolosità sociale. Principi che sono coerenti con quelli elaborati anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani proprio con riguardo all'art. 8 della Convenzione e riassumibili nei cd. criteri Boultif[34], implementati con ulteriori pronunce[35], che impongono un ragionevole bilanciamento, caso per caso, tra le ragioni dello Stato e i diritti della persona straniera di mantenere la presenza sul territorio nazionale dello Stato ospite.

Quanto alla sicurezza dello Stato, è di per sé un impedimento legittimante l'esclusione del diritto, ritenuto recessivo solo in presenza dei diritti inderogabili previsti dall'art. 15 CEDU, ma che va però motivato, nel rispetto dell'art. 3, l. 241/90 e tenuto conto che si contrappone all'esercizio di un diritto fondamentale, perché compreso nell'alveo dell'art. 10, co. 1 e 2 della Costituzione.

Per quanto riguarda, invece, i presupposti per il riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, va innanzitutto precisato che riguardano disgiuntivamente sia la vita privata che quella familiare[36], ricordando, nel contempo, che quest'ultima ha già una sua precisa attuazione nell'art. 5, co. 5 TU, come novellato nel 2007 per effetto dell'attuazione della dir. 2003/86/CE in materia di ricongiungimento familiare, che si esprime mediante la cosiddetta coesione familiare, cioè il diritto al permesso per famiglia anche in difetto di ingresso con formale ricongiungimento familiare; diritto alla famiglia che la Corte costituzionale ha ricondotto ad unità ribadendone la natura fondamentale (Corte cost. n. 202/2013). Assumerà, pertanto, maggior rilievo, con il nuovo art. 19 TU, il diritto

33. Per una recente analisi della giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 8 CEDU, sia come vita privata che familiare, si rinvia a C. Favilli e M. Ferri, *Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in M. Giovannetti e N. Zorzella (a cura di), *IUS MIGRANDI. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 299 ss., scaricabile liberamente in https://www.francoangeli.it/Ricerca/scheda_libro.aspx?id=26609.

34. Corte EDU, n. 54273/00 del 2.8.2001, *Boultif v. Switzerland*.

35. *Üner v. the Netherlands* [GC], App. No. 46410/99, 18 ottobre 2006. *Hamidovic v. Italy*, App. No. 31956/05, 4 dicembre 2012; *Ejimson v. Germany*, App. No. 58681/12, 1° marzo 2018.

36. Si rinvia all'articolo indicato alla nota 32, in cui le autrici offrono un'approfondita disamina dell'art. 8 CEDU sotto entrambi i profili.

al rispetto della vita privata sganciato dalla presenza di un nucleo familiare in Italia, così come l'esistenza di un nucleo familiare i cui membri sono tutti privi di titolo di soggiorno (fermo restando che, in presenza di figli minori può sempre applicarsi l'art. 31, co. 3 TU, oggi convertibile in lavoro).

È perciò importante ribadire che i criteri per il suo riconoscimento sono quelli indicati dal legislatore nazionale, che consentono non solo di andare al di là dei limiti espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU ma anche di quelli della giurisprudenza nostrana.

Quanto ai primi, è noto che il ragionevole bilanciamento operato dalla Corte di Strasburgo per il riconoscimento del diritto di cui all'art. 8 riguarda prevalentemente le persone straniere stabilmente residenti (settled migrants), anche se non mancano timide aperture, ancora incomplete, a tutela di situazioni di precarietà di soggiorno. Rispetto a questo profilo, l'art. 19 di nuovo conio supera quel limite giurisprudenziale perché non pone, in generale, alcun elemento di distinzione tra persone straniere già in precedenza regolari e coloro che non hanno mai avuto un titolo di soggiorno (distinzione impossibile, stante i divieti assoluti posti dai commi 1 e 1.1 prima parte) e nello specifico del diritto al rispetto della vita privata e familiare non qualifica in alcun modo il tipo di presenza sul territorio nazionale, neppure in relazione alla sua durata, come del resto avvenuto per la coesione familiare di cui all'art. 5, co. 5 TU. Pertanto, può ritenersi che il diritto contemplato dall'art. 19, co. 1.1 ultima parte, richiami certamente l'art. 8 ma che in esso non si esaurisca, comprendendo, invece, tutte le situazioni nelle quali devono essere valutati natura ed effettività dei vincoli familiari, effettivo inserimento sociale in Italia, durata del soggiorno nel territorio nazionale, esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine.

Criteri che consentono di superare anche la necessità di comparazione tra la condizione della persona straniera sul territorio nazionale e il rischio di compromissione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio, che la giurisprudenza ha richiesto per il riconoscimento della protezione umanitaria all'interno del sistema della protezione internazionale, riferita all'integrazione sociale e dunque all'art. 8, (Cass. n. 4455/2018, confermata anche da Cass., SU, nelle pronunce gemelle nn. 29459, 29460 e 29461 del 2019; si vedano anche Cass., nn. 8020/2020, 11935/2020, 13753/2020, 28316/2020, tra le tante). Se nel previgente regime quella comparazione era necessaria in applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 8 della Convenzione, l'adattamento ampliativo effettuato con il nuovo art. 19, co. 1.1 TU supera quella necessità, perché i criteri oggi delineati spostano la lente sul territorio nazionale, sull'effettività della condizione in Italia e il riferimento al Paese di origine non riguarda più il rischio di lesione dei diritti fondamentali ma la mera rilevanza di legami familiari/culturali/ sociali con esso. Legami che sono

oggettivamente risibili maggiore è la durata della presenza sul territorio nazionale e le relazioni qui intessute.

In questa ottica, la Nota della Commissione nazionale asilo, emanata il 3 novembre 2020 e già citata, si configura errata perché restringe l'ambito di riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e dalla giurisprudenza nazionale espressa dalla sentenza n. 4455/2018 della Corte di cassazione, quando la modifica rispetto ad entrambi è palese. Del resto, nella prospettiva quantomeno dell'attenuazione del "vincolo" della comparazione, è interessante richiamare la recentissima pronuncia della Corte di cassazione (ord. n. 29316/2020) che, proprio a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, ha rinviato alle Sezioni Unite per verificare se, anche per l'accertamento della protezione umanitaria, ratione temporis applicabile, «il vulnus possa conseguire direttamente, anche, proprio dall'allontanamento del cittadino straniero dalPpaese di accoglienza. Infatti, a fronte di una situazione di "stabile insediamento", per usare la stessa espressione della Corte EDU, da accertarsi secondo precisi parametri connessi alla durata, stabilità e consistenza qualitativa della condizione di permanenza in Italia, l'allontanamento può configurarsi come evento idoneo a provocare la lesione dei diritti umani fondamentali che connotano il "radicamento" dello straniero nel Paese di accoglienza e dei quali il richiedente risulterebbe privato nel Paese di origine. Dunque, la vulnerabilità, in questa ipotesi, può scaturire dallo "sradicamento" del cittadino straniero che, col tempo, abbia trovato nel Paese ospitante una stabile condizione di vita, da intendersi riferita non solo all'inserimento lavorativo, che è indice indubbiamente significativo, ma anche ad altri ambiti relazionali rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 8.». Quello che la Cassazione chiede alle Sezioni Unite è, dunque, un'attenuazione della comparazione ed è importante non solo per la sorte dei giudizi nei quali va ancora applicata la "vecchia" protezione umanitaria (ex art. 15 d.l. n. 130/2020), ma anche per il riconoscimento del nuovo paradigma entro cui leggere il nuovo istituto della protezione speciale.

Quanto, infine, alla effettività dell'integrazione sociale, va posta attenzione che non venga limitata al solo aspetto lavorativo ma siano valorizzati tutti gli aspetti della vita della persona straniera, cioè le sue relazioni sociali, culturali, politiche, il concreto inserimento nella comunità territoriale, gli studi eventualmente svolti, oltre, come detto, la durata della presenza in Italia.

7. Questioni aperte

Gli aspetti trattati in questo articolo sono solo una parte delle questioni che pone la nuova disciplina, altri ne sono esclusi, come, ad esempio, la sua immediata applicazione nei procedimenti amministrativi e giudiziali di 1^ grado, con esclusione di quelli di rinvio dalla

Cassazione, ex art. 15 d.l. n. 130/2020[37], oppure la disciplina processuale all'esito delle riforme del 2017 e del 2018 rilevanti anche in relazione all'odierna ultima riforma e, non da ultimo, una approfondita disamina dei singoli presupposti per il riconoscimento della protezione speciale delineati nel nuovo art. 19 TU. Aspetti sui quali la Rivista certamente tornerà, completando un'analisi di cui il presente lavoro può essere ritenuto un'introduzione, monitorando anche quella che sarà l'interpretazione giurisprudenziale.

Già ora, tuttavia, pare importante evidenziare che solo se effettivamente colta la radicale portata della riforma recata dal d.l. n. 130/2020, sia all'art. 5, co. 6 che all'art. 19, commi 1, 1.1 e 1.2 TU, senza resistenze del potere amministrativo, potrà dirsi davvero modificata la disciplina sulla condizione giuridica della persona straniera, quantomeno per quella già presente sul territorio nazionale.

È, invece, ancora tutta da compiere l'inversione di rotta per le regole d'ingresso, sempre più imprescindibile per un razionale approccio alla questione migratoria, priva delle distorsioni politiche che la caratterizzano da decenni.

Solo completando, e per certi versi modificando, il complessivo approccio alla questione, si potrà abbandonare anche quella qualificazione di vulnerabilità attribuita dalla giurisprudenza per tutte le situazioni che sfuggono all'ordinarietà prevista dal TU immigrazione, oggi comprese nell'art. 5, co. 6 e nell'art. 19 TU e nella normativa sulla protezione internazionale, le quali hanno fonte nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali e, pertanto, sottendono diritti forti di cui le persone sono titolari. La qualificazione di vulnerabilità è ambigua, perché rischia di inferiorizzare la persona, collocandola in una categoria giuridicamente subalterna perché caratterizzata da debolezza, mentre le persone alle quali quei diritti appartengono sono state "semplicemente" privati di essi.

Non di soggetti vulnerabili si tratta ma di soggetti portatori di diritti fondamentali e, dunque, anche il linguaggio potrebbe essere riformulato per riconoscere loro la pari dignità prevista per tutti gli esseri umani dall'art. 2 della Costituzione, nel contempo rendendo più manifesto il dovere dello Stato[38].

37. Si vedano, in proposito, D. Consoli, *La disposizione transitoria. (Art. 15 d.l. n. 130/2020, conv. con modd. da l. n. 173/2020*) in M. Giovannetti, N. Zorzella, (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021; L. Minniti, *Prime note sull'immediata applicabilità ai procedimenti in corso di alcune norme del d.l. n. 130/2020*, in *Questione giustizia*, 1 febbraio 2021, https://www.questionegiustizia.it/articolo/prime-note-sull-immediata-applicabilita-ai-procedimenti-in-corso-di-alcune-norme-del-d-l-n-130-2020.

38. Sul tema della vulnerabilità, in generale, si veda O. Giolo, B. Pastore, (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018; B. Pastore, *Vulnerabilità situata e risposte alle vulnerazioni*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, n. 1, http://www2.units.it/etica/2020_1/PASTORE.pdf; G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma, Carocci, 2019.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

ESPERIENZE DI CONSULENZA ANTROPOLOGICA NEL GIUDIZIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE.

L'ANTROPOLOGO *ANTROPOLOGO*

di Giorgia Decarli

Abstract: *L'articolo intende offrire alcuni esempi del modo in cui l'antropologia può assistere l'avvocatura nel giudizio di protezione internazionale e vuole enfatizzare l'importanza di un lavoro d'equipe nel quale avvocata/o e antropologa/o, su un piano di reciproco rispetto e consapevolezza dei propri limiti, cooperano in vista di una tutela giurisdizionale effettiva.*

Abstract: *The paper aims at offering some examples of the way how the anthropologist can assist the experts of the legal professions in proceedings dealing with international protection. It also emphasizes the importance of working in a team where lawyer and anthropologist, in mutual respect and awareness of their own limits, cooperate in view of an effective judicial protection.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

ESPERIENZE DI CONSULENZA ANTROPOLOGICA NEL GIUDIZIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE. L'ANTROPOLOGO *ANTROPOLOGO*

di Giorgia Decarli*

SOMMARIO: 1. Fare antropologia. – 2. Applicare l'antropologia. – 3. Il "disordine" dei fatti religiosi in un distretto della Nigeria. – 4. Pascoli e terre in Mali. Procedure di aggiudicazione disfunzionali. – 5. La militanza politica dell'*uomo ordinario* in Guinea Conakry. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Fare antropologia

Parodiando espressioni quali «avvocato antropologo»[1] o «giudice antropologo»[2], la formula ironica "antropologo *antropologo*" scelta per il titolo di questo contributo (e solo lì declinata esclusivamente al maschile) vuole insistere sull'esistenza, nel panorama italiano, dell'antropologa/o quale profilo specialistico ben definito[3]. I mestieri dell'antropologa/o e dell'avvocata/o sono straordinariamente articolati e complessi ed amalgamarne metodologie ed epistemologie rischia di condurre ad una banalizzazione di entrambe le professioni. Queste figure, infatti, hanno una differente formazione e svolgono ruoli diversi benché certamente idonei ad assistersi in vista di una tutela giurisdizionale effettiva di chi richieda protezione internazionale. Rimarcare questa distinzione potrà sembrare a molte/i un fatto ovvio ma l'esigenza di ribadire un'autonomia della professione dell'antropologa/o rispetto ad altre e di riaffermare la specificità delle sue competenze, ha senso se calata nel panorama culturale e universitario italiano dove vi è carente considerazione e scarsa consapevolezza

* Antropologa. Laureata in Diritto dei Paesi Africani e Dottoressa di Ricerca in Antropologia, Storia e Teorie della Cultura. Docente a contratto di antropologia culturale presso l'Università degli Studi di Verona (Dipartimento di Scienze Umane) e presso L'Università degli Studi di Milano Bicocca (Dipartimento di Scienze Umane per la Formazione R. Massa). Coordinatrice dello Sportello Antidiscriminazioni di Trento.

1. Si veda, ad esempio, F. Di Pietro, *Avvocato antropologo: diversità culturali e difesa*, Rubrica *Diritti senza Confini*, 30 gennaio 2020.

2. Penso, in particolare, al contributo di I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, FrancoAngeli Editore, 2016 (del quale ho potuto piacevolmente discorrere in pubblico con l'autrice in occasione del Convegno intitolato *Risposte giuridiche alle migrazioni indotte dal cambiamento climatico: come costruire una società multiculturale?* tenutosi all'Università di Cagliari il 6 aprile 2007).

3. Si veda, a titolo integrativo, https://anpia.it/professione-antropologo-limportanza-del-profilo/.

del contributo intellettuale e delle finalità applicative delle scienze antropologiche[4]. Una lacuna che, non inaspettatamente, rischia di estendersi al sistema giudiziario italiano[5].

Così come un antropologa/o non potrebbe definirsi altresì avvocata/o senza un idoneo percorso di studi, la pratica forense, l'abilitazione, la formazione costante e la cruciale esperienza dell'esercizio della professione in Tribunale (insomma senza divenire un avvocata/o a tutti gli effetti), così non basta all'avvocata/o di conoscere pochi fondamenti di antropologia, di avere una/un migrante come assistita/o, di aver svolto qualche studio indipendente o di fare uso di un test culturale, per potersi definire antropologa/o. In verità, nemmeno le/gli basta la supposta conoscenza di una pratica culturale o la vicinanza storica di un gruppo sociale, essendo la professione dell'antropologa/o ben più di questo[6].

L'antropologia, come il diritto, è un universo vastissimo e complesso che *si apprende* e che *si fa*. La si conosce attraverso la sterminata produzione teorica ed etnografica di grandi studiosi e studiose come Tylor, Boas, Mead, Benedict, Malinowski, Mauss, Lévi-Strauss, Geertz, Amselle ed Herzfeld che hanno formato le/i professioniste/i dell'antropologia dell'ultimo secolo sul modo di conoscere e rappresentare l'*Altro*[7] e di filosofi come Descola, Viveiros de Castro e Latour che hanno insegnato loro a riflettere sul rapporto tra cultura, politica e natura[8]. La *si fa* nel senso che l'antropologia, almeno secondo un certo modo di pensare, non è solo speculazione teorica o divulgazione bensì anche pratica etnografica. Nel suo tentativo di interpretare i processi (in)formali che intercorrono tra individui, gruppi e istituzioni, in seno a contesti simbolici situati, l'antropologa/o ricorre a strumenti peculiari di cui ha imparato a servirsi attraverso i manuali ma soprattutto attraverso l'acquisizione

4. Tema che ho già approfondito in A. Ciccozzi and G. Decarli, *Cultural Expertise in Italian Courts: Contexts, Cases, and Issues*, in *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies*, *Studies in Law, Politics, and Society*, Bingley, Emerald Publishing Limited, 2019 (78), pp. 35-54.

5. *Ibidem*.

6. Le stesse considerazioni sono estendibili al/la giudice che si vede altresì attribuire presunte "abilità antropologiche" nonostante il suo posizionamento rispetto al processo e la sua formazione differiscano notevolmente da quelli dell'antropologa/o.

7. Cito solo alcune opere principali nelle loro prime edizioni. E.B. Tylor, *Primitive Culture: Researches Into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom*, Volume 1, London, John Murray, 1871; F. Boas, *Race, Language and Culture*, New York, The Macmillan Company, 1940; M. Mead, *Coming of Age in Samoa, A Psychological Study of Primitive Youth for Western Civilisation*, New York, William Morrow & Company, 1928; R. Benedict, *Patterns of Culture*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1935; C. Lévi-Strauss, *Tristes Tropiques*, Paris, Plon, 1955; B. Malinowski, *Argonauts of the Western Pacific. An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1922; M. Mauss, *Essai sur le don*, Paris, Presses Universitaires de France 1924; C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973; J.L. Amselle, *Logique Metisses, Anthropologie de l'identite en Afrique et ailleurs*, Paris, Payot, 1990; M. Herzfeld, *Anthropology: Theoretical Practice in Culture and Society*, USA, Blackwell Publishing, 2001.

8. P. Descola, *Anthropologie de la Nature, Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 mars 2001*, Paris, Collège de France, 2001; B. Latour, *Politiques de la nature: Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, Ed. La Découverte, 1999; E. Viveiros de Castro, *Métaphysiques Cannibales*, *Lignes d'anthropologie post-structurale*, Paris, Presses Universitaire de France, 2009.

di "un saper fare". Il primo di essi consiste in ciò che Leonardo Piasere definisce il «"vivere con", un coinvolgimento percettivo, emotivo, affettivo, oltre che cognitivo» [9] con l'interlocutrice/ore utile a capire, prima ancora cosa pensi, "di cosa rida": un'interiorizzazione, spesso inconscia, del suo sistema di senso che serve all'antropologa/o nell'attività ermeneutica di fatti e parole. Un'esperienza partecipativa che l'antropologa/o tenta di prolungare il più possibile per ridurre i potenziali fattori di disturbo dovuti alla sua iniziale condizione di estraneità e di accompagnare all'osservazione, dissimulata ma attenta, dei comportamenti quotidiani e delle interazioni dell'/l interlocutrice/ore con soggetti altri.

Il secondo strumento è il colloquio, non inteso come intervista bensì come conversazione nella quale l'artificialità si vuole ridotta al minimo e la libertà dell'interlocutrice/ore di esprimersi, con le sue digressioni ed esitazioni, estesa al massimo in modo che ella/egli non si senta mai sottoposta/o ad interrogatorio:

«Ci si limita alle "domande che uno si pone", lasciando all'improvvisazione e al "mestiere" la cura di trasformarle nel corso del colloquio in "domande che uno pone". In effetti, le domande che il ricercatore si pone sono specifiche per la sua problematica, il suo oggetto, il suo linguaggio. Non hanno pertinenza se non per il suo universo di senso. Non hanno spontaneamente senso per il suo interlocutore. Bisogna dunque trasformarle in domande che abbiano un senso per lui. È qui che il saper fare "informale" acquisito attraverso l'osservazione partecipante [...] è reinvestito [...] nella capacità di conversare sul terreno stesso dell'interlocutore, utilizzandone anche i codici» [10].

L'antropologa/o, dunque, è (o è stata/o almeno sino ad un certo punto del suo percorso professionale) un etnografa/o e fa la sua scoperta sottraendosi al questionario o al test culturale e rendendosi invece quanto più familiare all'*Altro* per accedere alle sue rappresentazioni emiche del mondo e della vita in esso.

Alla sua scoperta, normalmente, segue un articolato processo di restituzione di quanto appreso e percepito *sul campo*: un processo che in alcuni casi può durare anni ed implica, da un lato, una «thick description» [11], uno sforzo semiotico, una pratica interpretativa dei significati attribuiti a gesti e parole, e, dall'altro, un incrocio del dato qualitativo con le memorie degli archivi storici, con le cronache mediatiche, con il dato quantitativo (se opportuno) e con la letteratura etnografica esistente. Quando ai dati etnografici, per forza

9. L. Piasere, *L'etnografia come esperienza*, in *Vivere l'etnografia*, F. Cappelletto (a cura di), Firenze, SEID Editori, 2009, p. 74.

10. J.P. Olivier de Sardan, *La politica del campo. Sulla produzione di dati in antropologia*, in *Vivere l'etnografia*, F. Cappelletto (a cura di), Firenze, SEID Editori, 2009, p. 39. Indico qui la versione tradotta in italiano da cui ho tratto la citazione.

11. C. Geertz, *op. cit.*, p. 3.

di cose locali, si aggiunge una riflessione comparativa che tenta di trarre delle conclusioni generali a livello territoriale, nazionale o globale, allora l'etnografa/o fa antropologia. L'etnografa/o non cessa di essere tale se in occasione di un'indagine l'immersione sul campo le/gli è preclusa dalle/gli interlocutrici/ori. La consapevolezza che il "non dato" sia un dato e come tale possa essere interpretato, l'esperienza etnografica pregressa, la consapevolezza di dover sempre attingere dalla realtà concreta, la capacità di cogliere ciò che provano o pensano altre/i etnografe/i per via di esperienze comuni, l'abilità comparativa, unite alla capacità di decrittare i lavori altrui e di selezionarli qualitativamente, rappresentano un terreno molto fertile per continuare a maturare analisi etnografiche e riflessioni antropologiche di grande livello.

Tutto questo non è contemplato, ad oggi, nella formazione universitaria e nella pratica forense delle/i giuriste/i italiane/i, le quali prevedono eccellenti attività formative (sia di base che caratterizzanti) legate al diritto statale ma relativamente pochi approfondimenti interdisciplinari, non sufficienti a fare dell'avvocata/o altresì un'antropologa/o. Ritengo, peraltro, che anche laddove il sistema universitario prevedesse per le/i future/i professioniste/i del diritto italiane/i una preparazione antropologica, l'importante carico di lavoro che interessa coloro le/i quali svolgono oggi le professioni legali (nella loro estrema delicatezza) sarebbe poco compatibile con il metodo di ricerca etnografico il quale può richiedere tempi molto lunghi di accesso al campo, di osservazione-partecipante, di permanenza negli archivi, di analisi e restituzione, di selezione delle fonti secondarie.

Reputo, cionondimeno, auspicabile che i fondamenti dell'antropologia culturale e giuridica entrino sempre più a far parte dei piani di studio di giurisprudenza, non solo per la straordinaria capacità delle scienze antropologiche di «decolonizzare le menti»[12] e guardare al mondo attraverso uno sguardo non etnocentrico ma soprattutto per la loro idoneità a sviluppare nelle/i future/i professioniste/i del diritto quella sensibilità culturale utile a far sì che in un particolare caso giudiziario siano persuase/i dell'utilità di avvalersi dell'assistenza di un'antropologa/o e non vogliano riservarle/gli un ruolo residuale o marginale.

2. Applicare l'antropologia

È ampiamente dimostrato, sia a livello nazionale che internazionale, che la conoscenza etnografica/antropologica è applicabile alla soluzione di problemi concreti in molteplici

12. Richiamo qui N. wa Thiong'o, *Decolonizing the Mind. The politics of language in African literature*, London, Heinemann, Studies in African Literature edition, 1986.

ambiti professionali[13]. Come tale essa può entrare altresì in giudizio laddove il diritto italiano consente al/la giudice, al/la pubblico ministero e alle parti di avvalersi delle conoscenze di esperte/i professioniste/i quando il fatto oggetto di controversia richieda particolari nozioni o esperienza[14]. Si tratta di un tema che ho già trattato[15] e che s'inserisce in un ormai consolidato corpus di studi jus-antropologici sulla relazione tra diritto e cultura e, in particolare, sul ruolo nelle istituzioni giudiziarie della cd. *cultural experitse* «th[at] special knowledge that enables socio-legal scholars, anthropologists, or, more generally speaking, cultural mediators, the so-called "cultural brokers", to locate and describe relevant facts in light of the particular background of the claimants, litigants or the accused person(s), and in some cases of the victim(s)»[16].

Negli ultimi tre anni diverse mie consulenze sono finite sulle scrivanie di giudici italiane/i, per lo più sotto forma di relazioni scritte allegate ad impugnazioni avverso dinieghi di riconoscimento della protezione internazionale emessi da Commissioni territoriali o in primo grado. Benché io sia potenzialmente designabile anche da parte di giudici e pubblici ministeri[17], sino ad ora tutti gli incarichi mi sono stati affidati dalle parti su suggerimento di avvocate/i esperte/i nel campo del diritto dell'immigrazione e tutela dello straniero. Io ritengo che ciò sia dovuto alla particolare esperienza di queste/i ultimi/e con *l'Altro qui da noi* e alla loro consapevolezza dell'esigenza di strumenti capaci di rendere accessibili i contesti socioculturali e gli orizzonti semiotici (cioè il repertorio di simboli, norme, prassi, significati e valori) che una/un ricorrente riconosce come parte della società in cui è nata/o e cresciuta/o ma da cui, ad un certo punto, è fuggita/o. E, infatti, l'antropologa/o in giudizio – come in altri ambiti – si adopera per comprendere (ovvero per rendere intelligibile) il senso dell'agire culturale e tradurlo (dal latino *traducere*, cioè trasportarne le logiche interne) in un linguaggio familiare ad altre/i. Ciò non fa di lei o di lui un individuo dai super-poteri né la/il sola/o legittimata/o alla traduzione delle culture ma il suo voler ricercare – quale esercizio professionale e attraverso una pratica totale quale

13. Si vedano, tra gli altri, A. Colajanni, *Una difficile "sfida" per l'antropologia applicativa*, *Antropologia Pubblica*, 2016 (2), p. 1-26; I. Severi, *Quick and dirty. Antropologia pubblica, applicata e professionale*, Firenze, Ed.it.Press, 2019; F. Declich, (a cura di), *Il mestiere dell'antropologo: esperienze di consulenza tra istituzioni e cooperazione allo sviluppo*, Roma, Carocci Ed, 2012; M.L. Baba, *Theories of practice in anthropology: a critical appraisal*, *NAPA Bulletin*, 2000 (18), pp. 17-44; R. Borofsky, *L'antropologia culturale oggi*, Roma, Meltemi, 2000; S. Pink, (a cura di), *Applications of Anthropology, Professional Anthropology in the Twenty-first Century*, New York, Oxford, Berghahn Books, 2007.

14. La sua applicabilità nel campo giudiziario italiano segue quanto generalmente stabilito per il ricorso a consulenti e periti dagli articoli 61-64 e 191-201 del codice di procedura civile e dagli articoli 225-233, 359, 360, 501, 502 e 510 del codice di procedura penale.

15. Per un approfondimento rimando a A. Ciccozzi and G. Decarli, *op. cit*.

16. L. Holden, *Cultural expertise and litigation. Patterns conflicts, narratives*, New York, Routledge, 2011, p. 2.

17. A tal fine sono anche iscritta nei registri dei consulenti e dei periti del Tribunale di Trento.

l'etnografia – una conoscenza capace di cogliere il punto di vista dell'*Altro*, il suo rapporto con la vita e la sua visione del suo mondo, la/lo pone in una posizione privilegiata.

Rientrando le mie relazioni nell'ambito dalla *cultural expertise* e non della *cultural defense*[18] nell'adempiere ai miei incarichi, sino ad ora, ho rispettato un dovere di coadiuvare assistite/i e avvocate/i attraverso un approccio oggettivo che consenta successivamente al/la giudice di esprimersi sulla plausibilità o pertinenza delle vicende narrate. Con «oggettivo» non intendo neutrale – la neutralità è sempre finzione laddove sono coinvolti degli esseri umani agenti[19] – bensì non *engagé* e il più altamente scientifico. A questo riguardo, ho prodotto le mie relazioni principalmente sulla base di saperi acquisiti attraverso esperienze in loco e tra le comunità trapiantate in Italia, testimonianze di altre/i migranti e dettagliate raccolte e comparazioni di fonti di secondo grado: elementi, questi, tutti ugualmente utili nella comprensione e traduzione dei contesti di provenienza e dei sistemi di senso in cui possono collocarsi le storie personali di uomini e donne ordinari che, talvolta, conducono le loro esistenze in aree relativamente remote o poco conosciute del mondo.

È implicito che, ancorché i contesti di provenienza o gli scenari culturali delle/i ricorrenti possano talvolta apparire assonanti e talune cornici analitiche offerte dall'antropologia possano riproporsi qua e là, ciascuna attività di consulenza, formale o informale, è nondimeno singolare poiché il vissuto di ogni ricorrente (come quello di ogni essere umano) è inedito e il suo legame emotivo e ideologico con un dato contesto o un repertorio di significati e valori può variare rispetto a quello di altre/i e modificarsi nel corso del tempo.

Lo spazio circoscritto di un articolo non mi consente di riportare quanto prodotto sino ad oggi. Ritengo utile, tuttavia, presentare degli ampi estratti di alcune mie relazioni per dare un senso concreto (e non esaustivo) dei modi in cui un'antropologa/o può applicare le proprie conoscenze in giudizio e, in particolare, nei giudizi di protezione internazionale[20]. Per ragioni di privacy i nomi dei ricorrenti (tre uomini) saranno omessi e sostituti con iniziali di fantasia e così i nomi delle località di provenienza.

18. È forte la tendenza a confondere le due cose (si veda, L. Holden, *op. cit.*) ma, normalmente, all'antropologa/o coinvolta/o come *esperta/o culturale* (in qualità consulente o perito, o anche solo informalmente) non si chiedono argomentazioni difensive e, infatti, tutti le/gli attrici/ori legali in un processo possono servirsi delle sue competenze.

19. C. Geertz, *Works and Lives: The Anthropologist as Author*, Stanford, Stanford University Press, 1989.

20. I testi sono stati in parte compendiati, adeguati (si vedrà) alle esigenze narrative e qua e là integrati nei riferimenti bibliografici (per ragioni editoriali) ma restano assolutamente identici nella sostanza. Gli originali di queste ed altre relazioni confluiranno, in forma totalmente anonimizzata e insieme ai contributi di molte/i esperte/i in Europa, nel database CULTEXP, prodotto primario di EURO-EXPERT, progetto diretto da Livia Holden e finanziato dallo European Research Council.

3. Il "disordine" dei fatti religiosi in un distretto della Nigeria[21]

La prima delle relazioni riguarda un caso recente relativo al Sig. E.H.T. fuggito dalla Nigeria a causa di pericolose minacce subite in seguito alla sua decisione di non subentrare al padre nella carica di *Evel Ekowba* (o *Chief Priest*) trasmessa nella sua famiglia, in via patrilineare, da almeno tre generazioni. Stando al Sig. E.H.T., assecondare la volontà del padre avrebbe comportato per lui l'obbligo di rinunciare al proprio sacerdozio presso la *God's Heritage Outreach Mission* e lo avrebbe costretto ad aderire a regole non condivise e a svolgere pratiche rituali e sacrifici contrari alla sua religione. Il suo rifiuto di accettare la prescrizione religiosa vigente nella sua famiglia, tuttavia, avrebbe comportato una grave violazione dell'ordine costituito con conseguente ostracismo da parte della popolazione locale e, soprattutto, il rischio di incorrere in violenze mortali esercitare dal padre o dai suoi emissari. La polizia, cui il Sig. E.H.T. si è rivolto, non avrebbe verificato la reale sussistenza e illiceità dei fatti rappresentati sul presupposto che essi ricadono nell'ambito privatistico-familiare. Al momento, la permanenza del Sig. E.H.T. fuori dalla Nigeria si configurerebbe, da un lato, quale esito di una fuga conseguita alla situazione di grave pericolo e alla fragilità della tutela istituzionale, dall'altro quale stato di elusione indotto dal padre, il quale dopo la sua sparizione gli ha intimato di non tornare mai più.

La storia del ricorrente è parsa pertinente con le iniziali conoscenze dell'esperta e con le successive ricerche da lei condotte sul contesto sacro-religioso nigeriano relativamente al quale ha svolto la relazione, soffermandosi (data la sterminatezza del tema) solo sugli elementi maggiormente rilevanti per il caso specifico e collegandoli, all'occorrenza, a brevi estratti di narrazioni del ricorrente così come emerse nelle conversazioni e negli scambi epistolari intercorsi in un lasso di tempo di circa tre mesi.

La relazione non tergiversa sulle informazioni relative alla provenienza e all'appartenenza etnica del ricorrente (il gruppo Agbo verosimilmente apparentato con la società Igbo)[22] reputate assodate, per concentrarsi subito sull'elemento più denso e

21. Questa relazione è stata l'esito di un lavoro protrattosi per circa tre mesi consistito in colloqui con il ricorrente, scambi epistolari con il medesimo e (come parte del mio personale approccio alla consulenza) in una ricerca e selezione bibliografica ad ulteriore sostegno delle mie esegesi e intuizioni. Data la padronanza dell'inglese (solo saltuariamente alternato ad espressioni in *Nigerian pidgin* di cui ho una conoscenza superficiale) la comunicazione tra me e il ricorrente non ha necessitato di alcuna mediazione linguistica. Il ricorso a qualche scambio epistolare si è invece reso opportuno nei periodi di *lockdown* imposti dalla pandemia da Covid-19 durante i quali non ho voluto sospendere la nostra interazione. Talune sue considerazioni scritte, riportate testualmente nel report, presentano delle imprecisioni ortografiche che ho ritenuto di non correggere nel rispetto delle norme di citazione. A distanza di un mese e mezzo dalla consegna della relazione (e ancora in attesa di conoscere l'esito del processo) io e il ricorrente siamo in contatto e quando possibile partecipo alle attività e celebrazioni della comunità nigeriana locale di cui egli è il Pastore.

22. Più ipotesi sembrano condurre alla medesima conclusione. Da un lato, questo tipo di relazione potrebbe riflettersi nella lingua *igbo* dove la parola *agbo*, tra i suoi significati, contempla «discendente, familiare, lignaggio» (si veda, K. Williamson, *Dictionary of Ònìchà Igbo* [1972], Benin City, Ethiope Press, revised and expanded version, 2006).

complesso della sua storia, ovvero la religione. La storia del Sig. E.H.T. si è da subito situata in un panorama familiare alle/gli etnografe/i studiose/i delle società africane, dove il legame tra i vivi e i defunti – o tra i vivi e tutti gli altri possibili elementi del complesso universo spirituale – emerge con grande forza e dove azioni individuali e collettive, private e pubbliche, rivelano un legame profondo e (più o meno) diretto con il sacro.

Tale scenario è complesso. Benché in esso ciascun individuo, gruppo o Stato concepisca la propria appartenenza religiosa in modo esclusivo, identificandosi precisamente come cristiano (evangelico o cattolico), mussulmano o adepto delle religioni indigene, taluni elementi distintivi di ogni modello religioso possono ravvisarsi anche in ambiti di un altro[23]. Per questo, molti fatti religiosi che si manifestano in Africa devono essere pensati in modo alquanto "disordinato" e non rispondono alle logiche binarie prevalenti nel pensiero Occidentale (es. religioni monoteiste vs. religioni politeiste o religione cristiana vs. religione pagana o sacralità/scienza vs. magia/superstizione/stregoneria)[24]. Ciò porta ad affermare che (i) le religioni indigene dell'Africa (superficialmente descritte come "pagane"), pur mantenendo delle specificità, non sono esattamente il contrario del cristianesimo e (ii) quest'ultimo, come dimostra la sterminata produzione letteraria sulla teologia africana, è tutt'altro che una religione dai caratteri universali[25]. Nel continente, infatti, oggi si identificano almeno tre grandi tendenze dell'identità cristiana frutto di differenti processi di inculturazione del cristianesimo e dell'esperienza di contatto con l'europeo – una teologia critica, una teologia della liberazione ed una teologia nera – a loro volta legate ad un'immensa varietà di liturgie (rituali, cerimonie, formule di culto)[26]. Questo quadro analitico può prestarsi ad una lettura della storia del Sig. E.H.T. e del complesso universo religioso in cui essa si colloca.

Durante gli studi in legge egli ha abbracciato la *God's Heritage Outreach Mission*, una Chiesa pentecostale annoverata nella *Christ Gospel Church*[27], poco nota nello scenario cristiano italiano eppure importante in quello nigeriano e in quello delle comunità nigeriane trapiantate altrove, per la sua capacità di rispondere alle istanze di modernità meglio di

---

Dall'altro, e più in genere, Agbo e Igbo sarebbero accomunati dal fatto di parlare una stessa lingua (*lagbo*) della famiglia linguistica bantu. Essi, inoltre, sarebbero legati da una relazione di contiguità: insieme ai Bahumono formano un gruppo il cui nome indica la macro-comunità che popola la *Abi* Local Government Area of Central Cross River State (dove A sta per Agbo, B per Bahumono ed I per Igbo).

23. Si veda, V. Petrarca, *Pagani e cristiani nell'Africa nera*, Palermo, Sallerio Editore, 2000.

24. *Ibidem*.

25. Si veda, J.F. Bayart, *Africa in the world: a history of extraversion,* in *African Affairs*, 2000 (99), pp. 217-267, che riconosce, infatti, la capacità delle/gli africane/i di impossessarsi di ciò che viene dall'esterno attivamente e di riformarne/risignificarne pratiche ed idee. Ciò è valso anche per il Cristianesimo.

26. Per una riflessione approfondita e indicazioni sui molti contributi relativi al tema rimando ancora a V. Petrarca, *op. cit*.

27. A sua volta inclusa nella NEMA (Nigerian Evangelical Missions Association).

quanto facciano le altre Chiese. Stando a Marshall nel pentecostalismo nigeriano il linguaggio – inteso come l'atto performativo del predicare, del pregare pubblicamente il nome di Gesù e del testimoniare – rappresenta il modo di fare le cose e riflette la cd. *Word of Faith* ovvero una delle principali dimensioni della Chiesa pentecostale in genere[28]. A ciò si riferisce il Sig. E.H.T. quando, descrivendo la propria religione, parla di «do the will of God by speaking the truth...» e relativamente al suo ruolo di Pastore afferma: «I have many principles but just this. It is to promote and spread the knowledge of the Gospel massage and of Christ».

Il *Gospel massage* richiama un secondo importante elemento del pentecostalismo cioè quello del perdono dal peccato, la liberazione o *deliverance* (cui lo stesso Sig. E.H.T. si rifà spesso con espressioni come «...come out from sin»). Quest'ultima è particolarmente sentita in Africa – e nelle comunità trapiantate altrove – per via dell'assonanza con molti culti indigeni. In ambo due questi universi religiosi, infatti, la malattia, la sciagura e la malasorte sono punizioni inflitte da spiriti occulti il cui cosmo è disturbato dal peccato umano. Nel caso del pentecostalismo essi devono essere affrontati (grazie all'aiuto dello Spirito Santo) mentre nel caso delle religioni indigene essi devono essere quietati (attraverso rituali e sacrifici).

Le analisi più attente, in verità, rivelano che tra queste religioni vi è più di qualche assonanza. Malgrado si percepiscano e descrivano in modo esclusivo quando non antitetico, esse sono interdipendenti[29]. Stando a Meyer il cristianesimo non sarebbe una mera alternativa alle religioni indigene ma esisterebbe proprio perché esistono queste ultime: i demoni da esse invocati, infatti, vanno combattuti attraverso le armi cristiane non perché frutto di superstizioni infondate ma, al contrario, perché realtà provate estremamente pericolose da cui è necessario salvarsi[30]. Per questo motivo il pentecostalismo può allontanare (e di fatto ha allontanato)[31] molti giovani Pastori dai loro villaggi: il desiderio

28. R. Marshall, *Political spiritualities: the Pentecostal revolution in Nigeria*, Chicago Ill, University of Chicago Press, 2009.

29. Sul tema si vedano i contributi di autori come J. Comaroff and J.L. Comaroff, *Of revelation and revolution: Christianity, colonialism, and consciousness in South Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 1991; B. Meyer, *Translating the Devil: religion and modernity among the Ewe in Ghana*, Edinburg, Edinburg University Press for the International African Institute, 1999.

30. B. Meyer, *op. cit*. La cd. *spiritual warfare* – si veda, J.M. Stritecky, *Israel, America, and the Ancestors: Narratives of Spiritual Warfare in a Pentecostal Denomination in Solomon Islands, Journal of Ritual Studies*, 2001 (15), pp. 62-78 – è un terzo caposaldo della religione pentecostale e si combatte contro tutte le forze che affliggono l'esistenza dell'individuo, dai governi militari ai demoni della tradizione che agiscono servendosi della cultura locale, ovvero delle religioni indigene (si veda, ad esempio, J. Comaroff and J.L. Comaroff, *Modernity and its malcontents: ritual and power in postcolonial Africa*, Chicago, University of Chicago Press, 1993; B. Meyer, *op. cit*.).

31. Si veda, ad esempio, R.A. Van Dijk, *Young puritan preachers in post-independence Malawi*, Africa, 1992, (62), pp. 159-181.

di realizzazione individuale incoraggiato dal *Faith Gospel* (o Vangelo della Prosperità)[32] unito alla crociata contro i demoni indigeni può determinare una censura, anche violenta, con la famiglia nativa.

Nel caso specifico, tuttavia, l'allontanamento del ricorrente dalla famiglia si lega *anche* ad una paura tangibile verso il padre, ovvero verso (i) colui il quale verosimilmente detiene maggiore autorità in seno al nucleo familiare per via dell'età, del genere e dello *status* sociale; (ii) colui il quale, in qualità di *Evel Ekowba* della religione indigena *Ekowba ju-ju* ricopre un ruolo di grande potere nella comunità estesa dei vivi e dei *living dead*, precedentemente svolto dal nonno paterno e trasmesso al Sig. E.H.T. in via patrilineare (ciò che fa della sua famiglia un'entità molto influente in ambito spirituale, medico, giuridico e politico).

La percentuale di religioni indigene esistenti in Nigeria si aggira intorno al 1,5% ma la loro varietà resta molto elevata e la loro dettagliata conoscenza è preclusa non solo alla/o studiosa/o ma anche alla popolazione locale poiché contrassegnata da un elevato grado di segretezza accessibile soltanto a capi, *priests*, sacerdotesse, pastori, *medicine-(wo)men*, *practitioners* e funzionari(e) sacri/e, una volta superati specifici rituali, pronunciati giuramenti di fedeltà e assunti ufficialmente i loro ruoli. Relativamente a situazioni analoghe alcuni studiosi hanno parlato di un «secondo mondo» nel mondo esistente[33]. Esperte/i di differenti discipline hanno tentato di sconfinare nelle sfere occulte di tali universi religiosi senza mai riuscirci completamente ma potendo constatare con certezza che (i) sono popolati da una molteplicità di entità divine (incarnate in esseri umani, in defunti, in essenze legate al mondo naturale) cui il creatore supremo avrebbe devoluto parte dei suoi poteri, e che (ii) il segreto ne rappresenta un elemento cruciale.

Il fenomeno della segretezza ricorre a tutti i livelli della vita umana e così nelle religioni indigene a dispetto dello strettissimo legame che normalmente lega i membri di uno stesso clan o villaggio, e nonostante la comunicazione tra tali individui occupi uno spazio rilevante. Dagli studi etnografici emerge che, pur mantenendo ciascuna religione indigena delle specificità, in varie società dell'Africa occidentale il segreto si profila soprattutto in alcuni luoghi sacri e negli spazi di operatività di talune figure spirituali (i *Chief Priests*, i *medicine-men* e i capi delle società segrete come, ad esempio, i *War Chiefs*) due delle quali sono centrali nella storia del Sig. E.H.T. per via del suo rapporto di discendenza diretta dal padre che le incarna. Ciò può spiegare ragionevolmente perché egli abbia più volte ribadito di non

32. Il quale promuove il benessere e la ricchezza individuali nonché l'impresa religiosa purché realizzati nel rispetto delle regole morali.

33. Si vedano, ad esempio, G. Simmel, *Secrecy and secret societies*, in *The sociology of George Simmel*, trad. a cura di K. H. Wolff, New York, The Free Press, 1950; H. Webster, *Primitive secret societies. A study in early politics and religions*, New York, The Macmillan Company, 1908.

(poter) conoscere aspetti dettagliati delle pratiche del padre (salvo quelle che lo hanno riguardato direttamente) poiché «you can't know about it untill you become one of them»[34].

Il ricorrente attribuisce al padre il ruolo di *Eval*/*Evel* (spelling incerto). Nei vocabolari consultati il termine non compare ma ricorre in almeno un contributo antropologico sugli *agbo* di Itigidi per indicare il ruolo di capo e, in particolare, di capo religioso[35]. Lo stesso ricorrente traduce la parola con *Chief Priest* e associa la persona dell'*Eval* ad uno *shrine* ovvero ad un tempio sul cui altare, per quanto gli è dato sapere, lui – e lui soltanto[36] – versa il sangue sacrificale. Stando alle conoscenze dell'esperta e alla letteratura antropologica, nel contesto nigeriano (e non solo) il *Chief Priest* svolge un ruolo di prestigio, comando e supervisione su altri/e funzionari(e), malgrado tutti dipendano da colui il quale personifica il mondo sacro e agisce in suo nome. Il Sig. E.H.T. non sa indicare il nome di costui in relazione all'*Ekowba ju-ju*, sostenendo che questa informazione sia preclusa a coloro i quali non ricoprono una funzione sacra o non siano devoti iniziati al culto. E, infatti, per gli specialisti del sacro e soprattutto per coloro i quali ricoprono ruoli gerarchici elevati possono valere rigidissime norme antisociali che impediscono loro di apparire in pubblico e vietano a chiunque non abbia giurato loro fedeltà di pronunciarne il nome e riferirsi ad essi nelle più semplici azioni quotidiane. Il ricorrente cita, a mo' di esempio, almeno un evento (di cui vi è notizia in letteratura) in cui l'*Eval* non può mostrarsi pubblicamente (o lo fa solo in un giorno prestabilito, dedicato all'apparizione dei funzionari sacri) ovvero quello del *Edele Aji*, un festival dal valore sociale, religioso ed economico celebrato nel dicembre di ogni anno ad I. – città di provenienza del Sig. E.H.T.[37]. Durante il periodo del festival, l'*Eval* prenderebbe cionondimeno parte ai rituali nascosti ad esso associati come, ad esempio, il sacrificio dell'ariete bianco e i sacrifici umani che avverrebbero nel tempio ogni 1° gennaio «meant to please the gos of Ekowba [...] The kind of celebration, they say, gives them hope because it is there for father's religion» (tema su cui la relazione tornerà oltre).

La letteratura antropologica sui *Chief Priests* in Nigeria è disorganica e difficilmente sintetizzabile. La relazione informa però su alcuni aspetti assodati di questa peculiare figura. Egli è scelto dalle divinità e il suo ruolo, normalmente, è trasmesso in via patrilineare. È responsabile di un tempio e agisce in qualità di mediatore o intermediario tra gli esseri umani e quelli non umani, interpretando i messaggi di questi ultimi per lo più attraverso la manipolazione di elementi naturali. In tal senso, egli agisce in molteplici qualità ma gode, comprensibilmente, di poteri eccezionali per via della sua capacità di comunicare con gli

34. «This is the one I know but there are orders I don't know until I become the member of shrine».

35. C.S. Ecoma and L.E. Ecoma, *Edele Festival of The Itigidi People of Cross River State and its Impact*, *International Journal of Asian Social Science*, 2013 (3), pp. 1781-1792.

36. «Without him nobody will do it».

37. «As an Eval, yes, in Edele festival only when the sacrifices is taking place, but he doesn't go out, he stays in the house, people doesn't see him any how».

oracoli e le divinità che pervadono la cosmologia e lo spazio fisico di molte società nigeriane, tra cui gli Igbo. Le abilità del *Chief Priest* spaziano dalla divinazione, all'amministrazione della giustizia parallela allo Stato (aspetti analizzati nella consulenza) e i suoi rituali assumono una varietà di significati (garantire benessere, successo, microcredito, pace e protezione; punire; ristabilire equilibri spezzati riconciliando le relazioni tra i vivi e quelle tra i mondi visibile ed invisibile, quando turbate dal disordine). Nelle sue pratiche rituali egli si serve di specifiche figure, elementi (in)organici, ingredienti, contenitori e utensili che, malgrado il loro significato simbolico resti segreto, contribuiscono evidentemente alla manifestazione del sacro.

In talune circostanze egli agisce altresì in qualità di guaritore in senso lato. Anche stando a quanto riferito dal Sig. E.H.T. l'*Eval* può ritenersi una figura in cui confluiscono, tra gli altri, i poteri del *medicine-man* o *ju-ju man*: «Every spiritual leader is a medicine man. My father is a spiritual religion leader and a big medicine man». Le abilità di quest'ultimo vanno dalla capacità di preparare decotti e balsami per curare i devoti ad una profonda conoscenza degli spiriti delle streghe con cui interagisce per comprendere le cause del male. Si tratta di una situazione già osservata in antropologia nonché nel più specifico contesto nigeriano (a partire dagli anni Settanta almeno)[38]. Le abilità comunicative con il mondo invisibile possono rendere accessibili ad un *Chief Priest* anche i rimedi della medicina cd. tradizionale che in Nigeria (come altrove) prospera per via della sua accessibilità, della sua efficacia[39] e per il valore culturale che conserva in molte comunità: già a metà degli anni Settanta, gli esperti di antropologia medica spiegarono che i tipi di cura esistenti in una particolare società e le azioni curative in cui si inseriscono derivano dalle eziologie riconosciute, ovvero dalle scienze che indagano le cause dei fenomeni[40]. Laddove opera il *medicine-man* (ad es, in molte comunità Igbo della Nigeria) le pratiche mediche e le terapie vanno oltre la farmacologia poiché la malattia e l'infermità sono ricondotte alla malevolenza o alle cattive azioni di un individuo verso un altro e alle conseguenti reazioni di spiriti e divinità. L'attività di diagnosi del *medicine-man*, pertanto, è meta-clinica e la cura non richiede soltanto un intervento di natura terapeutica ma altresì che la causa sociale del problema sia rintracciata, sradicata e punita. Consultando gli oracoli e gli antenati, il *medicine-man* non apprende solo quali piante medicinali siano utili a curare il corpo bensì quali siano le cause della malattia al di là della sua dimensione somatica, ad esempio un

38. Si veda, ad esempio, il caso della religione indigena degli Edo della Nigeria, osservata da M.R. Welton, *Belief and ritual in the Edo traditional religion*, Thesys, Department of Anthropology and Sociology, University of British Columbia, Vancouver, 1969.

39. È riconosciuta dalla WHO come in grado di diagnosticare e prevenire malattie (si veda, World Health Organization, *Traditional Medicine*, Facts sheet, 2003, No. 134).

40. Si veda, ad esempio, G.M. Foster, *Disease Etiologies in Non-Western Medical Systems, American Anthropologist*, 1976 (78), pp. 773-782.

torto, un furto, un inganno inflitto a terzi cui è opportuno porre rimedio per ristabilire l'equilibrio sociale e cosmologico. Alla luce dell'importanza attribuita alla sfera dell'invisibile e al potere del *medicine-man*, è verosimile che le indicazioni di quest'ultimo siano difficilmente messe in discussione (anche laddove, in cambio della guarigione, sia richiesto il più penoso dei sacrifici). La sua figura, tuttavia, può risultare ambigua. Infatti, la conoscenza e il controllo di una varietà di piante e materiali organici messi a disposizione dal vasto ambiente naturale, uniti al potere di un rituale, nelle mani di un *medicine-man* possono servire anche scopi maligni come vendicare, ricattare, ferire o uccidere (si vedano, tra gli altri, noti casi di tratta di donne). Questo potrebbe spiegare l'accezione negativa con la quale il Sig. E.H.T. si riferisce al padre quale *medicine-man* e la sua non esitazione nell'attribuirgli una capacità di "far ammalare"[41] rispetto alla quale nessuno ha il coraggio di interferire[42].

Il ricorrente colloca la figura dell'*Eval* (anche con specifico riferimento al padre) in uno *shrine* e riconduce alle sue pratiche quella del sacrificio. Nella letteratura antropologica lo *shrine* (tempio o santuario) serve una molteplicità di fini e rappresenta uno scenario complesso, a prescindere dalle varietà architettoniche. Wunenburger lo descrive soprattutto come un «set of subjective experiences of the person who, during particularly intense emotional states, exaltation or fear, becomes aware of being connected to suprasensible realities and of being dependent on an all-embracing presence who exceeds them»[43]. Come altrove, anche in Nigeria le attività svolte nei templi sono connaturate al complesso panorama culturale in cui essi si collocano, ovvero in seno ad un patto con il mondo invisibile il cui mistero spesso infonde particolare timore o soggezione. In questi peculiari luoghi sacri, attraverso l'azione del *Chief Priest* e dei/lle suoi/sue funzionari(e), s'instaura una comunicazione con il mondo invisibile nella quale lingue, oggetti, vestiario e azioni veicolano significati che vanno ben oltre le loro proprietà tangibili e la mera utilità.

In anni recenti, alcuni *shrines* nigeriani sono stati oggetto di grande attenzione da parte dei mezzi di comunicazione locali in quanto presumibili dimore di cd. *ritual killings*, un'espressione spesso usata per riferirsi ad uccisioni perpetrare in cerca di potere spirituale. Nella relazione sono analizzati taluni articoli risalenti al 2014 e 2015 riguardanti un tempio di Okija in Igboland (meglio noto come *The Home of Ogwugwu Akpu*), le cui attività segrete hanno prosperato fino al 2004 quando un'irruzione della polizia ha rinvenuto dozzine di crani e corpi senza vita, taluni smembrati, alcuni dentro bare, altri sul pavimento[44]. Non è

41. «I was affiliated with blindness and sickness and rashers all over my body and hotness all over my body».

42. «I was taking from one place to another tenement [...] the[y] refuse[d] taking me to the hospital and church because everybody was afraid the[y] will come to the hospital and kill me before someone help me out from my village to served my life...».

43. J.-J. Wunenburger, *Le sacré*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Que-saisje?, 2013.

44. La polizia parlò di 83 cadaveri (di cui 63 decapitati) e 20 crani.

dimostrato che le morti siano avvenute in situ ma pare che esse – imputate ai poteri dell'*Ogwugwu* – fossero previste dai *Priests* e che, al loro sopraggiungere, questi chiedessero che i cadaveri fossero riesumati e portati al tempio per poi essere spostati e abbandonati nella foresta del *Ogwugwu*.

I sacrifici umani sono stati criminalizzati dal Codice Penale nigeriano del 1990 (Sec. 329) ma è possibile (o verosimile) che, data la loro importanza in talune comunità particolarmente legate alle religioni indigene, essi non si siano mai estinti e siano più semplicemente passati ad uno stato di clandestinità (così come altre pratiche osservate in antropologia). Le ragioni del recente affiorare in superficie dei *ritual killings* in alcune città della Nigeria non sono ancora del tutto chiare: mentre taluni lo attribuiscono ad un peggioramento delle condizioni socioeconomiche in cui versa ampia parte della popolazione nigeriana, che vi farebbe ricorso in cerca di ricchezza[45], altri lo riconducono proprio alla comune forte credenza nei *living dead*, nelle divinità e, in genere, in uno scenario sacro-culturale che può dare senso ed efficacia ai sacrifici rituali (anche quelli che coinvolgono parti di corpi umani)[46]. In questa seconda corrente potrebbero collocarsi le dichiarazioni espresse, allo scoppio del «caso Okjia», dal defunto leader politico del Biafra Chukwuemeka Ojukwu il quale, condannando la pratica di chi usa i templi a tali scopi[47], non ha mancato di segnalare altre simili situazioni sul territorio. Le scomparse e le morti che le attuali cronache locali nigeriane riconducono a sacrifici rituali[48], quindi, non si legherebbero ad un fatto nuovo bensì ad un fenomeno che si sta semmai intensificando ed ha oggi maggiore risonanza mediatica anche grazie alle nuove tecnologie, ma relativamente a cui sembrano scarseggiare le azioni penali[49].

I sacrifici umani, in effetti, non sono precisamente una novità in Nigeria e risalgano già al periodo precoloniale quando animali ed esseri umani erano offerti alle divinità sotto forma di divinazione, pagamenti di debiti e punizioni per condotte disonorevoli[50], a patto che il rituale non fosse mai un'azione privata bensì eseguito da coloro i quali possedevano il potere

45. Si veda, ad esempio, A.O. Melvin and T. Ayotunde, *Spirituality in cybercrime (Yahoo Yahoo) activities among youths in south west Nigeria*, in *Youth Culture and Net Culture: Online Social Practices*, E. Dunkels, G. M. Franber, C. Hallgren (a cura di), Pennsylvania, IGI Global, 2011, pp. 357-380.

46. Si veda, ad esempio, C.O. Jegede, *African indigenous religious rituals and magic in Ibadan politics: Issues for the democratization process in Nigeria, International Journal of Sociology and Anthropology*, 2014 (6), pp. 42-48; F.B. Okeshola and A.K. Adeta, *The nature, causes and consequences of cybercrime in tertiary institutions in Zaria - Kaduna State, Nigeria, American International Journal of Contemporary Research*, 2013 (3), pp. 98-114.

47. Stando alle perquisizioni, nel tempio furono rinvenuti anche dieci registri contenenti nomi di potenti politici e uomini d'affari patrocinanti il tempio in cambio di potere e prosperità.

48. Attualmente, mancano delle stime precise sui *ritual killings* in Nigeria a causa dell'assenza di un sistema di raccolta dati e di ricerche accademiche recenti. Le cronache parlano, tuttavia, di cifre allarmanti.

49. Ciò è confermato anche da molteplici rapporti tra cui quelli dell'*Immigration and Refugee Board of Canada*.

50. Si vedano, ad esempio, H.L. Moore and T. Sanders, *Magical Interpretations, Material Realities: Modernity, Witchcraft and the Occult in Postcolonial Africa*, London, Routledge, 2003; J.M. Awolalu, *Yoruba Beliefs and Sacrificial Rites*, Essex, Longman, 1979.

di mediare con le divinità. Essi, inoltre, possono inserirsi in una più ampia cornice nota soprattutto all'antropologia giuridica. Nonostante la Nigeria sia una Repubblica federale dotata di costituzione e diritto scritto, e nonostante già dalla fine degli anni Novanta abbia adottato un sistema di elezioni democratiche, il ruolo straordinariamente significativo giocato dalle istituzioni informali in questioni politiche, giuridiche e sociali, a tutti i livelli della società, è documentato. Dai tempi coloniali sino ad oggi, in assenza di autorità locali capaci di garantirsi il pieno rispetto della popolazione, i templi e i loro *Priests* (proprio attraverso il loro potere di infliggere la morte o garantire la vita e la pace) hanno esercitato – talvolta ufficialmente in regime di *Indirect Rule*, talaltra clandestinamente – funzioni che il sistema percepito come "non-indigeno" pare non essere in grado di inglobare e lo hanno fatto servendosi di una varietà di mezzi tra cui, verosimilmente, anche pratiche e rituali legati ai corpi umani.

Non è dato sapere se il padre del Sig. E.H.T. sia mai stato direttamente coinvolto nei fatti di Okija ma il ricorrente racconta (in assenza di sollecitazioni sui fatti del 2004 da parte dell'esperta) che il tempio del *Eval Ekowba* ha spesso collaborato, attraverso inviti reciproci a cerimonie sacrificali, con i *Chiefs* dei templi di Okija la cui reputazione come "dispensatori" di giustizia è nota e quella di *ritual-killers*, alla luce di quanto esposto, è se non altro possibile. In relazione ai sacrifici praticati dall'*Eval Ekowba*, il Sig. E.H.T. parla di vittime animali e umane, e riconduce proprio a questa capacità del padre («the alter of human being blood sacrifice 100%») l'enorme potere attribuito dalla comunità alla sua famiglia. È verosimile che i dettagli sui significati e la simbologia dei sacrifici praticati dal padre siano preclusi al ricorrente non essendo questi un devoto del culto *Ekowba*. Nel suo racconto, cionondimeno, egli richiama ripetutamente due elementi significativi: il fatto che il padre abbia sacrificato o usato per fini sacrificali il corpo defunto del primo figlio[51] e la certezza che, qualora egli fosse subentrato nel ruolo del padre, avrebbe dovuto compiere il medesimo gesto[52]. Una componente essenziale del rituale sacrificale è l'identificazione di un particolare (s)oggetto che diviene un simbolo sacro attraverso un processo di santificazione[53]. L'oggetto del sacrificio, normalmente, dipende dai significati e i fini di quest'ultimo (che richiedono di essere studiati in relazione alla specifica comunità in seno a cui esso si svolge) ma, stando alle testimonianze, sovente deve trattarsi di qualcosa o qualcuno dal valore simbolico o verso cui esiste un legame profondo. La relazione si sofferma sul tema del sacrificio e della violenza rituale (qui ommesso per ragioni di spazio) non tralasciando che la letteratura sui sacrifici

51. «We are three, the first one die when he was 4 years old I don't know him my mother told me my father use him for the sacrifices before I was born to replace my brother so that I will be the ju-ju prist».

52. «Then I will use my first son also for the sacrifices».

53. Si veda, ad esempio, J.L. Fontaine, *Ritual Murder?* London, OAC Press Interventions Series #3, London School of Economics, 2011.

umani nella sfera religiosa riporta tanto trasformazioni di quest'ultimi in sacrifici animali quanto il contrario, e non rimanda soltanto ad epoche storiche passate: sono documentati casi contemporanei come il sopraccitato *ritual killing* (o *money-ritual sacrifice*) praticato in Nigeria per garantire ricchezza e fortuna[54] o il *child sacrifice* praticato in Uganda (e non solo) nella realizzazione di progetti ambiziosi come la costruzione di imprese commerciali[55]. Già negli anni Novanta, l'antropologia ha messo in luce la duplice capacità dei sacrifici di porsi a metà tra l'obbligazione sacra che non può essere sottovalutata, pena incorrere in gravi azzardi, e l'atto criminale cui si ricollegano pericoli di eguale gravità[56].

Come emerge da quanto sopra, le affermazioni del Sig. E.H.T. riguardo questi episodi personali si collocano in una cornice plausibile sotto l'aspetto antropologico, così come il racconto dell'uccisione della moglie che il ricorrente attribuisce al padre ma che potrebbe porsi al di fuori della sfera sacrificale configurandosi alla stregua di una vendetta attuata da un uomo molto potente la cui autorità è stata sfidata insieme all'ordine sacrale e sociopolitico costituito.

Relativamente alle aggressioni e malefici ordinati dal padre a danno del Sig. E.H.T., che avrebbero causato a quest'ultimo cecità temporanea, eruzioni cutanee e un forte malessere, egli chiarisce di aver denunciato i fatti alla polizia senza, tuttavia, aver trovato aiuto. Questo pare verosimile per almeno due motivi. Da un lato è concepibile che la polizia non abbia voluto interferire nelle questioni familiari di un *Eval Ekowba* per il timore delle possibili conseguenze derivanti dall'addentrarsi nelle zone grigie a cavallo tra mondo visibile e invisibile (ciò si ricollega a quanto già osservato sopra sul potere delle istituzioni informali e alla non casuale scarsità di indagini ed azioni legali sulle attività degli *shrines*). Dall'altro lato, l'area del Cross River State non fa eccezione rispetto agli enormi problemi sociali, economici e politici che interessano tutto il territorio nigeriano alle prese con una povertà crescente, migrazioni di massa dalle campagne alle città, elevatissimi livelli di disoccupazione, forti disparità, legioni di violenze, conflitti e lotte che minacciano la sicurezza e l'integrazione locale, regionale e nazionale. Stando ai rapporti esistenti, in questa situazione generale, le forze dell'ordine nigeriane si trovano in una condizione di *going dark*, termine usato per indicare una capacità decrescente di accedere legalmente al materiale

54. Si vedano, tra gli altri, D.J. Smith, *Ritual killing, 419, and fast wealth: Inequality and the popular imagination in southeastern Nigeria, American Ethnologist*, 2001, (28), pp. 803-826; C.O. Jegede, *op. cit*.

55. Si vedano, tra gli altri, P.K. Byansi et al., *Responses to Child Sacrifice in Uganda, International Letters of Social and Humanistic Sciences*, 2014 (41), pp. 78-91; E. Walakira and P. Bogere, *Child sacrifice in Uganda: adequacy of existing legal provision, International Letters of Social and Humanistic Sciences*, 2014 (41), pp. 92-101; P. Bukuluki and C. Mbabazi Mpyangu, *The African Conception of Sacrifice and its Relationship with Child Sacrifice, International Letters of Social and Humanistic Sciences*, 2014 (41), pp. 12-24.

56. R. Girard, *Violence and the Sacred Sacrifice*, in *Readings in Ritual Studies*, a cura di R.L. Grimes, Eaglewood NJ, Prentice Hall, 1996.

probatorio ed esaminarlo scientificamente, e di far fronte ai maggiori problemi criminali (rapimenti, rapine, omicidi e terrorismo, per citarne alcuni). Stando ad un articolo del 2013, tra il 1996 e il 2000, la polizia nigeriana ha archiviato un totale di 1,072,026 casi[57]. Di questi, circa 540,000 casi (il 50%) non sono stati accertati o sono rimasti irrisolti poiché sotto-investigati o per mancanza di prove. Attualmente, non risultano esistere dati sufficienti per poter affermare un miglioramento di tale criticità.

4. Pascoli e terre in Mali. Procedure di aggiudicazione disfunzionali[58]

La seconda delle consulenze riguarda il Sig. A.T. fuggito dal Mali in seguito ad un grave episodio accaduto nel giugno 2014, narrato in occasione di delicati colloqui. Stando al racconto, un giorno di quel mese, A.T. e suo padre si sarebbero recati verso l'area di T. per far pascolare il bestiame. Giunti sul pascolo, il padre si sarebbe allontanato lasciando solo il figlio nel frattempo addormentatosi. Il giovane sarebbe stato improvvisamente svegliato dall'assalto di un gruppo di uomini che, dopo averlo accusato di aver lasciato che le bestie sconfinassero sul loro campo rovinando il raccolto, lo avrebbe picchiato selvaggiamente, spezzandogli una gamba. Udendo le urla da lontano, il padre sarebbe corso immediatamente sul posto e, nel tentativo di proteggere il ragazzo, sarebbe stato accoltellato morendo poche ore più tardi. Lo stesso uomo che avrebbe tentato invano di soccorrere il padre portandolo all'ospedale, sarebbe poi tornato sul posto per aiutare anche A.T. accompagnandolo a casa. Il ricorrente sarebbe stato ricoverato in una struttura di B. solo alcuni giorni più tardi, all'arrivo dello zio materno per il sostenimento delle spese mediche. Nel frattempo, la madre di A.T. sarebbe stata costretta a rifugiarsi presso la famiglia nativa poiché i proprietari del fondo avrebbero incendiato la loro abitazione. Disperata, avrebbe incoraggiato il figlio ad andarsene per mettersi in salvo. Il Sig. A.T. narra di aver rinunciato a chiedere aiuto alla propria famiglia poiché consapevole dell'assenza di alleanze sufficientemente forti da proteggerlo e di aver ritenuto di non potersi tutelare rivolgendosi alle istituzioni statali (in primis alla polizia e quindi alla giustizia) per via di una generale inefficacia del regime

57. Si veda, E.C. Chinwokwu, *Crime and Criminal Investigation in Nigeria: A Study of Police Criminal Investigation in Enugu State, International Journal of African and Asian Studies*, 2013 (1), pp. 66-72.

58. Ho conosciuto il ragazzo in questione prima di questa sua esperienza con il sistema giudiziario italiano e quindi prima che egli divenisse il ricorrente. Insieme abbiamo partecipato ad una molteplicità di attività organizzate da alcune realtà istituzionali e socioculturali del Nord Italia. Sino al ricorso non mi ha mai parlato della sua storia: un'esperienza per lui tanto insostenibile da non riuscire ad articolarla. Questa relazione è stata l'esito di un faticoso lavoro di circa due mesi nei quali, grazie all'aiuto di due preziose conoscenze in comune, ho potuto sviscerare le sue vicende e contestualizzarle nell'ambito dei complessi regimi maliani di gestione delle terre e dei meccanismi locali di risoluzione delle dispute. Data la sua scarsa padronanza con l'italiano e le lingue con cui ho maggiore familiarità e data l'importanza di una comprensione piena, in quel periodo la comunicazione tra me e il ricorrente ha visto l'eccellente mediazione linguistica di un suo conterraneo. Ho perso ogni contatto con lui dopo che la Corte ha respinto il suo ricorso senza alcuna citazione della relazione dell'esperta. Il ragazzo se n'è andato facendo perdere le sue tracce.

maliano di tutela della persona nonché per gli elevati costi processuali. Egli inoltre racconta che portare la questione di fronte alla giustizia statale poteva non essere sufficiente a risolverla, in un sistema dove i diritti consuetudinari continuano a godere di ampia legittimazione. Di fronte allo stato dei fatti, avrebbe ritenuto di non avere altra alternativa se non quella di fuggire.

La storia del Sig. A.T. è parsa compatibile con le conoscenze dell'esperta sul Mali e su talune dinamiche più volte riscontrate da lei ed altre/i studiose/i in varie regioni dell'Africa subsahariana in relazione alla molteplicità dei regimi di gestione della terra, ai meccanismi consuetudinari di risoluzione dei conflitti, alle alleanze familiari e alla fragilità delle istituzioni statali. In relazione alle vicende del ricorrente, la situazione politica attuale del Mali – non stabile per via dei frequenti scontri tra il governo centrale, gli jihadisti vicini ad al-Qaeda e i gruppi tuareg – è un elemento non certo irrilevante. La tensione presente sul territorio innegabilmente contribuisce ad alimentare uno stato di insicurezza e di fragilità delle istituzioni statali nella tutela della persona. Dalla relazione, tuttavia, emerge siano altri (e maggiormente specifici) gli aspetti di questa storia da "tradurre": aspetti rispetto ai quali il contesto politico corrente maliano rappresenta semmai un elemento aggravante e non, invece, il presupposto che ha spinto il ricorrente a fuggire.

Nel distretto di K. – di provenienza del Sig. A.T. – è da anni in corso una sanguinosa faida (che nel 2016 ha visto un incremento degli scontri documentato dai quotidiani locali) per questioni legate alla paternità di terre limitrofe: faida che ha costretto le autorità amministrative della regione a recarsi sulla scena per cercare di calmare le ostilità. Si tratta di un'area le cui risorse naturali dalle quali dipendono molti gruppi (principalmente la terra, la pastorizia e l'acqua) sono scarse e (così come in altre regioni dell'Africa subsahariana) gestite attraverso apparati intricati, ben lontani da quella che molti contributi scientifici presentano come una situazione chiaramente distinta tra regimi statali e regimi locali sulla terra.

Qui, come nel resto del Mali, una legislazione statale fondiaria esiste ma fatica ad essere implementata e l'accesso alle risorse naturali avviene sulla base di un sistema complesso dove le politiche governative di nazionalizzazione, registrazione e decentralizzazione amministrativa delle risorse s'aggrovigliano con molteplici modelli di proprietà e gestione fondiaria di carattere locale[59] (alcuni dei quali riconosciuti attraverso i *Land Codes* del 1986 e del 2000).

59. Ciò a cui nella letteratura scientifica ci si riferisce con l'espressione diritti consuetudinari: insiemi fluidi di regole che si sono profondamente modificati nel tempo in risposta agli interventi governativi coloniali e post-indipendenza e che continuano ad adattarsi e reinterpretarsi alla luce di interazioni culturali, cambiamenti socioeconomici e processi politici. La loro varietà determina non solo differenze tra contesti pastorali e agricoli ma anche in seno a questi ultimi. In ambito agricolo, in particolare, si osservano mutevoli modalità di accesso alla terra (diritti di nascita, primo insediamento,

Ciò fa sì che su un singolo fazzoletto di terra si instaurino molteplici tipologie di utilizzo (ad esempio, agricolo, pastorale ed ittico se vi siano raccolte d'acqua), di diritti (molti dei quali coincidono con situazioni meno inclusive di ciò che, nel modello euroamericano, si associa al termine "proprietà") e di utenti (ad esempio, agricoltori, pastori residenti e non, agro-pastori, uomini, donne, migranti e autoctoni), talvolta in una situazione di concorrenza reciproca e d'incertezza sull'attendibilità di accesso alla risorsa[60]. In questo panorama macchinoso, i diversi attori ricorrono a una molteplicità di meccanismi regolatori delle relazioni tra coloro che per primi hanno conquistato/dissodato il terreno, coloro che lo hanno ereditato e coloro che lo usano, e a differenti interpretazioni dei dettati normativi statali e locali per tentare di affermare i loro interessi e sostenere i propri diritti. Può essere interessante notare che, stando ad alcuni *large-N studies*[61], quando vi sono giurisdizioni molteplici, con una sovrapposizione di mandati, la biforcazione di autorità provocata da fora concorrenti può minacciare la legittimità di ciascun forum, creando procedure di aggiudicazione disfunzionali. Può accadere, cioè, che di fronte ad una situazione di interferenza reciproca tra giustizia statale (accessibile attraverso denuncia alle forze dell'ordine e instaurazione di processo di fronte ad una/un giudice togata/o) e giustizia consuetudinaria (ovvero intervento del capo villaggio o del consiglio degli anziani) i gruppi siano incentivati a risolvere le dispute eludendo entrambi. In taluni casi, anche ricorrendo all'uso di misure violente. Da uno studio di Eck emerge che gli Stati con giurisdizioni concorrenti vedrebbero il 200-350% in più dei conflitti collettivi sulla terra, alcuni dei quali sfociano in scontri violenti (che, in situazioni estreme, degenerano altresì in guerre civili)[62]. La violenza non è la regola: non lo è nemmeno presso società acefale che disconoscono

conquista, residenza, coltivazione, pastorizia abituale, castigo, concimazione, sanzioni spirituali, affitto, prestito, acquisto) e di successione nel complesso dei rapporti che la riguardano (es. sistemi patrilineari e/o matrilineari).

60. Si vedano, L. Cotula and S. Cissé, *Changes in 'Customary' Resource Tenure Systems in the Inner Niger Delta, Mali, The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2006 (38), pp. 1-29; M. Moritz, *Changing Contexts and Dynamics of Farmer-Herder Conflicts across West Africa, Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne des Études Africaines*, 2006 (40), pp. 1-40; P. Peters, *Conflicts over land and the threats to customary tenure in Africa, African Affairs*, 2006 (112), pp. 543-562; T.A. Benjaminsen and B.A. Boubacar, *Farmer-Herder Conflicts, Pastoral Marginalisation and Corruption: A Case Study from the Inland Niger Delta of Mali, The Geographical Journal*, 2009 (175), pp. 71-81; A.B. Tor, S. Holden, C. Lund, E. Sjaastad, *Formalisation of land rights: Some empirical evidence from Mali, Niger and South Africa, Land Use Policy*, 2008 (26), pp. 28-35; T.A. Benjaminsen, *Formalising Land Tenure in Rural Africa, Forum for Development Studies*, 2002 (29), pp. 362-366; C. Boone, *Land regimes and the structure of politics: patterns of land-related conflict, Africa: Journal of the International African Institute*, 2013 (83), Special Issue: Land Politics in Africa: Constituting Authority over Territory, Property and Persons, pp. 188-203; A. Roy, *Peasant struggles in Mali: from defending cotton producers' interests to becoming part of the Malian power structures, Review of African Political Economy*, 2010 (37), pp. 299-314; B. Camara, *The dynamics of land tenure systems in the Niger Basin, Mali, Africa: Journal of the International African Institute*, 2013 (83), Special Issue: Land Politics in Africa: Constituting Authority over Territory, Property and Persons, pp. 78-99; ed altri.

61. Ovvero analisi quantitative di studi qualitativi.

62. Si veda, K. Eck, *The law of the land: Communal conflict and legal authority, Journal of Peace Research*, 2014 (51), pp. 441-454.

qualsiasi forma di autorità suprema e che contemplano la faida quale possibile metodo di risoluzione del conflitto. La violenza, normalmente, rappresenta l'ultima ratio laddove ogni altro tentativo è fallito. Lund spiega che dietro la maggior parte dei casi in cui una disputa sulla terra diviene violenta, si cela una storia di tentativi non violenti di risolvere la questione[63]. Questi *large-N studies*, tuttavia, suggeriscono che l'organizzazione pluralista dell'autorità legale, laddove i molteplici sistemi di diritto si trovano ad agire in modo parallelo, può influenzare le considerazioni di un gruppo di ricorrere all'uso della forza per risolvere le dispute.

È dunque plausibile che l'insicurezza di accesso a risorse primarie come la terra (fondamentali per la sopravvivenza biologica, socioculturale e sociopolitica di molti gruppi africani), unita a un deterioramento delle relazioni tra agricoltori, pastori e agro-pastori (avvenuto in anni recenti in risposta alle variazioni climatiche e ai processi dell'economia globale)[64] ed ad una forte politicizzazione delle identità etniche da parte di molte élites partitiche, abbiano concorso a creare una situazione volatile nel distretto di K. capace di alimentare il rischio di violenze collettive nonché di esporre alcuni gruppi (soprattutto quelli più vulnerabili, come i Kakolo, gruppo di appartenenza del Sig. A.T.)[65] ad una situazione di maggiore fragilità.

Nel quadro sinteticamente presentato può collocarsi il racconto del Sig. A.T. il cui bestiame è sfuggito alla sua sorveglianza andando a pascolare su un terreno altrui in tempo di semina. L'incidente può aver verosimilmente comportato la violazione delle norme locali stabilite dai capi villaggio (e ammesse dal diritto statale) che regolano i permessi e le modalità di pascolo sulle superfici coltivabili e può aver realmente creato un danno a coloro che in quel momento ritenevano di godere di un diritto sul quel terreno. Questa situazione che, in un differente momento storico e in diverse condizioni, probabilmente sarebbe stata portata all'attenzione del capo villaggio o delle autorità giudiziarie statali, è invece sfociata in un atto di violenza, plausibilmente esacerbato dalle tensioni già esistenti in loco sulle questioni legate alla terra: violenza che dapprima può aver causato gravi ferite al ragazzo (confermate da perizia medica) e, successivamente, condotto all'uccisione di suo padre.

La relazione a questo punto si sofferma su un secondo non trascurabile aspetto di questa storia, ovvero la fuga del ragazzo incoraggiata dalla madre: evento che chiama in causa il

63. C. Lund, *Local Politics and the Dynamics of Property in Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

64. Che hanno aumentato, ma in una situazione di concorrenza, tanto le superfici destinate all'agricoltura quanto la concentrazione di bestiame bisognoso di terre da pascolo.

65. Storicamente dominati dai Mandinka contro la cui tirannia si organizzarono già in passato, fondando la società dei cacciatori (si veda, in merito, Y.T. Cissé, *La confrérie des chasseurs Malinké et Bambara. Mythes, rites t récits initiatiques*, Paris, Arsan et Ivry Éd. Nouvelles Du Sud, 1994). La consulenza contiene anche una sezione legata all'elemento etnico che qui, per ragioni di spazio, devo omettere.

ruolo dei parenti. In molte società subsahariane, la tutela del singolo s'inserisce nell'ambito delle relazioni familiari e, prima ancora, in quello delle relazioni parentali[66]. I rapporti di discendenza si utilizzano con esplicita valenza normativa e divengono i luoghi dentro cui si sviluppano diritti e doveri, si controlla l'accesso alle risorse e si attivano forme di responsabilità e tutela collettiva. In assenza del padre, di zii paterni, di fratelli maschi e nonni, e in presenza di un solo zio materno (che è intervenuto limitatamente alle spese ospedaliere), il sistema di tutela che può o potrebbe essere garantito al ragazzo nell'ambito della discendenza patrilineare e/o matrilineare, pare molto debole o comunque non sufficientemente forte da opporre resistenza alla famiglia che ha aggredito il Sig. A.T e ucciso il padre. Stando al racconto del ricorrente, quest'ultima è numerosa, ricca e potente e per questo in grado di prevalere nello scontro fisico (come dimostrato) e nei rapporti egemonici, nonché di corrompere la polizia, in un contesto in cui, sovente, gli interessi legati alle reti di potere locali possono prevalere sull'obbligo di investigazione e tutela di un querelante. L'invito della madre a fuggire, quindi, potrebbe essere dipeso dalla consapevolezza della situazione di forte vulnerabilità familiare del ragazzo di fronte all'accaduto. La stessa che nel 2018 ha visto la madre trovare la morte dopo aver tentato di ristabilirsi nella proprietà del marito defunto, violando verosimilmente quelle norme di "evitazione" o "elusione" (sovente osservate in antropologia) che possono instaurarsi tra famiglie in faida e prevedono di non riavvicinarsi al gruppo rivale sino a quando la controversia si consideri risolta. L'assenza di solidarietà parentale, unita alla generale situazione di povertà della madre, potrebbe anche giustificare plausibilmente l'impossibilità per il Sig. A.T. di sostenere le spese utili a consentirgli di accedere al sistema di giustizia statale (pagandosi un avvocato)[67] per proteggersi da coloro i quali sanno che egli è testimone oculare di un omicidio.

La relazione chiarisce però che questi due sistemi di giustizia non si escludono a vicenda. Infatti, anche nel felice caso in cui il ricorrente si fosse rivolto alla polizia e poi alle istituzioni ottenendo tutela giudiziaria, la questione avrebbe potuto non considerarsi comunque risolta a livello locale. Infatti, la volontà di ricorrere a metodi altri di risoluzione della disputa non è necessariamente inibita dall'esistenza di una sentenza emessa da un Tribunale statale ed è invece proporzionale all'intensità del legame che unisce gli individui con le concezioni locali di terra, danno, onore e leadership. L'azione violenta esercitata contro il Sig. A.T. e i suoi genitori può essere espressione di una delegittimazione del sistema di giustizia statale nonché della volontà di vendicare, in modo radicale, un torto profondo (sebbene colposo e

66. La consulenza approfondisce l'istituto della famiglia e i rapporti di parentela in alcune regioni dell'Africa occidentale ed offre una comparazione tra le organizzazioni familiari ivi maggiormente diffuse e quelle presenti in Occidente, spiegandone alcuni tratti peculiari.

67. Scarseggiano le fonti che consentano di stabilire se in Mali sia previsto l'istituto dell'assistenza legale pro bono.

non doloso) legato ad un bene (la terra) da cui dipende la sopravvivenza di una famiglia e centrale nella distribuzione del potere. Un torto cui può non essere sufficiente rispondere con una semplice sanzione legale o una forma di giustizia ripartiva ma rispetto al quale possono ritenersi, invece, necessarie strategie più dure per sostenere il proprio interesse e per difendere il proprio onore, strategie che possono coinvolgere parenti anche lontani e possono durare anni, fintanto che il danno non si considera riparato. Questo tipo di circostanza è ampiamente descritto nella letteratura jus-antropologica e facilmente riscontrabile in seno alle dimensioni sociogiuridiche parallele allo Stato osservate in numerose regioni dell'Africa occidentale, tra cui il Mali. Alla luce delle conoscenze dell'esperta, non è affatto inusuale.

5. La militanza politica dell'*uomo ordinario* in Guinea Conakry[68]

La terza relazione attiene alla storia del Sig. B.D.S. fuggito dalla Guinea Conakry per il timore di essere arrestato in seguito all'organizzazione di festeggiamenti per l'esito positivo ottenuto dall'*Union des Forces Démocratiques de Guinée* (UFDG) in occasione delle elezioni del 28 settembre 2013. Nel suo racconto, il ricorrente sostiene di non potersi tutelare rivolgendosi alle istituzioni giudiziarie statali guineane per via di una generale inefficacia del regime di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e di aver rinunciato a chiedere aiuto alla propria famiglia da cui è stato allontanato proprio a causa delle sue scelte politiche. Di fronte allo stato dei fatti, avrebbe ritenuto di non avere altra alternativa se non quella di fuggire.

La prima parte della consulenza sviscera i principali eventi storico-politici della Guinea Conakry a partire dall'indipendenza. Questo approfondimento è opportuno alla luce del fatto che il passato della Guinea Conakry gioca un ruolo importante nella situazione corrente ove si collocherebbe la storia di militanza del ricorrente. Ciò che i dimostranti guineani tentano di sfidare scendendo in strada senza alcuna tutela è un'incessante repressione, unita a generazioni di paura.

Lo scenario storico offerto dalla relazione (ma qui esposto solo a grandi linee) mostra con una certa evidenza che la Guinea Conakry soffre di un male difficilmente curabile,

68. Questa relazione è stata l'esito di un lavoro di circa tre mesi durante i quali, tuttavia, i colloqui con il ricorrente sono stati ridotti al minimo (anche) a causa della distanza geografica trovandoci agli estremi opposti dello *stivale*. In questo particolare caso, una parte delle vicende esperite dal ricorrente è stata estrapolata dal verbale delle dichiarazioni rese nell'audizione personale e ciò spiega altresì perché le citazioni di alcune sue affermazioni ricorrono in italiano (egli ha dichiarato di parlare francese e «un po' d'italiano» ed è stato per questo affiancato da un interprete). Dal provvedimento di diniego del riconoscimento della protezione internazionale ho potuto dedurre quali fondamentali aspetti dell'esperienza personale e del contesto socioculturale di provenienza del ricorrente (a me noto per via di studi pregressi e conoscenze d'interlocutori guineani) non sono stati colti o compresi dalla Commissione territoriale. Aspetti che, pertanto, ho ritenuto di approfondire (assieme ad altri) nella mia relazione. Il ricorrente ha infine ottenuto lo *status* di rifugiato politico.

causato da un susseguirsi di regimi che hanno concorso a sviluppare (e mantenere per almeno un cinquantennio) una cultura del terrore politico, della violenza fisica e dell'arbitrarietà, dove i capi di Stato hanno goduto di un potere enorme determinato dal controllo dell'apparato statale e, soprattutto, delle forze militari e paramilitari. Nell'arena sociopolitica, nessun governo al potere ha esitato ad usare l'arresto e la forza (anche letale) soprattutto nelle occasioni in cui i sindacati e le forze militanti hanno avanzato richieste per un cambiamento sociale e politico. I regimi sono cambiati ma la violenza repressiva sembra essere rimasta una costante così come l'asservimento del sistema di giustizia al potere esecutivo e le condizioni inumane delle carceri che per molti prigionieri si sono tramutate in una condanna a morte. La questione non è la mancanza di una cornice istituzionale, perché già la Costituzione del 1990 aveva istituito la *rule of law*, l'indipendenza del potere giudiziario ed un funzionamento snello del sistema di giustizia. Il problema è sempre stata la sua mancata applicazione.

Al momento dell'indipendenza in Guinea s'instaurarono prima una dittatura civile (1958-1984) voluta da Sékou Touré che governò il Paese sino alla sua morte [69] e successivamente i regimi militare (1984-1990) e autoritario (1990-2008) del Presidente Generale Lansana Conté[70]. Seguì la dittatura militare del Capitano Moussa Dadis Camara che fu al potere tra il dicembre 2008 e il dicembre 2009 (quando si ritirò in seguito ad un attentato)[71]. Il suo doveva essere un governo di transizione verso un sistema democratico nel quale lui non avrebbe corso per le elezioni. Finì, tuttavia, col rimangiarsi quanto promesso. Le proteste dei gruppi all'opposizione e della società civile culminarono in un comizio tenutosi il 28 settembre 2009 allo stadio nazionale di Conakry che le guardie

69. Tra il 1969 e il 1976 furono arrestate almeno 4000 persone per ragioni politiche. Stando alle liste ufficiali, circa un centinaio furono condannate a morte, probabilmente giustiziate ma i loro corpi non furono mai restituiti alle famiglie. Circa un migliaio furono liberati. Il destino di tutti gli altri è ad oggi un mistero (si veda, Amnesty International, *Guinée: Emprisonnement, 'disparitions' et assassinats politiques en République populaire et révolutionnaire de Guinée*, Paris, Éditions francophones d'Amnesty International, 1982). Touré fu colui che condusse la Guinea verso l'indipendenza creando grande speranza nella popolazione ma fu anche colui che istigò un terrore politico ed ideologico di cui il Paese ancora oggi soffre e mise insieme tutti gli ingredienti che condussero al regime militare del Generale Lansana Conté e alla sua continuazione in quello di Dadis Camara.

70. Conté era innanzitutto un Generale, usò le forze armate come uno dei principali strumenti per mantenere il potere. Nel 1998 Conté vinse le elezioni facendo imprigionare il candidato oppositore (allora Alpha Condé). Quando iniziò a circolare la voce che Conté si sarebbe presto ritirato, decine di migliaia di guineani scesero in strada intonando lo slogan *changement*. Seguì un bagno di sangue. Secondo i rapporti governativi almeno 129 persone furono uccise e 1700 colpite da proiettili (si vedano, ad esempio, Human Rights Watch, 2006, *'The perverse side of things': Torture, inadequate detention conditions, and excessive use of force by Guinean security forces*, Report 18/7(A), 2006; Human Rights Watch, Dying for change: *Brutality and repression by Guinean security forces in response to a nationwide strike*, Report 19/5(A), 2007).

71. Camara sospese la Costituzione e concentrò tutti i poteri nelle mani del Capitano e dei principali ministeri. Fu solo dopo il Forum delle Forze Militanti della Guinea, tenutosi a Conakry il 12 marzo 2009, che il principio di un parlamento transitorio fu accettato, sebbene con riluttanza.

presidenziali insieme alla polizia e alla milizia irregolare presero d'assalto, sparando sulla folla. Più di un centinaio di donne furono stuprate dai soldati. Più di 1500 persone furono ferite e 157 morirono in quello che passò alla storia come il *bloody monday massacre*[72]. I corpi furono sepolti in massa dalle forze militari. Le indagini condotte nei confronti del personale militare responsabile delle uccisioni furono carenti e sono tuttora in corso[73].

All'inizio del 2010, con l'ascesa del Generale Sékouba Konaté, si venne a creare un clima politico maggiormente favorevole per l'implementazione di alcune riforme introdotte con il supporto della comunità internazionale[74]. Il governo ad interim consentì le prime elezioni presidenziali democratiche dall'indipendenza che condussero all'elezione (nel novembre 2010) del Presidente Alpha Condé attualmente al potere. Nei mesi intercorsi tra la prima votazione e il ballottaggio, tuttavia, i media[75] documentarono numerosi scontri che ancora una volta portarono a più di un centinaio di arresti e a decine di morti.

Quello di Condé si presentò come un governo civile, democraticamente eletto. Vi furono una ripresa dell'economia, un miglioramento dei progetti di sviluppo, l'istituzione di alcune nuove Corti per migliorare l'accesso della popolazione ai Tribunali. Vi fu una revisione del sistema carcerario. Ancora una volta sembrò l'inizio di una rinascita democratica e della *rule of law* ma presto ci si rese conto che il nuovo modello stentava a funzionare. Il sistema giudiziario restò soggetto all'influenza politica. Il personale e le risorse economiche a disposizione delle Corti continuarono a scarseggiare. I diritti civili garantiti dalla legge seguitarono ad essere scarsamente rispettati nella pratica. Il diritto ad un giusto processo continuò ad essere quasi regolarmente negato (motivo per cui molte dispute ancora oggi non giungono alle Corti e sono gestite informalmente, attraverso i sistemi di giustizia consuetudinari). Le condizioni delle carceri restarono critiche al punto che molti detenuti ancora oggi rischiano di morire in prigione. La prassi della detenzione preventiva ad libitum non fu mai abbandonata: ad oggi la maggior parte dei prigionieri si trova in questo stato. Allo stesso modo persistettero gli arresti arbitrari accompagnati dall'uso della forza e, sovente, da stupro.

Il periodo tra il 2011 e il 2018 (che vide Condé prevalere sull'avversario Diallo altre tre volte, in violazione del limite costituzionale) fu ugualmente segnato da propositi politici di rinnovamento democratico e giudiziario ma, nei fatti, il cambiamento fu debole essendo la riforma minacciata da più di mezzo secolo di cattive pratiche. La difficoltà di instaurare un

72. Human Rights Watch, *Bloody Monday: The September 28 massacre and rapes by security forces in Guinea*, 2009; Human Rights Watch, *Guinea: Reform of security forces must deliver justice for Bloody Monday massacre*, 2010.

73. Si veda in merito, International Criminal Court, *Focus: Alleged crimes against humanity committed in the context of the 28 September 2009 events in Conakry, Guinea*, Report on preliminary examinations activities, 2018, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf.

74. Tra cui l'adozione di una nuova Constitution de la République de Guinée.

75. Si vedano, tra gli altri, France 24, Al Jazeera e BBC News.

dialogo politico pacifico con l'opposizione perdurò e le elezioni si svolsero sempre in climi di proteste, angherie e paura. Proprio nel concitato scenario elettorale del 2013 si collocano gli eventi che hanno spinto il ricorrente a fuggire. La Corte Suprema proclamò la vincita di Condé ma i numeri suggerirono che la sua non fosse una maggioranza schiacciante. Ciò alimentò ulteriormente tensioni e violenze portando, ancora, alla morte di decine di protestanti e centinaia di feriti, nell'impunità dei colpevoli. La situazione politica è attualmente molto critica.

In questa cornice sociopolitica la componente etnica gioca certamente un ruolo ma merita uno sguardo attento. La Guinea (come l'Africa subsahariana più in genere) rivela una forte eterogeneità nella popolazione in seno alla quale i confini dei gruppi sono fluidi e flessibili in senso situazionale. Tuttavia, i discorsi dei leaders guineani post-indipendenza hanno adottato un modo di (far) pensare (al)la Guinea *per blocchi*[76], tipico dell'approccio etnologico coloniale e diffuso nel modello culturale euroamericano. Il Paese appare così suddiviso in alcune regioni geografiche ognuna comunemente identificata con un gruppo etnico maggioritario. I malinke, i susu e i gruppi della foresta sono classificati come mandé e condividono principalmente la discendenza. Al contrario i peul hanno differenti origini e sono migrati in Guinea in tempi più recenti.

Nel discorso politico, il territorio e l'appartenenza etnica ricorrono sovente ma lo fanno in modo bifronte: possono presentarsi sia quali elementi fondanti delle identità locali, sia quali aspetti trascurabili in vista di un obiettivo superiore. Anche qui, come altrove, le etnie appaiono come «emblemi onomastici di cui gli attori sociali si appropriano e che abbandonano a seconda dei rischi politici»[77]. Riuscire a mantenere in equilibrio le due posizioni è operazione difficile ma alcuni leaders politici, rappresentanti etnici e imprese culturali[78] sembrano saper malleare abilmente il sentimento etnico.

Le storie dei gruppi guineani sono state idealizzate per ragioni di potere (oltre che culturali e sociali)[79] e nel corso del tempo si sono trasformate in miti capaci di fondare rivendicazioni e legittimazioni politiche su basi etniche. I gruppi malinke della Guinea vedono sé stessi come gli eredi del Regno Mande e dell'Impero del Mali a cui storicamente appartenne gran parte della Conakry. Per questo essi sono coloro che hanno avanzato le più

76. D. Gaonkar and C. Taylor, *Block thinking and Internal Criticims*, *Public Culture*, 2006 (18), pp. 453-5.

77. J.L. Amselle, *Logiche meticce. Antropologia dell'identità in Africa e altrove*, Torino, Bollati Boringhieri, 1999, p. 96. Indico qui la versione tradotta in italiano da cui ho tratto la citazione.

78. Sul tema, si veda, tra gli altri Y. Crawford, *The Politics of Cultural Pluralism and The Rising Tide of Cultural Pluralism*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993.

79. Si vedano, tra gli altri, B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London and New York, Verso, 1993; Y. Crawford, *op. cit.*

forti rivendicazioni rispetto alla direzione del Paese[80]. Diversamente, la base intellettuale dell'identità peul è la conquista militare del Fouta Djiallon dopo la discesa dall'Upper Nile e la seguente erezione di un regno teocratico che trasformò il Fouta in uno dei più potenti Stati della regione[81]. Tuttavia, questo uso politico oppositivo dell'etnicità si è sovente affiancato ad un uso (apparentemente antitetico) di tipo inclusivo che ambisce all'alleanza etnica, talvolta ne ricerca tratti comuni e vede nella sclerotizzazione delle etnie un ostacolo alla democrazia del Paese. Ciò si osservò, ad esempio, durante il processo di costruzione nazionale post-indipendenza. L'RDA di Touré era descritto dai suoi oppositori come un partito di malinke e susu, con una forte sottocorrente anti-peul[82]. Al contempo, tuttavia, l'RDA guineano si vantò della sua *membership* multietnica: il suo appello si rivolse alle *low classes* di tutti i gruppi etnici e il partito accolse rappresentanti pro-resistenza di tutte le principali etnie tra cui leaders rivali politico-religiosi peul[83]. Vi fu una volontà di costruire una base sociale comune capace di creare una nazione.

I regimi successivi ebbero carattere maggiormente esclusivo in termini etnici. Dopo la morte di Touré furono in particolare i membri del gruppo etnico susu di Lansana Conté ad ottenere istruzione scolastica, ricoprire ruoli amministrativi, militari e governativi di alto livello. Il miglioramento della situazione dei susu avvenne a spese dei malinke. Entrambi i gruppi, tuttavia, e soprattutto i malinke, si trovarono presto nuovamente ben rappresentati nel *Rassemblement du Peuple de Guinée* (RPG) di Condé. In questo lungo arco storico, però, i peul furono sempre considerati outsiders, "ospiti" prima dell'impero e successivamente del Paese. Essi potevano avere diritti di cittadinanza ma non il diritto di governare la Guinea e, infatti, non lo hanno mai fatto. La loro identità etnica, eternamente esclusa, è il punto di partenza delle loro rivendicazioni ma i discorsi dei leaders a capo dei movimenti peul non sembrano fare appello ad una radicalizzazione della differenza culturale in termini identitari, quanto piuttosto all'uguaglianza di opportunità. Già dalle elezioni del 1993, prima Mamadou Bâ (capo dell'*Union pour la Nouvelle* République UNR) e successivamente Diallo chiesero condizioni di parità con i membri degli altri gruppi dominanti enfatizzando che il Paese era di tutti[84]. Come negli anni Cinquanta, pare riproporsi un uso bifronte dell'identità etnica, per cui i leaders politici peul, nel mentre in cui ribadiscono il contributo che i peul potrebbero

80. Si veda, R.J. Groelsema, *The Dialectics of Citizenship and Ethnicity in Guinea, Africa Today*, 1998 (45) pp. 411-421.

81. *Ibidem.*

82. T. O' Toole and I. Bah-Lalya, *Historical Dictionary of Guinea*, 3d ed. Lanham and London, Scarecrow Press, 1995.

83. Si vedano, tra gli altri, J. Suret-Canale, *Fin de la Chefferie en Guinee, The Journal of African History*, 1996 (VII), pp. 459-493; M.A. Klein, *Slavery and Colonial Rule*, Cambridge, University Press, 2010; A. Iffono, *Lexique Historique de la Guinee-Conakry*, Paris, L'Harmattan, 1992.

84. Si veda, R.J. Groelsema, *The Dialectics of Citizenship*, *op. cit.*

dare nel governo del Paese, mirano a costituire una cittadinanza liberale, meta-etnica e non territoriale, il cui elemento unificante è la lotta per la parità dei diritti civili e politici, che i regimi guineani avrebbero sempre, sistematicamente, violato[85].

Il ricorrente ha una generale conoscenza della filosofia del "suo" partito e malgrado non sappia delinearne il programma politico in modo dettagliato è verosimile che ciò sia per lui sufficiente ad appoggiare l'*Union*. La relazione si sofferma su questo aspetto della biografia del Sig. B.D.S. poiché la peculiare militanza del ricorrente nell'UFDG di Diallo può spiegarsi attraverso uno sguardo attento ai tratti della mobilitazione civile in Guinea Conakry. Dalla letteratura storica ed antropologica, e dall'informazione mediatica, emerge che la popolazione guineana non è mai rimasta inerte di fronte agli abusi esercitati dai governi. Nell'arco storico, soprattutto a partire dai primi anni del 2000, la società civile guineana è divenuta gradualmente più strutturata e nel 2002 si è confederata nel *Conseil National des Organisations de la Société Civile Guinéenne* (CNOSCG). Negli anni il consiglio si è distinto per la mobilitazione a favore del cambiamento sociale e politico. Esiste però una faccia quasi nascosta dei movimenti civili locali che l'informazione mediatica, le NGOs e anche parte del mondo scientifico tendono ad ignorare ma che ha invece grande rilevanza: la mobilitazione civile guineana (così come avviene anche in altre regioni subsahariane) fa leva *sugli ultimi*. Non sono molti gli studi che hanno dedicato attenzione all'importanza dei movimenti degli strati socioeconomici subalterni (le classi medio-basse, le donne, gli illetterati) nei processi di emancipazione democratica[86]. In relazione alla Guinea, i contributi di Schmidt sono illuminanti[87]. Stando alla studiosa secondo la prospettiva top-down che per lungo tempo ha prevalso negli studi sulla storia delle idee politiche queste masse sono state recipienti di messaggi provenienti dall'alto e non invece una forza mobilitante in sé. Enfatizzando il ruolo di leadership delle élites colte (che studiano in scuole occidentali ed organizzano i movimenti politici basandoli sui concetti occidentali di democrazia e di autodeterminazione) la maggior parte degli studi non si interrogano sulle questioni metodologiche che alterano

85. E. Renan, *What Is a Nation?* in *Becoming National: A reader*, a cura di G. Eley and R.G. Suny, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 42-55, p. 53. Si veda anche la pagina web ufficiale del partito, http://www.ufdgonline.org.

86. Si vedano, tra gli altri, G. Minault, *Islam and Mass Politics: The Indian Ulama and the Khilafat Movement*, in *Religion and Political Modernization*, a cura di E.D. Smith, New Haven, Conn, 1974, pp. 168-182; G. Minault, *The Khilafat Movement: Religious Symbolism and Political Mobilization in India*, New York, Columbia University Press, 1982; E. Burke and I.M. Lapidus, *Islam, Politics, and Social Movements*, Berkeley, University of California Press, 1988; J.L. Gelvin, *Divided Loyalties: Nationalism and Mass Politics in Syria at the Close of Empire*, Berkeley, University of California Press, 1998.

87. In particolare, E. Schmidt, *Top Down or Bottom Up? Nationalist Mobilization Reconsidered, with Special Reference to Guinea (French West Africa)*, *The American Historical Review*, 2005 (110); E. Schmidt, *Mobilizing the Masses: Gender, Ethnicity, and Class in the Nationalist Movement in Guinea, 1939-1958,* Portsmouth, Heinemann, 2005.

profondamente il modo in cui *noi* comprendiamo la militanza politica nel mondo non occidentale e adottano una prospettiva etnocentrica che rischia di ignorare attori che sono invece di grande importanza. Analizzando l'azione individuale e collettiva solo attraverso la politica formale si rischia di tralasciare quelle forme di azione politica che emergono dalle pratiche sociali quotidiane[88]. Secondo studiosi come Lonsdale nei movimenti nazionalisti africani le pressioni dei coltivatori non organizzati di periferia furono tanto importanti nella sconfitta della morale dei governi coloniali, quanto le domande delle élites provenienti dal centro.[89] Similmente, Geiger notò che le donne illetterate del Tanzania anticiparono attraverso le loro danze e attraverso matrimoni misti che scalavano le divisioni etniche, quanto poi espresso dal partito nazionalista[90]. Queste osservazioni, che enfatizzano l'importanza di una diversa analisi della mobilitazione popolare africana, rappresentano un'utile chiave di lettura per comprendere il ruolo giocato dalle/gli africane/i *ordinarie/i* anche oggi, negli eventi sociopolitici interni degli Stati nazione multietnici contemporanei.

Stando al racconto del ricorrente, dopo l'istituzione del governo ad interim del Generale Konaté i partiti in corsa per le elezioni democratiche intrapresero la loro compagna elettorale «raggruppando le persone» e «prendendo i giovani»: è in tal modo che egli si trova "in politica" e, così facendo, si pone in linea con un modo di fare politica che, a ben guardare, ha accompagnato la storia della Guinea sin dai movimenti nazionalisti per l'indipendenza: già allora, infatti, tanto le élites quanto le masse tentarono di esercitare un impatto sulle idee e sugli obiettivi dei leaders. Dall'osservazione dei movimenti sociopolitici del Paese emerge che mentre nel corso della storia le élites hanno portato gli ideali e i modelli europei della democrazia, le masse (intese come la maggioranza ordinaria, non colta o con un livello basso di istruzione scolastica) ne hanno portati altri, incorporati nelle storie, nelle pratiche e nelle credenze indigene[91]. Così, ad esempio, secondo Schmidt nel nazionalismo ispirato dalle élites, laddove alcune pratiche e immagini indigene sono state fatte proprie dagli intellettuali e presentate alla popolazione, le masse ne hanno immesse nel movimento di nuove: pertanto esse non devono essere viste solo come l'audience di un messaggio ispirato dell'alto[92]. Similmente le canzoni e gli slogan usati dalle/gli africane/i ordinarie/i per esprimere le loro rivendicazioni, non sono quasi mai stati composti dai leaders partitici.

88. E. Schmidt, *Top down or Bottom up? op. cit.*

89. J. Lonsdale, *The emergence of African nations. A Historical analysis, African Affairs*, 1968 (67), pp. 11-28; J. Lonsdale, *Some Origins of Nationalism in East Africa, The Journal of African History* 1968 (9), pp. 119-146; E. Schmidt, *Top down or Bottom up? op. cit.*

90. S. Geiger, 1996, *Tanganyikan Nationalism as 'Women's Work': Life Histories, Collective Biography and Changing Historiography, Journal of African History*, 1996 (37), pp. 468-46; Schmidt, *Top down or Bottom up? op. cit.*

91. Sul tema si veda, tra gli altri, E. Schmidt, *Mobilizing the Masses*, *op. cit.*

92. Si veda, E. Schmidt, *Top down or Bottom up? op. cit.*

Piuttosto, le masse hanno creato questi dispositivi per comunicare tra loro e con le élites, e per interpretare le risposte delle élites in termini significativi per loro[93].

Quando, nel giugno del 1954, Sékou Touré perse le elezioni straordinarie per un seggio nell'Assemblea Nazionale Francese, ci fu una rivolta popolare in occasione della quale in tutta Conakry echeggiarono le canzoni contro Barry Diawandou (il vincitore) accusato di aver imbrogliato. Per notti intere le donne cantarono di fronte alla casa di Touré per dire al mondo che, nonostante i risultati ufficiali, Sékou Touré (il magnifico elefante) era la scelta del popolo. Con questa canzone, quale loro medium, le donne dell'RDA fecero la loro propaganda, misero in ridicolo l'opposizione e commentarono i recenti eventi politici[94].

Non solo. Benché in Guinea il livello di alfabetizzazione nel corso degli anni sia aumentato, la percentuale di adulti (> di 15 anni) in grado di leggere e scrivere nel 2015 si aggirava al 30.5% quindi (notevolmente) meno della metà dell'intera popolazione, ed è sostanzialmente rimasta invariata[95]. Mentre la stampa contribuisce a diffondere le idee dei movimenti tra le classi alte e letterate del Paese, la mobilitazione della popolazione largamente illetterata si serve di metodi di comunicazione di origini popolari, in particolare canzoni, simboli, uniformi e figure che parlano ai sentimenti della massa e consentono ad essa di organizzarsi dal basso. In Africa, la potenza degli slogan intonati dalle donne ai pozzi, alle fermate dei mezzi pubblici o ai mercati è di gran lunga superiore a quella di qualsiasi altro medium[96].

L'informazione mediatica e la letteratura scientifica hanno sino ad oggi dedicato scarsa attenzione a questo fenomeno ma è del tutto verosimile che, invece, i leaders guineani, impegnati nella politica locale da decenni, abbiano profonda consapevolezza del ruolo straordinario giocato dalle masse in campagna elettorale e per questo facciano grande affidamento sull'africana/o *ordinaria/o* per diffondere il proprio messaggio. La figura del ricorrente, molto probabilmente, è stata scelta per essere esattamente ciò che è: un calciatore (cioè un rappresentante dello sport più popolare in Africa), giovane (più del 60% della popolazione guineana ha meno di trent'anni), conosciuto (e quindi visibile) nel quartiere e cioè ad un livello vicino alla massa che ancora gli consente di dialogare quotidianamente con le persone ordinarie, di prendere parte alle riunioni settimanali (in cui si discute della situazione e si esprimono deplorazioni) e di scendere in strada. È pressoché irrilevante che egli non abbia una conoscenza approfondita del programma politico del suo partito, né che sia in grado di identificarsi in un ruolo o di assegnarsi ad un'articolazione definiti: il suo compito, infatti, è di prendere parte a ciò che succede potenziandone la dinamicità,

93. *Ibidem*.

94. *Ibidem*.

95. Si vedano i censimenti sull'alfabetizzazione della popolazione mondiale offerti dalle principali fonti in materia, tra gli altri UNESCO, UNICEF e Central Intelligence Agency.

96. Si veda E. Schmidt, *Mobilizing the Masses*, *op. cit*.

attraverso quei dispositivi di comunicazione che sono propri della massa guineana, in direzione delle élites e da queste in direzione della popolazione. Il ricorrente è chiaro in proposito: «uscivamo per strada per protestare con musica, cantando, per dire no a questa situazione». La situazione è quella di cui sopra, sintesi di una storia in cui ogni cambio di potere ai vertici sembra aver rappresentato un'occasione persa per iniettare democrazia e parità di diritti nelle strutture statali esistenti.

Il ricorrente dimostra di sapere che il prezzo per la sua militanza (sebbene questa si mimetizzi con quella di molti altri) può essere alto e che la sua notorietà è scarsa ma sufficiente (in un sistema dove le voci circolano a velocità inimmaginabili) a far sì che la polizia lo trovi e lo arresti. La storia della Guinea insegna che il destino di migliaia tra coloro che hanno contestato il potere è stato il carcere, un luogo dal quale molti non sono mai usciti. In carcere non sono finiti solo leaders politici e personaggi di spicco ma anche e soprattutto africane/i ordinarie/i, catturate/i dalle milizie (in)formali, regolarmente pestate/i e detenute/i illegalmente, senza possibilità di accesso alla difesa legale. Secondo il *Code de Procédure Pénale de la République de Guinée* (art. 311) lo Stato deve garantire un'avvocata/o all'accusata/o solo in caso di reato grave. Le/gli altre/i non hanno un diritto formale alla difesa e l'idea di difendere casi pro bono non sembra far parte della cultura legale della Guinea. Le/i prigioniere/i meno abbienti raramente ottengono anche solo un consiglio legale e i periodi di detenzione per loro possono estendersi ad libitum. Il diritto guineano prevede che un individuo arrestato per un supposto reato debba essere incriminato entro 48 ore dal suo arresto[97] ma i tempi medi di detenzione preventiva possono superare le tre settimane, talvolta protrarsi per mesi. Le/i prigioniere/i incriminate/i di reati minori o *délit* (con una sentenza massima che non supera i 5 anni) devono essere processate/i entro quattro mesi dal mandato d'arresto[98] mentre quelle/i accusate/i di reati maggiori (con una sentenza massima che supera i 5 anni) devono essere processate/i entro sei mesi[99]. Eppure, dalla maggior parte dei rapporti internazionali sullo stato della giustizia e delle carceri guineane emerge che la maggior parte delle/i prigioniere/i accusati di crimini minori e maggiori si trovavano illegalmente trattenuti senza processo oltre i termini previsti per legge. Nel 2010, la detenzione media alla Maison Centrale (la maggiore struttura del Paese) prima di un processo, era di 340 giorni[100]. A ciò si aggiungono profonde piaghe del sistema carcerario locale ad oggi non curate. Uno sguardo a tutti i principali rapporti sulle prigioni

97. Loi no. 037 du 31 Décembre 1998 Portant Code de procedure pénale [Guinea], Art. 60.

98. Code de Procédure Pénale de la République de Guinée, Art. 142-1.

99. *Ivi*, Art. 142-2.

100. O. Ronald, *Correlates of violence in Guinea's Maison Centrale Prison: A statistical approach in documenting human rights abuses, Health and Human Rights,* 2010, (12) pp. 73-87.

guineane rivela che la situazione è ancora molto critica[101]. Benché il sovraffollamento delle carceri risulti generalmente ridotto dopo la salita al potere di Condé, le/i prigioniere/i continuano ad essere ammassate/i nelle celle senza sufficiente accesso ad acqua pulita e luce. Nel 2010, la Maison Centrale (costruita nel 1930 per ospitare non più di 300 persone) ospitava circa 800 tra uomini, donne e minori (nel 2018 risultavano essere più di 1600)[102] esposte/i ad un elevato rischio di contrazione di infezioni come la tubercolosi, la malaria, il colera e la diarrea[103]. Nessun rapporto è in grado di documentare un miglioramento della situazione. Le autorità sembrano fallire sistematicamente nell'offrire alle/i prigioniere/i adeguate cure mediche e cibo (esse/i ricevono un pasto al giorno). Coloro che non hanno accesso ad una fonte secondaria di cibo (come, ad esempio, le famiglie) rischiano la morte per fame.

Il diritto guineano contiene garanzie relative alla tutela delle/i detenute/i rispetto a violenze e torture da parte delle autorità dello Stato (ad esempio, la *Loi Fondamentale de la République de Guinée*, Art. 6). Nel 1989 la Guinea ha ratificato la Convenzione contro la Tortura eppure nel 2010 ancora si praticava la cosiddetta *palestinian suspension* cioè la sospensione della vittima per le braccia[104]. Il Codice Penale del 2016 e il Codice Militare del 2017 hanno criminalizzato la tortura ma molti atti di violenza fisica perpetrati dalle forze di sicurezza sono fatti ricadere nella categoria dei comportamenti inumani e crudeli per i quali il diritto statale non prevede specifiche conseguenze penali. Questi atti, pertanto, continuano a perpetrarsi restando sostanzialmente impuniti. Dai più recenti rapporti sullo stato delle carceri emerge che più della metà di tutte/i le/i prigioniere/i riportano di aver subito violenza fisica da parte della polizia e possono mostrare cicatrici visibili o traumi coerenti con le loro narrative.

6. Considerazioni conclusive

In questi tre casi, come in altri[105], le vicende narrate dai ricorrenti si sono inserite all'interno di una casistica conosciuta da me e da altre/i esperte/i ed hanno richiamato situazioni che in una prospettiva antropologica possono ritenersi plausibili: sia in relazione a circostanze più generali come i contesti religiosi, socioculturali e sociopolitici che fanno da

101. Si vedano, tra gli altri, United Nations Uman Rights Office of the High Commissioner, *Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Guinée, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Comité des droits de l'homme, 7 décembre 2018*, CCPR/C/GIN/CO/3, 2018; United States Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, *Guinea 2017, Human Rights Report, Country Report on Human Rights Practices for 2017*; Amnesty International, *Guinea 2017/2018*; Human Rights Watch, *Guinea. Events of 2018*, World Reports 2019, Printed in the USA.

102. Human Rights Watch, *Guinea. Events of 2018*, *op. cit.*

103. *Ibidem.*

104. *Ibidem.*

105. Senza che ciò costituisca la regola.

sfondo agli avvenimenti, sia in relazione a circostanze particolari legate a ciascuna storia individuale.

Le mie relazioni, tuttavia, rappresentano solo parti di procedimenti ben più articolati e complessi di cui si sono fatti carico le attrici e gli attori legali coinvolte/i e, in particolare, l'avvocatura. Se, in generale, l'obiettivo dell'antropologia applicata al giudizio di protezione internazionale è quello di consentire al/la giudice di valutare la plausibilità o pertinenza delle storie delle/i ricorrenti attraverso un'esegesi degli orizzonti semiotici e dei contesti di provenienza, quello dell'avvocata/o e della sua assistenza – Zorzella lo spiega egregiamente – è di permettere al/la giudice di fare entrare la storia medesima «nella cornice giuridica che il legislatore ha disegnato per dare significato *ex post* a quella storia, che diversamente non avrebbe senso giuridico ma esclusivamente personale ed intimo»[106]. Diversamente dall'antropologa/o, infatti, l'avvocata/o «conosce l'imprescindibilità di estrarre da un racconto soggettivo i fatti, gli unici, che possono essere giuridicamente determinanti per il riconoscimento della tutela richiesta»[107] e sa di doverlo fare assecondando, contemporaneamente, almeno tre urgenze: quella di evitare manipolazioni, quella di ridurre al minimo le ambiguità di un racconto che è già stato più volte elaborato e quella di non oggettivizzarlo (garantendo, invece, che la singolarità ed irripetibilità della storia della/l ricorrente non vadano dissolvendosi). Un lavoro che richiede straordinaria abilità ed esperienza.

Il messaggio che dovrebbe passare, allora, non è quello dell'avvocata/o che (già gravata/o dal quel «faticoso percorso ad ostacoli»[108] che è la ricostruzione della narrazione personale del ricorrente) pensa di poter fare anche l'antropologa/o bensì quello di un *lavoro d'equipe* nel quale entrambe/i devono cooperare tra loro e con la/il giudice per consentire a quest'ultima/o di valutare la credibilità soggettiva delle vicende narrate dalla/l ricorrente, ricercandone, al contempo, una verifica oggettiva.

A tal fine, il contributo che l'antropologia può offrire in questa collaborazione si profila sotto almeno due rilevanti aspetti che mi sembrano affiorare chiaramente dai tre casi presentati. Il primo inerisce il grado di profondità entro cui la ricerca antropologica può penetrare attraverso l'esperienza etnografica, il colloquio immersivo e un'analisi del dato capace di avvalersi tanto del criterio realista quanto di quello narrativo[109]. Se è vero che la

106. N. Zorzella, *Il ruolo dell'avvocato nel processo di protezione internazionale, Questione Giustizia*, 2018 (2), pp. 184-192, p. 185.

107. *Ibidem*.

108. M. Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in questa Rivista, n. 2.2017, pp. 1-40, p. 2. Attività che (cito sempre Veglio) richiede «tempo, esperienza e grande dedizione, oltre a competenze tecniche» poiché non può servirsi, per ovvie ragioni, dei metodi consueti.

109. Mi riferisco qui in particolare alla distinzione tra *content analysis* e *narrative analysis* laddove la prima ricerca la verità dei fatti e la seconda guarda alle strategie discorsive delle/gli interlocutrici/ori sui fatti medesimi (si veda D.

natura qualitativa dell'indagine antropologica, per il basso grado di formalizzazione, risulta difficilmente schematizzabile e per questo apparentemente poco adattabile – sotto l'aspetto epistemologico – a quel nesso di causalità fattuale che si vorrebbe sottostesse la decisione del/la giudice, è vero altresì che la sua abilità di cogliere continuità sotto apparenti opposizioni (come nel caso dei sincretismi religiosi nigeriani), di rendere conto della formalità e dell'informalità (emergenti ad esempio nei regimi di aggiudicazione delle terre in un distretto del Mali), di focalizzarsi sul livello micro senza trascurare il meso e il macro (come nel caso della mobilitazione civile dell'uomo ordinario nel panorama politico della Guinea Conakry), le consente di rendere una conoscenza densa ed accurata del fenomeno culturale preclusa ad altre discipline. Guardando inoltre alla cultura come ad una forma di partecipazione fluida che varia d'intensità e in risposta ad una molteplicità di variabili, l'antropologia porta in Tribunale un fenomeno complesso che va oltre una mera visione contrastiva, dualistica e pervasiva del dato culturale e rende il senso dell'inadeguatezza di un approccio didascalico ed essenzializzato al background culturale che ciascun individuo può portare con sé.

Il secondo importante contributo attiene al concetto di pericolo concreto in cui può incorrere una/un ricorrente. I casi sopraccitati della Nigeria e del Mali mi sembrano esemplificativi di situazioni che possono mettere a repentaglio la vita o la salute di un individuo in contesti socioculturali e sociopolitici non necessariamente caratterizzati da uno stato di conflitto militare o civile ma dove, ciononostante, le istituzioni statali faticano ad adempiere al loro compito di tutela della vita e garanzia dei diritti umani fondamentali. Le vicende del Sig. E.H.T. e del Sig. A.T. si dipanano in Paesi instabili ma rispetto ad esse i conflitti religiosi o politici esistenti a livello macro rappresentano elementi aggravanti e non le cause che hanno spinto alla fuga. Dalle relazioni emerge abbastanza chiaramente che lo stato di pericolo in cui vertono i due ricorrenti (e la conseguente fuga definitiva dal loro Paese d'origine) non è dipesa solo o in via definitiva da un'assenza dello Stato quanto piuttosto da una più delicata e complessa condizione di forte concorrenza tra sistemi di giustizia (quello statale e quello consuetudinario) che non si escludono a vicenda.

In simili situazioni può accadere che anche laddove lo Stato riesca ad attuare tutti i suoi (seppur fragili) dispositivi di tutela dell'individuo, la condizione di grave pericolo in cui verte quest'ultimo può non considerarsi risolta in via definitiva a causa di una sostanziale delegittimazione del potere statale da parte di gruppi o comunità che in esso non si riconoscono. Può essere utile allora familiarizzare con l'idea antropologica (difficilmente digeribile per la tradizione giuridica occidentale maggioritaria, di natura statocentrica) che

Silverman, *Interpreting qualitative data methods for analyzing talk, text and interaction*, California, Sage Publications Inc. Thousand Oaks, 2001).

la legittimazione di un sistema di diritto da parte di un gruppo dipende, tra le altre cose, dal grado di sensibilità giuridica del sistema medesimo cioè dalla capacità stessa del diritto di riflettere il modo in cui quel gruppo immagina e narra la realtà[110]. Il diritto (in qualunque forma si manifesti) altro non è che una peculiare visione del mondo e, quindi, ha tanto più "prestigio" per un gruppo socioculturale quanto più sa rispecchiarne il modello cosmologico e la trama culturale. L'idea che il diritto sia solo quello emanato dallo Stato e che gli strumenti di cui dispone quest'ultimo bastino a tutelare l'individuo in pericolo può essere dunque riduttiva e fuorviante poiché presso molte società del mondo lo Stato è posto sullo stesso piano di qualsiasi altra forma sociogiuridica e il diritto non ha alcun legame privilegiato con il potere statale il quale non sa arrivare ovunque e, soprattutto, non sempre sa imporsi ovunque arrivi.

110. C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

L'IMMIGRAZIONE PER MOTIVI DI LAVORO IN IRLANDA: TRA SPINTE IDENTITARIE E SCELTE MIRATE

di Lucia Busatta

Abstract: *Il contributo offre un'analisi della disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro nella Repubblica di Irlanda. Dopo una breve contestualizzazione del quadro storico, politico e costituzionale del Paese, vengono prese in esame le principali caratteristiche delle norme che consentono agli stranieri l'ingresso nel Paese. Le ragioni della peculiarità di alcune scelte della politica migratoria irlandese sono da individuare nella storia della Repubblica e nell'articolarsi dei suoi rapporti con il Regno Unito. Le conclusioni offrono alcune prospettive sul futuro del diritto migratorio irlandese anche alla luce dell'impatto della Brexit.*

Abstract: *The essay analyses the rules on immigration for work reasons in the Republic of Ireland. After a brief contextualization of the country's historical, political and constitutional framework, the author explores the main features of the rules that allow foreigners to enter the country. The reasons of the peculiarity of some choices of Irish migration law can be found in the history of the Republic and in its relationship with the United Kingdom. In the conclusions, some perspectives on the future of Irish migration law also in light of the impact of Brexit are sketched.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

L'IMMIGRAZIONE PER MOTIVI DI LAVORO IN IRLANDA: TRA SPINTE IDENTITARIE E SCELTE MIRATE

di Lucia Busatta*

SOMMARIO: 1. Premessa: la complessità dell'ordinamento costituzionale irlandese. – 2. Profili storico-politici dell'ordinamento irlandese in riferimento al fenomeno migratorio e riflessi giuridico-costituzionali. – 2.1. La cittadinanza irlandese nel tessuto costituzionale: dal *Good FridayAgreement* al referendum del 2004. – 3. La disciplina irlandese delle migrazioni per motivi di lavoro. – 3.1. Premessa. – 3.2. La disciplina sui permessi di soggiorno per motivi di lavoro. – 3.3. Profili critici e questioni concrete. – 4. Conclusioni: quale futuro per il diritto delle migrazioni in Irlanda?

1. Premessa: la complessità dell'ordinamento costituzionale irlandese

Non sono poche le occasioni di studio e di approfondimento nelle quali l'ordinamento della Repubblica d'Irlanda offre fertile materiale per il giurista. Si tratta, infatti, di un sistema giuridico nel quale fattori tradizionalmente opposti, talvolta confliggenti, convivono abitualmente, determinando spesso interessanti o inediti approcci giuridici.

Il primo elemento di interesse riguarda senza ombra di dubbio il livello istituzionale e costituzionale: si tratta di un paese di *common law*, il cui tessuto giuridico è fortemente legato a quello del Regno Unito, ma che ha scelto ormai da quasi un secolo di dotarsi di una costituzione lunga, rigida e scritta. L'attuale testo costituzionale irlandese risale al 1937, sebbene una prima versione della Carta fondamentale della neonata Repubblica celtica fosse stata approvata nel 1922, all'indomani dall'indipendenza ottenuta dal Regno Unito[1]. Un ulteriore e notorio fattore di particolarità della Repubblica d'Irlanda, non solo in termini giuridici, ma anche a livello storico, politico e culturale riguarda il rapporto con l'Irlanda del Nord, le tensioni probabilmente mai del tutto sopite che contraddistinguono questa piccola porzione di territorio dell'isola, la necessità di convivere con l'idea di un confine che

* Collaboratrice di ricerca, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Il presente scritto è destinato al volume *Immigrazione e lavoro: una analisi comparata*, a cura di P. Bonetti, M. D'Onghia, P. Morozzo della Rocca, M. Savino, 2021.

1. Per alcune note di storia costituzionale irlandese cfr. D.G. Morgan, *Lineamenti di diritto costituzionale irlandese*, Torino, Giappichelli, 1998; G. Hogan, G. Whyte, D. Kenny, R. Walsh, *Kelly: The Irish Constitution*, London, Bloomsbury Professional, 2018; H. Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 152 ss.

nemmeno l'Unione europea – prima della Brexit – è riuscita completamente a far venire meno[2].

Sono dunque molte le riflessioni che, in prospettiva giuspubblicistica, la perdurante delicatezza della c.d. questione irlandese sollecita e, in passato, ha sollecitato: si pensi agli strumenti di repressione del terrorismo durante il protratto periodo di forti asperità al confine e in Irlanda del Nord, all'individuazione di strumenti giuridici e istituzionali di mediazione che hanno assunto, negli anni, fogge sempre diverse. Si ponga, poi, mente al peso che la gestione del confine tra Ulster e Repubblica d'Irlanda ebbe, sul finire degli anni Novanta del secolo scorso, nelle trattative per il perfezionamento della *devolution*[3] e che assume oggi nel contesto del nuovo scenario determinato dall'uscita della Gran Bretagna dall'Unione europea[4]. Con il compimento della Brexit, in particolare, il territorio della piccola isola irlandese è in parte appartenente all'Unione e in parte appartenente ad un Paese terzo: di qui la nota difficoltà nella definizione dei dettagli dell'accordo in riferimento ad una pur piccola, ma potenzialmente esplosiva, porzione di territorio, che costituisce l'unico confine terrestre tra il Regno Unito e l'UE[5].

Ancora, se si punta il *focus* d'analisi sulla gestione dei confini e sulle politiche migratorie, la Repubblica d'Irlanda si contraddistingue per le proprie peculiarità. Come è noto, insieme al Regno Unito, l'EIRE aveva negoziato una clausola di non partecipazione allo spazio Schengen, con il risultato che al momento dell'ingresso nello spazio insulare britannico o irlandese, chiunque, anche se cittadino UE, deve sottoporsi ai controlli di frontiera. A riguardo, gli effetti della Brexit e la nuova posizione che l'Irlanda viene ora ad occupare nel panorama europeo portano a chiedersi se l'Irlanda opterà per modificare la propria adesione al trattato Schengen, oppure se manterrà la propria posizione originaria[6]. Per le ragioni che vedremo nei paragrafi seguenti, inoltre, il confine tra Irlanda e Regno Unito – ora neo-confine esterno dell'UE – non ha determinato la ripresa dei controlli alla

2. F. Marongiu Buonaiuti, F. Vergara Caffarelli, *Brexit: a New Solution to the Irish Border Puzzle*, in *Federalismi.it*, 2020, 20, p. 191.

3. A riguardo, si pensi all'incidenza della cd. questione irlandese nel lungo procedimento che, alla fine degli anni Novanta, condusse al completamento della *devolution* nel Regno Unito. Ne tratta, *inter multis*, A. Torre, *Pluralismo e asimmetrie in uno stato unitario: istituzioni, caratteri e politiche della devolution nel Regno Unito*, in *Federalismi a confronto. Dalle esperienze straniere al caso veneto*, a cura di A. Benazzo, Padova, Cedam, 2010, p. 125 ss.

4. In argomento cfr. P.B. Wood, M. Gilmartin, *Irish enough: changing narratives of citizenship and national identity in the context of Brexit*, in *Space and Polity*, 22(2), 2018, p. 224 ss.

5. Sulla difficoltà di addivenire ad un accordo e sulle relative implicazioni cfr. C. Martinelli, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica*, in *DPCE online*, 3, 2019, p. XI ss.; G. Saputelli, *Brexit e devolution nel Regno Unito: quando è lo Stato (e non l'UE) a mostrare i suoi limiti*, in *DPCE online*, 4, 2020, p. 4707 ss.

6. Per alcune riflessioni sugli scenari aperti da Brexit nella gestione della questione nordirlandese, cfr., *inter multis*, A. Ciervo, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e "Brexit"*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, p. 107 ss.

frontiera tra i due Paesi, a motivo della perdurante validità di un accordo precedente all'adesione dei due Stati all'allora Comunità europea.

Vi sono poi altri, ed affascinanti, aspetti che caratterizzano l'ordinamento irlandese e lo distinguono dal vicino Regno Unito. Il primo, e ben noto, riguarda la decisione di aderire alla moneta unica europea. Il secondo, più risalente nel tempo, concerne la scelta linguistica. In base all'articolo 8 della Costituzione, il gaelico è la lingua officiale del Paese, mentre l'inglese è riconosciuto come «seconda lingua officiale». Ciò determina il fatto che, ad esempio, molti documenti istituzionali, fra cui i testi normativi, siano scritti in due lingue e che, di prassi, anche i siti web ufficiali abbiano la doppia versione linguistica[7].

Per comprendere a fondo la natura complessa di questo ordinamento, bisogna infine tenere a mente la forte impronta religiosa che, almeno sino agli anni più recenti, ha connotato la regolazione dei diritti civili e, parallelamente, il profondo mutamento che, proprio con riguardo a queste discipline, sta attraversando il Paese[8]. Complessivamente, si può osservare come, nell'ampio processo di evoluzione che l'ordinamento irlandese sta attraversando ormai da parecchi anni, vi sia un progressivo allontanamento dalla forte matrice tradizionalista cristiano-cattolica[9], riscontrabile *in primis* da un diverso approccio nella regolazione dei diritti fondamentali che ha condotto anche ad alcune significative modifiche della Costituzione.

Volendo osservare la disciplina di alcune questioni cd. eticamente sensibili, infatti, si può facilmente rilevare come, nell'arco di un decennio, il Paese abbia saputo operare, in alcune occasioni, scelte legislative talora decisamente progressiste e abbia messo in discussione, in altre circostanze, profili regolatori che sino ad un dato momento avevano rappresentato un elemento distintivo dell'ordinamento. Si pensi, nel primo caso, al referendum costituzionale che nel 2015 ha aperto alla regolazione del matrimonio egalitario[10] e in seguito al quale la Repubblica gaelica è divenuta il primo ordinamento occidentale a scegliere di incorporare espressamente nel testo costituzionale (non solo, dunque, in via legislativa) tale istituto. Analogamente, e sempre sulla scia del profondo

7. Curiosamente, ciò vale (ma solo in parte) anche per l'Unione europea. Il gaelico gode infatti di una sorta di deroga, in base alla quale solamente alcuni atti normativi vengono tradotti in tale lingua, restando valido, per tutti gli altri ambiti di intervento dell'UE la seconda lingua ufficiale.

8. L. Busatta, C.M. Reale, The Celtic Tiger *al referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2018, p. 1223.

9. G. Whyte, *Some Reflections on the Role of Religion in the Constitutional Order*, in *Ireland's Evolving Constitution*, a cura di T. Murphy, P. Twomey, Oxford, Hart, 1998, p. 51 ss.

10. Il quesito ha modificato l'art. 41.4 della Costituzione irlandese in modo tale da rendere il matrimonio un istituto neutro rispetto al genere, per aprirlo anche a persone dello stesso genere. Per effetto di tale referendum, la norma costituzionale ora prevede che «*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*».

rinnovamento culturale e giuridico che sta attraversando l'ordinamento, con un ulteriore referendum, tenutosi nel 2018, si è sostituita la tutela costituzionale del diritto alla vita del nascituro con la previsione della possibilità di disciplinare l'interruzione di gravidanza in via legislativa[11].

2. Profili storico-politici dell'ordinamento irlandese in riferimento al fenomeno migratorio e riflessi giuridico-costituzionali

Al fine di affrontare l'analisi del diritto migratorio della Repubblica irlandese, è necessario sviluppare alcune sintetiche riflessioni relative alle tendenze che a livello storico e politico hanno caratterizzato questo Paese e, di conseguenza, ai riflessi che ciò ha avuto sul piano giuridico. Come è probabilmente noto, gli irlandesi sono un popolo di emigranti: nei secoli scorsi, la povertà della popolazione, le grandi carestie occorse, la repressione religiosa subita dai regnanti inglesi e la sostanziale assenza di un tessuto economico produttivo che non fosse direttamente collegato al settore primario (agricoltura e pastorizia) hanno costretto gli irlandesi a diffondersi nel mondo. Così, molti irlandesi hanno attraversato l'Atlantico per trovare spesso grandi fortune negli Stati Uniti o – come nel caso di alcuni illustri statunitensi di origine irlandese – per contribuire attivamente alla crescita di una delle più grandi potenze mondiali.

La storia irlandese somma in sé una tradizione di un popolo di emigranti con un passato quasi-coloniale, se si considera il fatto che da sempre il fiero popolo irlandese ha considerato i britannici "invasori", sino al raggiungimento dell'indipendenza dalla Corona nel 1922[12]. Si tratta di elementi di cui è fondamentale avere contezza al fine di comprendere l'andamento dell'attuale approccio della Repubblica alla disciplina della cittadinanza, alla regolazione delle migrazioni e il suo collocarsi non solo nel contesto europeo di gestione del fenomeno migratorio, ma anche nella dimensione globale.

Accanto a ciò, non si può tralasciare il conflitto con l'Irlanda del Nord, giunto finalmente alla tregua nel 1998, con il *Good Friday Agreement*[13]. Si tratta di un aspetto che connota profondamente l'identità culturale e costituzionale della Repubblica, se si considera che proprio l'indipendenza dal dominio inglese fu la ragione che portò, a partire dal 1922, alla proclamazione della Repubblica e all'approvazione del testo costituzionale. Il citato accordo

11. L. Busatta, C.M. Reale, The Celtic Tiger *al referendum*, cit., p. 1230 ss. Si tratta della revisione dell'art. 40.3.3° della Costituzione irlandese, approvata con il referendum costituzionale del 25 maggio 2018, che ora prevede «*Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy*». Alla modifica della Costituzione è seguita la legge intitolata *Health* (*Regulation of Termination of Pregnancy*) *Act* 2018, approvata nel dicembre dello stesso anno.

12. T.G. Daly, *Unfinished revolutions: constitutional pasts and futures in Ireland and Mexico*, in *Revista Estudos Institucionais*, 4, 2018, p. 905.

13. T.G. Daly, *Unfinished revolutios*, cit., p. 917.

bilaterale del 1998 consentì al governo britannico di completare la lunga e complessa transizione verso la *devolution*[14] e, sul versante irlandese, di chiudere un conflitto politico, religioso ed etnico che aveva lacerato l'isola e di inserire nella Costituzione l'anelito alla riunificazione[15].

In tempi più recenti, inoltre, l'Irlanda ha affrontato alterne vicende, dal punto di vista economico e politico, tutte significativamente (e non casualmente) legate all'adesione all'Unione europea. La piccola repubblica celtica, come è noto, ha infatti largamente beneficiato dei finanziamenti europei (fra cui, ad esempio, i fondi strutturali, il fondo sociale) per il rilancio dell'economia, per il recupero di zone abbandonate e per la conversione.

La rapida espansione economica che ha caratterizzato l'isola negli ultimi anni del ventesimo, e alla quale si fa riferimento con l'espressione *Celtic Tiger*, ha determinato una profonda trasformazione della società, in termini demografici e culturali. Infatti, anche grazie agli interventi europei, l'Irlanda ha vissuto un vero e proprio *boom* economico che si è anche accompagnato ad un significativo *boom* demografico nei primi anni Ottanta. Tali fattori rendono la popolazione irlandese tra le più giovani d'Europa[16]. Al contempo, la *Celtic Tiger* ha parzialmente riconvertito la propria economia, puntando allo sviluppo del settore tecnologico e cercando di attrarre investimenti di grandi aziende multinazionali, richiamate a fissare la propria sede in Irlanda anche da un regime fiscale favorevole. Senza abbandonare la tradizionale vocazione agricola dell'isola e senza sacrificare il verde che contraddistingue il panorama del Paese, quindi, la repubblica irlandese è riuscita a rilanciarsi nel panorama europeo, diventando territorio d'attrazione e, dunque, di immigrazione e non più solo di esodo e diaspora[17]. Tra il 1995 e il 2000, ad esempio, si assistette ad un significativo fenomeno di migrazione di ritorno, se si considera che circa la metà di coloro che fecero ingresso nel Paese in quegli anni erano irlandesi che rientravano nella madrepatria[18].

Tale assetto ha, inevitabilmente, condizionato l'impianto delle politiche migratorie del Paese, offrendo interessanti soluzioni – come poi vedremo – per la disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro. A riguardo, bisogna segnalare, da un lato, che, similmente all'ordinamento italiano, la repubblica irlandese, divenendo progressivamente da

14. N. Burrows, *Devolution*, London, Sweet & Maxwell, 2000.

15. Si vedano gli articoli 2 e 3 della Costituzione, come modificati in seguito all'approvazione del diciannovesimo emendamento, in seguito agli accordi di Belfast del 10 aprile 1998.

16. A riguardo, si vedano i dati pubblicati periodicamente da Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20170215-1.

17. B. Fanning, F. Mutwarasibo, *Nationals/non nationals: Immigration, citizenship and politics in the Republic of Ireland*, in *Ethnic and Racial Studies*, 30(3), 2007, p. 440.

18. P. MacEnri, *Immigration policy in Ireland*, in *Responding to racism in Ireland*, a cura di F. Farrell, P. Watt, Dublin, Veritas, 2001, p. 53.

luogo di emigrazione a territorio di immigrazione, si è trovata a configurare quasi da zero la struttura normativa del diritto migratorio. Per questo si è misurata con la necessità di adattare nel tempo le soluzioni assunte al cambiamento dell'andamento del fenomeno migratorio e al crescente impatto del diritto dell'Unione europea in materia. Dall'altro lato, questo cambiamento ha coinvolto anche la disciplina della cittadinanza e le relative previsioni costituzionali, modificate nel 2004.

A questo proposito, e per concludere la rapida panoramica dell'evoluzione economica e demografica del Paese, bisogna anche ricordare come la veloce ascesa della tigre celtica si sia scontrata, a cavallo tra il 2007 e il 2008, con gli effetti della crisi economica globale, per poi riprendere il cammino verso il 2014[19]. Come è naturale, la fase ascendente del ciclo economico ha rappresentato uno dei fattori principali dell'inversione della tendenza del fenomeno migratorio. Ciò ha trasformato la Repubblica irlandese in una nuova destinazione sia per la popolazione europea (anche per un fattore linguistico e per l'adozione della moneta unica europea) sia per persone provenienti da Paesi terzi.

Tutte le evoluzioni di cui si è dato brevemente conto hanno avuto un impatto significativo, a livello sociale, su di una popolazione che per decenni era stata tendenzialmente omogenea dal punto di vista linguistico, etnico e culturale, portando gruppi, lingue e culture profondamente differenti a convivere su un territorio piuttosto piccolo[20].

2.1. La cittadinanza irlandese nel tessuto costituzionale: dal Good FridayAgreement al referendum del 2004

Al fine di comprendere a pieno la disciplina irlandese concernente l'immigrazione per motivi di lavoro, è necessario trattare, seppur brevemente, del referendum costituzionale con il quale, nel 2004, venne modificata la norma sulla cittadinanza. Nel contesto che si è qui brevemente descritto, si inserisce la volontà di modificare la norma costituzionale sulla cittadinanza, provocando una significativa rivoluzione anche di carattere culturale sul modo di intendere il legame originario e primordiale della persona con lo Stato.

A questo riguardo, bisogna subito segnalare che il referendum sulla cittadinanza del 2004 è molto significativo per le riflessioni che si stanno qui trattando perché, da un lato, si pone in collegamento con gli emendamenti costituzionali successivi al *Good Friday Agreement*, ritrattandone in parte il contenuto e, dall'altro lato, venne approvato facendo leva sulla spinta emotiva e populista di stampo anti-immigratorio venutasi a creare anche

19. T.G. Daly, *Unfinished revolutions*, cit., p. 917.
20. T.G. Daly, *Unfinished revolutions*, cit., p. 918.

per effetto dei mutamenti sociali che il Paese stava in quegli anni attraversando e di cui si è detto.

Fino al 2004, in Irlanda, il criterio di attribuzione della cittadinanza era lo *ius soli*: chiunque nascesse sull'*isola* era automaticamente un cittadino irlandese[21]. Il ventisettesimo emendamento della Costituzione, approvato dalla popolazione nel giugno di quell'anno, andava a completare il percorso di evoluzione del concetto di cittadinanza (che da tempo caratterizzava l'ordinamento) in termini etnico-culturali [22] . Sebbene il criterio dell'attribuzione della cittadinanza per residenza fosse stato a lungo in vigore, l'evoluzione demografica del Paese di cui si è detto e, non ultimo, l'orgoglio identitario rinvigorito a seguito dell'accordo di Belfast del 1998 hanno portato ad una modificazione del concetto di cittadinanza. Sul punto, vi è stato chi ha osservato come nel discorso politico irlandese fosse da tempo connaturata una tensione tra un'idea aperta di cittadinanza, basata su uno *ius soli* tendente a trascendere i confini nazionali, e una concezione etnica e civica di nazione decisamente più delimitata[23].

Prima del referendum del 2004, dunque, l'ottenimento della cittadinanza irlandese, al di là dello *ius soli*, era piuttosto semplice, poiché bastava aver avuto la residenza nel Paese per cinque anni, durante gli otto anni precedenti e dichiarare la propria intenzione di continuare a vivere in Irlanda. Non era nemmeno previsto il soddisfacimento di alcun requisito linguistico o culturale. D'altro canto, tuttavia, il procedimento era soggetto ad un'elevata discrezionalità amministrativa e ad una valutazione relativa all'integrazione sociale. Le richieste erano, del resto, piuttosto limitate e bisogna tenere in considerazione il fatto che la maggior parte dei non cittadini residenti in Irlanda era di nazionalità britannica[24].

Complessivamente, dunque, la disciplina della cittadinanza irlandese, fino a pochi decenni fa, si basava principalmente sullo *ius soli*, con un limitato *ius sanguinis* e con la naturalizzazione basata essenzialmente sul criterio della residenza passata e futura. La ragione di siffatta regolazione ha evidentemente profonde radici storiche. Queste si legano alla trascorsa dipendenza dell'Irlanda dalla Gran Bretagna e alla necessità di mantenere vivo il legame con tale Paese, ma sono anche da ricondurre a un sistema amministrativo non

21. M. Gilmartin, *Ireland and Migration in the Twenty-First Century*, Manchester, Manchester University Press, 2015, p. 132.

22. I. Honohan, *Bounded citizenship and the meaning of citizenship laws: Ireland's ius soli citizenship referendum*, in *Managing Diversity: Practices of Citizenship in Australia, Canada and Ireland*, a cura di L. Cardinal, N. Brown, Ottawa, University of Ottawa Press, 2007, p. 81.

23. I. Honohan, *Bounded citizenship and the meaning of citizenship laws*, cit., p. 81.

24. I. Honohan, *Bounded citizenship and the meaning of citizenship laws*, cit., p. 82.

particolarmente articolato e alla sostanziale assenza di flussi migratori in ingresso, sino agli anni Novanta[25].

Si è già fatto cenno alla svolta che l'accordo di Belfast nel 1998 determinò per l'isola: la pacificazione con l'Irlanda del Nord richiese una revisione costituzionale, approvata dalla popolazione nel maggio dello stesso anno, con cui non solo venne recepito l'accordo bilaterale, ma vennero modificati gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Questo emendamento determinò il superamento delle rivendicazioni irredentiste che caratterizzavano la precedente versione del testo della carta fondamentale e portarono, invece, all'affermazione dell'aspirazione a costruire un'Irlanda unita in modo pacifico. In questa scia si colloca anche la previsione del diritto alla cittadinanza irlandese dalla nascita per chiunque sia nato «*in the island of Ireland*»[26]. Ciò si colloca nel solco di un lungo percorso di costruzione del concetto di cittadinanza in senso nazionale e di appartenenza etnica, definito come un processo di «*exclusionary nation building*», che ha reso l'Irlanda uno stato nazionale[27].

In questo contesto, ben si può comprendere, quindi, la previsione dello *ius soli*, formalizzata a livello costituzionale nel 1998 e destinata, però, a durare solamente cinque anni. Con il referendum del 2004, a causa dei timori generati dal pericolo di una sorta di "turismo della cittadinanza", si decise di preferire lo *ius sanguinis*, con l'effetto di valorizzare maggiormente l'idea di stato-nazione e di legame ancestrale con il Paese d'origine che caratterizza ogni ordinamento con una lunga tradizione di emigrazione. Per effetto della revisione costituzionale, dunque, veniva introdotta una nuova previsione all'interno dell'art. 9 della Costituzione, secondo la quale una persona nata *nell'isola di Irlanda*, che al momento della nascita non ha almeno un genitore di cittadinanza irlandese (o in diritto di essere cittadino irlandese) non ha il diritto alla cittadinanza irlandese, a meno che non sia diversamente previsto per legge[28].

Al di là dell'interessante (e curiosa) modalità di individuazione della cittadinanza *a contrario*, va segnalato come, nel segno del processo di costruzione dell'identità nazionale di cui si è detto, il referendum venne approvato a larga maggioranza dalla popolazione a causa della "falla" che si era creata nella combinazione tra le norme sulla cittadinanza e gli

25. *Ibidem*.

26. P.B. Wood, M. Gilmartin, *Irish enough: changing narratives of citizenship and national identity in the context of Brexit*, cit., p. 229.

27. B. Fanning, F. Mutwarasibo, *Nationals/non nationals*, cit., p. 440.

28. Il testo dell'art. 9.2. della Costituzione prevede letteralmente «*1º Notwithstanding any other provision of this Constitution, a person born in the island of Ireland, which includes its islands and seas, who does not have, at the time of the birth of that person, at least one parent who is an Irish citizen or entitled to be an Irish citizen is not entitled to Irish citizenship or nationality, unless provided for by law 2º This section shall not apply to persons born before the date of the enactment of this section*».

altri diritti fondamentali di rango costituzionale e derivanti dal diritto dell'Unione europea. Sebbene le modificazioni introdotte con la revisione della Carta fondamentale abbiano un'apparenza tendenzialmente nazionalista, non si può non scorgere il peso che i flussi migratori hanno avuto sulla necessità di tali emendamenti.

Era andato, infatti, ben presto consolidandosi una sorta di turismo della cittadinanza, che faceva leva sulla possibilità di rimanere nel territorio dello Stato se si aveva un figlio cittadino irlandese per nascita[29]. Questa possibilità era dovuta a un precedente della *High Court*, reso nel 1987, e dunque prima del *Belfast Agreement* e prima che l'Irlanda divenisse meta di immigrazione. In base a quanto affermato dai giudici nel caso *Fajujonu v. Minister of Justice*[30], i richiedenti asilo e gli altri migranti che avessero figli nati nel Paese (e quindi cittadini irlandesi per nascita) avevano diritto a rimanere nel territorio, nel miglior interesse dei minori stessi. La decisione traeva origine dall'impugnazione dell'espulsione nei confronti di una coppia di cittadini rispettivamente del Marocco e della Nigeria che avevano due figli irlandesi. Questi ultimi, in base alla Costituzione dello Stato, hanno un diritto alla vita familiare che ha consentito non solo di accogliere il ricorso dei genitori, ma anche di regolarizzare la posizione di molti altri stranieri con figli nati in Irlanda[31].

Nell'impossibilità di modificare la previsione dell'accordo di Belfast sulla cittadinanza, il governo reagì alla decisione accordando permessi di soggiorno alle famiglie di rifugiati con figli nati in Irlanda, nella consapevolezza che, in base alla legge sulla cittadinanza, per queste persone sarebbe stato possibile richiedere la cittadinanza irlandese dopo cinque anni di residenza nel Paese.

Un nuovo caso non tardò ad arrivare e venne deciso dalla Corte Suprema nel 2003, che si occupò di definire i diritti costituzionali dei minori migranti in Irlanda. Sebbene i giudici abbiano riconfermato la prevalenza del diritto all'unità familiare ed abbiano affermato il divieto di espulsione per i richiedenti asilo e i loro figli fino al termine del procedimento di verifica della sussistenza dei requisiti per la protezione internazionale, la sentenza stabilisce, però, anche la possibilità di espellere un minore pur di cittadinanza irlandese insieme al genitore straniero[32].

Bisogna inoltre osservare che, con ogni probabilità, non fu casuale che, in concomitanza con il dibattito sul referendum costituzionale sulla cittadinanza, poi approvato nel 2004, fosse pendente dinanzi alla Corte di Giustizia il caso *Chen*[33], nel quale una donna cinese che

29. M. Gilmartin, *Ireland and Migration in the Twenty-First Century*, cit., p. 133.

30. Fajujonu v. Minister of Justice, *High Court of Ireland*, 11 novembre 1987, [1987] IEHC 2.

31. B. Fanning, F. Mutwarasibo, *Nationals/non national*, cit., p. 445.

32. Irish Supreme Court, *Lobe v Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2003] IESC 3.

33. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-200/02, *Chen*, 19 ottobre 2004, ECLI:EU:C:2004:639.

viveva in Galles scelse di far nascere la propria figlia a Belfast, in modo tale da assicurarle la cittadinanza irlandese dalla nascita[34]. Tale decisione era motivata, naturalmente, dalla possibilità di rendere la propria figlia automaticamente cittadina europea: ciò avrebbe consentito alla madre, sebbene cittadina di un Paese terzo, di poter chiedere il permesso di soggiorno di lunga durata e poter, così, risiedere nel territorio dell'Unione, avvalendosi della cittadinanza europea della figlia. La Corte decise quando il referendum costituzionale in Irlanda si era già celebrato e, come si ricorderà, affermò che il diritto dell'Unione conferisce al cittadino europeo minorenne il diritto di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, diritto che si estende anche al genitore che lo ha a carico, purché siano entrambi coperti da un'adeguata assicurazione sanitaria e abbiano risorse sufficienti per non diventare un onere per le finanze pubbliche dello Stato ospitante[35].

Dunque, senza venir meno al disegno identitario di unione e pacificazione dell'isola, che aveva trovato infine sigillo nel *Good Friday Agreement*, il referendum del 2004 e la successiva modifica legislativa riuscirono a contenere i rischi di turismo della cittadinanza, promuovendo lo *ius sanguinis* (come abbiamo visto attraverso l'inserzione dell'articolo 9.2. Cost.) e temperando lo *ius soli* di cui all'art. 2 Cost. per mezzo della previsione, in via legislativa, del requisito per il genitore di una residenza almeno triennale nel territorio dell'isola, durante i quattro anni precedenti la nascita[36]. In effetti, come è stato sottolineato, il risultato della revisione costituzionale successiva agli accordi di Belfast è da collegare integralmente al significato simbolico di unione tra le due parti divise d'Irlanda: che ciò abbia avuto un impatto sui flussi migratori in ingresso nella Repubblica è stato completamente non intenzionale[37]. Complessivamente, si può anche valutare come il risultato delle riforme successivamente intercorse abbia contribuito ad allineare l'Irlanda agli altri Paesi europei, riuscendo anche a valorizzare la dimensione identitaria di legame con il Paese d'origine, attraverso un allargamento dello *ius sanguinis*, introdotto a partire dal 2001, ai figli di cittadini irlandesi, nati al di fuori del territorio dell'isola[38].

34. Secondo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della Costituzione irlandese, modificati in seguito all'accordo di Belfast del 1998 e dall'articolo 6, n. 1, dell'*Irish Nationality and Citizenship Act* del 1956, come modificato nel 2001.

35. In commento alla sentenza che ha influito significativamente sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di cittadinanza europea e diritto di soggiorno, cfr. G. Perin, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in questa *Rivista*, n. 4.2005, p. 89.

36. Art. 6A, *Irish Nationality and Citizenship Act* 1956 e ss.mm.

37. B. Fanning, F. Mutwarasibo, *Nationals/non national*, cit., p. 446.

38. Art. 7, *Irish Nationality and Citizenship Act* 1956 e ss.mm. A riguardo cfr. J. Guillaumond, *Who is Irish Today? Citizenship and Nationality Issues in 21st Century Ireland*, in *Revue Française de Civilisation Britannique*, 2016, XXI-1, http://journals.openedition.org/rfcb/882.

3. La disciplina irlandese delle migrazioni per motivi di lavoro

3.1. Premessa

Il necessario inquadramento dell'ordinamento giuridico irlandese ci ha consentito di mettere a fuoco le diverse anime della nazione e di scorgere i tratti di un Paese in continuo movimento, in senso reale e in senso figurato. Come abbiamo visto, infatti, il migrare appartiene al DNA del popolo irlandese, abituato da secoli a spostarsi lontano dalla terra natìa in cerca di fortuna; più recentemente, poi, il Paese si è riscoperto terra di ospitalità e, con l'inizio del 2021, è divenuto una nuova frontiera terrestre dell'Unione europea.

Non si può comprendere la *ratio* dell'articolata disciplina irlandese sulla migrazione per motivi di lavoro, quindi, se non si colloca questo ordinamento nell'intricato tessuto dato dalla geografia insulare, da una storia di carestie, dalla cultura cattolica, da un approccio fortemente identitario alla tutela dei diritti e dai benefici dell'adesione all'Unione [39]. Quest'ultimo aspetto, in particolare, è di significativa rilevanza, per l'Irlanda così come per ogni altro Stato membro, quando ci si occupa di migrazioni, dal momento che – ferma restando la sovranità di ciascun ordinamento sul controllo dei propri confini – la cittadinanza dell'Unione e i diritti da essa derivanti escludono ogni iniziativa statale nella regolazione dei diritti dei cittadini UE. Peraltro, anche le posizioni giuridiche e gli *status* degli stranieri provenienti da Paesi terzi sono, da tempo, oggetto degli interventi normativi delle istituzioni europee (oltre che protette, almeno per un livello minimo di tutela, dal diritto internazionale)[40]. Può, dunque, apparire non molto estesa la discrezionalità statale sul diritto migratorio. Eppure, le varie esperienze nazionali ci dimostrano che, proprio con riguardo alla regolazione dell'ingresso e del soggiorno per motivi di lavoro, le soluzioni a disposizione del legislatore possono variare significativamente anche tra Stati tra loro molto vicini.

Venendo a trattare nello specifico dell'ordinamento irlandese, una prima chiave di lettura per affrontare l'analisi della disciplina riguarda la consapevole scelta dell'ordinamento irlandese di distinguersi a livello europeo, anche per costruire una propria indipendenza economica dal vicino Regno Unito (quanto meno prima della Brexit). Non potendo controllare o limitare i flussi in ingresso provenienti da altri Stati membri, l'Irlanda ha consapevolmente scelto di farsi guidare dalla propria adesione all'Unione, decidendo di non imporre particolari restrizioni all'ingresso per motivi di lavoro ai "nuovi" cittadini

39. Per un inquadramento in chiave antropologica, cfr. V. Lele, *Demographic Modernity' in Ireland: A Cultural Analysis of Citizenship, Migration, and Fertility*, in *Journal of the Society for the Anthropology of Europe*, 8, 2008, pp. 5-17.

40. M. Gilmartin, *Ireland and Migration in the Twenty-First Century*, cit., p. 18.

europei, in seguito all'allargamento dell'Unione nel 2004[41], e facendo leva su due forti fattori di attrazione, la moneta unica e la lingua inglese[42].

Rispetto alla gestione dei flussi migratori provenienti da Paesi terzi, invece, l'Irlanda non si è distinta, in passato, per un approccio univoco ai temi migratori, oscillando nelle soluzioni adottate anche in base al livello di pressione o al mutare dell'andamento del fenomeno. Così come è possibile osservare nel nostro ordinamento, questo approccio è tipico di Paesi che abbiano alle spalle una storia relativamente recente di immigrazione[43]. A questo riguardo, bisogna precisare che, naturalmente, la regolazione e la gestione della protezione internazionale e dell'asilo sono significativamente condizionate dal diritto europeo, mentre la gestione degli ingressi per motivi di lavoro consente maggior spazio di manovra agli Stati membri, offrendo fertile materiale di riflessione.

In linea con le tendenze apparentemente confliggenti che abbiamo già osservato nei paragrafi precedenti e che caratterizzano l'essenza dell'ordinamento giuridico irlandese, anche con riguardo al diritto dell'immigrazione possiamo rilevare il medesimo andamento. La "tigre celtica", infatti, ha da tempo e ampiamente puntato ad attrarre migranti iper-qualificati, chiamati a lavorare nelle grandi aziende che grazie a politiche fiscali particolarmente vantaggiose, negli anni del *boom* economico avevano fissato le proprie sedi nell'isola. Al contempo, l'Irlanda non è rimasta del tutto indenne nemmeno dalla "comune" immigrazione economica, la cui disciplina è, dunque, andata a mischiarsi e sovrapporsi a quella sui lavoratori migranti qualificati.

3.2. La disciplina sui permessi di soggiorno per motivi di lavoro

La politica di regolamentazione del mercato del lavoro da parte dell'Irlanda si riflette in modo significativo sui flussi migratori che la caratterizzano[44]. Come già evidenziato ampiamente, per effetto di una significativa riqualificazione del tessuto economico, a partire dagli anni Novanta, la Repubblica è divenuta territorio di immigrazione oltre che di esodo, sino a quando gli effetti della crisi economica globale hanno iniziato ad avvertirsi anche nell'isola, tra il 2007 e il 2008. Proprio in quegli anni, infatti, si invertì drasticamente (e per la prima volta dopo molto tempo) la prevalenza di emigranti rispetto al numero di

41. Cfr. *Infra*, paragrafo 3.2.

42. M. Cousins, *Migrants' Access to Social Protection in Ireland*, in *Migration and Social Protection in Europe and Beyond, Vol. 1. Comparing Access to Welfare Entitlements*, a cura di J.M. Lafleur, D. Vintila, Cham, Springer, p. 228.

43. M. Cousins, *Migrants' Access to Social Protection in Ireland*, cit., p. 229.

44. Per i dati statistici sul fenomeno migratorio in Irlanda, si veda la pagina dedicata nel sito dell'Ufficio Centrale per le Statistiche (Central Statistics Office), https://www.cso.ie/en/releasesandpublications/er/pme/populationandmigrationestimatesapril2020/.

stranieri in ingresso[45]. A tale proposito, bisogna segnalare che questi conteggi comprendono anche i cittadini europei che entrano in Irlanda per motivi di lavoro e che ormai tradizionalmente costituiscono la maggioranza degli stranieri lavoratori nell'isola.

La disciplina sull'ingresso e il soggiorno per motivi di lavoro nel territorio irlandese è contenuta nell'atto legislativo denominato *Employment Permits Act* 2003 che, non casualmente, venne approvato in prossimità dell'allargamento ad Est dell'Unione europea del 2004. La legge ha subìto alcune modificazioni negli anni successivi, pur mantenendo la propria *ratio* di fondo, mirata a limitare l'immigrazione di cittadini di Paesi terzi ai lavoratori altamente qualificati[46].

Prima di questo nuovo atto normativo, la disciplina dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro era essenzialmente basata sull'iniziativa dei datori di lavoro, che potevano reclutare quanti lavatori stranieri desiderassero, senza particolari vincoli. Ciò è dimostrato dal raffronto dei dati sui permessi di soggiorno rilasciati nel 1999 e nel 2003: si passò da 5.750 nel 1999 ai 47.707 del 2003[47].

L'approvazione dell'*Employment Permits Act* nel 2003 si collega all'allargamento dell'Unione poiché, attraverso tale atto l'Irlanda, pur restringendo l'ingresso per motivi di lavoro nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, scelse di rinunciare al periodo transitorio che, in base agli accordi sull'annessione, avrebbe potuto condizionare la libera circolazione dei cittadini dei dieci nuovi Paesi membri per i sette anni successivi all'ingresso nell'Unione europea[48].

Sebbene decisioni simili, all'epoca, fossero state adottate anche dal Regno Unito e dalla Svezia, l'Irlanda da subito previde che non fosse necessario nessuna particolare registrazione o certificato per i cittadini europei provenienti dagli Stati membri di nuova

45. F. McGinnity, R. Grotti, S. Groarke, S. Coughlan, *Ethnicity and Nationality in the Irish Labour Market*, Irish Human Rights and Equality Commission, 2018, report disponibile all'indirizzo https://emn.ie/files/p_201812181009082018_EthnicityandNationalityintheIrishLabourMarket.pdf, p. 3, ove viene presentato un grafico che mette chiaramente in evidenza questo andamento. Addirittura, in base a quanto si evince da questo grafico, nel 2010 si giunse a un saldo negativo nella differenza tra immigrati ed emigranti, con valori numerici molto vicini a quelli antecedenti l'ascesa economica del Paese.

46. Cfr. F. McGinnity et al., *Ethnicity and Nationality in the Irish Labour Market*, cit., p. 4.

47. M. Ruhs, *Managing the Immigration and Employment of Non-EU Nationals in Ireland*, in *Studies in Social Policy*, 2005, 19, p. xii.

48. European Commission, *Free Movement for Persons – A Practical Guide for an Enlarged European Union*, 2002, disponibile all'indirizzo internet https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/archives/pdf/press_corner/publications/55260_practica_guide_including_comments_en.pdf.

annessione, sia che si fossero trasferiti sull'isola dopo il 2004, sia che fossero già presenti[49]. Come poi vedremo, l'atto del 2003 venne significativamente modificato nel 2006 e, successivamente, nel 2014, anche per far fronte alle mutate esigenze del mercato del lavoro e dei flussi migratori. Questa più recente modifica si accompagna, come abbiamo visto, alla ripresa economica dopo la grande recessione globale e si inserisce nel contesto di un fenomeno migratorio dall'identità profondamente mutata.

Cercando di presentare per categorie il complesso quadro normativo irlandese in materia di permessi di soggiorno per motivi di lavoro, possiamo sin d'ora rilevare come le ragioni di ingresso nel territorio statale siano divise in due macro-gruppi, che distinguono i migranti altamente qualificati da quelli essenziali[50]. Ad accomunare entrambe le categorie e a caratterizzare tutte le tipologie di permessi di soggiorno di cui ora si dirà, vi è la condizione che solo un posto di lavoro effettivamente esistente determini il rilascio di un permesso di soggiorno.

Le richieste di permesso di soggiorno e le relative procedure sono disciplinate dall'*Emplyoment Permits Act* 2006 (artt. 4 ss.)[51].

Venendo alla disciplina del lavoratore altamente qualificato, l'art. 15.1.d. dell'atto normativo prevede che il Ministero del lavoro svolga periodicamente una valutazione della carenza di abilità (*skills shortage*). Tale concetto è chiarito dal regolamento attuativo della legge, in base al quale la carenza di tali capacità lavorative o professionali nel mercato del lavoro deve essere richiesta per il corretto funzionamento dell'economia[52]. Come è evidente, lo scopo di una tale disciplina è quello di attrarre forza-lavoro la cui alta specializzazione minimizza il rischio di una successiva perdita del posto, di disoccupazione e, quindi, di necessità di un intervento assistenziale pubblico. La strategia, peraltro, è anche quella di iniettare nel mercato del lavoro dell'isola professionalità tendenzialmente attive e creative, per alimentare la crescita economica del Paese.

---

49. Art. 3, *Employment Permits Act* 2003. M. Ruhs, *Managing the Immigration and Employment of Non-EU Nationals in Ireland*, cit., p. 11. È interessante osservare come, fra i cittadini provenienti dai dieci Stati membri che entrarono a far parte dell'Unione europea a partire dal 2004, circa la metà fossero di nazionalità polacca.

50. La denominazione è di chi scrive.

51. La versione consolidata e aggiornata di tale atto normativo è disponibile sul sito del Parlamento irlandese, a questo indirizzo: http://www.irishstatutebook.ie/eli/2006/act/16/enacted/en/print.html. Le modifiche introdotte nel 2014 hanno introdotto nuovi criteri e regole per concedere i permessi di soggiorno per lavoro, in modo da adeguare la legislazione alla flessibilità del mercato del lavoro. Cfr. E. Gusciute, E. Quinn, A. Barrett, *Determining Labour and Skills Shortages and the Need for Labour Migration in Ireland*, European Migration Network, ESRI Research Series Number 49, Dublin: ESRI. 12, 2015.

52. Employment Permits Regulations 2014-2015, Schedule 3: «*Employments in respect of which there is a shortage in respect of qualifications, experience or skills which are required for the proper functioning of the economy*».

Per effetto delle modifiche introdotte nel 2014, i permessi di soggiorno per lavoro esistenti in Irlanda si distinguono in base alla specializzazione del lavoratore: a seconda del titolo di studio o della qualificazione professionale, ma anche in base al reddito annuo, sono state individuate diverse categorie di permessi di soggiorno per lavoro (*Employment Permits* - EP)[53]. Oltre alle tipologie principali di permessi di soggiorno per lavoro, di cui ora si dirà, vi sono altre categorie che portano il novero complessivo dei titoli di permanenza collegati all'occupazione a nove, con le seguenti denominazioni: *Critical Skills Employment Permit*; *Dependant/Partner/Spouse Employment Permit*; *Intra-Company Transfer Employment Permit*; *General Employment Permit*; *Contract for Services Employment Permit*; *Reactivation Employment Permit*; *Internship Employment Permit*; *Sport and Cultural Employment Permit*; *Exchange Agreement Employment Permit*[54].

I *Critical Skills* EP sono quelli di cui si è appena trattato e sono pensati per attrarre personale altamente specializzato, identificato attraverso la lista delle carenze[55], che indica le professionalità indispensabili all'economia irlandese e attualmente carenti. Per ottenere questo permesso di soggiorno è necessario un reddito annuo di almeno 64mila euro. È prevista anche una categoria con reddito inferiore (a partire da 32mila euro annui, che però deve coprire occupazioni strategicamente importanti per l'economia del Paese). La durata è di almeno due anni. Per questa tipologia di permesso di soggiorno, il datore di lavoro non deve effettuare la previa verifica delle necessità del mercato del lavoro, poiché si tratta di personale molto specializzato e qualificato.

Il permesso di lavoro "ordinario" (*General Employment Permit*), invece, segue una disciplina differente. Esso viene rilasciato dal *Department of Business*, *Enterprise and Innovation*, su richiesta del datore di lavoro, oppure del lavoratore in ingresso.

A questo riguardo, e in comparazione con il nostro ordinamento, è interessante osservare come l'attenzione sull'immigrazione, in Irlanda, sia condivisa tra diversi Ministeri e dipartimenti. Fra questi, come abbiamo visto, e in linea con la tendenza a condizionare i flussi migratori dai Paesi terzi in modo il più possibile mirato alla crescita economica del Paese, spicca l'elevato coinvolgimento del Ministero dell'economia e di quello per

53. La presentazione delle attuali tipologie di permessi di soggiorno per motivi di lavoro si può ricostruire a partire da *Employment Permits* (*Amendment*) *Act* 2014. Attualmente tali permessi di soggiorno sono di nove diverse tipologie. La relativa descrizione è disponibile a questo indirizzo: https://www.citizensinformation.ie/en/employment/migrant_workers/employment_permits/.

54. Un quadro sinottico molto esaustivo è disponibile in E. Gusciute, E. Quinn, A. Barrett, *Determining Labour and Skills Shortages and the Need for Labour Migration in Ireland*, cit., pp. 15-17.

55. Questa è prevista dalla Schedule 3 del *Employment Permits (Amendment) Regulations* 2018. L'attuale lista, consultabile a questo indirizzo: https://enterprise.gov.ie/en/What-We-Do/Workplace-and-Skills/Employment-Permits/Employment-Permit-Eligibility/Highly-Skilled-Eligible-Occupations-List/, è valida a partire dal 1 gennaio 2020.

l'innovazione nell'individuazione delle abilità professionali per le quali è riscontrabile una carenza nell'isola e che necessitano di essere colmate attraverso il ricorso a personale straniero.

Tali permessi di soggiorno parificano il lavoratore straniero a quello irlandese in termini di diritti. Bisogna, tuttavia, evidenziare che la richiesta di tale tipologia di titolo di soggiorno è possibile a partire da un reddito minimo di trentamila euro[56]. Un ulteriore elemento da considerare riguarda la necessità che sia direttamente il datore di lavoro ad effettuare l'assunzione (con la conseguente esclusione di agenzie per l'impiego o altri intermediari).

Da ultimo, è opportuno rimarcare che, in base a quanto previsto dall'art. 10.2.b dell'*Employment Permits Act* 2006, vige la cosiddetta regola del 50%, in base alla quale un datore di lavoro non può assumere personale straniero, a meno che più della metà dei dipendenti siano cittadini europei o svizzeri[57]. Precondizione necessaria al rilascio del permesso di soggiorno è che il datore di lavoro abbia effettuato il cd. *labour market needs test*, ossia abbia tentato prima di rispondere alle proprie esigenze di assunzione cercando tra la forza lavoro già presente nel Paese[58].

I permessi di lavoro di questa tipologia hanno una durata di due anni e possono essere rinnovati per altri tre anni. Dopo un quinquennio di ininterrotta attività lavorativa in Irlanda, si può richiedere il permesso di soggiorno di lungo periodo.

La lettura d'insieme di tale quadro normativo conferma le considerazioni già sviluppate riguardo all'adozione, in Irlanda, di una netta politica volta ad attrarre personale altamente qualificato e a scoraggiare flussi migratori di lavoratori non specializzati. Le ragioni di una decisione così marcata possono essere facilmente individuate nella configurazione della Repubblica, con una popolazione molto ridotta ed un tessuto economico che, pur avendo affrontato un profondo e radicale rinnovamento negli ultimi decenni, non può far fronte a qualunque tipo di richiesta di impiego.

56. In via eccezionale, si può richiedere tale permesso di soggiorno anche per un reddito annuale inferiore (ma di almeno 27mila euro annui) nel caso di primo impiego per un laureato a cui sia stato offerto una posizione compresa nella *Highly Skilled Eligible Occupations List*.

57. Alla lettera, l'art. 10.2.b prevede che: «*An employment permit to which this section applies shall not be granted unless the applicant satisfies the Minister that — [...] at the time of the application, more than 50 per cent of the employees of the applicant are nationals of any of the following, namely — i) one or more Member States of the EEA, or (ii) the Swiss Confederation, or (iii) a combination of any of the states referred to in subparagraphs (i) and (ii)*».

58. Operativamente, la disponibilità del posto deve essere segnalata attraverso i servizi per l'impiego per quattro settimane. La procedura da seguire è indicata nella sezione dedicata del sito del Ministero competente: https://enterprise.gov.ie/en/What-We-Do/Workplace-and-Skills/Employment-Permits/Labour-Market-Needs-Test/.

3.3. Profili critici e questioni concrete

Sebbene, come abbiamo visto, la disciplina irlandese dell'immigrazione per motivi di lavoro sia marcatamente orientata ad attrarre forza lavoro altamente qualificata, vi sono alcuni elementi di criticità che meritano di essere presi in considerazione adeguatamente. Così come per altri ordinamenti europei, infatti, anche in Irlanda la forza lavoro straniera è un facile bersaglio di emarginazione sociale, sfruttamento o discriminazione, che può condurre anche a situazioni di grave vulnerabilità socio-economica[59].

Si è fatto cenno sopra al fatto che il permesso di soggiorno per motivi di lavoro rende pari, in termini di diritti, i lavoratori stranieri a quelli irlandesi (o cittadini europei). Tale *status* è collegato, naturalmente, all'esistenza di un contratto di lavoro. Nel momento in cui quest'ultimo dovesse venir meno, il migrante perderebbe il diritto a mantenere il proprio permesso di soggiorno, divenendo irregolare. Per il lavoratore privo di contratto (e dunque non in regola nemmeno con le norme relative al soggiorno nel Paese), non vi sono garanzie, poiché mancando un contratto di lavoro, non vi è titolo al riconoscimento dei diritti spettanti al lavoratore.

È importante, però, sottolineare che, in base all'art. 4 dell'*Emplyoment Permits (Amendments) Act* 2014, per il lavoratore privo di contratto è prevista la possibilità di agire contro il datore di lavoro, al fine di ottenere una compensazione per il lavoro svolto, a condizione che il lavoratore provi di aver adottato ogni possibile misura per richiedere un permesso di soggiorno[60].

Il diritto migratorio irlandese, in termini generali, presenta elementi di criticità spiegabili, in primo luogo, per il fatto che esso è relativamente "giovane": come abbiamo già ampiamente discusso, infatti, la Repubblica è divenuta solo recentemente territorio d'attrazione di flussi migratori europei ed extra-europei. Di conseguenza, la regolazione di questa materia ha seguito l'andamento dei flussi e, come per il nostro Paese, è fortemente intrisa di elementi che puntano a rispondere a bisogni contingenti, invece che offrire una disciplina organica.

In secondo luogo, la legislazione irlandese sulla cittadinanza e sull'immigrazione, come si è già visto, è costruita spesso in modo strumentale o simbolico, con lo scopo di promuovere l'identità nazionale e ampliare le differenze tra cittadini e non-cittadini, nonché tra diverse categorie di stranieri[61]. Interventi che incidono concretamente sulla vita dei migranti, lavoratori e non, presenti nel Paese vengono, ad esempio, inseriti in testi normativi che disciplinano gli ambiti più disparati. Lo stile normativo degli ordinamenti di *common law*,

59. In argomento si veda il recente studio di C. Murphy, D.M. Doyle, M. Murphy, *'Still Waiting' for Justice: Migrant Workers' Perspectives on Labour Exploitation in Ireland*, in *Industrial Law Journal*, 49(3), 2020, p. 318 ss.

60. La norma introdotta nel 2014 modifica gli articoli 2B e 2C dell'*Employment Permits Act* 2003.

61. M. Gilmartin, *Ireland and Migration in the Twenty-first century*, cit., p. 31.

inoltre, non aiuta a chiarire la relativa disciplina e ad avere contezza dei requisiti e delle procedure necessarie per ottenere determinati benefici sociali o per soddisfare i requisiti necessari alla permanenza regolare nel territorio dell'isola.

Un profilo, poi, che merita senz'altro attenzione, riguarda il rapporto tra accesso al lavoro e richiedenti asilo. Soprattutto negli ultimi anni, anche a causa dell'incremento delle domande di protezione internazionale, la questione è stata oggetto di attenzione, anche in sede giurisdizionale. In base all'art. 9 del *Refugee Act 1996*, infatti, in Irlanda vige(va) una completa proibizione di lavoro per i richiedenti asilo[62], tema sul quale si era pronunciata, in una nota e controversa decisione, la *High Court* nel 2015[63]. All'epoca, esprimendosi sul ricorso di due richiedenti asilo ai quali era stato vietato, anche temporaneamente, l'accesso all'impiego, in attesa della decisione della competente commissione sulla loro domanda, i giudici irlandesi affermarono che, sebbene la Costituzione irlandese riconosca il diritto a guadagnarsi il necessario per vivere («*to earn a livelihood*»[64]), questo diritto non può comprendere la corrispondente obbligazione statale a garantire il diritto a lavorare ai richiedenti protezione internazionale. In altre parole, il diritto al lavoro è costituzionalmente tutelato, ma non è assoluto[65].

Nemmeno le successive modificazioni del quadro normativo interno, necessarie per il recepimento degli atti europei[66], non hanno rimosso completamente tale divieto, tanto che sul punto si è da poco pronunciata la Corte di Giustizia. Nella sentenza *K.S.*, pubblicata nel gennaio 2021[67], i giudici di Lussemburgo hanno rilevato il contrasto con il diritto europeo delle norme interne irlandesi che, oltre a prevedere un intervallo di almeno otto mesi tra la presentazione della domanda di protezione internazionale e la possibilità di richiedere l'accesso all'impiego, escludono da tale possibilità i destinatari di una decisione di

62. L'art. 9.4.b prevede, alla lettera: «*An applicant shall not [...] (b) seek or enter employment or carry on any business, trade or profession during the period before the final determination of his or her application for a declaration*».

63. Ireland High Court, *N.H.V. & F.T v Minister for Justice and Equality* [2015] IEHC 246. Il caso venne poi confermato anche dalla Corte d'appello, *N.H.V. v. Minister for Justice, Equality and Others* [2016] IECA 86. Per i riferimenti di entrambe le decisioni si veda la pagina web dedicata a questo indirizzo https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-nhv-and-ft-v-minister-justice-and-equality-respondent-and-irish-human-rights.

64. Articolo 40.3 della Costituzione irlandese.

65. L. Thornton, *Socio-Economic Rights and Ireland*, in *International Human Rights: Perspectives from Ireland*, a cura di S. Egan, Dublin, Bloomsbury, 2015, p. 179 ss.

66. Si tratta del decreto European Communities (Receptions Conditions) Regulations 2018, con cui sono state trasposte nel diritto irlandese le previsioni della 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.

67. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cause riunite C-322/19 e C-385/19, *K.S. e M. H.K.*, 14 gennaio 2021, ECLI:EU:C:2021:11.

trasferimento ai sensi del Regolamento Dublino[68]. Secondo la Corte di Giustizia, in particolare, non si può differenziare i richiedenti asilo in base alla procedura alla quale sono sottoposti, sia essa un potenziale trasferimento in applicazione del regolamento Dublino III, impugnato dal richiedente, oppure una valutazione sostanziale della sua domanda di protezione. Sebbene, inoltre, fra le «condizioni materiali di accoglienza» di cui all'art. 2 della direttiva 2013/33 non rientri espressamente l'accesso al mercato del lavoro, la Corte rileva che non può essere altrimenti e che, anzi, l'obbligo di concedere l'accesso al lavoro al richiedente protezione internazionale (*ex* art. 15 della direttiva del 2013) cessa, per lo Stato membro interessato, «unicamente al momento del trasferimento definitivo di quest'ultimo verso lo Stato membro richiesto»[69]. In particolare, tale misura contribuisce a garantire ai richiedenti un livello di vita dignitoso in modo omogeneo in tutto il territorio dell'Unione, poiché questo contribuisce ad assicurare il rispetto della dignità umana che si impone nei confronti di tutti i richiedenti asilo che si trovano in attesa della determinazione della loro domanda, nel merito e nella definizione dello Stato membro competente ad esaminare la richiesta[70].

Nel rilevare, dunque, che il diritto irlandese che esclude dall'accesso al lavoro il richiedente asilo in attesa di decisione sul proprio trasferimento verso lo Stato membro competente ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale osta alle previsioni della direttiva accoglienza, la recente sentenza della Corte di Giustizia impone, di fatto, all'Irlanda di modificare nuovamente il proprio quadro normativo, in senso maggiormente inclusivo[71]. La necessità di intervento del giudice europeo pone in evidenza, quanto meno, l'urgenza di riallineare il quadro normativo interno al diritto europeo in materia di protezione internazionale, raggiungendo, peraltro, anche il risultato concreto di evitare la necessità di prevedere interventi di carattere assistenziale per queste categorie di migranti.

Tornando all'individuazione degli elementi di criticità della disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro, bisogna evidenziare un ulteriore aspetto che accomuna l'ordinamento irlandese a quello italiano, sebbene i punti di partenza siano distinti: mentre l'Irlanda ha tarato la propria disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro sul personale altamente

68. Cfr. C-322/19 e C-385/19, paragrafi 20 ss. Si tratta dell'art. 11 del decreto irlandese del 2018.

69. C-322/19 e C-385/19, paragrafo 68.

70. C-322/19 e C-385/19, paragrafo 69. La Corte si riferisce alla propria precedente sentenza C 179/11, Cimade e GISTI, 27 settembre 2012, EU:C:2012:594, par. 43.

71. La dottrina irlandese è già intervenuta commentando questa importante decisione della Corte di Lussemburgo e sostenendo, accanto alla necessità di una celere modifica legislativa, anche la diretta applicabilità dei principi della decisione. V.L. Thornton, *Asylum Seekers subject to 'Dublin procedures' have a right to work under EU Law*, 14 gennaio 2021, disponibile all'indirizzo https://liamthornton.ie/2021/01/14/asylum-seekers-subject-to-dublin-procedures-have-a-right-to-work-under-eu-law/.

qualificato, l'ordinamento italiano si è da tempo assestato sul sistema di ingresso per quote che, come noto, ha sempre stentato ad andare completamente a regime[72].

Nonostante le due discipline partano da assunti completamente differenti, simili sono gli effetti collaterali prodotti da norme che faticano a tener conto dei dati oggettivi relativi ai flussi migratori. Del resto, il raffronto tra le discipline italiana e irlandese, tanto diverse da essere quasi opposte, ma simili quanto all'inefficacia dei risultati prodotti, porta a confermare quanto in dottrina è già stato da tempo segnalato, relativamente all'effetto controproducente che politiche migratorie sbagliate possono produrre sull'ordinamento e sul suo complessivo equilibrio: «ogni restrizione agli ingressi alla fine può rivelarsi inefficace sul medio e lungo periodo, allorché manchino forme regolari, semplici, veloci e proporzionate alle spinte migratorie»[73].

In entrambi i casi, infatti, la strada per l'ingresso nel Paese dei migranti economici non qualificati (o, in Italia, in assenza della determinazione ministeriale delle quote) è quella della protezione internazionale. Le dimensioni più ridotte della Repubblica irlandese e la sua posizione geografica non la espongono nemmeno lontanamente ai numeri italiani. Eppure, anche in questo ordinamento sono state riscontrante non poche criticità in relazione alla gestione delle richieste di protezione internazionale, alla lentezza delle relative procedure di verifica e ai rischi di conseguente emarginazione sociale, disoccupazione o rimpatrio cui sono esposti coloro che entrano nel territorio irlandese chiedendo asilo[74].

Ciò si lega, naturalmente, alla presenza di migranti irregolari nel territorio irlandese, potenzialmente esposti ad attività illegali o a sfruttamento lavorativo. Il tema è da tempo all'attenzione sia delle istituzioni sia del dibattito dottrinale[75]. A riguardo, è interessante osservare come un sondaggio condotto nell'ottobre 2020 dal *Migrant Rights Centre Ireland* (MRCI) fra circa un migliaio di migranti irregolari abbia evidenziato che, di questi, circa il 75% sono presenti in Irlanda da oltre cinque anni, mentre il 93% lavora[76].

---

72. Su queste questioni cfr. P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 656.

73. P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, cit., p. 656.

74. L'estensione del presente scritto non consente di approfondire adeguatamente la disciplina della protezione internazionale in Irlanda. Per i rilievi critici cui si è fatto cenno e per alcuni dati numerici si veda M. Gilmartin, *Ireland and Migration in the Twenty-first century*, cit., p. 69 ss.

75. A riguardo, cfr. E. Dewhurst, *The Gap Between Immigration and Employment Law in Ireland: Irregular Immigrants Fall Through the Cracks*, in *Irish Journal of Employment Law*, 2013, p. 10; E. Dewhurst, *Exclusionary or Inclusionary Constitutional Protection: Protecting the Rights of Citizens, Non-Citizens and Irregular Immigrants Under Articles 40-44 of the Irish Constitution*, in *Irish Jurist*, 2013, p. 98 ss.

76. *Migrant Rights Centre Ireland (MRCI), We live here, we work here. We belong here. A survey of over 1,000 undocumented people in Ireland*, 14 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo internet https://www.mrci.ie/2020/10/14/we-live-here-we-work-here-we-belong-here-a-survey-of-over-1000-undocumented-people-in-ireland/.

Il tema della regolarizzazione dei migranti è attualmente all'attenzione delle istituzioni: le elezioni tenutesi nel giugno 2020 hanno portato al governo dell'isola una nuova coalizione. Nel programma politico del nuovo esecutivo, un punto specifico è dedicato all'impegno a mettere in regola gli stranieri irregolari di lungo corso che soddisfino determinati requisiti[77]. Si tratta di un tema politico decisamente molto delicato, anche in considerazione delle politiche migratorie molto mirate che hanno sinora contraddistinto l'isola[78].

Nel solco dell'attuale emergenza epidemiologica, si colloca infine la decisione del Ministero della giustizia di prorogare la validità di tutti i permessi di soggiorno fino all'aprile 2021[79].

4. Conclusioni: quale futuro per il diritto delle migrazioni in Irlanda?

La rapida disamina di una porzione limitata del diritto dell'immigrazione irlandese, circoscritta alla disciplina dell'ingresso per motivi di lavoro ha restituito l'immagine di un Paese dinamico, che sta attraversando una significativa fase di rinnovamento, pur nella consapevolezza della fragilità del proprio tessuto economico, già messo alla prova dalla crisi economica globale.

L'Irlanda, come abbiamo ampiamente visto, è una piccola Repubblica in un territorio insulare, che si distingue per la costruzione di una fiera identità nazionale, una Costituzione particolarmente attenta alla tutela dei diritti individuali, e un profondo rinnovamento sociale, economico e culturale che ne sta attraversando il territorio almeno da una ventina d'anni. Per effetto di questi fattori, l'Irlanda è riuscita ad invertire la tendenza, qualificandosi come territorio di immigrazione e non più (solo) di emigrazione, eccezion fatta per una breve parentesi tra il 2010 e il 2014.

In questo solco, il Paese ha scelto di connotare fortemente il proprio approccio sia alla cittadinanza, sia all'immigrazione. Quanto al primo profilo, come si è visto, per effetto dell'avvenuta pacificazione con il vicino Regno Unito e la soluzione della questione nord-irlandese, si è deciso di favorire l'accesso alla cittadinanza irlandese a tutti i nati sull'isola, al fine di intraprendere una politica inclusiva nei confronti del Nord-Irlanda. Ben presto si

77. *Programme for Government. Our shared future*, pubblicato nel giugno 2020 e disponibile all'indirizzo internet https://www.finegael.ie/app/uploads/2020/06/ProgrammeforGovernment_Final_16.06.20-1.pdf (cfr. p. 76).

78. La questione della regolarizzazione dei migranti senza permesso di soggiorno era giunta anche in precedenza all'attenzione delle istituzioni, pur senza particolare successo. Si veda a riguardo l'interrogazione rivolta da un parlamentare all'allora Ministro della giustizia nel luglio del 2017, la cui risposta era stata decisamente di segno opposto rispetto al rinnovato impegno dell'attuale governo. L'interrogazione è disponibile a questo link: https://www.finegael.ie/app/uploads/2020/06/ProgrammeforGovernment_Final_16.06.20-1.pdf.

79. Si veda il comunicato stampa del Ministero della giustizia del 23 dicembre 2020, dal titolo *Minister announces further temporary extension of immigration permissions*, disponibile all'indirizzo http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/COVID-19-updates-and-announcements.

sono resi evidenti le falle e i possibili abusi collegati a tale scelta normativa, tanto da portare ad un successivo referendum costituzionale sulla cittadinanza. Frattanto, l'allargamento ad Est dell'Unione del 2004 aveva portato nuova forza lavoro nella Repubblica, che in quella fase viveva una congiuntura economica decisamente favorevole. Sapendo di non poter condizionare i flussi migratori dei cittadini europei, si decise allora di attribuire una forte connotazione alla disciplina dell'ingresso per motivi di lavoro, sfruttando il fattore economico e le specifiche necessità di un mercato del lavoro particolarmente caratterizzato.

Tutto ciò, sul lato pratico, non ha naturalmente escluso in assoluto la presenza di cittadini di Paesi terzi non particolarmente qualificati dal punto di vista professionale, né ha escluso l'esistenza di gravi situazioni di sfruttamento lavorativo per figure socialmente fragili[80]. Al contempo, così come nel nostro ordinamento, nell'impossibilità di entrare in Irlanda per motivi di lavoro, i migranti economici non qualificati hanno sfruttato diversi percorsi migratori, fra cui – come è avvenuto in tutta Europa nell'ultimo decennio – quello della protezione internazionale.

Dal punto di vista numerico, la popolazione irlandese attualmente sfiora i cinque milioni. I dati relativi agli ingressi, negli ultimi anni si aggirano intorno alle ottantamila unità per anno. I dati del censimento del 2016 indicano, per il 2015, la presenza di circa mezzo milione di persone straniere, fra le quali sono compresi anche i cittadini europei e quelli del Regno Unito[81]. Sommando tale dato al progressivo aumento della popolazione straniera in ingresso, si arriva a circa settecentomila persone straniere presenti nel Paese[82]. Il dato interessante, che si pone in linea con le riflessioni sinora sviluppate e importante da sottolineare ai fini di una riflessione sul futuro delle migrazioni in Irlanda, riguarda il fatto che gran parte della percentuale degli stranieri in ingresso nel Paese sono di nazionalità britannica oppure europea. Soffermandosi sui dati relativi al 2020, va rilevato che su 85.400 persone in ingresso, quasi 29mila sono irlandesi, cui si sommano 5.500 cittadini del Regno Unito; 12.600 sono cittadini di Stati membri dell'Unione prima dell'allargamento del 2004 e altri 11.400 sono cittadini degli Stati membri che hanno aderito all'UE dopo il 2004. I cittadini di Paesi terzi sono complessivamente poco più di 30mila unità.

Ciò che è significativo rilevare di questi dati concerne, da un lato, l'ampio numero di irlandesi per discendenza che decidono di intraprendere il proprio percorso migratorio nell'isola e, in modo non trascurabile, i dati concernenti i cittadini europei e i britannici.

80. È il caso, ad esempio, del comparto della pesca. In tema si veda C. Murphy, *Tackling Vulnerability to Labour Exploitation through Regulation: The Case of Migrant Fishermen in Ireland*, in *Industrial Law Journal*, 46(3), 2017, p. 417 ss.

81. *Census of Population 2016 – Profile 7 Migration and Diversity*, disponibile all'indirizzo internet https://www.cso.ie/en/releasesandpublications/ep/p-cp7md/p7md/p7anii/.

82. Ulteriori statistiche sui numeri del fenomeno migratorio sono disponibili nella sezione dedicata del sito *European Migration Network*, Ireland, in https://emn.ie/useful-statistics/.

Come si è già avuto modo di osservare, si tratta di un fenomeno inquadrabile facilmente nel contesto delle politiche migratorie irlandesi nei confronti dei flussi migratori provenienti da Paesi terzi, non potendo condizionare quelli provenienti dagli altri Stati membri UE. Non è peraltro affatto trascurabile il fatto che circa la metà dei cittadini europei che si trasferiscono in Irlanda vengano da Stati membri di recente adesione.

Si è posta particolare attenzione a questa peculiarità del fenomeno migratorio irlandese, poiché il quesito di ricerca dal quale la presente indagine ha preso le mosse riguarda proprio l'eventuale impatto della Brexit sui flussi migratori interni. Sebbene sia presto per valutare quali conseguenze il compiuto recesso del Regno Unito dall'Unione europea possa avere, non solo perché il suo perfezionamento è divenuto effettivo il 1 gennaio 2021, ma anche a motivo del naturale rallentamento dei flussi migratori causato dall'emergenza pandemica in atto, si può cercare di avanzare qualche ipotesi, a partire da una sintetica ricostruzione dell'attuale quadro giuridico.

Anzitutto, sebbene ora i cittadini del Regno Unito siano a tutti gli effetti *third-county nationals*, ai sensi del diritto dell'Unione europea, il loro *status* nei confronti della Repubblica d'Irlanda rimarrà sostanzialmente invariato. Ciò si deve alla precedente esistenza di un accordo tra i due Paesi, il *Common Travel Area* (CTA), risalente al 1922, che consente ai cittadini britannici residenti in Irlanda (e, viceversa, agli irlandesi nel Regno Unito) di muoversi, vivere, lavorare e circolare liberamente tra i due Paesi, indipendentemente dal recesso dall'Unione. Con l'avvicinarsi del termine per l'uscita dall'Unione, nel maggio 2019, il *Common Travel Area* è stato oggetto di un *Memorandum of Understanding* e da un *Joint Statement* fra i governi dei due Stati, che hanno confermato la volontà di mantenerne la validità[83]. In base all'accordo, i britannici già residenti in Irlanda e quelli che vi si trasferiranno non hanno bisogno di particolari documenti o di titoli di soggiorno[84].

In quest'ambito, merita attenzione il fatto che, in base al CTA, gli irlandesi e i britannici hanno diritto all'assistenza sociale, sanitaria, all'edilizia residenziale e hanno il diritto di voto in alcune consultazioni elettorali. Non vi sono, invece, previsioni relative allo scambio di merci, beni o servizi[85].

83. *Joint Statement on the Common Travel Area*, 8 maggio 2019, disponibile all'indirizzo https://www.dfa.ie/media/dfa/eu/brexit/brexitandyou/Joint-Statement-CTA.pdf; *Memorandum of Understanding* tra la Repubblica d'Irlanda e il Regno Unito, riguardante il *Common Travel Area* e i diritti e privilegi ad esso associati, disponibile all'indirizzo https://www.dfa.ie/media/dfa/eu/brexit/brexitandyou/Memorandum-of-Understanding-Ire-version.pdf.

84. Informazioni disponibili anche nella pagina istituzionale del Ministero: http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/uk-nationals-living-in-ireland.

85. In argomento v. B. Ryan, *The Common Travel Area between Britain and Ireland*, in *The Modern Law Review*, 64, 2001, pp. 831-854.

La valutazione complessiva dell'approccio irlandese alla gestione dei flussi migratori per motivi di lavoro offre, come si è anticipato in introduzione e come si è avuto modo di porre in evidenza durante la trattazione, fertile materiale di riflessione.

Così come in altri ambiti giuridici, l'Irlanda combina elementi apparentemente inconciliabili per restituire un quadro decisamente interessante: questo è ciò che si è potuto osservare mettendo insieme la costruzione della disciplina della cittadinanza in senso fortemente identitario, con la valorizzazione del legame ancestrale dato dalla discendenza diretta da un cittadino irlandese. In questo contesto si aggiunge la netta scelta di attrarre personale straniero altamente qualificato, con il risultato di riservare il mercato del lavoro non qualificato o a reddito basso ai cittadini europei (in particolare, a quelli provenienti dagli Stati membri di successiva adesione) o agli irlandesi.

Rimane da verificare cosa accadrà nello scenario post-Brexit che va ora costruendosi: a prescindere dallo *status* giuridico decisamente privilegiato (anche rispetto ai cittadini UE) di cui godono i britannici nell'isola verde, non si può non considerare il fatto che l'Irlanda, con ogni probabilità, diverrà un terreno di forte attrazione dei flussi migratori di cittadini europei. Questo è dovuto essenzialmente al fattore linguistico (l'inglese rimane ancora la lingua "franca") e non va nemmeno sottovalutata la comodità di poter beneficiare degli scambi monetari in euro.

Sebbene gli scenari post-pandemici non siano promettenti dal punto di vista economico, la Tigre celtica potrebbe avere ancora l'opportunità di distinguersi positivamente in Europa, se saprà valorizzare adeguatamente la riconversione che sarà richiesta per superare la grave crisi economica cui stiamo andando incontro. Da questo puntò di vista, il fatto di aver tanto investito sulle nuove economie e sul settore dell'ICT negli anni passati, potrebbe rappresentare un fattore chiave per il rilancio dell'economia di questo piccolo Paese.

In questo contesto, dunque, si può avanzare l'ipotesi che la disciplina dei flussi di ingresso per lavoro basata su una netta valorizzazione del personale altamente qualificato oppure specializzato possa rappresentare un buon canale di gestione delle migrazioni, se si considera anche il verso che le istituzioni europee stanno cercando di imprimere alla ripresa[86]. Mantenere politiche migratorie esclusivamente elitarie, tuttavia, non potrà essere sufficiente, ma dovrà necessariamente combinarsi con un parallelo sistema capace di assorbire la forza lavoro (anche straniera) non qualificata che, comunque, cercherà di entrare nel mercato del lavoro irlandese. È già stato, a riguardo, sottolineato il dato per cui

86. Il riferimento va, naturalmente, all'accordo per il quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea e all'iniziativa NextGenerationEU, con i quali verrà stanziato il più ingente pacchetto di aiuti mai finanziati a livello europeo, per ricostruire l'Unione dopo la pandemia, e che è mirato a imprimere un profondo rinnovamento anche economico a tutti gli Stati.

un'efficace regolazione dei flussi migratori «non può mai essere raggiunta senza una cooperazione internazionale ed europea e senza misure che siano altrettanto rispettose dei diritti umani e delle caratteristiche oggettive del fenomeno migratorio ed in particolare dei fattori oggettivi che inducono a lasciare il proprio Paese»[87].

87. P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, cit., p. 672.

COMMENTI

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

IL RAPPORTO DEL COMMISSARIO PER I DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLE POLITICHE MIGRATORIE. RILIEVI POLITICI E GIURIDICI

di Maurizio Delli Santi

Abstract: *Il 9 marzo 2021, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dopo la Raccomandazione del 2019, ha pubblicato il Rapporto* Una richiesta di soccorso per i diritti umani. Le crescenti lacune nella protezione dei migranti nel Mediterraneo, *tracciando un bilancio su quanto richiesto ai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa sul rispetto degli obblighi internazionali nel soccorso in mare e nella protezione di rifugiati e migranti. Il documento analizza in particolare quanto sia stato realizzato in cinque macro-aree di intervento: 1) efficacia delle operazioni di* search and rescue (SAR)*; 2) sbarco sicuro e tempestivo* (place of safety)*; 3) cooperazione tra Stati e ONG; 4) cooperazione con gli Stati terzi; 5) vie sicure e legali per l'accesso al continente europeo. Il Commissario conclude il Rapporto richiamando nuovamente gli Stati ad ottemperare ai loro obblighi, esortandoli in particolare a: 1) far cessare i rimpatri per la Libia; 2) non ostacolare e non criminalizzare l'azione delle ONG. Lo studio traccia alcune osservazioni sul rilievo giuridico e politico delle nuove Raccomandazioni, anche alla luce della richiamata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dell'auspicabile interesse della presidenza del G20 affidata quest'anno all'Italia, in cui è stato varato un programma intorno al trinomio* People, Planet, Prosperity.

Abstract: *On 9 March 2021, the Council of Europe Commissioner for Human Rights, after the 2019 Recommendation, published the* Human Rights Relief Request Report. The growing gaps in the protection of migrants in the Mediterranean, *taking stock of what is required of the 47 Member States of the Council of Europe on compliance with international obligations in the rescue at sea and in the protection of refugees and migrants. The document analyses in particular how much has been achieved in five macro-areas of intervention: 1) effectiveness of search and rescue (SAR) operations; 2) safe and timely landing (place of safety); (3) cooperation between States and NGOs; (4) cooperation with third states, (5) safe and legal routes to access the European continent. The Commissioner concludes the report by once again calling on states to fulfil their obligations, in particular by urging them to: 1) end returns to Libya; 2) do not hinder or criminalise the action of NGOs. The study draws some observations on the legal and political importance of the new Recommendations, also in the light of the recalled jurisprudence of the European Court of Human Rights and the desirable interest of this year's G20 Presidency entrusted to Italy, in which a programme was launched around the trinomial* People, Planet, Prosperity.

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL RAPPORTO DEL COMMISSARIO PER I DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLE POLITICHE MIGRATORIE. RILIEVI POLITICI E GIURIDICI

di Maurizio Delli Santi*

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla Raccomandazione del 2019 al Rapporto del 2021. – 2. Efficacia delle operazioni di *search and rescue (SAR)*. – 3. Sbarco sicuro e tempestivo *(place of safety)*. – 4. La cooperazione con le ONG. – 5. La cooperazione con i Paesi terzi. – 6. Vie sicure e legali. – 7. Conclusioni: nuove sfide per la cooperazione degli Stati.

1. Premessa: dalla Raccomandazione del 2019 al Rapporto del 2021

Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, organismo indipendente attualmente rappresentato dalla bosniaca Dunja Mijatović, il 9 marzo 2021 ha pubblicato il Rapporto dal titolo eloquente *Una richiesta di soccorso per i diritti umani. Le crescenti lacune nella protezione dei migranti nel Mediterraneo*[1]. Il documento nella sostanza presenta un bilancio sullo stato di attuazione della Raccomandazione del 2019 emanata dallo stesso Commissario dal titolo altrettanto significativo *Vite salvate. Diritti protetti. Colmare il divario di protezione per rifugiati e migranti nel Mediterraneo*[2]. Con l'iniziativa del 2019, *il Commissario* si era rivolto ai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa ricordando gli obblighi internazionali del *soccorso* in mare e della *protezione* di rifugiati e migranti, tracciando ben 35 linee guida su cinque macro-aree di intervento: 1) efficacia delle operazioni di *search and rescue (SAR)*; 2) sbarco sicuro e tempestivo *(place of safety)*; 3) cooperazione tra Stati e ONG; 4) cooperazione con gli Stati terzi, 5) vie sicure e legali per l'accesso al continente europeo. Il Rapporto del marzo 2021 ripercorre dunque questi ambiti di intervento evidenziando alcune *best practices*, ma soprattutto le criticità più preoccupanti che hanno portato il Commissario nuovamente a richiamare gli Stati ad ottemperare ai loro obblighi, attuando linee d'azione più concrete e tempestive.

Le Raccomandazioni del Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa – organismo indipendente che non esercita funzioni giurisdizionali – non hanno formalmente un valore direttamente vincolante per gli Stati, tuttavia non devono essere

* Membro dell'*International Law Association*, dell'*Associazione Italiana Giuristi Europei* e della *Associazione Italiana di Sociologia*; è autore di pubblicazioni su temi del diritto internazionale, tra cui *L'Isis e la minaccia del nuovo terrorismo. Tra rappresentazioni, questioni giuridiche e nuovi scenari geopolitici*, Aracne, 2015.

1. https://rm.coe.int/a-distress-call-for-human-rights-the-widening-gap-in-migrant-protectio/1680a1abcd.

2. https://rm.coe.int/vite-salvate-diritti-protetti-colmare-le-lacune-in-materia-di-protezio/168095eed.

sottovalutate per le loro implicazioni di carattere politico e giuridico generale, perché potrebbero essere richiamate in altri atti del Consiglio d'Europa ed anche in sede di giudizi innanzi ai Tribunali nazionali o davanti agli organismi giurisdizionali internazionali, tra cui la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo. In questi ultimi ambiti in particolare non può escludersi l'affermarsi di una giurisprudenza che, proprio facendo riferimento alle Raccomandazioni del Commissario, formuli ipotesi di condotte civilmente e penalmente rilevanti, anche a titolo di dolo eventuale o di colpa grave, nel caso di mancate, ritardate o inadeguate risposte alle richieste di soccorso, o imputi giudizi sulla responsabilità degli Stati in tema di osservanza dei principi di «precauzione» e di «adeguatezza» degli adempimenti rispetto alla tutela dei diritti umani e all'obbligo del soccorso in mare previsto dalle norme di diritto internazionale[3].

2. Efficacia delle operazioni di search and rescue (SAR)

Il Rapporto del marzo 2021 si sofferma sul primo punto relativo alle verifiche esperite sull'efficacia delle azioni di *search and rescue (SAR)*[4], che di per sé hanno una specifica rilevanza per le criticità rilevate e per le conseguenti valutazioni politiche e giuridiche che ne potranno derivare. L'Autorità per i diritti umani ha voluto orientare le verifiche sulla ricerca e soccorso principalmente concentrandosi su quanto constatato sulle rotte centrali del Mediterraneo, poiché maggiormente interessate ai flussi di migranti in mare. Nella Raccomandazione del 2019 il Commissario aveva sollecitato gli Stati a predisporre un potenziamento delle capacità di salvataggio nel Mediterraneo, rendendo disponibili un maggior numero di navi e di altre risorse (es. aerei), comprese quelle gestite dalle ONG, invitando gli Stati a rafforzare soprattutto un coordinamento efficace e tempestivo delle operazioni di soccorso, «senza penalizzare le ONG e le navi private». Nel Rapporto il Commissario ora evidenzia che, sebbene le statistiche mostrino, in termini assoluti, una diminuzione dei flussi e conseguentemente dei decessi in mare, il progetto *Missing Migrants*

3. Tali valutazioni sono desumibili dall'ampia giurisprudenza della Corte EDU, tra cui si ritiene di rilievo la sentenza n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri contro l'Italia*, e dal dibattito dottrinale sorto intorno ai casi all'esame della Corte EDU n. 21660/18, *S.S. e altri c. Italia* e della Corte Penale Internazionale (Comunicazione all'Ufficio del procuratore della Corte Penale Internazionale *Politiche migratorie dell'UE nel Mediterraneo centrale e in Libia* 2014-2019). Sul tema: C. Zanghì, L. Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2019; S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, Giappichelli, 2019; P. Morozzo Della Rocca, *Immigrazione, asilo e cittadinanza: discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018.

4. Le attività SAR hanno fondamento giuridico in ambito internazionale oltre che nel diritto consuetudinario sull'obbligo di soccorso in mare nella Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo firmata ad Amburgo il 27 aprile 1979 (modificata con risoluzione MSC.70(69) adottata il 18 maggio 1998) e resa esecutiva in Italia con legge 3 aprile 1989 n. 147, nonché nel Contesto UE nell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 656/2014 recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne.

gestito dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM)[5] ha registrato oltre 2.600 morti nel Mediterraneo nella seconda metà del 2019 e nel 2020, «la stragrande maggioranza dei quali si è verificata sulla rotta del Mediterraneo centrale».

Secondo il Rapporto i dati dei naufragi nel Mediterraneo continuano a essere preoccupanti e la mancanza di una adeguata capacità di ricerca e soccorso potrebbe aver fatto sì che molti altri naufragi non siano stati censiti. Il Commissario segnala quindi che non sarebbe stato dispiegato quel potenziamento di navi o aerei dedicati alle attività di ricerca e soccorso richiesto soprattutto per le rotte centrali del Mediterraneo e che in risposta alla pandemia di Covid-19 in particolare l'Italia e Malta hanno mantenuto bloccate le loro navi nei porti, anche se per brevi periodi. L'Organismo indipendente si rammarica inoltre che l'operazione Eunavfor Med Irini[6], istituita nell'aprile 2020 dopo l'operazione "Sophia", abbia orientato la sua area d'intervento verso la parte orientale dell'area libica di ricerca e soccorso e nell'alto mare tra Grecia ed Egitto, riducendo le probabilità di individuare rifugiati e migranti in difficoltà in mare.

Il punto più critico del Rapporto si sofferma quindi sulle attività di ricerca e soccorso gestite dalle ONG, che secondo il Commissario hanno dovuto subire continui ostacoli negli interventi «sia attraverso procedimenti amministrativi o penali, sia semplicemente impedendo lo sbarco, in modo che alcune navi delle ONG non sono state in grado di riprendere le operazioni di salvataggio». Nonostante nel settembre 2020 la Commissione europea abbia chiesto un maggiore coordinamento delle ricerche e dei soccorsi anche con le navi private e le ONG, «gli approcci degli Stati membri sembrano ancora concentrarsi sulla limitazione delle azioni di soccorso delle ONG», che avrebbero potuto colmare il minore impegno degli Stati membri.

---

5. L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM/IOM), fondata nel 1951 a Ginevra, è la principale Organizzazione intergovernativa in ambito migratorio con 173 Stati membri. Dal settembre 2016 è diventata Agenzia collegata alle Nazioni Unite. Roma è la sede dell'Ufficio di Coordinamento per il Mediterraneo. Rif. https://italy.iom.in.

6. Sulla base delle determinazioni del Consiglio Affari esteri dell'Unione europea l'operazione denominata EUNAVFOR MED IRINI (in greco «pace») è stata lanciata il 31 marzo 2020 con il *compito principale* di dare attuazione all'embargo delle Nazioni Unite sulle armi nei confronti della Libia attraverso l'uso di mezzi aerei, satellitari e marittimi. In particolare, la missione ha il compito di effettuare ispezioni sulle navi in alto mare al largo delle coste libiche sospettate di trasportare armi o materiale connesso da e verso la Libia, conformemente alla Risoluzione 2292 (2016) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, oltre a monitorare le violazioni perpetrate attraverso rotte aeree e terrestri. Come *compiti secondari*, EUNAVFOR MED IRINI inoltre: - monitora e raccoglie informazioni sulle esportazioni illecite dalla Libia di petrolio, petrolio greggio e prodotti petroliferi raffinati; - contribuisce allo sviluppo delle capacità e all'addestramento della Guardia costiera e della marina libiche; - contribuisce all'interruzione del modello di *business* delle reti di traffico e traffico di esseri umani attraverso la raccolta di informazioni e il pattugliamento da parte degli aerei, conformemente alla Risoluzione 2240 (2015) del Consiglio di sicurezza. IRINI è guidata dal Contrammiraglio Fabio Agostini come Comandante dell'operazione UE, e la sede del Comando in capo si trova a Roma; il comando delle forze in teatro è affidato, con alternanza semestrale, alla Grecia e all'Italia. Rif. https://www.operationirini.eu; Conferenza interparlamentare sulla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e sulla politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) 3-4 marzo 2021, Documentazione Camera dei Deputati, Dossier n. 54.

Il Rapporto denuncia quindi le carenze nelle risposte del soccorso, facendo riferimento a ripetute accuse, soprattutto relative a Malta di non rispondere alle richieste di soccorso di rifugiati e ai migranti in difficoltà o alle ONG che hanno lanciato l'allarme, e a Stati costieri che «hanno risposto solo molto lentamente», o semplicemente «hanno dato istruzioni alle navi commerciali di fare attività di osservazione», in prossimità delle imbarcazioni in difficoltà. Si dà conto anche di segnalazioni di operazioni guidate dagli Stati «che hanno comportato un aumento del rischio» per i migranti in mare, come nel caso di un'imbarcazione trainata da navi maltesi nell'area italiana di ricerca e soccorso (il Rapporto cita in proposito un articolo del The Guardian, *Ti diamo 30 minuti: Malta allontana la barca dei migranti con indicazioni per l'Italia*, maggio 2020), e di «azioni inappropriate da parte della Guardia costiera ellenica e di navi di altri Stati membri che pattugliano l'Egeo» (anche qui il Rapporto fa riferimento a fonti giornalistiche internazionali, DW, *Rifugiati aggrediti e spinti indietro nell'Egeo*, 29 giugno 2020, e The Guardian, *Forza di frontiera Ue 'complice' in campagna illegale per fermare lo sbarco dei rifugiati*, 24 ottobre 2020).

Nelle "conclusioni" sugli interventi da attuare nelle azioni di *search and rescue*, il Commissario invita dunque gli Stati a dare priorità al soccorso in mare delle vite umane su ogni cosa, attuando tre linee d'azione:

1) maggiore proiezione di *search and rescue,* in particolare con lo strumento navale, lungo le principali rotte migratorie;

2) nessun ostacolo alle ONG nelle operazioni di soccorso, garantendo che «le loro unità navali possano sbarcare prontamente i sopravvissuti» e che «possano tornare in mare il più rapidamente possibile», migliorando il coordinamento e la condivisione delle informazioni in modo che la capacità di salvataggio da parte delle ONG sia pienamente utilizzata;

3) risposta immediata alle chiamate di soccorso, sia all'interno che all'esterno della propria zona di ricerca e soccorso, con l'avvio di indagini approfondite sulle denunce di ritardi o impedimenti nel salvataggio.

3. Sbarco sicuro e tempestivo (*place of safety*)

Nella Raccomandazione del 2019, il Commissario aveva invitato le autorità degli Stati membri del Consiglio d'Europa a garantire che gli sbarchi fossero compiuti solo «in *luoghi sicuri*, sia ai sensi del diritto marittimo che ai sensi del diritto sulla protezione dei diritti umani e dei rifugiati». Va qui ricordato che sulla base dei principi consolidati e delle prescrizioni dell'*United Nations High Commissioner for Refugees* (*UNHCR*) i migranti devono essere condotti in un *luogo sicuro* (dall'inglese *place of safety*), ovvero un luogo che fornisca le garanzie fondamentali ai naufraghi, dove: 1) la sicurezza e la vita dei naufraghi non siano più in pericolo; non sono considerati "sicuri" porti di Paesi dove vige la pena di morte o dove anche un solo migrante salvato in mare possa essere perseguitato per ragioni

politiche, etniche o di religione; 2) le necessità primarie (cibo, alloggio e cure mediche) sono soddisfatte; 3) può essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale.

Inoltre nella Raccomandazione del 2019 si esortavano gli Stati a valutare attentamente tutti i rischi relativi all'individuazione dei *luoghi sicuri*, ad astenersi dal fornire ai comandanti delle navi istruzioni che potrebbero, direttamente o indirettamente, portare a sbarchi in luoghi non sicuri e dovrebbero rispettare la discrezionalità dei comandanti di rifiutare lo sbarco in un luogo che non considerano sicuro. La Raccomandazione richiedeva agli Stati membri anche di fornirsi reciproca assistenza nella ricerca dei luoghi sicuri, evitando che i disaccordi andassero a discapito delle considerazioni umanitarie, e concordando un meccanismo preventivo di condivisione delle responsabilità.

Ciò premesso, il Rapporto passa subito ad evidenziare che gli sbarchi in Libia continuano a ritmi allarmanti, mentre numerosi *dossier* hanno confermato che «la Libia non è ancora un luogo di sicurezza per lo sbarco, a causa delle gravi violazioni dei diritti umani commesse contro rifugiati e migranti e del conflitto in corso nel Paese». Sul punto il Commissario richiama la Posizione dell'UNHCR del settembre 2020 che ha evidenziato gravi criticità nelle designazioni della Libia come «Paese terzo sicuro» e come *place of safety*. Ricordando che la crisi sanitaria Covid-19 non ha fatto che peggiorare la situazione e che l'8 maggio 2020 l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani aveva richiesto una moratoria su tutte le intercettazioni e i rimpatri per la Libia[7], il Commissario ora denuncia che, nonostante i ripetuti avvertimenti delle organizzazioni internazionali, la situazione non è cambiata. Le persone soccorse in mare continuano a sbarcare in Libia: nel 2019, secondo i dati dell'OIM, 9.225 persone sono state sbarcate in Libia dopo essere state intercettate o rimpatriate, e nel 2020, nonostante la crisi Covid-19, il numero di persone intercettate si è attestato a 11.891, il 34% in più rispetto all'intero 2019.

L'analisi del Commissario per i diritti umani su questi aspetti si sviluppa ancora in forma più critica e articolata: «Le azioni e le omissioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa continuano a rappresentare un ruolo cruciale nello sbarco di rifugiati e migranti in Libia». Il Rapporto denuncia che le intercettazioni della Guardia costiera libica, seguite dai rimpatri, continuano ad essere possibili principalmente grazie alla cooperazione degli Stati membri con le autorità libiche; inoltre, il trasferimento della responsabilità delle operazioni di salvataggio alla Guardia costiera libica e le istruzioni ai comandanti delle navi soccorritrici di seguirne le indicazioni ha avuto per effetto che dal 2018 sono state più di 30 le navi private che stavano effettuando dei salvataggi ad aver riportato i sopravvissuti in Libia, ed

7. Il Rapporto fa riferimento alla nota informativa per la stampa del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite sui salvataggi dei migranti nel Mediterraneo del maggio 2020.

almeno una di queste navi private batteva bandiera di uno Stato membro del Consiglio d'Europa[8].

Come già rilevato nella Raccomandazione del 2019, il Commissario si rammarica che la riduzione delle capacità di salvataggio al largo delle coste libiche unita alla dichiarata «Regione di ricerca e soccorso» da parte della Libia e ai «crescenti ostacoli alle operazioni delle ONG» ha permesso agli Stati membri di «rinunciare ai loro doveri di salvataggio di rifugiati e migranti, lasciando ulteriormente libero il campo alla Guardia costiera libica per intercettare e rimpatriare rifugiati e migranti in mare».

L'Autorità per i diritti umani evidenzia poi le criticità che a suo avviso sono state determinate dalla scelta operativa degli Stati di privilegiare la sorveglianza aerea. In primo luogo, evidenzia che, in specie nell'ambito dell'operazione EUNAVFORMED Sophia, già dall'agosto 2018 nessuna nave militare aveva effettuato operazioni di salvataggio nel Mediterraneo centrale, mentre tra il gennaio 2016 e il luglio 2018 l'operazione aveva salvato oltre 35.000 rifugiati e migranti[9]. Inoltre rimarca come dal giugno 2019 sia stata confermata la tendenza degli Stati membri a contenere l'impiego dello strumento navale per passare alla sorveglianza aerea, come è risultato anche nelle operazioni Frontex (il Commissario cita in proposito la nota di agenzia ANSA, *Med: satelliti e algoritmi per monitorare il contrabbando, la pesca*, giugno 2020)[10].

Secondo l'analisi del Commissario i punti critici della questione sono i seguenti: 1) le informazioni raccolte dagli aerei, dai droni e dai satelliti degli Stati membri e delle agenzie dell'UE sono condivise con tutte le autorità competenti, comprese quelle libiche; 2) conseguentemente, «con la limitata presenza in mare degli Stati membri, queste informazioni sembrano essere particolarmente favorevoli a ulteriori intercettazioni e rimpatri da parte della Guardia costiera libica in porti non sicuri, in contrasto con il diritto marittimo internazionale e sui diritti umani».

Il Rapporto prosegue poi con un'analisi sui "respingimenti" in altre parti della regione mediterranea, che risulterebbero in aumento nel periodo successivo alla Raccomandazione del 2019. Secondo il Commissario i «respingimenti diretti» da parte di navi statali sulla

8. Il Rapporto richiama la nota informativa del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite del maggio 2020 e l'inchiesta del The New York Times, *Privatized Pushbacks: How Merchant Ships Guard Europe*, marzo 2020.

9. Il documento fa riferimento ai dati della Guardia Costiera Italiana, *Ricerca e Soccorso: Attività SAR Immigrazione, Andamento mensile dell'attività SAR Immigrazione nel Mediterraneo Centrale*.

10. Frontex, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, è stata istituita nel 2004 per assistere gli Stati membri dell'UE e i Paesi associati Schengen nella protezione delle frontiere esterne dello spazio di libera circolazione dell'UE. Nel 2016 il suo ruolo è stato esteso dal controllo della migrazione alla gestione delle frontiere e le sono state affidate maggiori responsabilità nella lotta alla criminalità transfrontaliera (Regolamento UE 2016/1624 del 14 settembre 2016, GU L 251 del 16.9.2016 e Regolamento UE 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013). La sede di Frontex è Varsavia, in Polonia. https://frontex.europa.eu.

rotta del Mediterraneo centrale sono stati in gran parte sostituiti da metodi più sofisticati per garantire che i rifugiati e i migranti in mare fossero rimpatriati da attori non europei o da navi private. A tale riguardo, nel maggio 2020 il Commissario aveva invitato Malta ad astenersi dal fornire istruzioni alle navi private di sbarcare le persone soccorse in Libia e a «non trasferire la responsabilità di soccorso alla Guardia costiera libica o alle entità correlate, se la conseguenza prevedibile fosse stato lo sbarco in Libia». Ha inoltre esortato il Governo maltese a garantire comunque la piena responsabilità sulle situazioni in cui la sua azione ha portato direttamente o indirettamente a tali respingimenti[11].

L'Autorità per i diritti umani rileva in ogni caso che la pratica dei «respingimenti diretti», tuttavia, sembra essere in aumento anche in altre situazioni in specie nell'area del Mediterraneo orientale e dell'Egeo. Il Rapporto fa infatti riferimento alle diverse segnalazioni di respingimenti posti in essere da parte della Guardia costiera ellenica, tra cui alcune riguardanti zattere di salvataggio respinte verso la Turchia, che hanno determinato l'avvio di richieste di indagini da parte dell'UNHCR – peraltro «finora sommariamente respinte dal governo»[12] – circostanze che avrebbero portato a ulteriori indagini anche sulla possibile conoscenza o coinvolgimento nei respingimenti da parte di Frontex. Analogamente, i crescenti tentativi di attraversamento della rotta dal Libano a Cipro hanno portato a segnalazioni di ingiustificati respingimenti anche da parte delle autorità cipriote[13].

Il Commissario si sofferma poi su un'altra specifica criticità: *i ritardi nello sbarco*, rimarcando che a seguito delle operazioni di salvataggio da parte di ONG o di navi mercantili, si sono registrati ripetuti ritardi nello sbarco, sia a Malta che in Italia, prima e dopo l'epidemia di Covid-19. Nell'analisi si denunciano dunque le politiche dei due Stati*:* «Malta continua a sostenere di non essere l'unico Stato ad avere la responsabilità di consentire lo sbarco delle persone soccorse nella sua regione di ricerca e soccorso», mentre «nell'agosto 2019 l'Italia ha emanato il controverso Decreto Sicurezza *bis*[14], che ha portato a notevoli restrizioni sulla possibilità di sbarcare rifugiati e migranti salvati». Il Commissario precisa che, nell'ottobre 2020, il Governo italiano ha modificato il decreto[15],

11. Lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa che esorta il Governo Maltese «al rispetto degli obblighi di salvataggio delle vite umane in mare, di garanzia di uno sbarco rapido e sicuro e di indagare sulle accuse di ritardo o mancata risposta a situazioni di difficoltà», maggio 2020.

12. Il Rapporto cita come fonti i documenti dell'UNHCR, «L'UNHCR invita la Grecia a indagare sui respingimenti alle frontiere marittime e terrestri con la Turchia», giugno 2020 e HRW, «La Grecia sta ancora negando i respingimenti dei migranti: il primo ministro nega le crescenti prove di abusi da parte della Guardia costiera e della polizia di frontiera», agosto 2020.

13. Si fa riferimento a DW, *I respingimenti dei rifugiati da parte di Cipro attirano l'attenzione dell'UE*, ONU, settembre 2020.

14. Decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 convertito in l. 8 agosto 2019 n. 77.

15. Decreto legge del 21 ottobre 2020 n. 130, convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 173. C. Corsi *Il decreto legge 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo. Forum di Quaderni*

chiarendo che l'ingresso, il transito o l'attracco nelle acque territoriali delle navi che hanno condotto un'operazione di salvataggio «non può essere vietato quando è stato immediatamente comunicato al Centro di coordinamento dei soccorsi competente e allo Stato di bandiera, e realizzato in linea con le norme internazionali applicabili».

Tuttavia, il Commissario «rimane preoccupato per lo scenario in cui il Centro di coordinamento dei soccorsi competente è quello libico» e potrebbero quindi essere impartite istruzioni per far sbarcare rifugiati e migranti in Libia, esponendoli così a gravi violazioni dei diritti umani.

Il Rapporto si sofferma poi su un esempio specifico «particolarmente grave» di ritardo nello sbarco verificatosi tra l'agosto e il settembre 2020, per i migranti soccorsi dalla petroliera Maersk Etienne lasciati al largo delle coste maltesi per quasi sei settimane, prima di essere trasferite su una nave di una ONG e quindi sbarcati in Italia. Il Commissario ha ripetutamente denunciato «il rischio per la salute fisica e mentale dei sopravvissuti e degli equipaggi» che tali protratti ritardi comportano, ed ha sottolineato «l'obbligo degli Stati di rispettare, tra l'altro, il diritto delle persone salvate di chiedere protezione internazionale, ricevere assistenza e cercare rimedi contro le misure adottate in quanto comportano sia maggiori rischi operativi che maggiori costi»[16]. Inoltre, l'impatto di ritardi così lunghi sulle navi private e commerciali è particolarmente problematico, in quanto impone un onere finanziario significativo per le deviazioni imposte alla loro rotta, peraltro in un contesto di forte riduzione degli impegni sostenuti dagli Stati membri.

Il Commissario si sofferma quindi sull'assoluta importanza della «solidarietà degli Stati», rilevando che «la mancanza di un impegno solidale da parte degli Stati di bandiera delle navi che trasportano i sopravvissuti, insieme a quello di tutti gli altri Stati membri, rimane un fattore determinante nei ritardi nello sbarco».

L'analisi prosegue poi sull'iniziativa assunta nel settembre 2019 da Germania, Francia, Italia e Malta nella sottoscrizione della «Dichiarazione congiunta di intenti. Impegni volontari degli Stati membri per un meccanismo prevedibile per assicurare lo sbarco dignitoso e la rapida ricollocazione dei migranti. Procedure di emergenza controllata», del 23 settembre 2019.

Il Commissario valuta quindi i primi *report* sugli esiti dell'intesa osservando che, secondo quanto riferito, 689 persone sono state ricollocate dall'Italia ai sensi della *Dichiarazione di Malta* fino all'agosto 2020 (sebbene il meccanismo sia stato

Costituzionali, 2021, pp. 67-73. Per una ricostruzione relativa all'evoluzione del sistema di accoglienza in Italia v. M. Giovannetti, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in questa *Rivista*, n. 1.2019.

16. Dichiarazione del Commissario, *Azione immediata necessaria per sbarcare i migranti detenuti su navi al largo delle coste di Malta*, 4 giugno 2020.

temporaneamente sospeso a causa della crisi Covid-19) mentre 270 persone sono state trasferite da Malta in altri Stati membri nel 2020[17]. «Nonostante ciò, la dichiarazione non ha segnato la svolta prevista» osserva il Commissario per il quale «per ora le esigenze sono ancora soddisfatte solo parzialmente e la procedura viene implementata attraverso un difficoltoso meccanismo *ad hoc*. Il nuovo "Patto sulla migrazione e l'asilo della Commissione europea" [18] propone misure per affrontare questo problema, ma continuando a fare affidamento sulla volontà degli Stati membri di mostrare un'autentica solidarietà e mettere a disposizione un numero sufficiente di posti»[19].

Il Rapporto dedica anche un *focus* sulla nuova prassi del «confinamento sulle navi come metodo di sbarco». La pandemia di Covid-19 ha visto l'emergere di una nuova pratica in cui rifugiati e migranti vengono trasferiti dalle navi che li hanno salvati ad altre navi. In Italia, ad esempio, rifugiati e migranti sono stati trasferiti sui traghetti al largo delle coste siciliane per un periodo di quarantena di 14 giorni prima dello sbarco. Al 27 novembre 2020, queste navi ospitavano un totale di 1.195 rifugiati e migranti[20]. Il Commissario osserva che occasionalmente, tali navi sono stati utilizzate anche per persone già sbarcate a terra, quando le strutture di accoglienza erano sovraffollate e che «la scelta è stata inoltre specificamente presentata dal Governo come una reazione agli Stati membri dell'UE che non prevedono la ricollocazione». L'Autorità per i diritti umani ha quindi espresso preoccupazione per le persone a bordo di queste navi che potrebbero non avere accesso immediato ai necessari servizi sanitari di emergenza e per la pratica segnalata di trasferire su queste navi persone già legalmente residenti in Italia in risposta alla pandemia Covid-19. Il Rapporto dà comunque atto che la pratica si è conclusa a giugno, ma ha rilevato che il Governo in futuro sarebbe orientato a valutare altre forme di accoglienza di rifugiati e migranti sulle navi[21].

Su questo importante punto del *place of safety* il Commissario formula le seguenti *conclusioni e raccomandazioni*: - «condanna fermamente» il fatto che, con le loro azioni e omissioni, gli Stati membri abbiano ulteriormente aumentato i rischi di rimpatrio in Libia, dove rifugiati e migranti devono affrontare gravi violazioni dei diritti umani, invece che adottare misure decisive per prevenirlo; - «esprime grave preoccupazione» per le notizie di respingimenti in altre parti del Mediterraneo, e «nota che le smentite assolute sulle accuse

17. Italia, Ministero dell'interno, *Ricollocazioni per Stati*, 13 agosto 2020; OIM, *Le ricollocazioni volontarie dell'UE da Malta sono 270 nel 2020 in mezzo al COVID-19*, 22 dicembre 2020.

18. M. Borraccetti *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?,* in questa *Rivista*, n. 1.2021.

19. COM (2020) 609 def., 23 settembre 2020.

20. Si fa riferimento alla Relazione del Garante Nazionale per dei Diritti delle Persone private della libertà personale, punto n.6, del 27 novembre 2020.

21. Il documento indica l'analisi di Amnesty International, *Malta: tattiche illegali e un altro anno di sofferenze nel Mediterraneo centrale*, 8 settembre 2020.

contenute nelle relazioni di autorevoli organizzazioni per i diritti umani, presentate anche come *fake news*, non rappresentano risposte serie ed adeguate di Governi responsabili che riconoscono lo Stato di diritto»; - «sebbene non si possa negare che la pandemia di Covid-19 abbia aumentato le sfide per gli Stati costieri, i ritardi nello sbarco devono essere evitati», in quanto presentano gravi rischi per i diritti, la salute e il benessere dei sopravvissuti e degli equipaggi delle navi che li hanno salvati; - è necessaria una maggiore e più prevedibile solidarietà da altri Stati, «ma in ogni caso non è mai accettabile utilizzare i rifugiati e migranti salvati come pedine per spingere altri Stati a effettuare i ricollocamenti».

L'Autorità indica dunque precise linee programmatiche d'azione per gli Stati:

1) riesaminare con urgenza l'impatto delle attività di sorveglianza aerea e garantire che «non contribuiscano alle violazioni dei diritti umani, anche facilitando i rimpatri in Libia»;

2) indagare tempestivamente su eventuali accuse di respingimenti ingiustificati o altri rimpatri illeciti;

3) in considerazione delle limitazioni intrinseche associate all'utilizzo delle navi come luoghi di quarantena, assicurarsi che il rapido sbarco a terra delle persone salvate rimanga sempre la priorità. «Lo sbarco su altre navi dovrebbe essere utilizzato come misura temporanea solo quando non sono disponibili altre alternative adeguate a terra e in linea con i principi di proporzionalità, non discriminazione e trasparenza»;

4) garantire che «il soggiorno in quarantena delle persone soccorse risponda in modo adeguato alle considerazioni di salute pubblica, sia rigorosamente limitato al periodo di quarantena necessario e sia definito da chiare garanzie in materia di diritti umani».

In particolare, il Commissario raccomanda che le persone vulnerabili, compresi i bambini, le persone malate e le vittime di torture o trattamenti disumani, devono essere prontamente identificate e supportate da tutto il sostegno medico necessario; tutti devono avere «un rapido accesso a una assistenza sanitaria adeguata e a informazioni sui loro diritti, poter presentare domanda di asilo e avere accesso a rimedi giuridici efficaci contro potenziali privazioni illecite della libertà». Le autorità devono inoltre garantire che la situazione dei diritti umani a bordo sia rigorosamente monitorata da organismi indipendenti e che sia fornito accesso ai difensori dei diritti umani per garantire l'assistenza e la protezione dei migranti.

4. La cooperazione con le ONG

Nel giugno 2019 il Commissario ha invitato gli Stati membri del Consiglio d'Europa a cooperare in modo costruttivo con le ONG che conducono operazioni di ricerca e salvataggio per garantire un'efficace protezione dei diritti umani in mare, riconoscendo il loro lavoro cruciale. Ha quindi esortato gli Stati ad astenersi dall'intraprendere qualsiasi azione, anche a livello politico, giudiziario e amministrativo, «che possa pregiudicare il loro obbligo di

garantire un ambiente sicuro e favorevole alle navi delle ONG e ai membri dell'equipaggio, in linea con il loro *status* di difensori dei diritti umani». Questa Raccomandazione – precisa il Commissario – comprendeva anche l'agevolazione dell'accesso alle acque territoriali e ai porti per lo sbarco e la risposta a qualsiasi altra necessità relativa al loro lavoro o ai loro requisiti tecnici.

Le verifiche sviluppate dal Commissario nel Rapporto 2021 denunciano espressamente la «*mancanza di coordinamento con le ONG*». L'Autorità per i diritti umani rileva che dalla Raccomandazione del 2019, le ONG hanno presentato nuove lamentele sul fatto che le autorità responsabili delle operazioni di *search and rescue* si siano rifiutate di cooperare con loro. Sono state formulate accuse in base alle quali le richieste di assistenza da parte delle ONG sarebbero state ignorate, le navi delle ONG sarebbero state messe da parte nelle operazioni di salvataggio, anche se si trovavano in una posizione migliore per effettuare i soccorsi. Denuncia quindi il Commissario: «sembra che vi sia una continua riluttanza a utilizzare la capacità fornita dalle ONG per garantire che le vite in mare siano meglio protette, il che potrebbe anche essere collegato alla tendenza di cui sopra a dare alle autorità libiche più spazio per effettuare intercettazioni».

Il Rapporto si sofferma quindi sugli effetti dell'emergenza Covid-19 in rapporto con le restrizioni alle attività delle ONG. La pandemia di Covid-19 ha visto l'imposizione di varie restrizioni, tra cui la chiusura dei porti italiani e maltesi dichiarati «non sicuri». Le ONG sono state quindi costrette a sospendere le loro attività durante la pandemia di coronavirus e a richiamare le loro imbarcazioni. Anche quando le ONG erano in grado di effettuare salvataggi, le restrizioni portuali e i nuovi requisiti di sicurezza hanno impedito loro di salpare, il che ha portato alla graduale scomparsa delle ONG dal Mediterraneo. Nei mesi di marzo e maggio 2020, nessuna nave di soccorso delle ONG è stata segnalata presente in mare. Nell'aprile 2020, solo due navi gestite da ONG erano presenti in mare, per un totale di soli cinque giorni. Da giugno 2020, alcune navi hanno ripreso le loro attività di salvataggio. Tuttavia, almeno dieci navi delle ONG erano state confinate nei porti per periodi specifici e alcune continuano a essere trattenute al momento della stesura del Rapporto.

Il Commissario analizza poi le iniziative legislative «*volte a criminalizzare le attività delle ONG*». In particolare si fa riferimento alla legislazione adottata nell'agosto 2019 dalle autorità italiane nota come «decreto sicurezza *bis*» che ha concesso nuovi poteri ai Ministeri dell'interno, della difesa e dei trasporti per limitare o vietare l'ingresso, il transito o l'attracco nelle acque marittime territoriali italiane di navi straniere diverse da navi militari o governative non commerciali, «per motivi di ordine pubblico e sicurezza, quando vi erano motivi per ritenere che fosse stato commesso il reato di favoreggiamento e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina». Le violazioni di questo provvedimento prevedono sanzioni

amministrative tra i 150.000 e 1 milione di euro oltre alle sanzioni penali per reati di favoreggiamento. È prevista anche la confisca della nave. Tuttavia, il Commissario osserva che l'Italia ha modificato tali disposizioni, prevedendo che esse non si applichino alle navi che effettuano operazioni di salvataggio. Le nuove norme dispongono pertanto che non saranno imposte sanzioni alle navi che comunicano immediatamente il salvataggio al Centro di coordinamento dei soccorsi competente e allo Stato di bandiera, e conducono il salvataggio in linea con le norme internazionali applicabili. Sul punto, il Commissario ribadisce che non dovrebbe essere inflitta alcuna sanzione penale o amministrativa alle navi delle ONG che si rifiutano di seguire le istruzioni dell'autorità competente quando queste mettono a rischio l'efficacia dell'operazione di salvataggio o «possono comportare che i sopravvissuti vengano sbarcati in un luogo non considerato sicuro, come la Libia». Il Rapporto denuncia altresì che norme più severe in materia di registrazione o di funzionamento delle ONG risultano essere state adottate anche in altre parti della regione mediterranea, come in Grecia[22].

Il Commissario rimarca quindi che «i procedimenti penali e amministrativi e altri ostacoli alla stigmatizzazione delle navi di soccorso delle ONG non sono diminuiti». Precisa che «sebbene non vi siano prove a sostegno di tali accuse, i politici e i media hanno continuato ad accusare le ONG di essere un fattore di attrazione per la migrazione»[23]. In tale quadro si inserisce un uso strumentale "senza sosta" dell'avvio di procedimenti penali e amministrativi contro le ONG e in particolare il Rapporto fa riferimento ai dati dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA*)* secondo cui, dal 2016 al 15 dicembre 2020 sono stati avviati circa 50 procedimenti da Italia, Malta, Paesi Bassi, Spagna, Germania e Grecia. Da giugno 2019 a dicembre 2020 sono stati avviati almeno 23 nuovi procedimenti penali e amministrativi, la maggior parte in Italia. A dicembre 2020 sei navi delle ONG erano ancora bloccate in Italia a seguito di procedimenti penali o amministrativi. Sono ancora in corso procedimenti penali, ad esempio, contro l'ex capitano della nave di soccorso *Sea-Watch 3* e i membri dell'equipaggio di *Iuventa 10*. Il Commissario sottolinea dunque che il *Rapporteur delle Nazioni Unite sulla situazione dei "difensori dei diritti umani"* ha condannato la loro criminalizzazione in Italia e «ha invitato le autorità italiane a riconoscere pubblicamente l'importante ruolo svolto dai difensori dei diritti umani nella protezione del diritto alla vita

22. Il Rapporto precisa che nel maggio 2020 la Grecia ha adottato nuove norme più severe sulla registrazione e la certificazione delle ONG greche e straniere che lavorano nel settore dell'asilo, della migrazione e dell'inclusione sociale, che hanno colpito anche i loro membri, il personale e i volontari. Al Commissario è stato denunciato che i regolamenti conferirebbero ampi poteri discrezionali al Ministero della Migrazione e dell'Asilo per negare la registrazione alle ONG e/o ai singoli individui, indipendentemente dal fatto che siano stati soddisfatti i requisiti legali, e per revocare la registrazione qualora si ritenga che un'organizzazione non funzioni adeguatamente.

23. E. Cusumano, M. Villa, *From "Angels" to "Vice Smugglers": the Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy*, in *Eur J Crim Policy Res,* 27,2021.

dei rifugiati e dei migranti a rischio nel Mediterraneo e a porre fine alla criminalizzazione di coloro che difendono i loro diritti umani».

Secondo il Commissario altre misure «adottate per ostacolare il lavoro delle ONG» hanno riguardato anche le accuse di carenze in materia di sicurezza, per avere trasportato più passeggeri del previsto, considerando i naufraghi e i migranti soccorsi come normali passeggeri, o di violazioni ambientali per inquinamento[24]. In almeno un caso in Italia sarebbe stato apposto il rifiuto ai membri dell'equipaggio di imbarcarsi su navi delle ONG[25]. Le restrizioni hanno riguardato anche le operazioni aeree delle ONG, atteso che nell'agosto 2019, il Commissario riferisce che l'Italia ha bloccato a terra due aerei utilizzati dalle ONG per le attività di ricerca e soccorso. Uno di questi aerei era stato trasferito in Italia dopo le restrizioni amministrative applicate a Malta; a settembre, gli è stato nuovamente negato il permesso di volare, e la decisione è stata revocata nell'ottobre 2020[26].

Il Commissario delinea poi il quadro delle altre restrizioni alle ONG che sono state poste anche dagli *Stati di bandiera*. A questi fa capo la responsabilità di garantire la sicurezza in mare sulle loro navi, ma «diverse decisioni prese sulle ONG che svolgono attività di *search and rescue* suscitano preoccupazioni, come l'introduzione di requisiti più severi che prima non erano in vigore». Secondo il Rapporto, le modifiche alla legislazione adottate dai Paesi Bassi nel 2019 e le successive pratiche che hanno evidenziato una mancanza di sostegno all'azione dell'*ONG Sea-Watch* hanno indotto l'organizzazione a trasferirsi in un altro Stato di bandiera, la Germania, che pure ha introdotto nuove modifiche legislative che pongono requisiti di sicurezza e manutenzione più severi per le navi che sostengono azioni di salvataggio in mare, limitando ulteriormente la possibilità per le navi delle ONG di rispettare tali criteri. L'Autorità per i diritti umani rileva in proposito che, nell'ottobre 2020, un Tribunale amministrativo di Amburgo ha ritenuto che tali requisiti più severi fossero inapplicabili, a causa dell'assenza di notifica alla Commissione europea in conformità del diritto dell'UE[27].

Nelle *conclusioni e raccomandazioni* del capitolo sulla *cooperazione con le ONG*, il Commissario evidenzia dunque che «le restrizioni poste alle ONG hanno gravi implicazioni per la protezione dei diritti e della vita in mare. Invece di riconoscere le ONG come *partner* chiave, colmando un vuoto cruciale lasciato dal proprio disimpegno, gli Stati membri hanno

24. Sea-Watch International, *Persone che annegano nel Mediterraneo - navi di soccorso civili sistematicamente detenute*, agosto 2020.

25. Secondo il Rapporto «Il rifiuto delle autorità marittime italiane di consentire a due membri di una squadra di soccorso, un paramedico e un esperto di ricerca e soccorso, di imbarcarsi sulla nave della ONG Mare Jonio, è solo uno degli esempi più recenti di sospette tattiche di ostruzionismo amministrativo».

26. The Guardian, *L'Italia ha bloccato a terra due aerei utilizzati per la ricerca di barche di migranti*, agosto 2019; Infomigrants, *L'Italia blocca l'aereo Moonbird utilizzato per la ricerca di migranti in mare*, settembre 2020.

27. Tribunale amministrativo di Amburgo, *Eilantrag des Vereins Mare Liberum gegen Festhalteverfügungen für zwei im Mittelmeer eingesetzte Schiffe erfolgreich*, 2 ottobre 2020.

persistito in un approccio apertamente o tacitamente ostile». Tutto questo – secondo il Rapporto – sta portando a ulteriori riduzioni della capacità di salvataggio in mare e a limiti al controllo sulla tutela dei diritti umani. Inoltre, tali azioni continuano a censurare il lavoro di questi "difensori dei diritti umani". Sebbene gli Stati membri abbiano il diritto di imporre alle ONG requisiti amministrativi e di altro tipo necessari per garantire la sicurezza, il Commissario osserva in sintesi che «si perpetua una preoccupante tendenza a criminalizzare coloro che salvano vite umane in mare». Sulla base di tali considerazioni, il Commissario traccia qui quelle che possono definirsi *linee-guida* per gli Stati sulla cooperazione con le ONG:

1) riconoscere l'azione a tutela dei diritti umani svolta dalle ONG che salvano vite umane in mare, in linea con il loro *«status di difensori dei diritti umani»*;

2) fornire una risposta immediata alle richieste di assistenza in mare da parte delle ONG e all'assegnazione di «porti sicuri»;

3) astenersi dall'«abusare dei procedimenti penali e amministrativi e dei requisiti tecnici semplicemente per ostacolare l'azione di soccorso delle ONG»;

4) garantire che le leggi nazionali non criminalizzino le azioni di *search and rescue* o sanzionino in altro modo i rifiuti da parte dei soccorritori di seguire istruzioni che potrebbero compromettere l'efficacia delle operazioni di ricerca e salvataggio o portare allo sbarco in luoghi non sicuri e annullare o modificare le leggi che possono avere questo effetto;

5) garantire che le ONG abbiano accesso alle acque e ai porti territoriali e possano tornare rapidamente in mare e aiutarle a soddisfare qualsiasi altra necessità relativa alla loro azione o ai requisiti tecnici, anche durante la crisi sanitaria Covid-19.

5. La cooperazione con i Paesi terzi

Con la Raccomandazione del 2019 il Commissario aveva rilevato che la cooperazione con i Paesi terzi in materia di migrazione comportava dei rischi per i diritti umani dei rifugiati e dei migranti. Da qui l'invito agli Stati membri del Consiglio d'Europa ad adottare misure volte a garantire la trasparenza e la responsabilità dell'impatto di tale cooperazione sui diritti umani. In particolare il Commissario osservava che «nonostante le ben documentate e gravi violazioni dei diritti umani perpetrate in Libia contro rifugiati e migranti, la Libia rimane un *partner* chiave per gli Stati membri nella cooperazione in materia di migrazione nel Mediterraneo». Si indicava altresì che gli Stati membri non avevano fornito garanzie che il loro sostegno, in particolare alla Guardia costiera libica, non fosse finalizzato ad effettuare rimpatri in Libia in violazione di principi di tutela dei diritti umani. In tale contesto, gli Stati membri erano stati invitati a «rivedere le loro attività di cooperazione, a sospendere ogni sostegno che porti a rimpatri in Libia e ad astenersi dal fornire ulteriore assistenza fino a quando non saranno in vigore chiare garanzie in materia

di diritti umani». Ora il Rapporto del 9 marzo 2021 denuncia che la cooperazione con la Libia continua ed è stata anzi rafforzata, per cui i rischi per la tutela dei diritti umani connessi a tale forma di cooperazione in materia di migrazione sono diventati sempre più evidenti. Dopo pubblicazione della Raccomandazione 2019, il Protocollo d'Intesa tra Italia e Libia è stato prorogato per altri tre anni e il Commissario ha indirizzato una lettera al Presidente del Consiglio dei Ministri italiano in cui ha ribadito le sue preoccupazioni sulla cooperazione dell'Italia con il Governo di Accordo Nazionale Libico e ha chiesto l'introduzione di chiare salvaguardie nel Protocollo. Il Commissario osserva che anche se l'Italia ha proposto che il MoU recepisse degli emendamenti che avrebbero rappresentato qualche modesto progresso, il MoU è in realtà stato prorogato senza un chiaro accordo su queste modifiche: quando è avvenuta l'estensione automatica, le modifiche non sono state incluse e le negoziazioni su potenziali emendamenti sono iniziate a luglio 2020. Per il Commissario attualmente, non vi è alcuna indicazione che il MoU includerà le garanzie considerate fondamentali per assicurare che le attività di cooperazione non contribuiscano a gravi violazioni dei diritti umani, ivi comprese forme indipendenti di monitoraggio e di verifica delle responsabilità. In assenza di tali tutele e di un significativo miglioramento della situazione dei diritti umani in Libia, per il Commissario «è fondamentale sospendere immediatamente questa cooperazione».

Il Rapporto critica anche gli altri Stati membri che, invece di considerare la cooperazione tra Italia e Libia come «un avviso su cosa non va fatto», sembrano prenderla ad esempio. Nel maggio 2020 Malta ha intrapreso ulteriori iniziative per rafforzare la sua cooperazione con la Libia firmando un nuovo MoU, che prevede l'istituzione di Centri di coordinamento congiunti in Libia e Malta. Sebbene non si abbiano dettagli, il Commissario ritiene che il «coordinamento congiunto» potrebbe consentire ancora alla Guardia costiera libica di intercettare rifugiati e migranti in mare per riportarli in Libia. Inoltre, il *Memorandum* impegna Malta a richiedere all'UE maggiori finanziamenti, ma non prevede alcuna specifica salvaguardia dei diritti umani.

Il Commissario si dice quindi «seriamente preoccupato per il maggiore sostegno che gli Stati membri del Consiglio d'Europa continuano a dare alle autorità libiche e per la mancanza di qualsiasi volontà da parte dei governi nazionali di rivedere in modo esaustivo tale sostegno».

Il Rapporto dedica quindi un *focus* «al lavoro svolto al di fuori dell'autorità degli Stati membri» osservando che le azioni legali promosse dalle ONG e dai difensori dei diritti umani si sono rivelate particolarmente cruciali nel porre fine ad aspetti specifici del controverso sostegno degli Stati membri. Alla fine del 2019, il Governo francese ha deciso di annullare la prevista consegna di otto navi alla Guardia costiera libica, a seguito di un'azione legale

intrapresa da un gruppo di ONG[28]. Secondo il Commissario, la decisione va accolta con favore, in quanto la consegna delle navi avrebbe migliorato chiaramente la capacità della Guardia costiera libica di riportare rifugiati e migranti in Libia.

L'Autorità per i diritti umani si sofferma quindi su alcune specifiche iniziative giudiziarie promosse in ambito internazionale, facendo riferimento alla presentazione di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui il Commissario è intervenuto sottolineando che «gli Stati membri sapevano, o avrebbero dovuto sapere, che alcuni tipi di sostegno stavano portando a un aumento delle intercettazioni e dei rimpatri di persone esponendole a gravi violazioni dei diritti umani»[29]. Si tratta del caso *n. 21660/18, S.S. e altri c. Italia*, in cui i ricorrenti, un gruppo di migranti, hanno sostenuto che l'Italia ha violato la Convenzione europea dei diritti umani cooperando con la Libia e consentendo alla Guardia costiera libica di intercettare migranti in mare e di riportarli in Libia, dove sono regolarmente sottoposti a torture e al trattenimento illegittimo in Centri di detenzione.

Sul punto va ricordato che nel 2012, nella sentenza n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte aveva condannato la prassi delle autorità italiane di intercettare migranti in mare e obbligarli a tornare in Libia, violando in questo modo la Convenzione e in particolare il divieto di respingimento in Paesi dove vi è il rischio di subire violazioni dei diritti umani.

Il Commissario precisa che altre iniziative legali risultano intraprese, ad esempio, davanti alla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite, e risulta presentata una denuncia anche alla Corte Penale Internazionale[30]. L'iniziativa risulta promossa da un gruppo di avvocati ed esperti di diritti umani che hanno accusato l'Unione europea e, in particolare, Italia, Francia e Germania, di crimini contro l'umanità per le modalità con cui le autorità, comunitarie e nazionali, hanno gestito la questione e la rotta migratoria nel Mar Mediterraneo a partire dal 2014. Segnatamente, i legali sostengono che le istituzioni comunitarie sarebbero responsabili, direttamente e indirettamente, della morte di migliaia di migranti, tanto nel Mediterraneo, mettendo in atto politiche migratorie particolarmente rigide, quanto in Libia, finanziando le autorità libiche e la costruzione di campi di detenzione e tortura libici in cui si sono consumati e si consumano tutt'oggi violenze, stupri, torture ed omicidi[31].

28. France24, *La Francia annulla l'offerta di imbarcazioni alla Libia sotto la pressione delle ONG*, dicembre 2019.

29. Intervento di terzi da parte del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, domanda n. 21660/18 *S.S. e altri contro Italia*, novembre 2019.

30. Comunicazione all'Ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale, politiche migratorie dell'UE nel Mediterraneo centrale e in Libia (2014-2019).

31. *L'UE alla sbarra: la denuncia alla CPI per crimini contro l'umanità nella gestione dei migranti*, iusinitinere.it/lue-alla-sbarra-la-denuncia-alla-cpi-per-crimini-contro-lumanita-nella-gestione-dei-migranti-21275 a cura di Silvia Casu e Fabio Tumminello.

L'Autorità per i diritti umani si compiace perciò che la società civile abbia attivato anche altri meccanismi di vigilanza europei, come la Corte dei conti dell'UE, per richiedere la revisione del sostegno finanziario europeo ai progetti in Libia che danno luogo a gravi violazioni dei diritti umani[32]. Di contro esprime preoccupazione per «la mancanza di un'azione proattiva da parte dei governi degli Stati membri per prevenire e mitigare le violazioni, nonostante i rischi comprovati in materia di diritti umani connessi alle loro iniziative di cooperazione». Lamenta quindi che gli Stati membri appaiono aver risposto a tali sfide basandosi su un «approccio iper-legalizzato, cercando di sfruttare i limiti della giurisdizione o le aree di non chiarezza degli strumenti giuridici pertinenti per giustificare attività che hanno chiaramente un impatto negativo sui diritti umani». Il Commissario rileva in proposito che il controllo parlamentare degli Stati membri e dell'UE è sempre più ostacolato dalla natura "informale" degli accordi di cooperazione, dalla complessità dei finanziamenti su cui si basa tale cooperazione e dal trattare le informazioni secondo procedure riservate per motivi di sicurezza nazionale. Inoltre, l'Autorità osserva che, quando ai parlamentari è stata offerta un'opportunità di controllo, non sempre hanno colto appieno questa opportunità per promuovere un approccio conforme ai diritti umani. Il Rapporto cita ad esempio il caso del Parlamento italiano che ha approvato un nuovo finanziamento delle attività di cooperazione con la Guardia costiera libica senza alcuna valutazione delle sue conseguenze, pur essendo consapevole della mancanza di miglioramenti tangibili nella situazione dei diritti umani in Libia.

Il Commissario denuncia inoltre che «senza adottare adeguate misure di trasparenza e responsabilità», oltre alla cooperazione specifica con la Libia, l'orientamento politico generale degli Stati membri del Consiglio d'Europa, individualmente e collettivamente, si sta muovendo verso un'ulteriore intensificazione della cooperazione con altri Stati sulla costa meridionale del Mediterraneo e con i Paesi di transito e di origine. A questo proposito, riconosce che «la cooperazione esterna è un pilastro fondamentale dell'approccio alla migrazione verso l'UE in generale, e la situazione nel Mediterraneo in particolare» ma occorre introdurre *meccanismi trasparenti di controllo* sulla finalizzazione del sostegno alla Guardia costiera libica nell'ambito dell'operazione IRINI e del Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa come degli altri mezzi di finanziamento dell'UE. Il Commissario ricorda quindi agli Stati membri del Consiglio d'Europa «il dovere di rispettare i loro obblighi in materia di diritti umani», anche nel contesto di un'azione collettiva con altri Stati membri, tra cui quello dell'UE.

32. GLAN, ASGI, ARCI, denuncia alla Corte dei conti europea in merito alla cattiva gestione dei fondi dell'UE da parte del Fondo fiduciario dell'UE per il programma «Sostegno alla gestione integrata delle frontiere e della migrazione in Libia» (IBM).

Nelle *conclusioni e raccomandazioni* sul capitolo della *cooperazione con i Paesi terzi* il Rapporto «condanna la continua mancanza di meccanismi di valutazione e controllo dei rischi per i diritti umani nell'espansione delle attività di cooperazione esterna degli Stati membri». Non risultano adottate *misure di follow-up* concrete per porre rimedio ai problemi noti che comportano chiari rischi per la tutela dei diritti umani. Il Commissario osserva che la sua richiesta di sospendere il sostegno alla Guardia costiera libica che ha un impatto sui rimpatri ingiustificati dei migranti non è stata attuata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, constatando «la continua e rafforzata cooperazione con la Libia, in particolare da parte dell'Italia e di Malta, nonostante le chiare prove di gravi rischi per i diritti umani». Il Commissario «accoglie con favore gli sforzi compiuti dai difensori dei diritti umani per garantire il controllo giudiziario o di altro tipo sulla cooperazione degli Stati membri con i Paesi terzi».

Il Rapporto traccia dunque le *linee guida* per gli Stati in materia di *cooperazione con i Paesi terzi*:

1) riesaminare tutte le attività di cooperazione con la Guardia costiera libica, individuando quali di queste potrebbero comportare, direttamente o indirettamente, per le persone soccorse in mare gravi violazioni dei diritti umani e sospendere tali attività fino a quando non siano garantite chiare garanzie in materia di diritti umani;

2) stabilire garanzie in materia di diritti umani nella cooperazione con i Paesi terzi, come stabilito in dettaglio nella Raccomandazione del 2019.

Il Commissario invita inoltre i parlamentari e le strutture nazionali per i diritti umani degli Stati membri a ricorrere al loro mandato affinché «i Governi integrino le salvaguardie in materia di diritti umani nelle loro politiche esterne di cooperazione in materia di migrazione».

6. Vie sicure e legali

Nella Raccomandazione del 2019, il Commissario aveva osservato che la situazione dei diritti umani nel Mediterraneo è strettamente connessa alla mancanza di sufficienti *vie sicure e legali* verso l'Europa. Questo è uno dei fattori che portano alla migrazione irregolare attraverso rotte pericolose e determina quel contesto in cui il contrabbando e la tratta di esseri umani possono prosperare. Il Commissario aveva quindi invitato gli Stati membri a partecipare maggiormente ai *programmi di reinsediamento per i rifugiati* e a prendere in considerazione la possibilità di consentire o ampliare le possibilità di visti umanitari, programmi di sostegno o altri meccanismi per creare corridoi sicuri e legali.

Il Rapporto osserva ora che nell'ambito dei *programmi di reinsediamento per i rifugiati* sono stati compiuti alcuni progressi, ma occorre fare di più. Nel 2020, il numero di rifugiati bisognosi di reinsediamento in tutto il mondo è aumentato a circa 1,44 milioni, il che

significa che il divario tra le esigenze di reinsediamento e la disponibilità si è ampliato[33]. Il Commissario osserva che l'UNHCR ha stimato che 3 milioni di rifugiati dovrebbero poter beneficiare di percorsi sicuri e legali entro il 2028, di cui 1 milione attraverso il "ricollocamento", e chiede il sostegno degli Stati membri per raggiungere questo obiettivo. Per quanto riguarda il contributo dell'Europa a tali sforzi, nel 2019 sembrava esserci una cauta tendenza all'aumento dei reinsediamenti, con 29.066 persone ricollocate negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Per il 2020, un numero leggermente più elevato, di quasi 30.000 posti, sono già stati impegnati dall'UE[34].

Il Commissario osserva pertanto che anche altri Stati membri e il Regno Unito, nonché altri Stati terzi, come la Norvegia e la Svizzera, dovrebbero apportare contributi più significativi. Rileva tuttavia che questi sforzi sono stati gravemente ostacolati dalla pandemia di Covid-19, con la conseguente sospensione dei reinsediamenti tra metà marzo e metà giugno 2020, e non risultano ripresi secondo gli *standard* precedenti. Alla fine del 2020, solo poco più di 11.000 dei reinsediamenti programmati hanno avuto luogo negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il Rapporto comunque dà atto delle «lodevoli azioni di reinsediamento» svolte da diversi Stati membri in cooperazione con UNHCR e OIM, indipendentemente dalle difficili circostanze. Il fatto che sia possibile continuare tali attività nonostante la crisi sanitaria Covid-19 si riflette anche nei reinsediamenti intracomunitari, dalla Grecia in particolare, che sono stati incrementati nell'ultima parte del 2020. Il Commissario rileva che nonostante il *trend* di generale incremento dei ricollocamenti in Europa prima della pandemia di Covid-19 sia incoraggiante, occorre fare attenzione per garantire che gli sforzi degli Stati membri non abbiano raggiunto l'apice, o addirittura diminuisca. Secondo il Rapporto «vi sono segnali che indicano che i progressi sono ancora fragili». Viene quindi citato il caso dei Paesi Bassi, ove, all'inizio del 2019, il Governo ha rivisto una precedente decisione di espandere la sua quota annuale di posti di reinsediamento da 500 a 750; nel settembre 2020 ha inoltre accettato la ricollocazione di 100 persone dalla Grecia, ma tale numero sarebbe stato detratto dalla quota complessiva di reinsediamento. È inoltre citato il caso "deplorevole" della Danimarca che non ha rivisto il rifiuto dei reinsediamenti; nel 2019 il Governo aveva annunciato che avrebbe iniziato a prevedere un certo reinsediamento, ma solo per circa 30 casi all'anno.

Il Commissario auspica pertanto che gli Stati membri che già partecipano ai programmi di reinsediamento valutino ulteriori ampliamenti per mettersi al passo con le esigenze globali, mentre gli Stati che ancora non vi partecipano dovrebbero contribuirvi con urgenza.

33. UNHCR, *Previsto fabbisogno globale di reinsediamento 2021*, giugno 2020. UNHCR, *È necessario un maggiore reinsediamento poiché solo il 4,5% delle esigenze globali di reinsediamento è stato soddisfatto nel 2019*, febbraio 2020.

34. UNHCR, *La strategia triennale (2019-2021) sul reinsediamento e i percorsi complementari*, giugno 2019. Raccomandazione della Commissione europea relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE, 23 settembre 2020, C(2020) 6467 def., allegato. La cifra include 6.000 posti nel Regno Unito.

Il Rapporto si sofferma poi sulla situazione mediterranea, in cui persistono i problemi nell'attuazione dei *meccanismi di transito di emergenza* (ETM), attraverso i quali le persone vulnerabili vengono trasferite dalla Libia in siti temporanei in Niger e Ruanda. L'UNHCR e l'OIM hanno ripetutamente espresso preoccupazione per la mancanza di posti di reinsediamento per le persone coinvolte negli ETM, il che significa che ulteriori trasferimenti dalla Libia sono diventati problematici, aggravando la grave situazione generale in quel Paese.

Il Commissario auspica quindi che siano individuati altre *vie sicure e legali*[35], che pure sarebbero presenti ma sottoutilizzate. Si sofferma in particolare sull'efficacia del modello dei *corridoi umanitari* gestiti dalla Comunità di Sant'Egidio, dalla Caritas italiana, dalla Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia (FCEI) e dalla Tavola Valdese, che hanno assicurato *percorsi sicuri e legali* di reinsediamento per 3.060 persone, che interessano Italia, Francia, Belgio e Andorra[36]. Altri programmi di sostegno ai ricollocamenti, privati o pubblici, sono stati potenziati, tra cui quelli nel Regno Unito. L'importanza di sviluppare ulteriori percorsi legali è stata riconosciuta anche nel *nuovo patto dell'UE sulla migrazione e l'asilo*.

Il Commissario osserva tuttavia che i *visti umanitari*, un altro strumento che gli Stati europei possono utilizzare per garantire un accesso sicuro e legale all'Europa, rimangono fortemente sottoutilizzati. Sebbene i recenti sviluppi giuridici abbiano rappresentato una battuta d'arresto per il rilascio di tali visti da parte degli Stati membri[37], il Commissario «*incoraggia vivamente*» gli Stati a ricorrere maggiormente all'opzione dei visti umanitari. Sul punto l'Autorità cita favorevolmente la pronuncia di un Tribunale italiano che ha ordinato alle autorità di rilasciare visti come forma di risarcimento a seguito di illegittimi respingimenti[38].

Il Rapporto si sofferma sulle altre criticità derivate dalla pandemia, rilevando restrizioni alle procedure di ricongiungimento familiare per la sospensione dei viaggi internazionali e di alcuni servizi governativi che hanno lavorato con capacità ridotte. Il Commissario auspica quindi che gli Stati membri riprendano quanto prima i ricongiungimenti al fine di evitare

35. Per il Commissario, se la strategia dell'UNHCR avrà successo, entro il 2028 dovrebbero esser disponibili 1 milione di posti di reinsediamento e 2 milioni di trasferimenti di persone bisognose di protezione attraverso altri percorsi legali.

36. Sant'Egidio, *I corridoi umanitari in cifre*, 13 dicembre 2019.

37. Il Rapporto precisa che la Corte di giustizia dell'UE ha constatato che non vi è alcun obbligo per gli Stati membri dell'UE di rilasciare tali visti ai sensi del diritto dell'UE. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto una domanda in cui si sosteneva che il Belgio fosse tenuto, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a rilasciare visti per consentire ai rifugiati siriani di recarsi in Belgio per chiedere asilo in quel Paese.

38. Amnesty International, *Riconosciuto il diritto ad entrare in Italia a chi è stato respinto illegittimamente in Libia*, 3 dicembre 2019.

una lunga separazione familiare, che ha evidenti effetti negativi, sia sulle persone già giunte in Europa sia sui familiari in attesa del permesso di unirsi a loro. Segnala con preoccupazione in particolare «il trattamento meno favorevole riservato alle persone con protezione sussidiaria rispetto a quelle riconosciute ai sensi della Convenzione sui rifugiati del 1951», facendo riferimento alla Germania[39], e alla Svezia, altro Stato di destinazione importante. Il Rapporto segnala altresì che sono ancora in vigore norme sul ricongiungimento familiare per i richiedenti asilo che spesso prevedono lunghi periodi di attesa prima che possa essere presentata una domanda. È il caso, ad esempio, dell'Austria, della Danimarca e della Svizzera. Nel giugno 2020, la Grande Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha tenuto un'udienza nella causa *M.A. v. Danimarca*, in cui sono state discusse tali restrizioni[40]. Il Commissario è intervenuto in questo caso, affermando che il trattamento differenziato per quanto riguarda il ricongiungimento familiare sulla base dello *status* di protezione specifica accordato a una persona e l'imposizione a determinati gruppi di lunghi periodi di attesa per il ricongiungimento, non sono compatibili con gli obblighi degli Stati membri in materia di diritti umani.

Il Rapporto giunge quindi alle *conclusioni e raccomandazioni* sull'aspetto delle *vie sicure e legali*, osservando che la situazione politica negli Stati membri e l'attuale pandemia di Covid-19 hanno evidenziato criticità nello sviluppo delle iniziative per l'individuazione dei percorsi sicuri e legali. Il Commissario osserva, tuttavia, che «lo sviluppo in questo settore è fondamentale per la protezione della vita e dei diritti dei rifugiati e dei migranti nel Mediterraneo e richiede pertanto un'azione concertata da parte degli Stati membri». Vengono quindi tracciate le *linee guida* per gli Stati membri:

1) iniziare urgentemente a partecipare ai *programmi di reinsediamento* o di altri percorsi complementari, ove non lo stiano ancora facendo;

2) proseguire l'azione di ampliamento di tali programmi in modo che il numero di posti disponibili sia adeguato alle esigenze globali, ove già partecipino a tali programmi;

3) garantire in particolare la ripresa e l'incremento dei reinsediamenti tramite ETM in modo da promuovere un approccio coerente nel Mediterraneo;

4) revocare le misure che comportano restrizioni ai ricongiungimenti familiari, annullando le distinzioni nei diritti ai ricongiungimenti tra persone con *status* di protezione diversi.

Il Commissario conclude con un incoraggiamento per gli Stati membri a porre allo studio ulteriori mezzi per individuare un maggior numero di *percorsi sicuri e legali* anche per le

39. Infomigrants, *Ricongiungimento familiare in Germania: numeri sotto il limite*, giugno 2020.

40. *M.A. contro Danimarca*, domanda n. 6697/18; *webcast* della Grande Sezione della Corte EDU dell'udienza, 10 giugno 2020.

persone che non necessitano della protezione dell'asilo, «offrendo comunque maggiori opportunità di migrazione per motivi di studio e di lavoro».

7. Conclusioni: nuove sfide per la cooperazione degli Stati

Sin qui giunge l'analisi del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa che tra l'altro chiarisce di non aver trattato gli sviluppi relativi alla rotta atlantica (dall'Africa occidentale alla Spagna), ma che molte delle raccomandazioni espresse nel Rapporto sono applicabili a tutte le situazioni in cui sono in gioco i diritti dei rifugiati e dei migranti in mare. L'analisi dipinge dunque un quadro delle politiche migratorie con poche luci e ancora molte ombre. In particolare, tra i risvolti positivi il Commissario osserva che «sembra aumentare la consapevolezza della necessità di una migliore condivisione delle responsabilità», che «in alcuni casi è stato riconsiderato il sostegno degli Stati membri alla Guardia costiera libica» e che vi è stata una «cauta espansione di vie sicure e legali guardate con favore», ma nella sostanza ritiene che il progetto complessivo rimanga limitato e non ancora adeguato alle esigenze migratorie: «La situazione generale nel Mediterraneo si è ulteriormente deteriorata e desta grande allarme. I naufragi nel Mediterraneo continuano ad essere preoccupanti e frequenti, con oltre 2.600 morti registrate nel periodo in esame, la stragrande maggioranza delle quali sulla rotta del Mediterraneo centrale».

Il Commissario ribadisce l'invito agli Stati membri del Consiglio d'Europa ad attuare rapidamente le sue raccomandazioni evidenziando alcune «azioni di fondamentale importanza che non possono essere ulteriormente rimandate»:

- garantire la presenza in mare di strumenti adeguati ed efficaci di ricerca e soccorso, sotto la responsabilità degli Stati, e fornire una risposta tempestiva e adeguata alle richieste di soccorso;

- garantire uno sbarco rapido e sicuro delle persone soccorse, con il supporto di un'autentica solidarietà europea;

- «non ostacolare più le attività in favore dei diritti umani delle organizzazioni della società civile», – ed è chiaro il riferimento alle ONG – sia nel caso in cui siano coinvolte in operazioni di ricerca e soccorso che nel caso in cui conducano attività di monitoraggio dei diritti umani;

- porre fine ai respingimenti, alla sospensione delle operazioni di salvataggio o ad altre attività che portano al respingimento di rifugiati e migranti in aree o situazioni in cui sono esposti a gravi violazioni dei diritti umani;

- ampliare le vie sicure e legali, dando priorità alle persone che necessitano della protezione internazionale.

Certamente questa prospettiva di un autorevole osservatorio sui diritti umani dovrà indurre gli Stati a valutare con maggiore consapevolezza le iniziative da intraprendere.

Seppure possano considerarsi argomentazioni contrarie riguardanti le inchieste promosse su alcuni aspetti controversi delle modalità di svolgimento delle azioni di soccorso – che secondo alcuni avrebbero "favorito" i trafficanti di essere umani – sul punto il Commissario è stato chiaro: gli Stati non possono più declinare le narrazioni su presunte condotte "irregolari" delle ONG; esse vanno sostenute conferendo «*priorità al soccorso delle vite umane*», al di sopra di tutto. Agli Stati non resta che adeguarsi, laddove le indagini penali non abbiano portato a concreti riscontri. Anche rispetto al rinnovato appello di implementare le capacità di *search and rescue,* sta agli Stati membri del Consiglio d'Europa rispondere con fatti concludenti. Le richieste del Commissario per i diritti umani appaiono alquanto stringenti e, qualora non siano osservate, potrebbero esporre a più gravi responsabilità nella gestione dell'emergenza migratoria nelle acque del Mediterraneo centrale.

È opportuno richiamare alcuni passaggi eloquenti del Rapporto: «A questo punto è urgente agire (...) Ho osservato una diffusa riluttanza degli Stati europei a istituire un adeguato sistema di protezione in grado di garantire almeno il diritto alla vita dei rifugiati e dei migranti (...) Le decisioni adottate dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, motivate principalmente dall'obiettivo di limitare gli arrivi, non hanno risolto i loro problemi: questo approccio ha semplicemente contribuito a ulteriori, inutili sofferenze umane».

E ancora: «Sebbene gli Stati sulla costa mediterranea siano i più direttamente colpiti, e spesso siano quelli che intraprendono azioni che possono seriamente minare i diritti di rifugiati e migranti, anche gli altri Stati membri, che perdonano silenziosamente o che consentono attivamente tali azioni, portano una parte di responsabilità».

Da qui il monito del Commissario: «I Paesi europei devono modificare con urgenza le politiche migratorie che mettono in pericolo i rifugiati e i migranti che attraversano il Mediterraneo» (...) È necessario intraprendere un'azione decisiva per garantire che le persone non muoiano più e non siano più esposte a gravi violazioni dei loro diritti più elementari. Si tratta di una questione di vita o di morte, in cui è in gioco la credibilità dell'impegno dei Paesi europei in quanto difensori dei diritti umani».

Di fronte a questa pressante richiesta, l'Italia deve prendere atto che occorre un approccio ancora più netto rispetto alle politiche di accoglienza dei migranti del Mediterraneo, dove non si possono adottare logiche escludenti del "diritto del nemico", ora estese anche alle azioni delle ONG. E tuttavia l'Italia può rivendicare quanto ha sinora potuto compiere in termini di concreta e diretta accoglienza di rifugiati e migranti[41], potendo così rilanciare l'appello del Commissario allo stesso Consiglio d'Europa, e soprattutto all'Unione europea. In tali contesti ha infatti buoni argomenti per rivendicare una maggiore cooperazione degli Stati nel concorrere alle attività di *search and rescue (con* una più attenta

41. Per un'analisi sul punto, M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di) Ius Migrandi, *Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

responsabilità degli *Stati di bandiera* sulla gestione delle navi delle ONG), nell'individuare un maggior numero di rotte sicure e legali, e nel sostenere una politica dell'immigrazione complessivamente più efficace e soprattutto solidale.

Ma un altro aspetto va sottolineato perché altrimenti non si riconoscerebbe il giusto senso di tanti sforzi compiuti dall'Italia in anni di politiche attive sul piano internazionale, che invero appaiono svilupparsi in una direttrice unitaria prescindendo dagli indirizzi "politici" dei Governi che si sono succeduti. Non va infatti sminuito l'impegno – non solo diplomatico, ma anche in termini di interventi finanziari, civili e militari – profuso dall'Italia per il processo di stabilizzazione non solo della Libia ma anche delle altre aree di crisi del Medio Oriente e del Continente africano.

La visione del Commissario per i diritti umani comprensibilmente proiettata a trovare spazi in Europa per le pressioni migratorie risponde certamente all'urgenza di dare priorità alla protezione dei diritti umani, ma nondimeno non può sottovalutarsi l'esigenza di attenuare un impatto demografico che potrebbe risultare poco sostenibile per alcune già compromesse situazioni sociali dei Paesi europei, specie ora che sono colpiti dagli effetti della pandemia.

Occorre pertanto ripensare con maggiore attenzione alle politiche multilaterali di sostegno delle popolazioni in difficoltà anche con interventi mirati nelle stesse aree di crisi, finalizzati a mitigare la compressione dei diritti umani e dei diritti economici e sociali e quindi attenuare le spinte migratorie provenienti da quei Paesi. Non è una sfida facile negli scenari attuali della moltiplicazione dei conflitti locali[42], della progressiva destrutturazione delle entità statali in molte aree di crisi, del riemergere delle contrapposizioni delle grandi potenze e dello smarrimento del ruolo delle Nazioni Unite.

Il solo auspicio che si può formulare è dunque rivolgere lo sguardo ad una "prospettiva globale" degli impegni della cooperazione internazionale, che meriterebbe un urgente approfondimento non solo in seno alle Nazioni Unite, al Consiglio d'Europa e all'Unione europea, ma anche in altri rilevanti forum internazionali della cooperazione economica quali il G7 e il G20, affinché si investano risorse più adeguate ed efficaci nelle aree di crisi da cui hanno origine le spinte migratorie di questo millennio. In proposito, proprio in quest'anno la presidenza del G20 è affidata all'Italia[43], che ha varato un «programma intorno al trinomio

42. M. Giro, *Guerre nere. Guida ai conflitti nell'Africa contemporanea*, Milano, Guerini e Associati, 2020.

43. Il G20, ovvero «Gruppo dei 20», è il principale forum di cooperazione economica e finanziaria a livello globale. Si tiene ogni anno, e riunisce le principali economie del mondo, ovvero Canada, Francia, Germania, Giappone, Regno Unito e Stati Uniti (cioè i paesi del G7), i Paesi del gruppo BRICS – Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica – e anche Arabia Saudita, Australia, Argentina, Corea del Sud, Indonesia, Messico e Turchia. A questi si aggiunge anche l'Unione europea. Si tratta di un gruppo di Paesi che costituiscono l'80% del PIL globale, nonché il 60% della popolazione del pianeta. Dal 1° dicembre 2020, l'Italia detiene la presidenza del G20 che culminerà nel *Vertice dei Leader G20* previsto a Roma il 30

People, *Planet*, *Prosperity*». Forse sarebbe utile che nell'attività preparatoria in corso, accanto ai 13 gruppi di lavoro già costituiti[44], fosse previsto anche un tavolo di discussione dedicato alle politiche dell'immigrazione o che fosse data occasione all'UNHCR e all'OIM di presentare le loro istanze, nella considerazione che tra gli obiettivi da perseguire nel programma sono stati indicati espressamente quelli di «rimettere la persona al centro delle azioni politiche, multilaterali e nazionali (...) affrontare con determinazione la povertà (...) ridurre le disuguaglianze (...) tutelare i più vulnerabili (...) ridistribuire le opportunità all'interno dei singoli Paesi e diminuire le disparità tra aree geografiche».

È solo una prospettiva più generale delle politiche di cooperazione fra gli Stati che potrà realmente ridisegnare uno spazio globale in cui si possano condividere gli sforzi comuni per il benessere delle popolazioni del pianeta. Questa è la lezione che possiamo trarre anche dall'attuale pandemia, altro esempio di un effetto incontrollato della globalizzazione che una *governance* multilaterale avrebbe potuto affrontare con tempestività ed efficacia.

e 31 ottobre. La presidenza italiana e la Commissione europea ospiteranno, insieme, il G20 *Global Health Summit*, che avrà luogo a Roma il 21 maggio, sul tema dell'emergenza sanitaria. V. https://www.g20.org/it/people.html.

44. Istruzione, Salute, Commercio e Investimenti, Sviluppo, Task force dell'economia digitale, Anticorruzione, Lavoro, Transizione energetica e sostenibilità del clima, Ambiente, Cultura, Turismo, Academics Informal Gathering, Agricoltura V. https://www.g20.org/it/la-presidenza-italiana-del-g20/gruppi-di-lavoro.html.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

IL PROCEDIMENTO DI ESTRADIZIONE, TRA QUESTIONI PREGIUDIZIALI E TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA

COMMENTO A CASS., SEZ. VI, 10 MARZO 2020, N. 11374, TERTERYAN

di Linda Rosa

Abstract: *Il contributo prende le mosse da una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione in tema di estradizione e protezione internazionale. La sentenza in esame offre un interessante spunto per una riflessione sulla questione della pregiudizialità tra i due procedimenti e, in particolare, sul tema dei diritti fondamentali della persona in relazione alla consegna ad una autorità straniera. Si presenta un'analisi, in chiave critica, del livello di tutela dei diritti umani richiesto nell'ambito di tali forme di cooperazione internazionale, con un particolare riferimento alla pena di morte ed alla tutela dell'unità familiare. Infine, si propone un breve raffronto tra i motivi di diniego dell'estradizione e i motivi tassativi di rifiuto del MAE, interrogandosi su quali possano essere, in una dimensione pratica, le criticità ed i vantaggi di due sistemi così diversamente concepiti.*

Abstract: *The contribution is based on a recent judgment of the Supreme Court of Cassation on the topic of extradition and international protection. The judgment in question opens a discussion on the topic of preliminary issues and, especially, on fundamental human rights when handing over someone to a foreign authority. The following article presents a critical analysis regarding the standard of human rights protection required in the framework of international cooperation, with a special reference to the death penalty and family unity protection. Finally, a brief comparison is drawn between the terms of refusal of extradition and the mandatory terms of refusal of the EAW, defining the criticalities and advantages of these different systems.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL PROCEDIMENTO DI ESTRADIZIONE, TRA QUESTIONI PREGIUDIZIALI E TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA

COMMENTO A CASS., SEZ. VI, 10 MARZO 2020, N. 11374, TERTERYAN

di Linda Rosa[*]

SOMMARIO: 1. Premessa: primi spunti a margine del caso di specie. – 2. Quanto alla pendenza di una richiesta di protezione internazionale: una «forma di pregiudizialità» ... – 3. (segue): ...o una valutazione di merito? Il rischio di esposizione a trattamenti inumani e degradanti. – 4. Il difetto di condizioni ostative all'estradizione: il pericolo di violazione dei diritti fondamentali. – 5. (segue): le «garanzie assolute» e la non applicazione della pena di morte. – 6. (segue): il diritto all'unità familiare e la tutela dei minori. Alcune riflessioni. – 7. Divieto di estradizione e motivi di rifiuto del MAE: quali limiti e quali garanzie.

1. Premessa: primi spunti a margine del caso di specie

La Corte di cassazione, con la sentenza in commento[1], ha affrontato, ancora una volta, il tema del rischio di trattamenti inumani e degradanti in relazione al procedimento di estradizione. Non solo, confermando un precedente orientamento giurisprudenziale[2], si è anche espressa in merito al preteso rapporto di pregiudizialità tra quest'ultimo ed una pendente richiesta di protezione internazionale.

Nel caso *de quo*, la Corte d'appello di Torino aveva dichiarato la sussistenza delle condizioni per l'estradizione di T.R., richiesta dalla Federazione russa al fine del suo perseguimento per il reato di duplice omicidio. Le critiche mosse dal ricorrente dinanzi alla Suprema Corte attenevano a profili differenti. In primo luogo, si trattava di tre censure per violazione di legge con riferimento ai parametri normativi di cui agli artt. 698 e 705 c.p.p., che coniugano, sotto diversi punti di vista, l'insussistenza delle condizioni per la concessione dell'estradizione. Il reato per il quale viene richiesta l'estradizione è infatti punito, nel Paese di consegna, con la pena di morte. Inoltre, il ricorrente lamentava il rischio di violazione dei propri diritti fondamentali in ordine ad un duplice profilo: da un lato, con riferimento alle condizioni carcerarie presenti nella Federazione russa; dall'altro, relativamente al mancato rispetto del diritto all'unità familiare e della tutela dei minori, in quanto la sua famiglia, ovvero la moglie con i figli minori, era in quel momento inserita in un Centro di accoglienza

[*] Linda Rosa è dottoressa in giurisprudenza.

1. Cass., sez. VI, 10 marzo 2020, n. 11374, Terteryan, in CED n. 278718.

2. Come si vedrà, nei medesimi termini si era già pronunciata Cass., sez. VI, 12 giugno 2019, n. 29910, Touji, in CED n. 276456.

in attesa dell'esito della procedura di protezione internazionale. In secondo luogo, l'ulteriore censura portata all'attenzione della Corte ineriva, invece, ad un vizio di motivazione in ordine alla contestuale pendenza di una domanda di protezione internazionale. Nel dettaglio, il ricorrente aveva infatti presentato istanza per il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale che, in quel momento, era in fase di valutazione.

Giova premettere, in questa sede, che i rapporti in materia di estradizione tra il nostro Paese e la Federazione russa sono regolati dalla Convenzione europea di estradizione[3] – adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa – oltre che dal complesso di norme previste dal codice di procedura penale[4], il quale interviene ogniqualvolta vi sia un vuoto normativo nella disciplina pattizia. Quanto alla regolamentazione in materia di protezione internazionale, non si rivengono riferimenti normativi al riguardo né tra le disposizioni del codice di procedura penale, né all'interno di tale Convenzione. In Italia sono comunque previste tre forme di protezione: il diritto alla protezione internazionale con riferimento allo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28.7.1951[5], ratificata in Italia con l. 722/54, ed ai sensi degli artt. 7 ss. del d.lgs. 251/2007[6]; la protezione sussidiaria, in base all'art. 14 del d.lgs. 251/2007 e la protezione umanitaria, nazionale, disciplinata dal d.lgs. 286/1998 (agli artt. 5, co. 6 e 19) e dalla legge 189/2002, all'art. 32. Nell'ambito dell'Unione europea sono state emanate molteplici direttive[7], poi attuate dall'Italia,

3. La Federazione russa ha firmato la Convenzione europea di estradizione nel 1996, nel medesimo anno in cui è divenuta membro del Consiglio d'Europa. Il Trattato in questione è entrato in vigore, in Russia, il 9.3.2000. Il testo della Convenzione è disponibile in www.coe.int. L'Italia ha aderito alla Convenzione nel 1957 e l'ha ratificata con la l. 30.1.1963, n. 300, Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13.12.1957, in G.U. n. 84 del 28.3.1963.

4. Il codice di rito disciplina l'istituto dell'estradizione nel libro XI, dall'art. 697, all'art. 722-*bis*.

5. La Convenzione sullo *status* dei rifugiati, nota altresì come Convenzione di Ginevra, è stata adottata nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 28.7.1951 ed è entrata in vigore il 22.4.1954. Ad oggi gli Stati parte sono 146. La Convenzione definisce il termine "rifugiato" e specifica tanto i diritti dei migranti forzati quanto gli obblighi legali degli Stati di proteggerli. L'Italia ha dato autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione con legge n. 722 del 24.7.1954 (in G.U. n. 196 del 27.8.1954); ha ratificato la Convenzione in data 15.11.1954 (in G.U. n. 294 del 23.12.1954), la quale è poi entrata in vigore il 13.2.1955.

6. D.lgs. 19.11.2007, n. 251, rubricato «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», in G.U. n. 3 del 4.1.2008.

7. Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in GUUE 6.2.2003, l. 31/18; direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE 30.9.2004, l. 304/12; direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005 recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in GUUE 13.12.2005, l. 326/13; 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 (rifusione), in GUUE del 20.12.2011, l. 337/9; 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

riguardanti la materia in questione. A livello internazionale, si ricordano, invece, la cosiddetta Convenzione di Ginevra, poc'anzi menzionata, e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[8], che all'art. 14 riconosce il diritto di ogni individuo di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni.

La pronuncia in oggetto offre dunque un interessante spunto per riflettere su due temi tra loro paralleli ma talvolta, come in questo caso, convergenti. Si analizzerà, in primo luogo, il rapporto di pregiudizialità tra la pendenza di una domanda di protezione internazionale e la concessione dell'estradizione; successivamente, il rischio di violazione di diritti umani fondamentali in relazione al procedimento di estradizione, con particolare riferimento alla pena di morte e all'unità familiare.

2. Quanto alla pendenza di una richiesta di protezione internazionale: una «forma di pregiudizialità» ...

L'art. 2 c.p.p., al co. 1, stabilisce che «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito» e, al co. 2, che «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». La disposizione che il nostro codice di procedura penale riserva alla cognizione del giudice ne descrive i poteri di accertamento e si riferisce, di conseguenza, a tutte quelle questioni, «di fatto e di diritto, di rito e di merito» dalla risoluzione delle quali dipende la decisione[9]. Il tema della cognizione del giudice penale anticipa, dunque, quello delle questioni pregiudiziali, meglio descritto al successivo art. 3 c.p.p. Pertanto, sorge spontaneo chiedersi se, nel caso di specie, la pendenza di una richiesta di protezione internazionale possa determinare una «forma di pregiudizialità»[10] (questa l'espressione impiegata dal giudice di legittimità) rispetto al procedimento di estradizione. Vero è che la cognizione del giudice penale risulta piena rispetto alla decisione che egli deve assumere: il giudice è "tendenzialmente autosufficiente" nel momento in cui viene chiamato a pronunciarsi sull'imputazione, quindi non deve attendere il provvedimento di un altro

protezione internazionale (rifusione), in GUUE 29.6.2013, l. 180.60; direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in GUUE 29.6.2013, l. 180/96.

8. La Dichiarazione universale dei diritti umani è stata adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10.12.1948 a Parigi.

9. In questi termini, E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. VI, 2002, p. 915 ss. V. anche H. Belluta, *Art. 2: Cognizione del giudice*, in H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Codice sistematico di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 84, per cui «il giudice penale conserva solo il potere di pronunciarsi in via incidentale sulle questioni logico-giuridiche che rappresentano l'antecedente della cognizione sul fatto di reato».

10. Così Cass., sez. VI, 10 marzo 2020, n. 11374, *Terteryan,* in CED n. 278718.

giudice per addivenire all'epilogo decisorio del processo penale[11]. Nella questione che ci occupa, tuttavia, si deve certamente escludere l'azionamento dei meccanismi di cui agli artt. 2 e 3 c.p.p. La pronuncia in merito alla concessione dell'estradizione non dipende, *ex se*, dalla pendenza di una domanda di protezione internazionale; motivo per cui la Corte d'appello non può entrare nel merito della vicenda fornendo un proprio giudizio, né, tantomeno, sospenderne l'*iter*. I due procedimenti sono tra loro indipendenti: fermo restando che la richiesta di protezione internazionale non integra *tout court* un fattore ostativo alla concessione dell'estradizione, né tantomeno costituisce una questione di pregiudizialità in senso stretto, è inevitabile che, stante la relativa pendenza, ci si domandi quale ruolo rivesta nel giudizio di estradizione.

Il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e l'impianto normativo di cui agli artt. 697 e ss. c.p.p. hanno diversa natura. Il primo, infatti, nella sua fase d'esordio ha una natura esclusivamente amministrativa[12]. Per quanto riguarda l'accesso alla procedura, l'organo competente risulta la polizia (quindi gli uffici di frontiera e gli uffici sul territorio, vale a dire le questure); le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale si occupano del colloquio con il richiedente e della decisione sulla sua istanza e, infine, la Commissione nazionale per il diritto di asilo è deputata a decidere sulla revoca e la cessazione dello *status*[13]. Tale prima *tranche* procedimentale, ad onore del vero, potrebbe essere anche l'unica. La fase giurisdizionale viene infatti attivata solo nel momento in cui il richiedente – che riceva una decisione negativa, o che non si ritenga soddisfatto in merito all'adeguatezza della forma di protezione ricevuta – presenti ricorso al Tribunale territorialmente competente, chiedendo che il caso venga riesaminato[14].

---

11. Così E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, *op. cit*., p. 917. Si veda anche a L.P. Comoglio, *La pregiudiziale facoltativa nel processo penale tributario: un problema vecchio in un contesto nuovo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1984, p. 1250 ss.; G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1961, p. 307 ss.

12. Per una breve descrizione della procedura si veda *"Protezione in Italia: come?"* in www.unhcr.org. Sul punto cfr. anche, A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; D. Troja, *Il d.lg.. 28 gennaio 2008, n. 25: La normativa in materia di riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria*, in *Giur. merito*, 2009, p. 0320B; N. Morandi, G. Schiavone, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in questa *Rivista*, XVII, n. 3-4.2015, p. 84 ss.

13. Si vedano gli artt. 3, 4, 5 d.lgs. 28.1.2008, n. 25, rubricato «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in GU n. 40 del 16.2.2008».

14. Si veda l'art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. 28.1.2008, n. 25, «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato», in G.U. n. 40 del 16.2.2008. In relazione alla particolare condizione, può essere riconosciuto al cittadino straniero che ne faccia richiesta lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria. Tra le fonti normative essenziali in materia si vedano altresì: d.lgs. 19.11.2007, n. 251, «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sulla attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione

D'altro canto, l'istituto dell'estradizione appartiene ad un *genus* ambiguo: pur collocato dal codice di rito penale nell'ambito dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, conserva una natura «sospesa tra esercizio di giurisdizione e mero procedimento amministrativo di cooperazione internazionale»[15], anche in virtù del ruolo ricoperto dal Ministro della giustizia. Ad ogni modo, tanto nel caso in cui l'estradizione sia propedeutica all'incriminazione in un altro Stato (estradizione processuale, come nel caso di specie), quanto nel caso in cui sia funzionale all'esecuzione di una sentenza di condanna (estradizione esecutiva), il sotteso procedimento consente l'esercizio della giurisdizione penale da parte dello Stato di destinazione, sebbene non direttamente volto a stabilire la colpevolezza dell'imputato[16].

Si tratta, evidentemente, di due procedimenti ben distinti, facenti capo a diverse aree di competenza. Ciononostante, con riguardo al rispetto dei diritti umani, condividono i medesimi parametri di giudizio. Infatti, a titolo esemplificativo, l'art. 7, co. 1, lett. a), del d.lgs. 251/2007 prevede che, ai fini della valutazione del riconoscimento dello *status* di rifugiato, gli atti persecutori debbano essere sufficientemente gravi da rappresentare una violazione dei diritti umani fondamentali. Qualora non vi siano i requisiti per il riconoscimento di tale *status*, l'autorità competente dovrà vagliare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, una forma di protezione complementare e – va da sé – supplementare, che viene concessa qualora il richiedente corra comunque il rischio di subire «danni gravi» facendo ritorno al proprio luogo di origine. L'art. 14 del d.lgs. 251/2007 stabilisce che, per il riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte, la tortura o altra forma di «trattamento inumano o degradante» a carico del richiedente nel suo Paese d'origine e la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale[17]. Il tenore letterale di questa normativa richiama immediatamente l'attenzione sulle disposizioni codicistiche in tema di estradizione (artt. 698 e 705 c.p.p.): vi è dunque un'affinità, se non addirittura una sovrapposizione, tra le valutazioni che, nei due procedimenti, le autorità competenti sono chiamate a compiere.

internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», in G.U. n. 3 del 4.1.2008; d.p.r. 12.1.2015, n. 21, «Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale a norma dell'art. 38 comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25», in G.U. n. 53 del 5.3.2015.

15. Testualmente, G. Caneschi, *La tutela dei diritti umani nel procedimento di estradizione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1741.

16. In questi termini, M. Lo Giudice, *Rifiuto dell'estradizione, tutela dei diritti fondamentali e "giurisdizione rieducativa"*, in *Dir. famiglia*, 2011, p. 786; G. Caneschi, *La tutela dei diritti umani nel procedimento di estradizione*, *op. cit.*, p. 1744.

17. Si veda D. Manzione (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 618 ss.

Tornando alla pendenza di una domanda di protezione internazionale, occorre distinguere il caso in cui l'istanza sia ancora in fase d'esame e l'eventualità che la competente autorità si sia già espressa nel merito della sussistenza o insussistenza dei requisiti. Con riferimento alla prima ipotesi, l'art. 7, co. 1, d.lgs. 28.1.2008, n. 25[18] riconosce il diritto del richiedente protezione internazionale a rimanere nel territorio dello Stato durante l'esame della domanda, anche qualora debba essere estradato, posto che nessuna delle eccezioni di cui al co. 2 del medesimo articolo si attaglia al caso di specie[19]. Tuttavia, la norma citata non impone un divieto alla concessione dell'estradizione in quanto tale: interviene solo sulla fase esecutiva, impedendo alle autorità nazionali di effettuare la consegna – seppur autorizzata – fintanto che la domanda sia pendente. Come afferma la giurisprudenza[20], rispetto alla quale la sentenza in commento si pone in linea di continuità, si tratta di una valutazione demandata al Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 708 c.p.p.

Diversa, invece, l'ipotesi in cui sia già intervenuta una decisione e la competente Commissione territoriale del Ministero degli interni abbia riconosciuto all'estradando lo *status* di titolare della protezione internazionale. In tal caso, la Corte d'appello può fondare la propria decisione contraria, ai sensi degli artt. 705 co. 2, lett. c) e 698 co. 1 c.p.p., sul pericolo di esposizione a trattamenti disumani e degradanti in caso di rientro nello Stato richiedente l'estradizione[21].

Nel caso *de quo*, tuttavia, le autorità competenti non si sono ancora espresse in merito all'istanza del ricorrente: il procedimento amministrativo risulta pertanto pendente. A dispetto di quanto detto finora e, dunque, delle analogie tra le valutazioni che gli organi competenti sono chiamati a rendere nei due diversi procedimenti, questa "mera pendenza" non rappresenta, a giudizio della Suprema Corte, una causa ostativa rispetto alla concessione dell'estradizione, essendo totalmente indipendente dalla stessa[22].

---

18. D.lgs. 28.1.2008, n. 25, Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in G.U. n. 40 del 16.2.2008.

19. L'art. 7, co. 2, d.lgs. 28.1.2008, n. 25, stabilisce alcune eccezioni rispetto al diritto del richiedente protezione internazionale a rimanere nello Stato durante l'esame della domanda. Tale diritto non spetta a coloro che: «a) debbono essere estradati verso un altro Stato in virtù degli obblighi previsti da un mandato di arresto europeo; b) debbono essere consegnati ad una Corte o ad un Tribunale penale internazionale; c) debbano essere avviati verso un altro Stato dell'Unione competente per l'esame dell'istanza di protezione internazionale; d) hanno presentato una prima domanda reiterata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale; e) manifestano la volontà di presentare un'altra domanda reiterata a seguito di una decisione definitiva che considera inammissibile una prima domanda reiterata ai sensi dell'articolo 29,comma 1, o dopo una decisione definitiva che respinge la prima domanda reiterata ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettere b) e b-*bis*)».

20. Cass., sez. VI, 12 giugno 2019, n. 29910, Touji, in CED n. 276456.

21. Così Cass., sez. VI, 18 dicembre 2013, n. 3746, Tuzomay, in CED n. 258249; Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 19392.

22. Così il giudice di legittimità nella sentenza di cui in commento (punto 4). V. anche Cass., sez. VI, 12 giugno 2019, n. 29910, Touji, in CED n. 276456.

3. (segue): ...o una valutazione di merito? Il rischio di esposizione a trattamenti inumani e degradanti

L'esclusione di qualsivoglia forma di pregiudizialità, come abbiamo potuto osservare, solleva almeno due spunti di riflessione. Da un lato, la totale indipendenza tra le due procedure potrebbe determinare una compressione dei diritti fondamentali dell'estradando-richiedente protezione internazionale. Come emerge dal caso in esame, astrattamente vi è la possibilità di concedere l'estradizione ad un soggetto che ha, al contempo, richiesto protezione nei confronti del medesimo Stato cui verrebbe consegnato. Vero è che, come ricordato poc'anzi, si riconosce il diritto del ricorrente di permanere nel territorio dello Stato richiesto fino all'esito della domanda; ma si crea comunque, fino a quel momento, un potenziale contrasto tra chi – la Corte d'appello – concede l'estradizione, rilevando il mancato rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, e chi – l'estradando – si trova nella condizione di poter essere estradato verso lo stesso Paese da cui è fuggito per preservare la propria incolumità e, magari, anche quella della propria famiglia e che, proprio su tali presupposti, fonda la richiesta di protezione internazionale.

Occorre anche precisare che dalla sentenza in esame non emerge in maniera chiara ed inequivocabile se l'estradando verso la Federazione russa abbia depositato istanza di protezione internazionale nei confronti dello stesso Paese che ne richiede la consegna. Se così fosse, la totale esclusione di una forma di pregiudizialità – pur con la possibilità rimessa al Ministro della giustizia di sospendere la consegna in fase esecutiva – darebbe vita ad una sorta di paradossale "cortocircuito" del sistema. La Corte d'appello potrebbe, in un primo momento, concedere l'estradizione dell'interessato, ritenendo che quest'ultimo non corra il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Tuttavia, è possibile che successivamente intervenga un provvedimento che riconosca il diritto dell'estradando a ricevere lo *status* di protezione internazionale. Situazione, quest'ultima, che darebbe vita ad una sorta di "contrasto tra giudicati", posto che – quanto al rischio di trattamenti inumani – i parametri seguiti dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (ed eventualmente dal Tribunale) e dalla Corte d'appello nel procedimento estradizionale sono i medesimi.

Dall'altro lato, l'esclusione di qualsivoglia forma di pregiudizialità consentirebbe sempre alla Corte d'appello di entrare nel merito della questione, vagliando in maniera approfondita – come la procedura estradizionale esige – la possibilità che la persona interessata subisca una violazione dei diritti umani fondamentali. La *ratio* di un tale meccanismo risiede nella necessità di scongiurare domande pretestuose o reiterate al solo scopo di impedire l'esecuzione di una decisione che comporterebbe l'allontanamento della persona.

Peraltro, così è avvenuto nel caso di specie. Il giudice di legittimità, esclusa ogni questione pregiudiziale, si è espresso in ordine alla tutela dei diritti fondamentali

dell'estradando: valutazione che, altrimenti, gli sarebbe stata preclusa, se fosse stato costretto a sospendere il procedimento estradizionale.

4. Il difetto di condizioni ostative all'estradizione: il pericolo di violazione dei diritti fondamentali

L'art. 705, co. 2, lett. c) c.p.p. stabilisce che la Corte d'appello debba pronunciare sentenza contraria all'estradizione qualora vi sia motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad altri atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona[23].

Un parere negativo in ordine al rispetto dei diritti fondamentali della persona, dunque, costituisce ostacolo al procedimento estradizionale. Analoga previsione è contenuta nella Convenzione europea di estradizione, in particolare all'art. 3, n. 2, nel quale si statuisce che l'estradizione non sarà concessa se la Parte richiesta ha serie ragioni per credere che la domanda di estradizione motivata con un reato di diritto comune sia stata presentata con lo scopo di perseguire o punire un individuo per motivi di razza, di religione, di nazionalità o di opinioni politiche o che la condizione di detto individuo rischi di essere aggravata per l'uno o l'altro di questi motivi. Sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, anche la Corte di Strasburgo ha delineato, in alcune sentenze nelle quali si affrontava una potenziale violazione dell'art. 3 CEDU, i passaggi valutativi che l'organo deputato alla decisione sulla concessione dell'estradizione è tenuto a seguire[24].

A tal proposito, dunque, per quanto riguarda l'Italia, la disamina che la Corte d'appello deve compiere appare estremamente articolata. Si premette che incombe sull'estradando l'onere di allegare circostanze ed elementi idonei a fondare il timore che l'estradizione preluda all'applicazione, nello Stato richiedente, di un trattamento contrario al rispetto dei

23. Si veda A. Mangiaracina, *Sub* Art. 705, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati, L. Giuliani, Padova, Cedam, 2020, p. 3457.

24. Il *leading case* è rappresentato da Corte EDU, sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*; tra le molte, anche Corte EDU, sez. IV, sent. 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, sez. IV, sent. 25 marzo 2014, *M. G. c. Bulgaria*; sul punto, v. G. Caneschi, *La tutela dei diritti umani nel procedimento di estradizione*, *op. cit.*; A. Colella, *Articolo 3: Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, Giappichelli, 2016. Per vero, il tema è stato interpretato anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea la quale, a più riprese, ha affermato, in materia di mandato d'arresto europeo, che l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a verificare le condizioni di detenzione concrete e precise della persona interessata che siano rilevanti al fine di stabilire se essa correrà un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante. Tra le molte, si veda Corte giust., sent. 25 luglio 2018, M.L., C-220/18. Preme però l'obbligo di evidenziare che tali dichiarazioni di principio non si applicano al caso di specie, poiché la Russia non è uno Stato membro dell'Unione europea e, pertanto, non collabora con la Corte di giustizia.

diritti fondamentali; lo stesso è altresì tenuto a dimostrare che tale rischio sia «reale»[25]. D'altra parte, lo Stato estradante ha il compito di vagliare attentamente la possibilità che la persona richiesta in consegna venga condannata nello Stato di destinazione e che la sentenza possa essere eseguita in violazione dei diritti umani.

È evidente che, in questa fase, non sia di per sé necessario (e sarebbe d'altro canto molto difficoltoso) un accertamento che corrisponda alla prova certa ed insuperabile dell'inesistenza di tale rischio[26]. Il sistema vigente in Italia consente all'organo giudicante di avvalersi anche di informazioni mediate, quali, ad esempio, le relazioni e le denunce delle organizzazioni non governative o degli organismi sovranazionali e persino quelle notizie che possono rientrare nel concetto di fatto notorio e le informazioni provenienti dai singoli. Questi mezzi di acquisizione delle informazioni comportano, in sede valutativa, uno sforzo interpretativo, «non potendosi sempre individuare la serietà e l'adeguatezza della fonte primaria». Pertanto, la Corte d'appello deve preferire, se disponibile, la documentazione proveniente dagli organi sovranazionali, siano esse agenzie appartenenti a istituzioni quali le Nazioni Unite oppure organi dell'Unione europea, «di maggior verificabilità e meglio collocabili nel contesto complessivo»[27]. Oltretutto, la pronuncia ostativa all'estradizione non può essere fondata su documenti da cui si evincono episodi meramente occasionali o isolati: ai fini di una sentenza contraria è necessario che gli atti persecutori e discriminatori siano riferibili ad una «scelta normativa o, quantomeno, fattuale» dello Stato richiedente[28].

Nel caso in commento, il ricorrente paventa un rischio di violazione dei diritti fondamentali in relazione alle condizioni in essere nelle carceri russe, allegando notizie circa episodi di tortura. Tuttavia, la Corte di cassazione ritiene che le obiezioni sollevate siano meramente ipotetiche e non consentano di ravvisare il pericolo concreto di un futuro trattamento vietato. Il giudice di legittimità, accodandosi ad un consolidato orientamento

25. Principio affermato anche dalla Corte di cassazione, secondo cui incombe sull'estradando l'onere di allegare elementi e circostanze idonei a fondare il timore che l'estradizione preluda all'applicazione, nello Stato richiedente, di un trattamento contrario al rispetto dei diritti fondamentali della persona. Così Cass., sez. VI, 13 gennaio 2017, n. 8529, Fodorean, in CED n. 269201. Tra le molte, anche Cass., sez. VI, 26 aprile 2016, n. 22827, Ramirez Melendez, in CED n. 267066. Sul punto, C. Coratella, *Sulla pena di morte l'Italia non transige: Ecco perché scatta il no all'estradizione*, in *Diritto&Giustizia*, 2006, p. 59.

26. Tale accertamento non soggiace infatti alle condizioni di cui agli artt. 187 e 189 c.p.p. V. Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 30864, in *Diritto&Giustizia*, 14.7.2014.

27. Così, anche per la precedente citazione, Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 30864, in *Diritto&Giustizia*, 14.7.2014. Per un commento, v. D. Galasso, *Negazione dei diritti fondamentali? L'estradizione va esclusa, ma solo se...*, in *Diritto&Giustizia*, 2014, p. 10. Sul tema, cfr. anche G. Colaiacovo, *Appunti in tema di estradizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3806.

28. Così Cass., sez. VI, 30 aprile 2014, n. 30087, in *Diritto&Giustizia*, 10.7.2014. Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 49881, Neledva, in CED n. 258141; Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 45476, Karic, in CED n. 265455. Sul punto, v. A. Foti, *Violazione dei diritti umani nelle carceri dello Stato richiedente: in quali casi è legittimo il rifiuto dell'estradizione?*, in *Diritto&Giustizia*, 2014, p. 25. Sul rapporto tra estradizione e tutela dei diritti umani, S. Valletta, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti umani*, Roma, Aracne Editrice, 2012.

giurisprudenziale[29], afferma che un caso isolato di tortura, che non rappresenta violazioni sistemiche, non possa inibire l'estradizione: sostiene parimenti che episodi di violenze fisiche e violazione di diritti umani fondamentali in genere non siano una "prassi" imputabile con frequenza alla Federazione russa.

Insomma, pare potersi affermare che l'*iter* decisionale qui ripercorso persegua l'obiettivo di bilanciare i diversi interessi in gioco, nella consapevolezza dell'impossibilità di prevenire ogni singolo evento ritorsivo: da un lato, la salvaguardia dei diritti umani fondamentali e, dall'altro, la necessità di preservare un meccanismo di cooperazione internazionale ormai collaudato e consolidato, come quello estradizionale.

5. (segue): le «garanzie assolute» e la non applicazione della pena di morte

In virtù del rispetto dei diritti umani fondamentali, non può essere concessa estradizione qualora vi sia il rischio che nei confronti della persona richiesta, nel Paese di destinazione, verrà comminata la pena di morte. Tale previsione è contenuta sia nell'art. 698 c.p.p., sia nell'art. 11 della Convenzione europea di estradizione.

L'originaria formulazione dell'art. 698 c.p.p. statuiva che l'estradizione verso uno Stato estero, nel cui ordinamento fosse prevista la pena di morte, sarebbe stata concedibile solo se quello Stato avesse offerto garanzie ritenute sufficienti sia dall'autorità giudiziaria, sia dal Ministro della giustizia, che tale pena non sarebbe stata inflitta o, comunque, eseguita. Tuttavia, il valore dell'espressione «sufficienti rassicurazioni» ed il livello di garanzia salvaguardato da una tale formulazione normativa sono stati messi in discussione nel nostro ordinamento, poiché ritenuti non idonei a perseguire il più alto livello di rispetto dei diritti fondamentali[30]. Trattasi di una formula che, peraltro, continua a permanere nella Convenzione.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 223 del 1996[31], ha dichiarato illegittima la norma in questione per violazione degli artt. 2, 3, 11 e 27 co. 4 Cost., poiché la garanzia riconosciuta dall'art. 27, co. 4 Cost. non trova riscontro adeguato nella formula «sufficienti assicurazioni». Una valutazione di «sufficiente adeguatezza» sarebbe

29. La Corte di cassazione, nella sentenza in oggetto, cita in motivazione Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 45476, Karic, in CED n. 265455. La documentazione inerente a casi singoli di violazione dei diritti umani, seppur proveniente da fonte affidabile, non può inibire l'estradizione; inibizione che può avvenire solo nel caso in cui l'informativa riscontri una generale e sistemica violazione connotata dall'ordinarietà dei trattamenti lesivi individuali. Nello stesso senso, anche Cass., sez. VI, 30 aprile 2014, n. 30087, cit.

30. Per il commento che segue, E. Aprile, *Osservazioni a Cass. pen. n. 35069 del 19 settembre 2005*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2884.

31. Corte cost., 27.6.1996, n. 223, in *Riv. dir. intern.*, 1996, p. 815. In dottrina, si vedano: G. Diotallevi, *Esclusa l'estradizione per i reati puniti con la pena di morte*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3258; P. Gaeta, *Estradizione e diritti fondamentali nel «caso Venezia»*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3550.

inevitabilmente condizionata da considerazioni discrezionali sulla affidabilità ed effettività delle garanzie accordate dal Paese richiedente. Seguendo il percorso tracciato dalla Consulta, la Corte di cassazione, con la sentenza *Mehanovic* del 1998[32], ha coniato l'espressione «garanzia assoluta», così definendo il livello di garanzia che si esige dallo Stato richiedente nel momento in cui dichiara di non applicare la pena di morte alla persona che verrà consegnata. Ancora, un paio di anni più tardi, la medesima Corte di legittimità ha assunto una posizione finanche più rigorosa[33], asserendo che l'autorità giudiziaria nazionale non possa pronunciare sentenza favorevole all'estradizione sulla base di assicurazioni dello Stato richiedente che comunque non consentano di pervenire a «conclusioni di certezza» circa l'ineseguibilità della pena capitale.

La garanzia che nei confronti dell'estradando non verrà irrogata tale sanzione deve dunque rivestire i caratteri dell'assolutezza e della veridicità. Nel caso di specie, il ricorrente allega una violazione degli artt. 698 e 705 c.p.p., essendo imputato per un delitto che, in Russia, è astrattamente punibile con la pena di morte. L'art. 59 del codice penale russo prevede, tuttavia, la non applicazione della pena di morte ad una persona estradata se la legislazione dello Stato richiesto non la prevede o se la non applicazione è oggetto di una specifica condizione dell'estradizione[34]. Il giudice di legittimità si appella, quindi, ad un precedente giurisprudenziale, il quale afferma che deve ritenersi «garanzia assoluta», ai fini della concessione dell'estradizione, la norma positiva contenuta nella legislazione dello Stato richiedente, in forza della quale la pena capitale non è prevista per il reato in ordine al quale l'estradizione viene richiesta[35]. La Corte di cassazione, dunque, oltre a concludere che il motivo di ricorso addotto sia infondato poiché generico, statuisce inequivocabilmente che la consegna dell'estradando non sottoporrà lo stesso, in ogni caso e nella maniera più certa, all'irrogazione della pena di morte.

---

32. Cass., sez. VI, 9 gennaio 1998, n. 3165, Mehanovic, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2883.

33. Cass., sez. VI, 3 marzo 2000, n. 1117, Dvorkin, in CED n. 234877.

34. Art. 59, p. 2.1, Criminal Code of the Russian Federation: «Capital punishment shall not be applied to persons extradited to the Russian Federation by a foreign state for criminal prosecution under an international treaty made by the Russian Federation or on the basis of the principle of reciprocity, if the legislation of the foreign state that has extradited the person does not provide for the imposition of capital punishment for the crime committed by this person, or he/she has been extradited on condition of the nonapplication of capital punishment, or he/she may not be sentenced to the death penalty for other reasons». Si precisa, in tema di pena capitale, che la Russia ha adottato una moratoria sulla pena di morte al momento dell'adesione al Consiglio d'Europa nel 1996 ed ha firmato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel 1997 ha altresì firmato (senza però ratificarlo) il protocollo n. 6 alla Convenzione, il quale abolisce la pena di morte in tempo di pace. La Federazione Russa non ha tuttavia firmato il protocollo n. 13 alla Convenzione, relativo all'abolizione della pena di morte in ogni circostanza. Ad oggi, l'ultima esecuzione risale al 1996. Per lo stato di firme, ratifiche e dichiarazioni si veda www.coe.int.

35. Così Cass., sez. VI, 19 settembre 2005, n. 35069, Cipriani, in *Riv. pen.*, 2006, p. 876. La giurisprudenza ha ritenuto che con riferimento al Trattato di estradizione tra Italia e USA del 13 ottobre 1983, deve ritenersi garanzia assoluta ai fini della concessione dell'estradizione la norma positiva contenuta nella legislazione dello Stato richiedente, in forza della quale la pena capitale non è prevista per il reato in ordine al quale l'estradizione è richiesta.

6. (segue): il diritto all'unità familiare e la tutela dei minori. Alcune riflessioni

L'ultimo motivo di ricorso attiene alla violazione dell'art. 705 c.p.p., per contrasto con il diritto all'unità familiare e alla tutela dei minori; argomento addotto dal ricorrente, posto che tutta la sua famiglia risulta inserita in un Centro di accoglienza in attesa della procedura di protezione internazionale. La Corte valuta tale censura infondata, affermando che la «protezione dell'unità familiare» non rappresenti un'esigenza contemplata dal nostro ordinamento quale ostacolo all'estradizione, potendo semmai rientrare nelle valutazioni sull'opportunità della consegna rimesse al Ministro della giustizia[36].

Vero è che, a tal proposito, non si può parlare di violazione dell'art. 705 c.p.p. e che, per questa disposizione, «rilevano solo la salute e l'età, non anche l'unità familiare»[37]. Tuttavia, pare potersi sostenere, al contrario, che la protezione dell'unità familiare trova comunque, nel nostro ordinamento e nell'ambito della cooperazione tra Stati, una forma di tutela, ed è presa in speciale considerazione con riguardo alla protezione delle madri e dei minori, in relazione sia alla disciplina dell'estradizione, sia al sistema del mandato d'arresto europeo. Con riferimento all'istituto dell'estradizione, ad esempio, recente giurisprudenza[38] ha affermato che la domanda di consegna di una persona, madre di prole di età inferiore ai tre anni, non possa trovare accoglimento, senza che sia stato preventivamente accertato se, nel Paese richiedente, venga prevista una normativa a tutela delle detenute madri. Tale accertamento appare stabilito per la salvaguardia del primario interesse del minore, che è un principio cardine in vari testi sovranazionali[39]. Parallelamente, la legge n. 69 del 2005[40], all'articolo 18, lettera s), prevedeva – prima della recente riforma[41] – tra i motivi di rifiuto

36. Cass., sez. VI, 10 marzo 2020, n. 11374, Terteryan, in CED n. 278718, punto 5.

37. Così Cass., sez. II, 26 maggio 2020, n. 17217. L'art. 705, c. 2, lett. c- *bis*) prevede che la Corte d'appello pronunci sentenza contraria all'estradizione qualora ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta.

38. Cass., sez. VI, 8 marzo 2016, n. 13440, in *Diritto&Giustizia*, 4.4.2016. Sul punto, B. Vittoria, *Niente estradizione per la madre detenuta se il Paese richiedente non può garantire la tutela del minore*, in *Il penalista*, www.ilpenalista.it, 8.7.2016.

39. Così Cass., sez. VI, 8 marzo 2016, n. 13440, punto 4: «l'esigenza primaria di proteggere l'interesse del minore è stata affermata in vari testi sovrannazionali, tra cui la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla l. 27.5.1991, n. 176 (in particolare, art. 9), e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 7.12.2000 (art. 24), e trova varie applicazioni nella normativa interna».

40. L. 22.4.2005, n. 69, disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, pubblicata in G.U., n. 98 del 29.4.2005. Si veda G. Colaiacovo, G. De Amicis, G. Iuzzolino, *Mandato di arresto europeo*, in *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Volume XIII, Parte speciale, Milano, Giuffrè, 2013.

41. In data 5.2.2021 è stato pubblicato in G.U. il d.lgs. 2.2.2021, n. 10 recante «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in attuazione delle delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117», che modifica la disciplina contenuta nella l. 22.4.2005, n. 69. Per un primo commento, si veda

del mandato d'arresto europeo, il divieto di consegna della madre con prole convivente di età inferiore ai tre anni[42]. Ancora, con riferimento alla disciplina in materia di immigrazione, il d.lgs. n. 286 del 1998, all'art. 28 co. 3 riconosce il «diritto all'unità familiare» e il superiore interesse del fanciullo[43].

Appare evidente che l'attuale formulazione dell'art. 705 c.p.p. non sia idonea a ostacolare la concessione dell'estradizione per le ragioni allegate dal ricorrente, ed è altrettanto chiaro che tale motivo di censura non trovi spazio alcuno nel contesto normativo delineato dal codice di procedura penale e dalla Convenzione europea di estradizione. Tuttavia, anche nel procedimento estradizionale potrebbe essere opportuno un richiamo – come già avviene in altre e diverse sedi – se non alla tutela dell'unità familiare, quantomeno alla tutela dei figli minori.

7. Divieto di estradizione e motivi di rifiuto del MAE: quali limiti e quali garanzie

La decisione quadro 2002/584/GAI[44], perseguendo l'obiettivo dell'Unione europea di divenire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha soppresso il sistema di estradizione tra i soli Stati membri e lo ha sostituito con un sistema di consegna semplificato tra le autorità giudiziarie dei singoli Paesi. Tutto ciò allo scopo di eliminare la complessità e i potenziali ritardi derivanti dalla disciplina, fino a quel momento vigente, in materia di estradizione[45].

Nell'ordinamento italiano, tale decisione quadro è stata recepita dalla richiamata l. 69 del 2005, recante «disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e

---

M. Bargis, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 16.3.2021.

42. Art. 18, lett. s), l. 69 del 2005. La Corte d'appello rifiuta la consegna nei seguenti casi: [...] se la persona richiesta in consegna è una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, salvo che, trattandosi di mandato d'arresto europeo emesso nel corso di un procedimento, le esigenze cautelari poste a base del provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria emittente risultino di eccezionale gravità.

43. D.lgs. 25.7.1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, pubblicato in G.U., n. 191 del 18.8.1998. L'art. 28 è rubricato «Diritto all'unità familiare» e il suo comma 3 recita «In tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n.176».

44. Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI), in GUUE 18.7.2002, L. 190/1. Per un commento, si vedano M. Bargis, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 61 ss.; L. Panella, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e incoraggianti sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security, Justice*, 2017, p. 5; I. J. Patrone, *La decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 394 ss.

45. Cfr. il considerando n. 5, decisione quadro 2002/584/GAI.

alle procedure di consegna tra Stati membri»[46]. Da ultimo, tuttavia, il legislatore è tornato sull'argomento, con l'approvazione del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10. Trattasi di una riforma organica che ha apportato significative novità alla normativa antecedente ed ha coinvolto, tra le altre, anche le disposizioni concernenti la disciplina sui motivi di rifiuto del mandato d'arresto europeo[47]. La portata dei motivi di rifiuto, sia obbligatori (art. 18, l. 69 del 2005), sia facoltativi (art. 18-*bis*, l. 69 del 2005), appare ampiamente ridotta, nell'ottica di semplificare l'accoglimento del MAE da parte del giudice italiano. È stato invece introdotto l'art. 18-*ter*, il quale istituisce un motivo di rifiuto facoltativo nel caso di decisioni pronunciate in assenza dell'interessato.

Il riferimento al previgente motivo di rifiuto del MAE di cui all'art. 18, lett. s), della l. 69 del 2005, invita però a interrogarsi su quali siano i limiti e i reali punti di forza, in tema di garanzie dell'individuo, di un impianto normativo che da un canto prevede motivi di rifiuto tassativi, mentre dall'altro contempla un meccanismo che lascia spazio ad ampie e complesse valutazioni, talvolta anche discrezionali[48]. D'altro canto, appare oggi evidente come il procedimento estradizionale di cui agli artt. 697 e seguenti del codice di procedura penale possa definirsi un sistema a "maglie larghe".

Da un lato, la previsione di motivi rigorosamente delineati potrebbe anche condurre alla consegna della persona richiesta, pur in violazione di un suo diritto fondamentale, se non previsto *ex lege* come motivo di rifiuto. In quest'ordine di idee, potrebbe rammentarsi come la Corte d'appello di Milano avesse ritenuto, solo alcuni mesi or sono, di dover sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna in tema di MAE, nello specifico degli artt. 18 e 18-*bis* della l. 69/2005, nella parte in cui non prevedono, tra i motivi di rifiuto della consegna, ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta[49]. Dall'altro lato, una pluralità di motivi di rifiuto tassativamente delineati arriverebbe a tutelare una platea piuttosto ampia e variegata di diritti e situazioni concrete.

In materia di estradizione, al contrario, ci troviamo al cospetto di una disciplina diametralmente opposta. L'espressione «atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona» di cui all'art. 705, co. 2, lett. c), c.p.p., infatti, apre sì la porta

46. Legge pubblicata in G.U., 29.4.2005, n. 98.

47. Per un commento, si vedano: M. Bargis, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, *op.cit.*; L. Scollo, *La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti*, in *Giur. pen.*, II, 2021.

48. «Il provvedimento con il quale il Ministro, all'esito dello speciale procedimento previsto dal codice di procedura penale, concede l'estradizione è un provvedimento di alta amministrazione, come tale caratterizzato da ampia discrezionalità»: in questi termini Cass. civ., SU, 14 dicembre 2016, n. 25628, in *Diritto&Giustizia*, 15.12.2016, con nota di E. Valentino, *L'accertamento dei requisiti per la concessione del provvedimento di estradizione*.

49. Corte app. Milano, sez. V, ord. 17 settembre 2020, con commento di I. Guerini, *Mandato d'arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute: una "nuova" questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 26.1.2021.

ad un numero indeterminato di situazioni di fatto passibili di ottenere tutela; tuttavia, potrebbe confliggere con quel piccolo margine di discrezionalità che residua in capo all'organo cui compete la decisione.

Diviene, in conclusione, determinante il grado di approfondimento che la Corte d'appello (e il Ministro della giustizia, nella relativa sfera di competenza) riserva all'analisi concreta del contesto nel quale la persona richiesta finirebbe per ritrovarsi. Ma, ancor più decisivo, risulta il livello di tutela dei diritti umani fondamentali che il nostro ordinamento – o meglio, ciascun ordinamento – intenda realmente perseguire.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

IL CASO SHALABAYEVA: UN «CRIMINE DI LESA UMANITÀ»

COMMENTO DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PERUGIA (SENT. 14 OTTOBRE 2020, DEP. 8 GENNAIO 2021, PRES. NARDUCCI, EST. NARDUCCI, AVELLA, ALBANI)

di Giulia Vicini

Abstract: *Si propone all'attenzione del lettore una prima analisi dell'incidenza delle misure antipandemiche, consistenti nell'isolamento forzato su apposite navi, sulla condizione giuridica dei migranti che approdano sulle coste italiane, in particolare sotto il profilo della corretta tutela della libertà personale e dell'accesso al sistema di protezione internazionale. Infatti, la quarantena su navi ormeggiate in rada, senza la possibilità di scendere anche per due settimane e senza alcuna facoltà di contatti con l'esterno (in particolare con legali ed enti di tutela dei richiedenti protezione internazionale) configura una restrizione della libertà personale che si riflette inesorabilmente sulla corretta informazione circa l'accesso alle misure di protezione che non viene fornita durante la permanenza coatta sulle navi. L'analisi vuole dimostrare – partendo dalle fonti amministrative che disciplinano il nuovo istituto e da alcuni casi concreti – come l'intreccio delle descritte misure con l'approccio hotspot comporti una restrizione della libertà priva di base legale e sottratta al controllo giurisdizionale cui consegue – senza soluzione di continuità – l'adozione di provvedimenti di respingimento differito corredati da trattenimenti presso i Centri per il rimpatrio anche nei confronti di potenziali richiedenti asilo.*

Abstract: *This essay proposes a first analysis of the impact of anti-pandemic measures, consisting of forced isolation on special ships, on the legal status of migrants arriving on the Italian coasts, in particular from the point of view of the protection of personal freedom and of the access to the international protection. The quarantine on ships moored in the roadstead, without the possibility of disembarking for up to two weeks and without any possibility of contacts with the outside world (in particular with lawyers and bodies for the protection of applicants for international protection) constitutes a restriction of personal freedom which inexorably reflects on the correct information about access to protection measures, information that is not provided during the forced stay on ships. The analysis aims to demonstrate – starting from the administrative sources that regulate the new institute and from some concrete cases – how the intertwining of the described measures with the hotspot approach leads to a restriction of freedom without legal basis and without a judicial control which follows – without interruption – the adoption of measures of deferred rejection accompanied by detention at the Repatriation Centers even for potential asylum seekers.*

© 2017-2021 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

IL CASO SHALABAYEVA: UN «CRIMINE DI LESA UMANITÀ»

COMMENTO DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI PERUGIA (SENT. 14 OTTOBRE 2020, DEP. 8 GENNAIO 2021, PRES. NARDUCCI, EST. NARDUCCI, AVELLA, ALBANI)

di Giulia Vicini*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il contesto. – 2. La sentenza del Tribunale di Perugia. – 3. La strumentalità della procedura di espulsione: una consegna straordinaria «con parvenza di legalità». – 4. Una flagrante violazione del principio di *non-refoulement*. – 5. Una «patente violazione dei diritti fondamentali» che concorre all'illegittima privazione della libertà personale. – 6. L'eterodirezione: un'implicita condanna delle politiche di cooperazione internazionale incuranti dei diritti umani. – 7. Conclusione.

1. Introduzione: il contesto

La vicenda oggetto del presente commento è ampiamente nota, così come lo è il dibattito originato dalla sua notizia, resa pubblica dai media pochi mesi dopo gli avvenimenti. Vale tuttavia la pena ripercorrere brevemente la ricostruzione proposta dal Tribunale di Perugia circa gli avvenimenti che, tra il 29 e il 31 maggio 2013, portarono alla consegna (sotto le mentite spoglie di una procedura di espulsione amministrativa) di Alma Shalabayeva e della minore Alua, moglie e figlia del dissidente kazako Mukhtar Ablyazov, alle stesse autorità kazake.

L'arco temporale di circa sessanta ore, ricostruito dal Tribunale attraverso le testimonianze delle persone coinvolte, la copiosa documentazione (ufficiale e non) acquisita al giudizio e i tracciati telefonici, ha inizio nelle prime ore del giorno 29 maggio, quando un gruppo composto da una quarantina di agenti della squadra mobile e della Digos fece irruzione in una villa nella zona romana di Casal Palocco con lo scopo di arrestare il ricercato internazionale Mukhtar Ablyazov. L'operazione era stata organizzata nel corso della giornata del 28 maggio in seguito alla ricezione di una nota dell'Interpol Astana che segnalava la presenza dell'Ablyazov a Roma[1].

* Socia asgi e avvocato del Foro di Milano.

1. Dalla ricostruzione del Tribunale emerge tuttavia che la stessa villa era già da diversi giorni sorvegliata da un'agenzia di investigazione israeliana incaricata all'uopo dalle autorità kazake, le quali, secondo il Tribunale, solo dopo avere perso le tracce dell'Ablyazov decisero di coinvolgere le autorità italiane nelle operazioni di ricerca e cattura dello stesso.

Nel corso delle operazioni di perquisizione della villa, nelle quali il Tribunale rileva diversi profili di illegittimità [2] che, in vario modo, concorrono all'accertamento della responsabilità penale per i reati imputati, Alma Shalabayeva e il cognato furono condotti presso la questura in ragione dell'asserita necessità di accertare la loro identità e verificare la regolarità del loro soggiorno nel territorio nazionale. Il cognato, dopo diverse ore, fu rilasciato per avere prodotto un permesso di soggiorno lettone in corso di validità, peraltro già rinvenibile dagli agenti all'interno della villa.

Alma Shalabayeva e Alua Ablyazov si trovavano a Roma dal mese di settembre 2012 usando, per questioni di sicurezza, una diversa identità. L'Ablyazov aveva infatti ottenuto dalla Repubblica Centrafricana un passaporto diplomatico per la moglie e la figlia, identificate nello stesso come Alma e Alua Ayan[3]. Presso gli uffici della questura, gli agenti della sezione immigrazione comunicarono alla Shalabayeva la necessità di effettuare accertamenti sul documento di viaggio che ritenevano essere contraffatto. Alla stessa non fu consentito, nonostante le numerose richieste in tal senso, di contattare un avvocato. Nella tarda serata del 29 maggio, ancora trattenuta presso gli Uffici della questura, Alma si determinò a rivelare la sua identità, la sua storia, e le ragioni per cui lei e i suoi familiari erano costretti a nascondersi usando false identità. In presenza di numerosi agenti, la Shalabayeva riferì non solo di essere la moglie del dissidente perseguitato Mukhtar Ablyazov, titolare dello *status* di rifugiato nel Regno Unito, ma raccontò altresì le minacce e i trattamenti a cui il regime kazako all'epoca al potere sottoponeva i dissidenti politici e i loro familiari. La stessa riferì inoltre agli agenti di essere in possesso di un titolo di soggiorno rilasciatole dalle autorità inglesi, in forza dello *status* di rifugiato riconosciuto al marito e che si estendeva ai familiari, e di un permesso di soggiorno emesso dalla Lettonia, altro Stato membro dell'UE.

Nondimeno, intorno alle 22,00 e in seguito a sommari accertamenti sull'autenticità del passaporto centrafricano[4], il prefetto di Roma adottò un decreto di espulsione nei confronti

2. In particolare, le operazioni avvennero in assenza di un'interprete e ai presenti non furono spiegate le ragioni della perquisizione. Le persone presenti (oltre ad Alma e alla figlia, si trovavano nella villa la sorella, il cognato e la figlia della coppia, anch'essa minore, nonché la coppia di domestici che alloggiava poco distante, nella *dependance* della villa) hanno inoltre riferito che gli agenti di polizia non erano immediatamente identificabili come tali. Al termine delle operazioni, i presenti furono costretti a sottoscrivere il relativo verbale, in cui tuttavia non figurava il nome, né tantomeno il numero degli agenti che vi parteciparono; il verbale recava inoltre false rappresentazioni con riferimento agli orari in cui si svolsero le operazioni. Il cognato della Shalabayeva appose sul verbale l'appunto in lingua russa «non comprendo quello che sto firmando». Lo stesso riportò delle ferite a causa di un colpo inferto da un agente di cui però non è mai stata accertata l'identità. Ai presenti fu inoltre sottratto il telefono e impedito di contattare un avvocato.

3. Circa un anno prima, le autorità inglesi avevano allertato l'Ablyazov del pericolo di subire attentati da parte delle autorità kazake e dell'impossibilità di proteggerlo. Per tale motivo il nucleo familiare fu costretto a dividersi.

4. A fondare il giudizio in merito alla contraffazione del passaporto sarebbe stata una nota del Ministero degli affari esteri che, su richiesta della questura, riferiva che Alma Shalabayeva non era accreditata in Italia come diplomatico della Repubblica centrafricana mentre risultava, circostanza questa ritenuta irrilevante dall'Ufficio immigrazione, una

di Alma Shalabayeva che fu immediatamente seguito da un ordine di trattenimento presso il Centro di identificazione e espulsione (CIE) di Ponte Galeria, emesso dal questore in ragione dell'imputazione del reato di contraffazione[5]. Verso la mezzanotte, la Shalabayeva fu condotta presso il CIE con una nota che la identificava come Alma Ayan, di nazionalità kazaka, nonostante la stessa avesse rappresentato agli agenti dell'Ufficio immigrazione l'esistenza di elementi idonei a escludere il pericolo di fuga di cui dell'articolo 13, co. 4 d.lgs. 286/1198: aveva infatti riferito di chiamarsi Alma Shalabayeva, regolarmente soggiornante in territorio Schengen in forza di due titoli rilasciati da Stati membri dell'UE e di avere un timore di persecuzione da parte delle autorità kazake; la questura era inoltre informata della presenza in Italia di una figlia minore, nonché della titolarità in capo all'interessata di risorse economiche sufficienti per sostenere i costi di una partenza volontaria.

Durante il trattenimento presso il CIE, alla Shalabayeva fu impedito di telefonare alla villa per chiedere notizie della figlia, né tantomeno le fu permesso di telefonare ai propri avvocati, con i quali le comunicazioni furono inoltre ostacolate dagli ufficiali del CIE che si frapposero fisicamente tra gli stessi e la donna nella fase antecedente e successiva all'udienza di convalida[6], svoltasi nella mattinata del 31 maggio. Durante l'udienza, l'ufficiale del CIE che rappresentava la questura non solo omise di riferire al giudice della nota ricevuta dalle autorità kazake che identificava la straniera come Alma Shalabayeva, moglie del ricercato Ablyazov, ma rifiutò altresì di esibire ai difensori della Shalabayeva la documentazione su cui la questura aveva fondato la valutazione in merito alla contraffazione del passaporto. Il Giudice di pace, condannato dal Tribunale di Perugia per falso ideologico, ignorò le dichiarazioni dei difensori che, durante l'udienza, rappresentarono il timore della Shalabayeva di subire persecuzione o trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio in Kazakhistan, e omise del tutto di darne atto nel verbale di udienza.

Poco ore dopo la convalida del trattenimento, la Shalabayeva venne condotta all'aeroporto di Ciampino, dove le fu impedito di presentare una domanda di protezione internazionale nonostante la stessa ne abbia reiterato la volontà fino al momento in cui salì

candidatura per il suo accreditamento presentata e poi ritirata dallo Stato del Burundi. L'Ufficio immigrazione chiese inoltre un rapporto alla Polaria di Fiumicino. In seguito, ad attestare l'autenticità del passaporto della Shalabayeva furono delle note delle Ambasciate della Repubblica centrafricana in Svizzera e in Belgio. L'Ufficio immigrazione della questura di Roma, nelle ore che precedettero l'espulsione, non prese invece alcun contatto con le autorità diplomatiche del Paese africano nonostante le numerose richieste in tal senso.

5. Gli atti, tuttavia, furono trasmessi alla Procura soltanto nella giornata del 30 maggio.

6. Nel corso del dibattimento avanti al Tribunale di Perugia, i difensori della Shalabayeva hanno riferito di un «muro alzato» tra gli stessi e la loro assistita da parte degli agenti in servizio presso il CIE per impedire la comunicazione.

sull'aereo[7], messo a disposizione dalle autorità kazake, che la condusse con la figlia minore ad Astana (oggi Nur-Saltan).

I fatti qui brevemente descritti rappresentano solo in minima parte il complesso intreccio di avvenimenti che si svolsero, nello stesso arco temporale, in almeno tre diversi frangenti. Se il resoconto in questa sede si limita agli episodi che coinvolsero direttamente Alma Shalabayeva, non si può ignorare che, nelle stesse ore, il «disegno criminoso», per usare le parole del Tribunale di Perugia, che portò alla sua espulsione venne architettato e posto in essere dai soggetti coinvolti negli Uffici della sezione immigrazione della questura e della squadra mobile, in cui furono in due occasioni ricevute le autorità kazake, e presso la villa di Casal Palocco. Nella giornata del 31 marzo 2013 si svolse infatti una seconda perquisizione nella villa, sempre su impulso delle autorità kazake persuase che l'Ablyazov si trovasse ancora al suo interno, e dallo stesso luogo fu infine prelevata la figlia della Shalabayeva, poi tradotta con l'inganno all'aeroporto di Ciampino[8].

Al loro arrivo in Kazakhistan, la Shalabayeva e la figlia furono costrette a restare nella loro abitazione nella città di Almaty. La donna venne sottoposta a un procedimento penale iniziato nei suoi confronti proprio nei giorni in cui era in corso la procedura di espulsione dall'Italia. Pochi mesi dopo, grazie all'intervento di mediazione del Ministero degli esteri italiano, Alma e Alua Shalabayeva fecero rientro in Italia. Nel 2014 la Corte di cassazione ha annullato il decreto di convalida del suo trattenimento e la prefettura di Roma ha revocato in autotutela il decreto di espulsione. Alla Shalabayeva e alla figlia è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato.

Nel mese di marzo 2014, la Shalabayeva ha presentato presso la Procura di Perugia una denuncia contro i responsabili degli avvenimenti di cui è stata vittima[9]. Tale denuncia ha dato origine alle vicende giudiziarie che hanno condotto all'adozione della pronuncia in commento. Il procedimento avanti al Tribunale di Perugia ha visto imputati dirigenti e funzionari della squadra mobile di Roma e dell'Ufficio immigrazione della questura, tutti condannati per il reato di sequestro di persona commesso da pubblico ufficiale con abuso di poteri, e il Giudice di pace che ha convalidato il trattenimento della straniera nel CIE,

7. L'eccezionale gravità e assurdità dell'intera vicenda possono riassumersi proprio in quell'ultimo momento in cui, prima di essere consegnata al Console e al Consigliere diplomatico kazaki che sarebbero saliti con lei e la figlia sull'aereo diretto ad Astana, la Shalabayeva ribadì in russo, dopo averlo fatto più volte invano in lingua inglese, la volontà di chiedere asilo. E fu lo stesso consigliere diplomatico, rappresentante istituzionale della persecuzione da cui la Shalabayeva chiedeva di essere protetta, a tradurre la richiesta agli ufficiali della Polizia di Stato italiana, che nuovamente la ignorarono.

8. Al domestico a cui era stata illegittimamente affidata la minore (la madre aveva infatti firmato una richiesta di affidamento alla sorella), fu riferito che Alua avrebbe incontrato la madre in questura. Tuttavia, una volta in auto, lo stesso venne indirizzato dall'agente seduto sul lato passeggeri all'aeroporto di Ciampino, senza avere la possibilità di utilizzare il telefono cellulare o un navigatore.

9. Una denuncia era già stata presentata dalla figlia della Shalabayeva nel mese di settembre 2013 presso la Procura di Roma.

condannato per falso ideologico. La responsabilità per il reato di falso ideologico è riconosciuta anche in capo ad alcuni degli agenti imputati.

2. La sentenza del Tribunale di Perugia

Il giudizio di condanna da parte del Collegio investito della questione è fermo, prima ancora che sul piano giuridico, sul piano della eccezionale gravità e del disvalore della condotta tenuta dagli imputati, che lede i valori fondamentali che ispirano la Costituzione repubblicana e lo stato di diritto[10].

La gravità del giudizio del Tribunale è tale che lo stesso sembra non considerare idonei gli strumenti sanzionatori a sua disposizione. In particolare, il Collegio osserva che «la norma incriminatrice del delitto di sequestro di persona *ex* art. 605 c.p., cioè del reato più grave contestato nel processo, appare quasi non adeguata a rappresentare compiutamente le dimensioni della condotta delittuosa e le devastanti conseguenze che essa ha cagionato»[11].

L'insoddisfazione del Tribunale sembra riguardare non tanto la pena edittale di cui alla norma incriminatrice[12], e quindi l'entità della sanzione comminabile agli imputati, ma piuttosto l'adeguatezza della sua formulazione a descrivere le condotte poste in essere dagli stessi. Tale circostanza è resa evidente dalla preferenza lessicale opzionata dal Tribunale laddove definisce la vicenda come un «crimine di lesa umanità realizzato tramite deportazione»[13].

Il Tribunale di Perugia si interroga sulla configurabilità delle condotte poste in essere dagli imputati quali *crimina iuris gentium* e fa a tal fine appello allo Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale[14]. In particolare, l'articolo 7 di detto Statuto include un elenco di atti che, se commessi nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro le popolazioni civili e con la consapevolezza dell'attacco, rappresentano un crimine contro l'umanità. Tra questi figura la deportazione, così definita dal secondo paragrafo della disposizione: «con "deportazione o trasferimento forzato della popolazione" s'intende la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le

10. Sentenza in commento, p. 33.

11. *Ivi*, p. 34.

12. Ai sensi dell'art. 605 c.p., «Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni. La pena è della reclusione da uno a dieci anni, se il fatto è commesso... da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni».

13. *Ibidem*. La qualificazione dell'operazione posta in essere in danno di Alma Shalabayeva come deportazione è imputabile, secondo il Tribunale, alle stesse autorità kazake che, nella nota inviata dall'Interpol Astana all'Interpol Roma il 30 maggio 2013, ove si confermava l'identità della stessa come moglie dell'Ablyazov, esortavano la Polizia italiana a "deportarla" in Kazakhistan qualora fosse stata illegalmente presente in Italia e in possesso di documenti falsi: «in case of revealing of illegal stay of Shalabayeva Alma in Italy (under false documens) we ask your respective authorities to deport her to kazakhistan».

14. Firmato a Roma il 17 luglio 1998 e ratificato dall'Italia con l. n. 232/1999.

stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragioni previste dal diritto internazionale che lo consentano».

Il Tribunale, pur ravvisando nel caso Shalabayeva un'ipotesi di deportazione, ritiene che non sia configurabile un crimine contro l'umanità (*rectius* un «crimine di lesa umanità») in quanto gli atti non sono stati con tutta evidenza commessi nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro le popolazioni civili. Nonostante l'inevitabile conclusione in merito alla qualificazione giuridica dei fatti oggetto di causa, il riferimento allo Statuto di Roma appare rilevante non solo perché rafforzativo del giudizio di disvalore espresso dal Tribunale, ma anche perché non mancano in dottrina i tentativi di estendere l'applicazione del diritto penale internazionale agli illeciti commessi in materia di immigrazione, fino a ricomprendere gli allontanamenti su base individuale[15]. Rilevante è infatti che gli stessi siano stati eseguiti in violazione delle garanzie prescritte dal diritto internazionale, tra cui figurano il diritto a un ricorso effettivo, il diritto all'unità familiare e il rispetto del principio di *non-refoulement*. Sotto questo profilo, e per gli altri motivi di cui si dirà *infra*, la pronuncia in commento, pur riguardando delle vicende risalenti a più di sette anni fa, offre degli spunti interpretativi estremamente attuali e rilevanti con particolare riferimento alla gestione dei flussi migratori e al trattamento dei cittadini stranieri.

Altra qualificazione o preferenza lessicale di rilievo è il riferimento, contenuto in diversi passaggi della sentenza, alla vicenda in questione come «consegna straordinaria»[16]. Come rammenta lo stesso Tribunale di Perugia, tra le reazioni della comunità internazionale alla notizia dell'espulsione di Alma Shalabayeva in Kazakistan vi è quella di alcuni alti funzionari delle Nazioni Unite che, raccomandando all'Italia di adoperarsi per l'immediato reingresso di Alma Shalabayeva e della figlia, hanno dichiarato che le circostanze dell'operazione fanno credere che si sia trattato di fatto di una *extraordinary rendition*[17].

Come noto, la prassi delle consegne straordinarie si inserisce nel solco delle misure congeniate dagli Stati Uniti al fine di combattere la c.d. guerra al terrorismo (*war on terror*), secondo la nota dottrina elaborata dall'amministrazione Bush in seguito agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001[18]. È altresì noto che le modalità e le conseguenze di tali

15. V. in particolare V. Chetail, *Is There any Blood on my Hands? Deportation as a Crime of International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 29.2016, pp. 917-943.

16. In particolare, p. 250 della sentenza in commento: «...è stata realizzata un'operazione di *extraordinary rendition* al di fuori delle maglie degli istituti di diritto processuale degli artt. 697 e ss. c.p.p.».

17. UN News Service, *UN experts urge Italy to facilitate return of illegally deported Kazakh mother, daughter*, 18 luglio 2013, disponibile al seguente link: https://www.refworld.org/docid/51e8f82f4.html. Secondo gli alti funzionari dell'ONU, l'Italia ha commesso una violazione delle fondamentali garanzie del giusto processo, del diritto ad accedere a un rimedio effettivo contro la deportazione e del diritto a chiedere asilo.

18. In realtà, la prassi delle *extraordinary renditions* ha origini più antiche della guerra al terrorismo rappresentando uno strumento utilizzato dagli Stati Uniti già a partire dagli anni '70; v. K. Cavanaugh, *Unspoken truths: Accessing rights for victims of extraordinary rendition*, in C*olumbia Human Rights Law Review*, 47.2016 (2), p. 5.

misure sono state oggetto di condanna da parte della comunità internazionale per avere provocato flagranti violazioni dei diritti umani[19]. Le operazioni di *extraordinary rendition* hanno coinvolto anche diversi Stati europei e sono state condannate in particolare dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[20] e della Corte europea per i diritti dell'uomo (Corte EDU)[21], che ha sanzionato lo stesso Stato italiano per la consegna straordinaria ai servizi segreti americani dell'Imam Abu Omar, avvenuta nel 2003.

La Corte EDU ha definito come misura di consegna straordinaria quella che implica una detenzione al di fuori del sistema giuridico ordinario e che, disattendendo deliberatamente le garanzie del giusto processo, è totalmente incompatibile con lo stato di diritto e i valori tutelati dalla Convenzione, con il rischio che la persona coinvolta venga sottoposta a tortura o a trattamenti inumani e degradanti[22].

La vicenda di cui è stata vittima Alma Shalabayeva appare riconducibile alla fattispecie descritta dalla Corte sebbene non si possano ignorare, nel caso in esame, delle peculiarità rispetto alle operazioni di *extraordinary rendition* sottoposte al vaglio di Strasburgo. La prima e più evidente è senza dubbio che la vittima dell'operazione non era in questo caso né sospettata di terrorismo, né dalla stessa le autorità avrebbero potuto ottenere informazioni utili per la tutela della sicurezza internazionale o nazionale. La seconda peculiarità risiede nelle modalità di esecuzione della consegna. L'operazione avviene infatti sotto una "parvenza di legalità"[23] seguendo, quanto meno sul piano formale, l'*iter* procedimentale di

19. La dottrina si è diffusamente impegnata nell'analisi e nella critica di tali prassi sotto il profilo del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario. Tra i moltissimi contributi, preme in questa sede richiamare le parole di Armando Spataro in un commento alla pubblicazione del rapporto Fernstein che, come noto, ha reso ufficialmente note le condotte dell'amministrazione statunitense nella *war on terror*: «...su *renditions* e torture variamente qualificate, è bene ricordare la "filosofia" di fondo in cui si inquadrano: quella della ricerca ad ogni costo delle informazioni ritenute utili, anche se tali esse non sono, con conseguenti e violenti strappi alle regole su cui si fonda ogni democrazia. Anzi si afferma che, sacrificando i diritti, sottraendo una persona a una procedura legale e trasportandola in una prigione "dura" o segreta, sia più facile ottenere informazioni utili per prevenire i rischi per la sicurezza della collettività»; cfr. A. Spataro, *Il Senato USA svela la verità su rendition e torture, ora tocca all'Europa*, in www.europeanrights.eu.

20. Risoluzione sul presunto utilizzo di Paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegale di persone, P6TSA (2007)0032.

21. Le pronunce della Corte EDU hanno investito la Polonia (*Al Nashiri c. Polonia*, ric. n. 28761/11, sentenza del 24 luglio 2014; *Husyan (Abu Zubaydah) c. Polonia*, ric. n. 7511/13, sentenza del 24 luglio 2014), la Russia (*Iskandarov c. Russia*, ric. n. 17185/05, sentenza del 23 settembre 2010), la Macedonia (GC, *El Masri c. Macedonia*, ric. n. 39630/09, sentenza del 13.12.2012) e l'Italia, nel noto caso del rapimento dell'imam Abu Omar (*Nasr e Ghali c. Italia*, Ric. 44883/09, sentenza del 23 febbraio 2016).

22. Cfr. in particolare *Nasr e Ghali* cit., para. 244. Si veda altresì il rapporto di Open Society Justice Initiative (OSJI), *Globalizing Torture. CIA Secret detention and extraordinary rendition*, 2013, che definisce le *extraordinary renditions* come «il trasferimento – senza procedimento giudiziale – di un detenuto nella custodia di un governo straniero per essere detenuto o interrogato». Per un approfondimento sul tema v. D. Weissbrodt, A. Bergquist, *Extraordinary rendition and the torture convention*, in *Virginia Journal of International Law*, 46.2006 (4), pp. 585-650; K. Cavanaugh, *op. cit.*, pp. 1-54; C. Meloni, *Extraordinary rendition della CIA e responsabilità europee: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2013.

23. Sentenza in commento, p. 278.

cui agli articoli 13 e 14 del d.lgs. 286/1998 per l'espulsione del cittadino straniero irregolare.

Nessuna delle due circostanze, tuttavia, è idonea a sottrarre la vicenda in esame alla qualificazione come *extraordinary rendition* in quanto, come si dirà diffusamente *infra*[24], il ricorso all'espulsione da parte delle autorità italiane è stato strumentale a garantire la consegna della Shalabayeva alle autorità kazake, così che queste potessero esercitare pressioni sul dissidente Ablyazov con la finalità ultima di pervenire alla sua cattura[25].

L'intreccio di avvenimenti svoltosi negli ultimi giorni del mese di maggio 2013 presenta dei tratti in comune con le operazioni di consegna straordinaria sotto almeno altri tre profili, che saranno oggetto di analisi nei seguenti paragrafi: il rimpatrio delle due donne in Kazakistan le ha esposte al rischio di essere sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, in violazione del principio di *non-refoument*, che ha carattere assoluto e deve in ogni caso prevalere su eventuali ragioni di sicurezza nazionale[26]; nel corso delle operazioni la Shalabayeva è stata privata non solo della libertà personale, ma anche del nucleo essenziale di libertà riconosciute alla persona[27]; le operazioni sono state eterodirette da uno Stato straniero e si inseriscono pertanto nel quadro più ampio delle politiche di cooperazione internazionale[28].

3. La strumentalità della procedura di espulsione: una consegna straordinaria «con parvenza di legalità»

La strumentalità della procedura espulsiva è stata ampiamente accertata dal Tribunale di Perugia, che ritiene che le condotte poste in essere dagli imputati abbiano rappresentato un «radicale sviamento»[29] del procedimento di espulsione. Se la *ratio* dell'istituto di cui all'articolo 13 d.lgs. 286/1998 e delle misure cautelari che ne presidiano l'esecuzione, disciplinate dal successivo articolo 14, è, secondo il Collegio, quella di garantire una razionale gestione dei flussi migratori, il trattenimento presso il CIE di Alma Shalabayeva nelle more della sua espulsione, «lungi dal costituire legittimo e giustificato esercizio del potere coercitivo, è stato radicalmente strumentalizzato al fine di perfezionare un espatrio coatto, in radicale assenza delle condizioni che avrebbero legittimato, ai sensi degli artt. 697 e ss. c.p.p., l'avvio di una procedura di estradizione»[30].

24. V. paragrafo 3.
25. Il Tribunale di Perugia definisce addirittura l'operazione come una «presa in ostaggio» (v. p. 41 della sentenza).
26. V. paragrafo 4.
27. V. paragrafo 5.
28. V. paragrafo 6.
29. Sentenza in commento, p. 239.
30. *Ivi*, p. 237.

In altre parole, nell'impossibilità di estradare la Shalabayeva, non accusata di alcun reato alla data di emissione del decreto prefettizio di espulsione, la consegna della stessa alle autorità kazake si è svolta "forzando" l'istituto dell'espulsione amministrativa. Significativo è che gli imputati abbiano eccepito a propria difesa di avere attribuito alla vicenda un mero valore di ordinarietà burocratica, sostenendo di averla considerata come una normale espulsione di cittadina straniera.

Diversi sono gli indici che hanno condotto il Tribunale di Perugia ad affermare categoricamente la strumentalità della procedura di espulsione alla consegna alle autorità del Kazakistan della moglie e della figlia di un dissente politico del regime autoritario all'epoca al potere.

Prima fra tutti è la palese illegittimità *ab origine* tanto del decreto di espulsione quanto della misura di trattenimento presso il CIE. Sul punto, il Tribunale di Perugia richiama diffusamente l'ordinanza con cui la Corte di cassazione ha annullato il provvedimento di convalida del trattenimento adottato dal Giudice di pace di Roma[31], condannato per falso ideologico. Nella pronuncia sul caso Shalabayeva, la Suprema Corte, discostandosi dal suo precedente orientamento secondo cui sarebbero precluse in sede di convalida valutazioni in merito alla legittimità del titolo espulsivo, ha dichiarato l'illegittimità dell'espulsione comminata dal prefetto di Roma alla luce dell'effettiva conoscenza, da parte delle autorità italiane, dell'identità della cittadina straniera, della validità del passaporto diplomatico centroafricano e del possesso da parte dell'interessata di ben due titoli di soggiorno in corso di validità. Dall'illegittimità del titolo discende quindi l'illegittimità del trattenimento.

In ogni caso, anche qualora il titolo espulsivo fosse stato legittimo, non sarebbero in ogni caso stati sussistenti i presupposti per il trattenimento in quanto l'interessata era in possesso di tutti i requisiti per richiedere la partenza volontaria alla stregua di quanto disposto dall'art. 13, co. 5 d.lgs. 286/1998 e dall'art. 7 della 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 (c.d. Rimpatri). Si è già detto che le circostanze riferite dalla Shalabayeva alla questura erano idonee a escludere la sussistenza di un pericolo di fuga e, di conseguenza, rendevano l'espulsione della stessa non eseguibile a mezzo della forza pubblica[32].

31. Cass., sez. IV civ., ordinanza n. 17407 del 30.7.2014 (est. Acierno).

32. In questo senso M. Gestri, *Shalabayeva Case: Issues of International and EU Law*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 23.2014, pp. 245-268.

Degli autonomi profili di illegittimità del procedimento espulsivo sono inoltre rilevabili con riferimento alla minore Alua, allontanata dal territorio nazionale senza che il Tribunale per i minorenni fosse posto nelle condizioni di esercitare le sue funzioni di tutela[33].

Il richiamo alla pronuncia della Corte di cassazione è di estremo interesse perché ne risulta delineato un sistema in cui, in virtù della palese insussistenza dei presupposti per l'esecuzione dell'espulsione, la sua illegittimità e la sua strumentalità alla consegna della Shalabayeva e della figlia alle autorità kazake sono così strettamente legate che i due profili appaiono idonei a provarsi a vicenda: la procedura di espulsione che ha riguardato la moglie e la figlia del dissidente kazako è illegittima in quanto strumentale alla loro consegna e la strumentalità risulta evidente anche in ragione della palese illegittimità del provvedimento prefettizio per carenza dei presupposti.

È proprio la stretta e inscindibile relazione tra illegittimità e strumentalità del procedimento espulsivo a essere alla base del disegno criminoso accertato dal Tribunale e a collegare la sequela di eventi che hanno portato alla consegna delle due donne alle autorità kazake: l'assenza dei presupposti per l'espulsione e per il trattenimento è stata taciuta alle autorità responsabili da parte degli imputati, che si sono pertanto resi colpevoli del reato di falso ideologico. E sono stati gli atti ideologicamente falsi, redatti direttamente o indotti[34] dagli imputati, a costituire il «presupposto per il perfezionamento, sotto una parvenza di legalità, della procedura espulsiva». Alla luce del contesto descritto, appare particolarmente calzante la definizione che il Tribunale di Perugia offre della vicenda come «*un unicum di eccezionale gravità e di straordinario accanimento persecutorio*»[35].

Quanto all'eccepita ordinarietà burocratica della vicenda, si riportano brevemente le considerazioni che hanno indotto il Tribunale di Perugia a disattendere la tesi difensiva. La prima è il tempo «da record mondiale»[36] in cui si è svolta la procedura di espulsione: al momento della partenza dall'aeroporto di Fiumicino erano trascorse circa 60 ore dall'inizio della perquisizione presso la villa di Casal Palocco e circa 7 ore dalla convalida del

33. In tal senso, l'espulsione ha violato l'art. 31, co. 4 del d.lgs. 286/1998. L'art. 19, co. 2-*bis* del Testo unico prescrive inoltre che l'espulsione del minore sia effettuata con modalità compatibili con le singole situazioni personali che devono essere debitamente accertate. Tali disposizioni costituiscono attuazione del principio di tutela dell'interesse superiore del fanciullo previsto dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia; v. F. De Vittor, *Il caso Shalabayeva e la minore dimenticata*, 19 luglio 2013, SIDI Blog, disponibile al seguente link: http://www.sidiblog.org/2013/07/19/il-caso-shalabayeva-e-la-minore-dimenticata/.

34. Gli imputati sono stati condannati anche per avere indotto altri pubblici ufficiali a commettere falso ideologico. Così, a mero titolo di esempio, l'ufficiale del CIE che ha omesso di produrre la documentazione attestante l'identità della Shalabayeva all'udienza di convalida, così provocando un falso nel verbale di udienza; o il dirigente dell'Ufficio immigrazione che ha riferito alla Procura della Repubblica, ai fini del rilascio del nulla osta all'espulsione previsto dall'art. 13, co. 3, d.lgs. 286/1998, l'esistenza di un affidamento da parte del Tribunale per i minorenni in realtà inesistente.

35. Cfr. sentenza in commento, p. 44.

36. *Ivi*, p. 41.

trattenimento. Secondo il Tribunale di Perugia, tali tempistiche sono idonee a dimostrare l'eccezionalità della procedura. Tale considerazione rivela la drammaticità tanto della sua conseguenza, una consegna lampo della Shalabayeva e della figlia al Kazakistan, quanto della sua premessa, ovvero le lunghissime tempistiche che tutt'oggi, non solo nel 2013, caratterizzano le procedure di rimpatrio, nelle more delle quali i cittadini stranieri sono trattenuti anche per diversi mesi nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR, secondo la denominazione attuale). Interessante è poi la circostanza che il Tribunale abbia attribuito rilevanza, nell'affermare l'eccezionalità degli avvenimenti, alle reazioni di sgomento delle persone coinvolte[37].

A ben vedere, la parvenza di legalità che gli agenti di pubblica sicurezza condannati si sono ostinati a costruire nel caso Shalabayeva rappresenta non un elemento di distacco dalle operazioni di consegna straordinaria ma anzi un punto di continuità con il loro utilizzo nella *war on terror*. Il disegno criminoso accertato dal Tribunale di Perugia e volto a "camuffare" la deportazione delle due donne in Kazakistan come un'ordinaria procedura di allontanamento di due cittadine straniere è del tutto assimilabile a quei processi "giustificativi" delle politiche di repressione che hanno come effetto di sottrarre un individuo o una determinata situazione agli obblighi giuridici dello Stato[38]. Se tali processi si realizzano comunemente attraverso la creazione di aree "extraterritoriali" che fuggono alla giurisdizione dello Stato, lo stesso obiettivo può anche essere perseguito attraverso un'esclusione *ratione personae* dal proprio sistema normativo[39]. Ed è questo il caso della Shalabayeva e della figlia, alle quali non sono stati riconosciuti diritti che sono invece garantiti in una procedura di estradizione in ragione del loro trattamento come cittadine irregolari destinatarie di un ordine di allontanamento.

4. Una flagrante violazione del principio di *non-refoulement*

Il più grave profilo di illegittimità dell'espulsione è tuttavia quello che ha determinato una violazione del c.d. principio di *non-refoulement*, ovvero del diritto della Shalabayeva e della figlia di non essere allontanate verso uno Stato in cui esiste il rischio di subire

37. *Ivi*, p. 258. Particolarmente toccante è l'immagine dell'agente che ha accompagnato la Shalabayeva all'aeroporto di Ciampino e che l'ha poi condotta all'aereo, la quale, alla notizia dell'intervento del nulla osta all'espulsione da parte della Procura di Roma, e quindi alla definitiva conferma che la donna sarebbe stata espulsa, è scoppiata in lacrime.

38. Tale processo, definito come *judicial othering*, è stato così descritto da K. Cavanaugh (*op. cit.*, p. 3): «*states seek to legally "other" the victims of state crime by placing them beyond the jurisdiction of either international justice or indeed their own national justice systems*».

39. *Ibidem*.

trattamenti inumani o degradanti. È stato osservato che è proprio l'esposizione a tale rischio a rappresentare l'elemento più caratterizzante delle operazioni di consegna straordinaria[40].

Il principio di *non-refoulement* è previsto tanto dal diritto internazionale posto a tutela dei rifugiati, e in particolare dalla Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato del 28 luglio 1951, quanto dal diritto internazionale dei diritti umani. La rilevanza della sua consacrazione nei Trattati in materia di protezione dei diritti fondamentali risiede nella conseguente universalità che gli viene riconosciuta e nell'affermazione del suo carattere assoluto.

Come noto, infatti, l'articolo 33 della citata Convenzione del 1951 prevede un divieto di respingimento apparentemente riconosciuto ai soli rifugiati e che consente delle limitazioni in ragione della tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico[41]. La rubrica della disposizione prevede poi un divieto di espulsione e rinvio al confine e sembra pertanto non contemplare diverse ipotesi di allontanamento, quale ad esempio l'estradizione[42]. Infine, il divieto ivi previsto tutela unicamente dal rischio di subire persecuzione per uno dei cinque motivi previsti dalla Convenzione, ovvero razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche.

Parallelamente, la maggior parte dei Trattati universali o regionali in materia di protezione dei diritti umani sancisce, direttamente[43] o indirettamente[44], un principio di *non-*

40. J. Santos Vara, *Extraordinary Renditions: The Interstate Transfer of Terrorist Suspects Without Human Rights Limits*, in M.J. Glannon, S. Sur (eds.), *Terrorism and International Law*, 2008, p. 556: «the main feature of renditions is the risk of suffering torture or other cruel, inhuman or degrading abuses, regardless of whether the victims are eventually subjected to them».

41. «1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato 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. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese».

42. Il divieto di estradizione verso un Paese in cui vi sia il rischio di essere esposti a persecuzione potrebbe però essere attratto nell'ambito di applicazione dell'articolo 33 in ragione dell'inciso «in qualsiasi modo» di cui al primo comma.

43. Si veda ad esempio l'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984; o, a livello regionale, l'articolo 22, paragrafo 8 della Convenzione Americana dei diritti umani del 1969 e l'articolo 19 della Carta europea dei diritti fondamentali. Per una panoramica sule disposizioni internazionali che sanciscono tale principio si veda K. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement - a legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Intersentia, 2009.

44. Dove il principio di *non-refoulement* non è esplicitamente previsto, la sua tutela viene dedotta dal divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Così la Corte EDU, che ha affermato che l'esistenza di un divieto di respingimento deriva dall'articolo 3 della Convenzione. Secondo la nota formula elaborata dalla Corte, il respingimento di un individuo da parte di uno Stato contraente «may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if expelled, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country». V. tra le molte *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 91; *Cruz Varas v. Svezia*, ric. n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991, par. 69; *Vilvarajah c. Regno Unito*, ric. n.

refoulement che ha portata universale, essendo riconosciuto ad ogni individuo indipendentemente dal riconoscimento in capo allo stesso dello *status* di rifugiato o di altra forma di protezione, e si applica indubbiamente anche nelle ipotesi di estradizione[45].

L'affermazione del divieto di respingimento da parte dei Trattati sui diritti umani è tanto più rilevante se si considera che la sua formulazione non soffre limitazioni a fronte di esigenze di sicurezza e ordine pubblico, il che ha portato la pressoché unanime giurisprudenza a riconoscere il suo carattere assoluto. Non si può tuttavia trascurare che tale riconoscimento ha vacillato nella dottrina internazionalistica proprio nel contesto della lotta al terrorismo e in particolare alla luce della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 1373 (2001)[46], adottata all'indomani dei sanguinosi attacchi dell'11 settembre al fine di stabilire strumenti comuni agli Stati per prevenire e perseguire il fenomeno del terrorismo[47]. Tale risoluzione sollecita gli Stati ad adottare misure volte ad escludere che lo *status* di rifugiato o la protezione internazionale vengano riconosciuti a individui che si sono resi colpevoli della partecipazione in atti terroristici[48]. In tale contesto, non stupisce che alcune Corti nazionali abbiano affermato l'opportunità di un bilanciamento tra i rischi in caso di rimpatrio e le ragioni di tutela della sicurezza dello Stato, negando così al principio di *non-refoulement* carattere assoluto[49].

Nondimeno, le disposizioni di diritto internazionale che sanciscono il divieto di respingere un individuo verso uno Stato in cui lo stesso rischierebbe di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti non prevedono alcuna eccezione. Ne consegue che uno Stato non può derogare a tale principio nemmeno nell'ambito di un procedimento di estradizione di una persona accusata di avere commesso atti di terrorismo[50]. In tale contesto si richiede anzi che vi sia un coordinamento tra le autorità nazionali responsabili per l'esame

---

13163/87, sentenza del 30 ottobre 1991 par. 103; *Ahmed c. Austria*, ric. n. 25964/94, sentenza del 17 dicembre 1996, par. 39.

45. La Corte EDU ha affermato per la prima volta tale principio proprio in un caso di estradizione, ovvero nel noto caso *Soering* di cui alla nota precedente.

46. S/RES/1373 del 28 settembre 2001.

47. Rilevante è che tale risoluzione sia stata adottata in forza del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, che prevede la facoltà per il Consiglio di Sicurezza di adottare atti che vincolano gli Stati solo in presenza di una minaccia alla pace o alla sicurezza internazionale.

48. Nel punto 3 della Risoluzione gli Stati sono chiamati a «(f) Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts; (g) Ensure, in conformity with international law, that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists».

49. V. in particolare Corte Suprema del Canada, *Suresh v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, sentenza del 1° novembre 2002.

50. R. Bruin, K. Wouters, *Terrorism and the non-derogability of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 15.2003, p. 29.

della domanda di protezione e quelle chiamate a decidere dell'estradizione al fine di evitare che l'esecuzione di quest'ultima esponga al rischio di persecuzione o tortura[51]. A supportare la non derogabilità del principio di *non-refoulement* vi è anche l'appartenenza di tale principio al c.d. diritto internazionale cogente, ovvero a quell'insieme di regole a cui nessuna norma di diritto internazionale pattizio può derogare in forza degli articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969[52].

Il carattere assoluto del principio di *non-refoulement* è stato infine affermato dalla Corte EDU[53] e appare altresì in linea con l'interpretazione restrittiva dell'applicazione delle clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato a richiedenti asilo sospettati del coinvolgimento in attività terroristiche fatta propria dalla Corte di Giustizia dell'UE[54].

Ne consegue che, anche se l'Ablyazov fosse stato legittimamente accusato di atti di terrorismo, circostanza che in ogni caso non dovrebbe avere alcuna influenza sullo *status* della Shalabayeva e della figlia[55], l'allontanamento verso il Kazakistan sarebbe comunque stato illegittimo in ragione dell'esposizione al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Lo stesso Tribunale di Perugia richiama l'articolo 19 del d.lgs. 286/1998[56] al fine di ribadire la condizione di inespellibilità delle due donne. Il pericolo di essere esposte a trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio era più volte stato rappresentato dalla Shalabayeva agli agenti e ai funzionari condannati dal Tribunale. In ogni caso, anche a

51. *Ibidem*. La tutela del principio di *non-refoulement* è peraltro spesso prevista dai singoli Trattati di estradizione in conformità agli articoli 3 del Modello di Trattato delle Nazioni Unite del 3 aprile 1991 e della Convenzione europea in materia di estradizione del 13 dicembre 1957.

52. J. Allain, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 13.2001. L'autore offre una disamina delle prassi, anche a livello regionale, che provano la natura di norma generalmente accettata come inderogabile del divieto di *refoulement*.

53. C.edu, Grand Chambre [GC], *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, par. 127.

54. L'articolo 12 (2) della 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 (rifusione), che riflette l'articolo 1 F della Convenzione del 1951, prevede l'esclusione dal riconoscimento dello *status* di rifugiato degli individui che si siano resi colpevoli di crimini di guerra, crimini contro la pace, crimini contro l'umanità, gravi crimini di diritto comune o atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite. La Corte di Giustizia ha sempre proposto un'interpretazione restrittiva di tale disposizione volta ad escludere ogni automatismo tra l'iscrizione nelle liste di cui alla Decisione Quadro del Consiglio 2002/475/JHA del 13 giugno 2002 e l'esclusione dallo *status*. V. CGUE, C-C-57/09 and C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland v B and D*, sentenza del 9 novembre 2010. Si veda inoltre C-573/2014, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides contro Mostafa Lounani*, sentenza della Grande Sezione del 31 gennaio 2017. Anche nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale, le ragioni di sicurezza nazionale cedono davanti all'esigenza di garantire protezione.

55. Se la responsabilità penale è personale, altrettanto deve essere la valutazione in merito alla pericolosità dell'individuo.

56. Nella formulazione dell'epoca, l'articolo 19 non conteneva i divieti di espulsione che oggi giustificano il rilascio della c.d. protezione speciale (si vedano in particolare i commi 1 e 1.1 come risultanti dai recenti interventi di riforma). La norma conteneva tuttavia un divieto di respingimento verso il territorio di un Paese in cui sussiste il rischio per l'interessato/a di essere sottoposto a persecuzione, in conformità a quanto disposto dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato del 28 luglio 1951.

prescindere da quanto riferito dalla donna, le autorità nazionali sono tenute a valutare i rischi in caso di rimpatrio anche alla luce delle informazioni relative al Paese di origine che sono state invece state del tutto ignorate nella vicenda in esame[57].

5. Una «patente violazione dei diritti fondamentali» che concorre all'illegittima privazione della libertà personale

La riconducibilità delle vicende in esame all'ipotesi di consegna straordinaria appare con particolare evidenza nella ricostruzione e nelle argomentazioni svolte dal Tribunale di Perugia riguardo alla responsabilità degli imputati per il reato di sequestro di persona di cui all'articolo 605 c.p.

I profili di particolare interesse della sentenza risiedono nella definizione ampia del reato e, più in generale, della nozione di privazione della libertà personale e nell'avere il Collegio considerato che la «patente violazione dei diritti fondamentali della persona umana»[58], di cui gli imputati si sono resi colpevoli, ha concorso alla realizzazione del reato di sequestro.

Quanto al primo profilo, il Tribunale di Perugia richiama l'interpretazione estensiva della giurisprudenza di legittimità secondo cui devono ritenersi incluse nella nozione di libertà personale tutte le sue possibili estrinsecazioni, tra cui in particolare le relazioni interpersonali[59]. Il reato di sequestro di persona può realizzarsi, secondo il Collegio, sia tramite condotte commissive che tramite condotte omissive, nonché mediante azioni ingannatore suscettibili di trarre in errore la vittima[60]; a nulla rileva l'esistenza di un titolo originario legittimante il trattenimento, ben potendo lo stesso divenire illegittimo in un momento successivo. Quanto alla durata della privazione della libertà, deve trattarsi di un minimo di tempo giuridicamente apprezzabile tenendo in debita considerazione le condizioni soggettive della vittima[61]. Il Tribunale richiama inoltre la sentenza n. 105/2000 della Corte costituzionale, riguardante il trattenimento presso i CIE, che riconosce che la misura di trattenimento amministrativo implica una restrizione della libertà personale in quanto è presente «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di

57. In questo senso P. De Sena, *Il caso "Shalabayeva": alcune questioni e qualche spunto di risposta e riflessione a "caldo"*, SIDI Blog, 17 luglio 2013, disponibile al link: http://www.sidiblog.org/2013/07/17/il-caso-shalabayeva-alcune-questioni-e-qualche-spunto-di-risposta-e-riflessione-a-caldo/.

58. *Ivi*, p. 33.

59. V. in particolare la richiamata pronuncia Cass., sez. III, n. 8040/1997. Particolarmente significativa è l'applicazione di tale principio al reato di sequestro commesso in danno della minore Alua Ablyazov. Secondo il Tribunale, la privazione del legame con la madre ha concretizzato, già prima del suo assoggettamento fisico alle autorità presso l'aeroporto di Ciampino, una situazione di privazione della libertà personale rappresentando una «cesura, violenta e radicale, delle relazioni della vittima» che «va apprezzata come dato oggettivo, prioritario e costitutivo della violata libertà personale (Cass., sez.VI, n. 48744/2011)». Così p. 263 della sentenza.

60. Sentenza in commento, p. 233.

61. *Ivi*, p. 235.

assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza alla misura della sfera della libertà personale».

Il vero interesse della pronuncia risiede tuttavia nel secondo profilo, ovvero nell'avere il Tribunale considerato rilevanti, per l'accertamento della responsabilità penale per il reato di sequestro di persona, le violazioni e le restrizioni di altri diritti fondamentali, e in particolare del diritto di difesa, della libertà di comunicazione, strettamente connessa con il primo[62], e del diritto a un'informazione adeguata, che implica necessariamente quello di farsi assistere da un interprete qualora non si comprenda la lingua italiana. Il reato di sequestro di persona costituisce, secondo il Tribunale di Perugia, la sommatoria delle singole condotte poste in essere dagli imputati tra il 29 e il 31 maggio 2013: i singoli atti lesivi dei diritti di cui sopra sono suscettibili di pregiudicare illegittimamente la capacità di autonoma determinazione della persona offesa integrando un elemento realizzativo della condotta tipica del reato di sequestro di persona e concretizzando una sostanziale e continuativa privazione del nucleo fondamentale del diritto alla libertà personale, come cristallizzato dall'articolo 13 Cost. Ne consegue che, anche qualora il trattenimento di Alma Shalabayeva fosse stato legittimo, lo stesso non avrebbe giustificato «ulteriori e diverse limitazioni della libertà personale»[63], limitazioni che risultano peraltro «prive di qualsivoglia legittimazione normativa o base legale»[64].

La pronuncia ha il pregio di affermare con estrema chiarezza che a determinare l'illegalità della privazione della libertà personale non concorre unicamente l'assenza dei presupposti legali per la restrizione, ma anche le condizioni con cui la stessa si realizza, con la conseguenza che tali condizioni rilevano anche ai fini dell'accertamento del reato di sequestro di persona.

L'approccio è coerente con l'articolo 5 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) che prescrive, oltre alla necessità di una base legale per ogni restrizione della libertà personale, che la persona privata di tale libertà abbia diritto ad essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi del trattenimento[65]. La stessa norma prescrive il diritto a un ricorso effettivo al fine di vedere esaminata da un giudice la propria condizione di privazione[66]. Infine, non può non trovare applicazione in una situazione di

62. Si legge in particolare a p. 244 della sentenza in commento: «Anche indipendentemente dall'accertata violazione di singole disposizioni normative, si comprende intuitivamente come al destinatario di una procedura amministrativa, e *a fortiori*, di una procedura espulsiva, suscettibile di incidere in termini radicali sullo *status libertatis* dell'interessato, non possa essere negato il diritto di interloquire liberamente con il difensore, né limitato indebitamente il diritto di comunicare con i propri familiari, in specie ove tra gli stessi figurino i figli minori».

63. *Ivi*, p. 243.

64. *Ivi*, p. 238.

65. Articolo 5 CEDU, para. 2.

66. Cfr. para 5; il diritto a un rimedio effettivo, come noto, trova ulteriore protezione nell'articolo 13 della Convenzione.

restrizione della libertà personale l'articolo 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare.

Il diritto alla libertà di comunicazione e il diritto alla difesa, e quindi a comunicare con il proprio avvocato, sono altresì presidiati dalle disposizioni del Testo unico in materia di immigrazione (TUI), ovvero il già più volte citato d.lgs. 286/1998; sicché risulta *a fortiori* evidente che la loro restrizione è da considerarsi priva di qualsivoglia base legislativa. In particolare, l'articolo 14, comma 2, richiamato dallo stesso Tribunale, prescrive che «lo straniero è trattenuto nel Centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno». Ai sensi dell'articolo 2, comma 6 richiamato, i provvedimenti e gli atti emessi nei confronti dello straniero devono essere 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. Lo stesso è espressamente previsto dall'articolo 13, co. 7 TUI per il decreto di espulsione e per quello di trattenimento.

Alla Shalabayeva non è tuttavia stato consentito di utilizzare un telefono cellulare, di conferire con i propri legali, né di avvalersi dell'assistenza di un'interprete. Per richiamare la pronuncia con cui la Corte di cassazione ha annullato il provvedimento di convalida del trattenimento, la donna è stata sottoposta a una situazione di «detenzione sostanziale e isolamento» dal momento dell'irruzione presso la sua abitazione sino alla partenza. L'isolamento a cui è stata costretta la Shalabayeva ha determinato «un irreparabile *vulnus* al diritto di richiedere asilo e di esercitare adeguatamente il diritto di difesa» [67]. A prescindere dalla qualificazione come crimine di diritto internazionale, il richiamo del Tribunale alla «lesa umanità» appare calzante anche alla luce dell'ampio ventaglio di diritti fondamentali violati dagli imputati.

Un'ulteriore gravissima lesione che la donna ha subito nel periodo in cui è stata privata della sua libertà personale, dal suo prelevamento dalla villa alla partenza, è l'impossibilità di accedere alla domanda di protezione internazionale. L'articolo 26 d.lgs. 25/2008, che costituisce l'attuazione della Direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato,

67. Seppure solo incidentalmente rilevata dal Tribunale quale profilo di illegittimità della condotta posta in essere da uno degli imputati, preme riportare l'episodio avvenuto all'interno del CIE prima dell'udienza di convalida del trattenimento, quando la Shalabayeva, contro la sua volontà, è stata messa in contatto telefonico con il Consolato kazako. Anche sul punto la pronuncia è interessante in quanto afferma l'applicabilità della deroga di cui all'articolo 2, co. 7 TUI ultimo periodo, che impone di non contattare le autorità consolari di richiedenti asilo e titolari della protezione internazionale, alla moglie del dissidente kazako anche se non formalmente in possesso dello *status* di richiedente asilo in quanto le è stato illegittimamente impedito presentare la domanda di protezione (pp. 246 e 247).

prevede dei precisi obblighi in capo alla questura in ordine al ricevimento della domanda di protezione. Il diritto a presentare una domanda di protezione internazionale, oltre a essere presidiato dall'ordinamento dell'Unione europea e dal diritto internazionale, rappresenta altresì il nucleo minimo essenziale dell'asilo costituzionale previsto dall'articolo 10, comma 3 della nostra Costituzione[68]. La condizione imprescindibile per garantire la tutela ivi prevista è infatti la possibilità di accedere alla procedura per il riconoscimento delle forme di protezione previste dal nostro ordinamento in attuazione del precetto costituzionale[69].

Le plurime illegittime restrizioni a cui è stata sottoposta la Shalabayeva rendono infine ancora più evidente la riconducibilità del suo rimpatrio verso il Kazakistan all'ipotesi di consegna straordinaria: le *extaordinary rendition* sono infatti definite come una «violazione ibrida» dei diritti umani proprio in ragione dei molteplici profili di illegittimità che la loro esecuzione comporta, combinando elementi dell'arresto arbitrario, della sparizione e del trasferimento forzato, della tortura e del mancato accesso alla tutela giudiziaria[70].

I principi sanciti dal Tribunale di Perugia con riferimento ai diritti della Shalabayeva in qualità di persona privata della libertà personale rivestono attuale rilievo in quanto applicabili alle situazioni di trattenimento degli stranieri che si verificano, a vario titolo o anche senza titolo, negli odierni CPR o nelle zone di frontiera[71]. Al fine di attualizzare il quadro delle violazioni a cui gli stranieri vengono sottoposti durante il loro trattenimento in attesa dell'esecuzione del rimpatrio si richiama la recente giurisprudenza della Corte EDU che riconosce l'accesso a internet quale espressione del diritto alla libertà di espressione di cui all'articolo 10 CEDU. Secondo la Corte, emerge con chiarezza dalla formulazione dell'articolo 10 che il suo ambito di applicazione include il diritto di ricevere e trasmettere informazioni. Tale disposizione deve pertanto applicarsi anche alle varie forme e mezzi con cui le informazioni sono trasmesse e ricevute in quanto ogni restrizione nell'accesso a tali mezzi configura una restrizione del diritto ivi previsto, che può essere giustificata solo a tutela di interessi pubblici apprezzabili e solo in base a una norma di legge[72]. La Corte ha

68. «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

69. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012.

70. D. Weissbrodt, A. Bergquist, *Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis*, in *Harvard Human Rights Journal*, 19.2006, p. 127.

71. Viene sul punto in rilievo una recente ordinanza del Tribunale di Milano che, accogliendo il ricorso presentato da un cittadino tunisino trattenuto presso il CPR di Milano, ha stabilito che il richiedente asilo ha il diritto di accedere al proprio telefono cellulare in quanto l'impedimento costituisce una limitazione del diritto alla libertà di comunicazione.

72. Si veda tra le molte *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, del 14 dicembre 2006 § 39. L'affermazione dell'accesso a internet quale diritto fondamentale trova riscontro in un noto report dello *Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* A/HRC/17/27 del 16 maggio 2011, in cui si legge: «*The Special Rapporteur emphasizes that there should be as little restriction as possible to the flow of information via the Internet, except in few, exceptional, and limited circumstances prescribed by international human rights law. He*

riconosciuto l'importante ruolo rivestito da internet nel garantire e implementare il pubblico accesso alle informazioni e nel facilitare la loro diffusione, con la conseguenza che una restrizione dell'accesso a internet può costituire una violazione diretta dell'articolo 10[73]. Tali principi vanno quindi a completare il diritto alla libertà di comunicazione che deve essere garantito ai cittadini stranieri trattenuti all'interno dei CPR, pena l'illegittimità della restrizione della libertà personale.

A completare i profili di attualità già rilevati, vi è infine la riparazione del danno subito dalle persone coinvolte nella vicenda in ragione della violazione dei diritti fondamentali commessa dagli imputati. Sebbene non si sia pervenuti, in relazione alla vicenda in esame, all'affermazione di una responsabilità dello Stato italiano per le violazioni commesse[74], il diritto a un risarcimento del danno morale subito non solo da Alma Shalabayeva e dalla figlia ma anche, indirettamente e in ragione dello stato di ansia e preoccupazione indotto dagli avvenimenti, dai loro familiari, appare un ulteriore profilo di coerenza con il sistema sovranazionale a tutela dei diritti fondamentali. In particolare, il quinto paragrafo del citato articolo 5 CEDU prescrive che l'individuo illegittimamente privato della libertà personale abbia diritto a un'equa riparazione[75].

6. L'eterodirezione: un'implicita condanna delle politiche di cooperazione internazionale incuranti dei diritti umani

Infine, elemento dirimente nel ritenere le vicende in esame assibilabili all'ipotesi di *extraordinary rendition* è la circostanza che, come accertato dal Tribunale di Perugia, l'operazione sia stata eterodiretta, dall'inizio alla fine, dalle autorità kazake[76]. Le stesse diedero avvio alla massiccia operazione di perquisizione della villa a Casal Palocco nelle

also stresses that the full guarantee of the right to freedom of expression must be the norm, and any limitation considered as an exception, and that this principle should never be reversed».

73. Cfr. *Ahmet Yıldırım v. Turkey del 18.12.2012*, § 67. Si legge poi nel paragrafo 54: «*the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest*». Con una nota pronuncia del 2019 (*Mehmet Reşit Arslan and Orhan Bingöl v. Turkey* del 18 giugno 2019), la Corte EDU ha inoltre stabilito che negare l'uso di un computer e l'accesso internet ai detenuti costituisce una violazione del diritto all'istruzione di cui all'articolo 2.

74. Secondo il Tribunale di Perugia, tuttavia, l'analisi dei tracciati telefonici che dà atto di un continuo flusso di telefonate tra le autorità dello Stato kazako e i più alti livelli istituzionali dello Stato italiano consente di affermare che «la polizia di Stato, al più alto livello, era costantemente informata dell'evoluzione della vicenda Shalabayeva ed era non *disinteressata* ma anzi *molto interessata* al buon esito della procedura di consegna della donna ai kazaki, anche e soprattutto durante le ore cruciali che precedettero la partenza dell'aereo da Ciampino alla volta di Astana» (p. 36 della sentenza).

75. Le pene detentive inflitte agli imputati, presidiate dall'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, appaiono inoltre conformi ai criteri dettati dalla Corte EDU per il trattamento sanzionatorio degli individui che si sono resi colpevoli di trattamenti inumani e degradanti (cfr. in particolare C.Edu, *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884/11, sentenza del 7 aprile 2015, para. 207-208).

76. Sentenza in commento, p. 239.

prime ore del mattino del 29 maggio; da quel momento le autorità kazake furono in costante contatto con le autorità italiane ai più alti vertici, come, secondo il Tribunale, dimostrano i tracciati telefonici; l'ingerenza fu tale che, nella nota dell'Interpol Astana del 30 maggio, le stesse forze di polizia kazake esortarono l'Italia a deportare la Shalabayeva e la figlia qualora si fossero ritrovate nel territorio nazionale illegalmente e in possesso di documenti falsi, senza alcuna legittimazione in tal senso non sussistendo a carico della Shalabayeva una procedura penale che ne giustificasse l'arresto e l'estradizione; le autorità consolari del Kazakhistan si occuparono in tutta fretta del rilascio dei *laissez-passer* per il rimpatrio, emessi addirittura in un momento antecedente alla convalida del trattenimento presso il CIE; infine, furono le autorità kazake a reperire il mezzo per il trasporto aereo verso Astana, di cui sostennero interamente le spese. Secondo il Tribunale di Perugia, nella vicenda esaminata si è realizzata di fatto una «limitazione o compressione della nostra sovranità nazionale»[77].

L'eterodirezione è sicuramente un elemento idoneo a ricondurre la deportazione della Shalabayeva e della figlia a un episodio di consegna straordinaria. L'interesse della decisione risiede tuttavia non tanto nella rilevanza che il Tribunale attribuisce al ruolo direttivo di uno Stato estero quanto nella ferma condanna degli agenti e dei funzionari per avere deliberatamente ignorato la situazione esistente in tale Stato.

Il Tribunale esprime forti perplessità per la circostanza che «nessuno dei dirigenti o funzionari coinvolti nella vicenda, a qualsiasi grado, abbia mai avvertito la necessità di soffermarsi ed impedire la procedura espulsiva, per ragionare sul fatto che le suddette espulsioni avvenivano in favore di un Paese, il Kazakhistan, messo all'indice dalla comunità internazionale in quanto nazione violatrice di diritti umani»[78]. Dopo avere richiamato numerosi rapporti di organizzazioni internazionali e non governative in merito alle diffuse e gravi violazioni dei diritti umani e alle violente repressioni attuate dal regime kazako, il Collegio significativamente osserva che «sarebbe stato sufficiente digitare su google» il nome di Mukhtar Ablyazov o ancora, più semplicemente, il nome del Paese asiatico per comprendere il rischio che l'operazione di consegna rappresentava per l'incolumità delle due donne[79].

È stato evidenziato che la pronuncia in commento «rende attuale e scottante la questione del rapporto fra difesa dei diritti umani e cooperazione internazionale con regimi

77. *Ivi*, p. 40. La rilevanza che il Tribunale attribuisce all'elemento dell'eterodirezione è tale che il Giudice di pace che ha convalidato il trattenimento è stato assolto dal reato di sequestro di persona anche in ragione dell'inconsapevolezza del ruolo che le autorità kazake rivestivano nell'operazione (p. 265 e ss).

78. *Ivi*, p. 39.

79. *Ivi*, p. 40.

autoritari»[80]. Tale rapporto rivela tutta la sua problematicità nelle politiche dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo, le quali individuano nella cooperazione con i Paesi di origine e transito un elemento cardine del processo di progressivo contenimento dei flussi[81]. La rilevanza della cooperazione con i Paesi terzi e il ruolo sempre più centrale che tale cooperazione assumerà nella gestione dei flussi migratori emergono con chiarezza dal nuovo Patto dell'UE sull'immigrazione e l'asilo, che sembra contemplare un'ancora più incondizionata assistenza ai Paesi di transito al fine di prevenire gli arrivi nel territorio europeo[82].

Seppure avente ad oggetto una vicenda avvenuta più di sette anni fa, la sentenza del Tribunale di Perugia può essere annoverata tra quelle pronunce che, nel contesto di procedimenti riguardanti singoli soggetti, formulano un'implicita condanna della "politica dello struzzo"[83] adottata dallo Stato italiano (e dall'UE) nella sua cooperazione con Paesi terzi in materia di gestione dei flussi migratori. Vengono immediatamente in rilievo sul punto la sentenza della Corte di assise di Milano che, condannando all'ergastolo un cittadino somalo colpevole di avere commesso torture nelle prigioni libiche, ha affermato l'illegalità del *Memorandum* Italia-Libia in ragione della situazione di instabilità e delle gravi violazioni dei diritti umani nel Paese[84]. Nello stesso senso anche la pronuncia del Tribunale di Trapani sul caso *Vos Thalassa*, che ha assolto per legittima difesa dei migranti accusati di ammutinamento e aggressione nei confronti dell'equipaggio della nave, ha affermato l'impossibilità di considerare la Libia un porto sicuro e pertanto giustificato la condotta degli stessi, volta a sottrarsi al rimpatrio verso tale Paese[85]. Rilevante è infine l'accertamento che nei Centri di detenzione libici i migranti sono sottoposti a trattamenti inumani e degradanti contenuto nella sentenza del Tribunale di Messina che ha condannato tre uomini a una pena

80. R. Barberini, *I giudici di Perugia sul caso Shalabayeva: «Fu rapimento di Stato»*, 2 febbraio 2021, https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-di-perugia-sul-caso-shalabayeva-fu-rapimento-di-stato.

81. L. Gennari. C. L. Cecchini, G. Crescini, *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi, Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 133 ss.

82. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 23.9.2020, COM (2020) 609 final. Si legge in particolare a p. 20: «assistance will be targeted as needed to those countries with a significant migration dimension». Si veda per un approfondimento sugli strumenti di cooperazione previsti dal Patto, P. Garcia Andrade, *EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: new instruments for a new paradigm?*, Odysseus Network Blog, disponibile al seguente link: https://eumigrationlawblog.eu/eu-cooperation-on-migration-with-partner-countries-within-the-new-pact-new-instruments-for-a-new-paradigm/.

83. *Ibidem*.

84. V. per un commento G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud. Nota a sentenza Corte ass. app. Milano, sez. I, n. 9/2019, ud. 20.3.2019*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, pp. 214-227.

85. Tribunale di Trapani, GIP, sentenza del 3.6.2019.

detentiva di 20 anni per avere commesso il reato di tortura[86]. La sentenza in commento, seppure riguardante una vicenda che si è svolta in un contesto diverso – tanto sul piano geopolitico che sul piano legislativo – da quello attuale, contiene un altro monito allo Stato italiano riguardo alle politiche di cooperazione con Paesi che non rispettano gli standard internazionali in materia di protezione dei diritti umani. A poco rilevano le finalità a cui tali politiche dichiarano di essere orientate: nel caso della Libia la gestione dei flussi migratori, nel caso Shalabayeva la lotta contro il terrorismo. Secondo i giudici italiani la cooperazione con un governo che viola i diritti umani non è in ogni caso accettabile.

In questo senso, la pronuncia dei giudici di Perugia può essere letta come un ulteriore avvertimento che le politiche di gestione dei flussi migratori che prevedono meccanismi di cooperazione lesivi dei diritti fondamentali saranno oggetto di sanzione. L'apparato giudiziario sembra voler fare da argine alle controverse politiche che vengono al contrario avallate dalle istituzioni europee a dispetto del loro ruolo di tutela dei principi e dei valori democratici che fondano l'Unione. Le politiche di cooperazione in materia di immigrazione e di asilo si rivelano infatti non soltanto lesive dei diritti dei migranti, ma tradiscono altresì le finalità di promozione e sviluppo a cui le stesse dovrebbero essere orientate in forza dei Trattati[87].

7. Conclusione

Molti sono quindi i profili di attualità della sentenza del Tribunale di Perugia che, si è detto, enuncia principi idonei a estendere i propri effetti a un ampio ventaglio di situazioni, dalla restrizione della libertà personale alla gestione dei flussi migratori.

Sotto il primo profilo, si auspica che la definizione di sequestro di persona elaborata dai giudici di Perugia e la rilevanza dagli stessi attribuita alle restrizioni di diritti fondamentali diversi da quello alla libertà personale durante il trattenimento siano presi a riferimento da altre giurisdizioni al fine di sanzionare le illegittime violazioni dei diritti all'informazione, a un ricorso effettivo, alla libertà di comunicazione e di espressione, e alla tutela della propria vita privata e familiare dei cittadini stranieri trattenuti nei Centri di permanenza o in altri luoghi in attesa dell'esecuzione di una misura di rimpatrio.

Sotto il secondo profilo, i rilievi del Tribunale sulla cooperazione con un Paese posto all'indice dalla comunità internazionale, quale era il Kazakistan all'epoca dei fatti, confermano la positiva tendenza dell'apparato giudiziario, quantomeno a livello nazionale,

86. GIP Messina, sent. 28.5.2020. V. G. Mentasti, *Centri di detenzione il Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in *Sistema Penale*, disponibile al seguente link: https://www.sistemapenale.it/it/scheda/mentasti-gip-messina-centri-detenzione-libia-condanna-carcerieri.

87. V. articolo 208 e seguenti del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE). In questo senso P. Garcia Andrade, *op. cit.*

ad arginare le sempre più diffuse e indiscriminate politiche di cooperazione con i Paesi di origine e di transito che comportano gravi violazioni dei diritti dei migranti.

RASSEGNE

MARCO BALBONI, CARMELO DANISI

Rassegna di giurisprudenza europea: Corte europea dei diritti umani[1]

Art. 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Con il caso *K.I. c. Francia* (Corte Edu, sentenza del 15.04.2021) un cittadino russo di origine cecena, cui era stato revocato lo *status* di rifugiato in seguito a condanne per terrorismo, lamentava una violazione dell'art. 3 Cedu nel caso in cui venisse data esecuzione all'ordine di allontanamento nella Federazione russa.

Il ricorrente aveva infatti ottenuto protezione internazionale in Francia nel 2011 in ragione dei maltrattamenti e delle minacce subite da forze di sicurezza russe per motivi legati alla lotta separatista cecena. Se tali rischi per il sig. K.I. rimanevano attuali, per le autorità francesi non risultavano più credibili. Costituendo una serie minaccia per la sicurezza del Paese dopo essersi recato in Siria, presumibilmente per effettuare un addestramento con gruppi terroristici, veniva condannato per terrorismo e ordinato l'allontanamento. Se i ricorsi sia contro tale decisione sia contro la revoca dello *status* di rifugiato venivano rigettati, il ricorrente non veniva allontanato in Russia per l'applicazione delle misure provvisorie indicate allo Stato convenuto dalla Corte Edu in virtù dell'art. 39 del suo Regolamento interno. Dopo aver ricordato il carattere assoluto della protezione offerta dall'art. 3 Cedu nonostante le sfide poste dalla lotta al terrorismo internazionale (ad es., Corte Edu, 29.04.2019, *A.M. c. Francia*, in questa *Rivista*, XXI, 2, 2019) e i principi generali che definiscono il ruolo della Corte stessa nei casi di allontanamento non ancora effettuato (Corte Edu, Grande Camera, *F.G. c. Svezia*, 23.03.2016, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017), la Corte Edu ha ritenuto opportuno valutare sia i rischi attuali cui il ricorrente sarebbe oggi esposto qualora ritornasse nella Federazione russa anche come persona condannata all'estero per terrorismo, sia il tipo di esame condotto da parte dei giudici interni rispetto a tali rischi nell'ambito dei ricorsi interni. Sotto il primo profilo, la Corte nota innanzitutto come la situazione generale in Cecenia non sia tale per cui ogni allontanamento in Russia comporti una violazione dell'art. 3 Cedu. I rapporti internazionali disponibili segnalano un rischio per alcune categorie di persone del Caucaso settentrionale legate ai movimenti separatisti (ad es., EASO, *Federazione russa – La situazione dei ceceni in Russia*, 2018; CPT, *Déclaration publique sur la Fédération de Russie relative à la République tchétchène et autres républiques de la région du Caucase du Nord*, 11 marzo 2019). Tuttavia, dopo un attento esame delle circostanze individuali, la Corte dubita che il ricorrente corra il rischio di essere esposto a trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Da un lato, non vi sono sufficienti indizi sulla ricerca attiva del ricorrente da parte delle autorità russe per legami con i movimenti separatisti. Le prove fornite da quest'ultimo risultano infatti poco affidabili, come una testimonianza anonima non datata, o contraddittorie, avendo ad esempio ottenuto un passaporto per lasciare il suo Paese dalle stesse autorità russe che lo perseguiterebbero. Dall'altro

lato, la condanna per terrorismo in Francia non colloca il ricorrente in una situazione di rischio specifico ai sensi dell'art. 3 Cedu. Non solo altre persone condannate per gli stessi reati sono state allontanate in Russia senza sollevare rischi di subire torture o altri maltrattamenti. Soprattutto, per la Corte Edu, sarebbe del tutto giustificabile se le autorità russe dedicassero una particolare attenzione al ricorrente tenuto conto del suo legame con il terrorismo internazionale, non potendo ciò rilevare *ipso facto* come trattamento vietato dall'art. 3 Cedu. Sotto il secondo profilo, invece, per quanto il ricorrente non possa essere considerato una persona vulnerabile cui sarebbe stato opportuno accordare il beneficio del dubbio circa le affermazioni e le prove fornite, i giudici interni non hanno valutato adeguatamente i rischi che potrebbe correre qualora venisse allontanato in Russia. In particolare, tenendo conto degli sviluppi intervenuti dinanzi la Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande camera, 14.05.2019, *M contre Ministerstvo vnitra et X et X contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C 391/16, C 77/17 e C 78/17), per la Corte Edu i giudici interni non avrebbero valutato adeguatamente come, nonostante la revoca dello *status* di rifugiato per motivi di sicurezza nazionale, il ricorrente avesse conservato la "qualità" di rifugiato. Ciò non significa, secondo la Corte, che i giudici interni non possano giungere anche sulla base di tale elemento alla stessa conclusione in merito all'inesistenza di rischi per il ricorrente ai sensi dell'art. 3 Cedu. Tuttavia, in assenza di una valutazione di tutti gli elementi rilevanti, le autorità interne sono venute meno al rispetto delle garanzie previste da questa disposizione a tutela del ricorrente. Pertanto, nel caso del sig. K.I., vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu letto sotto il profilo procedurale.

In *Feilazoo c. Malta* (Corte Edu, sentenza dell'11.03.2021) un cittadino nigeriano veniva condannato a dodici anni di detenzione, al termine del quale veniva condotto nell'ufficio immigrazione nella locale sede di polizia dove veniva informato che sarebbe stato allontanato nel suo Paese di origine. Ne seguiva una colluttazione con gli agenti, per la quale veniva condannato a due anni di detenzione al termine dei quali sarebbe dovuto essere allontanato quale immigrato irregolare. In appello, veniva però ordinato il suo allontanamento immediato con contestuale trattenimento in un centro per migranti. Nonostante a tal fine le autorità avessero tentato di ottenere dalla rappresentanza diplomatica della Nigeria un titolo di viaggio, il ricorrente veniva trattenuto in diversi centri per mesi, talora anche in isolamento per ragioni legate alla sua cattiva condotta. Mentre era detenuto, il sig. Feilazoo avviava il suo ricorso dinanzi la Corte Edu ottenendo, a causa della mancata assegnazione di una rappresentanza legale effettiva da parte dello Stato convenuto, un avvocato finanziato dalla Corte stessa. Rigettate le obiezioni del Governo maltese circa la ricevibilità del ricorso e ritenute inammissibili le parti del ricorso per cui non erano stati esauriti i rimedi interni, la Corte Edu valuta innanzitutto la presunta violazione dell'art. 3 Cedu generata dalle condizioni materiali di trattenimento. Tenuto conto delle prove fotografiche fornite dal ricorrente e in assenza di informazioni pertinenti da parte dello Stato

convenuto, la Corte Edu si sofferma in particolare sul lungo periodo di isolamento subito dal sig. Feilazoo in un container, pari a 75 giorni, con contestuali restrizioni di movimento in spazi esterni per buona parte di esso. Tale misura appare alla Corte sproporzionata rispetto al fine perseguito, data anche la mancata adozione di interventi volti a garantire la sua salute psico-fisica e la non valutazione di misure alternative meno restrittive. A tal proposito, la Corte nota anche come, in seguito al trasferimento in un altro centro durante la pandemia da Covid-19, il ricorrente sia stato ulteriormente isolato per osservare un periodo di quarantena di sette settimane non supportato da ragioni sanitarie. Vi è stata quindi violazione dell'art. 3 Cedu. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu per il periodo di trattenimento durante il quale le autorità non hanno dato prova di essersi attivate con la necessaria diligenza per dare esecuzione all'allontanamento, venendo quindi meno la giustificazione per la restrizione della libertà personale subita dal ricorrente. Infine, tenuto conto che non aveva garantito la confidenzialità della corrispondenza intercorsa tra il sig. Feilazoo e la Corte Edu, non aveva fornito copia dei documenti richiesti dallo stesso ricorrente per supportare il suo ricorso davanti quest'ultima e non gli aveva assicurato l'accesso a un'effettiva rappresentanza legale, per la Corte lo Stato convenuto è venuto meno agli obblighi derivanti dall'art. 34 Cedu ai sensi del quale, tra l'altro, le Parti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo del diritto di investire la Corte di un ricorso individuale.

Il caso *E.K. c. Grecia* (Corte Edu, sentenza del 14.01.2021) riguarda un cittadino turco che, dopo essere stato arrestato per ingresso irregolare in Grecia, veniva condannato e trattenuto in vari centri (Soufli, Feres, Petrou Ralli e Amygdaleza) in vista del suo allontanamento, anche dopo l'avvenuta registrazione della sua domanda di asilo. Se il trattenimento aveva fine solo dopo il riconoscimento dello *status* di rifugiato, il ricorrente lamentava innanzitutto di essere stato trattenuto in condizioni contrarie all'art. 3 Cedu. In merito a tali condizioni, la Corte Edu nota come, nonostante i rapporti internazionali avessero precedentemente evidenziato condizioni di vita inappropriate per i migranti ospitati nei centri di Soufli, Feres e Petrou Ralli, sono stati apportati miglioramenti significativi a tali strutture. Inoltre, il ricorrente aveva trascorso in questi centri solo brevi periodi. Ciò fa dire alla Corte che il trattamento riservato al ricorrente non ha raggiunto la soglia di gravità prevista per ricadere nell'ambito dell'art. 3 Cedu (cfr. Corte Edu, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017; 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). Lo stesso può dirsi relativamente al centro di trattenimento di Amygdaleza in cui il ricorrente, nonostante vi sia rimasto per un periodo di oltre quattro mesi, poteva avere accesso a uno spazio esterno, a cure mediche adeguate e a spazi appropriati secondo le indicazioni del Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT). Pertanto, nel suo caso, non vi è stata violazione

dell'art. 3 Cedu. In relazione alla lamentata violazione dell'art. 5 Cedu, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza, la Corte Edu accetta che il trattenimento del ricorrente sia motivato dalla necessità di impedire il suo ingresso irregolare in Grecia e di assicurare un rapido allontanamento (art. 5, par. 1, lett. f). Tale trattenimento, durato nel complesso quasi sei mesi, non può per la Corte considerarsi eccessivo rispetto all'espletamento delle necessarie formalità amministrative per gestire un caso di ingresso irregolare. Le autorità interne hanno anche agito velocemente nel valutare la richiesta di protezione internazionale rimettendo in libertà il ricorrente subito dopo il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Pertanto, non vi è stata neppure violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu. Vi è stata, invece, una violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu, dato che il ricorrente non ha avuto accesso a un mezzo di ricorso effettivo attraverso cui lamentare le condizioni di trattenimento richiamate sopra, venendo queste ignorate dai giudici interni nell'ambito dei ricorsi intentati dal sig. E.K per porre fine al suo trattenimento.

Art. 4: Divieto di schiavitù o lavoro forzato

Con il caso *V.C.L. e A.N. c. Regno unito* (Corte Edu, sentenza del 16.02.2021), che riunisce i ricorsi presentati separatamente da due cittadini vietnamiti, la Corte Edu esamina, per la prima volta, la presunta violazione dell'art. 4 Cedu in relazione a minori, vittime di traffico di essere umani, che sono stati perseguiti nello Stato convenuto per reati collegati alle attività nelle quali venivano sfruttati. Il primo ricorrente era stato identificato in occasione di un'ispezione effettuata in una casa trasformata in una piantagione di marijuana. Veniva così accusato di produzione illegale di stupefacenti, dichiarandosi peraltro colpevole su consiglio di un avvocato. Nonostante il ricorrente affermasse sin dal primo interrogatorio di essere vittima di *trafficking* e tale condizione venisse successivamente confermata dalle autorità competenti in materia, i giudici interni decidevano comunque di perseguirlo in nome dell'interesse pubblico, condannandolo a un anno di detenzione. Anche il secondo ricorrente veniva arrestato in una struttura adibita a coltivazione di marjuana. Durante il primo interrogatorio, sosteneva di essere stato trasportato in Regno unito attraverso la Repubblica ceca, di lavorare nella piantagione senza essere pagato e di non essere libero di uscire dalla stessa, venendo talora anche minacciato di morte. Ciononostante, veniva accusato di produzione illegale di stupefacenti e, dopo essersi dichiarato colpevole, veniva condannato a 18 mesi di detenzione. Dopo approfondite analisi con il coinvolgimento di esperti in materia, i servizi sociali ed esperti ritenevano come vi fossero altissime probabilità che il secondo ricorrente fosse stato introdotto nel Regno unito nel contesto del traffico di essere umani. Su tale base, il secondo ricorrente presentava appello ritenendo che le autorità competenti erano venute meno all'obbligo di approfondire gli iniziali sospetti e che, vista la sua condizione, doveva essere protetto anziché condannato. In una decisione della Corte di appello che riuniva anche il ricorso del primo ricorrente, il giudice interno affermava come non esistesse immunità per le persone che, pur essendo vittime di *trafficking*, sono coinvolte in attività criminali e ciò non poteva derivare

tantomeno dalla Convenzione contro la tratta di essere umani del Consiglio d'Europa, vincolante per il Regno unito. Rigettati i successivi appelli e richieste di revisione delle condanne, dinanzi la Corte Edu i ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 4 Cedu, relativo al divieto di schiavitù o lavoro forzato (Corte Edu, 18.07.2019, *T.I. e altri c. Grecia*, in questa *Rivista*, XXI, 3, 2019; 21.01.2016, *L.E. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017; 7.01.2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*). Dopo aver precisato la portata del caso, in particolare in merito alla sua incompetenza a interpretare la, o valutare la conformità delle azioni delle Parti rispetto alla, Convenzione contro la tratta di essere umani su cui i ricorrenti avevano fondato molte loro argomentazioni, la Corte Edu ricorda come il traffico di essere umani rientri nell'ambito dell'art. 4 Cedu per focalizzare la sua attenzione sui relativi obblighi positivi. In particolare, in linea con la Convenzione con la tratta, questi includono obblighi di prevenzione, ad esempio attraverso l'introduzione di un quadro giuridico volto a perseguire i responsabili, di protezione, anche attraverso l'identificazione puntuale delle potenziali vittime e l'introduzione di programmi di recupero, e di investigazione, al fine di chiarire le circostanze di ogni caso. Appare a tal fine centrale, quando una delle Parti è a conoscenza o dovrebbe ragionevolmente sospettare che un individuo sia vittima di traffico di essere umani, l'adozione di tutte le misure necessarie per evitare che la persona interessata rischi di divernirne vittima o per assicurare che venga rimossa da tale situazione. Quanto alla questione di perseguire le vittime, la Corte Edu riconosce l'inesistenza di un divieto generale in tal senso negli strumenti internazionali pertinenti. Ricorda, tuttavia, come tale possibilità possa venire in contrasto con la necessità di tutelare le vittime e garantirne il loro recupero psico-fisico, anche attraverso l'accesso a servizi predisposti a tal fine. Ciò risulta particolarmente vero nel caso di minori, rispetto ai quali tutte le misure adottate devono perseguire il loro preminente interesse. È evidente che, se il caso di entrambi i ricorrenti è considerato complessivamente, non solo le autorità interne non abbiano avviato opportune indagini per chiarire la situazione in cui questi versavano, ma i giudici interni non hanno motivato in modo adeguato le ragioni per cui fosse necessario perseguirli. Nonostante anche la loro minore età, questi ultimi avevano, invece, sfruttato le incoerenze rilevate nei loro racconti per insinuare dubbi sulla reale situazione di sfruttamento in cui versavano, e quindi della loro qualità di vittime di traffico di essere umani, in modo da giustificare la necessità di giungere a una loro condanna. Tutto ciò appare in contrasto con quanto già noto alle autorità, e cioè che i minori vietnamiti rappresentano una categoria vulnerabile di migranti che è spesso impiegata forzatamente nella coltivazione illegale di marijuana e, più in generale, che i minori possono non riconoscere la situazione in cui versano o i rischi cui sono esposti. L'insieme di tali circostanze applicate al caso dei ricorrenti avrebbero dovuto far sospettare le autorità interne che erano, ragionevolmente, in presenza di vittime di *trafficking* con la conseguenza di identificare innanzitutto quali misure potessero essere adottate a loro protezione, prima di decidere se perseguirli o meno. Per queste ragioni, vi è stata una violazione dell'art. 4 Cedu. A ciò si aggiunge una violazione dell'art. 6 Cedu, relativo al diritto

a un equo processo, letto in combinato con l'art. 4 Cedu, poiché tra l'altro le mancate indagini sull'accaduto hanno condizionato i processi contro i ricorrenti venendo meno prove fondamentali che avrebbero potuto essere utilizzate a favore di questi ultimi.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Il caso *A.I. c. Italia* (Corte Edu, sentenza del 1.04.2021) riguarda una cittadina nigeriana, giunta in Italia come vittima di tratta, che si vedeva privata temporaneamente della responsabilità genitoriale e collocata con i suoi due figli in una struttura dedicata. Gli operatori di tale struttura riportavano al giudice competente il buon rapporto esistente tra la ricorrente e i figli, ma anche le presunte difficoltà della stessa di avviare un percorso autonomo. Veniva quindi deciso il trasferimento dei minori in un'altra struttura concedendo alla madre di far loro visita unicamente una volta alla settimana. Sulla base del rapporto di un esperto, per il quale la ricorrente aveva problemi psicologici tali da compromettere le sue capacità genitoriali, i minori venivano dichiarati in stato di abbandono e adottabili, con il conseguente divieto di contatti con la madre. In appello veniva richiesto un nuovo rapporto a un esperto che, pur confermando l'incompatibilità tra le esigenze dei minori e i problemi personali della ricorrente, evidenziava il passato della donna come vittima di tratta e i gravi abusi sessuali subiti come fattori determinanti per comprendere alcuni suoi comportamenti. Inoltre, si evidenziava il possibile ruolo di visioni stereotipate sulla valutazione delle capacità genitoriali della ricorrente, in ragione dell'essere donna nigeriana con potenziali legami con la prostituzione. L'esperto riscontrava quindi una difficoltà degli stessi operatori della prima struttura di accoglienza di capire il rapporto genitore-figli secondo i costumi della ricorrente, cioè non basato su una visione prettamente occidentale. Ciò aveva compromesso la possibilità di adottare, sin dal principio, tutte le azioni necessarie ai fini del pieno recupero (e valorizzazione) delle sue capacità genitoriali. Nonostante venisse raccomandato in ogni caso il ripristino dei contatti con i figli anche al fine di preservare la loro identità e il loro preminente interesse, la Corte di appello decideva di confermare il pronunciamento del giudice di primo grado. La Cassazione, invece, accoglieva il ricorso della ricorrente ritenendo come la Corte di appello non avesse valutato le possibili alternative a una forma di adozione che aveva implicato la rottura totale dei rapporti con tra la ricorrente e i figli. Dinanzi la Corte Edu, la ricorrente lamentava pertanto la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, relativo all'art. 8 Cedu, specie tenuto conto che il suo diritto di visita fosse stato interrotto automaticamente al momento della decisione di adottabilità dei minori nonostante la procedura dinanzi le autorità italiane fosse ancora pendente dopo oltre tre anni. Dopo aver rigettato le obiezioni avanzate dal Governo italiano in merito alla irricevibilità del ricorso, la Corte Edu ricorda come il contatto tra genitori e figli sia un elemento fondamentale della vita familiare protetta dall'art. 8 Cedu e che ogni interferenza nel godimento di tale diritto debba essere prevista dalla legge, perseguire fini legittimi e qualificarsi come necessaria in una società democratica (cfr. Corte Edu, 23.06.2020, *Omorefe c. Spagna*, in

questa *Rivista*, XXII, 2, 2020). Tenuto conto che i primi due requisiti erano soddisfatti, la Corte Edu si concentra sulla necessità dell'interferenza subita dalla ricorrente alla luce degli obblighi positivi degli Stati parte della Cedu volti a facilitare, in tempi rapidi, la ricostruzione dei legami familiari ove non esistano motivi gravi che richiedono la rottura degli stessi e dell'esigenza di perseguire l'interesse dei minori coinvolti in ragione delle circostanze specifiche di ogni caso. Nella situazione della ricorrente, per la Corte è evidente come le corti interne non abbiano agito tenendo conto di tali obblighi positivi. Infatti, il giudice di primo grado aveva vietato i contatti tra la ricorrente e i figli come conseguenza della dichiarazione di adottabilità senza motivarla adeguatamente, e ciò nonostante la possibilità di decisioni contrarie in appello. Soprattutto, non aveva considerato il passato della ricorrente come vittima di tratta e le implicazioni per il suo successivo comportamento. Dal canto suo, la Corte di appello aveva confermato tale decisione nonostante quanto sostenuto dall'esperto e il possibile ricorso a soluzioni alternative. Dati anche i tempi eccessivamente lunghi dell'intero procedimento, per la Corte Edu le autorità italiane non hanno realmente bilanciato i vari interessi in gioco, inclusi quelli dei minori a mantenere un rapporto con la madre, la cui rottura può essere giustificata solo da circostanze eccezionali che non erano rilevabili nel caso di specie. Pertanto, non avendo lo Stato convenuto adottato le misure necessarie per facilitare la ricostituzione della famiglia della ricorrente, tenendo anche conto della sua identità culturale e della sua condizione di vulnerabilità in Italia, nel suo caso vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Anche il caso *Terna c. Italia* (Corte Edu, sentenza del 14.01.2021) riguarda la presunta violazione del diritto al rispetto della vita familiare generata dall'allontanamento di una minore dalla sua famiglia di origine. Contro i rapporti iniziali di esperti e dei servizi sociali che evidenziavano la solidità dei rapporti tra la minore e la ricorrente, cioè la nonna di origine Rom, il giudice competente disponeva il collocamento della minore in una struttura dedicata e avviava il procedimento volto a verificare lo stato di abbandono e conseguente adozione. Dopo aver sostenuto dinanzi al giudice la situazione di disagio economico, culturale ed emotivo in cui versava a suo avviso la minore, la tutrice chiedeva anche di vietare ogni contatto tra la minore e la ricorrente, essendo noto che le famiglie di origine Rom avrebbero potuto sottrarre i minori nel caso in cui avessero scoperto il luogo in cui venivano ospitati. Accolta tale richiesta con la possibile eccezione di organizzare incontri molto protetti, la minore veniva poco dopo dichiarata adottabile. Secondo la valutazione di un ulteriore esperto nell'ambito di un procedimento tuttora pendente, l'allontanamento – a suo avviso non giustificato – dalla famiglia di origine aveva segnato profondamente la minore e raccomandava la ripresa dei contatti. Rigettata l'argomentazione dell'Italia circa l'irricevibilità del ricorso, la Corte Edu nota innanzitutto come non esista differenza, ai fini del godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu, tra il rapporto tra madre e figli e, come nel caso di specie, tra nonna e nipote, tenuto conto che la minore era stata da sempre

accudita dalla ricorrente, alla quale era stata affidata informalmente poco dopo la nascita. Devono quindi applicarsi anche nei loro confronti gli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 Cedu, specie quelli volti a facilitare lo sviluppo dei rapporti familiari alla luce del principio dell'interesse preminente del minore. Per quanto dichiari di valutare una situazione complessa rispetto alla quale le autorità interne sono meglio collocate, la Corte Edu osserva come in diverse occasioni sia stato raccomandato alle autorità interne di ripristinare il diritto di visita della ricorrente nell'interesse della minore. Anziché adottare tutte le misure necessarie per organizzare a tal fine incontri protetti in tempi ragionevolmente brevi, le autorità hanno lasciato che la situazione si consolidasse senza tenere conto degli effetti che ciò avrebbe prodotto sul benessere della minore nel lungo periodo. Ciò basta per far dire alla Corte che vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu. Non vi è stata, invece, violazione del divieto di discriminazione (art. 14), letto in combinato al diritto al rispetto della vita familiare, in relazione al lamentato trattamento discriminatorio che la ricorrente avrebbe subito in ragione della sua origine etnica. Infatti, secondo la Corte Edu, l'allontanamento della minore è stato essenzialmente motivato dalla necessità di garantire a quest'ultima sia figure che un ambiente più adatti al suo sviluppo personale.

In *Khan c. Danimarca* (Corte Edu, sentenza del 12.01.2021) un cittadino pakistano, nato in Danimarca, veniva allontanato con contestuale divieto di reingresso di sei anni a seguito di una lunga serie di condanne. Infatti, nonostante le autorità interne avessero in più occasioni valutato la possibilità di allontanarlo, un ordine in tal senso giungeva solo dopo una condanna non particolarmente grave per episodi di violenza contro la polizia. Il ricorrente lamentava pertanto una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, violazione che era tuttavia stata esclusa dai giudici interni sulla base in un bilanciamento tra interessi collettivi e individuale che teneva conto dei criteri stabiliti dalla stessa Corte Edu (Corte Edu, 6.06.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2, 2013, p. 89). Per la Corte Edu, nonostante l'allontanamento del ricorrente costituisca un'interferenza nel godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu alla luce dei legami stabiliti sin dalla nascita in Danimarca nonostante l'assenza di una famiglia propria, tale interferenza risulta prevista dalla legge, persegue uno dei fini previsti dal paragrafo 2 della stessa disposizione, ed è necessaria in una società democratica. Infatti, mentre i giudici interni avevano già considerato adeguatamente tutti i fattori stabiliti dalla Corte per effettuare il bilanciamento tra gli interessi in gioco ove un migrante di lungo periodo rischia di essere allontanato (ad es., gravità dei crimini commessi, il livello di integrazione nella società ospitante, l'esistenza di legami familiari, sociali e culturali con lo Stato convenuto e con il Paese di origine, la proporzionalità della misura in caso di divieto di reingresso), la Corte Edu non ritrova «ragioni particolarmente serie» per giungere a una diversa conclusione. Il fatto che l'allontanamento sia stato deciso contestualmente a una condanna non particolarmente grave non appare, ad avviso della Corte, dirimente poiché è l'intera storia criminale a essere stata oggetto del bilanciamento

(correttamente) effettuato dalle autorità interne. Pertanto, nel caso del sig. Khan, non vi è stata alcuna violazione dell'art. 8 Cedu.
Sulla base di un ragionamento identico, la Corte Edu ha concluso egualmente per la non violazione dell'art. 8 Cedu che veniva lamentata in circostanze molto simili da un cittadino iracheno, giunto in Danimarca all'età di quattro anni e anch'esso destinatario di un ordine di allontanamento per la sua lunga storia criminale, nel caso *Munir Johana c. Danimarca* (Corte Edu, sentenza del 12.01.2021).

Infine, nel caso *Lacatus c. Svizzera* (Corte Edu, sentenza del 19.01.2021), la Corte valuta per la prima volta la presunta violazione dell'art. 8 Cedu a seguito di condanne, subite dalla ricorrente di origine Rom, per l'infrazione del divieto di elemosinare in pubblico. Se per i giudici interni il trattamento riservato alla sig.ra Lacatus non dava luogo alle lamentate violazioni della Cedu, in particolare del diritto al rispetto della vita familiare, della libertà di espressione e del divieto di discriminazione, l'esame della Corte Edu si concentra sul profilo relativo all'interferenza nel godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu che ha subito la ricorrente per via delle condanne. Infatti, per la Corte, pur non esistendo una definizione univoca di vita privata (Corte Edu, 13.10.2016, *B.A.C. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XIX, 1, 2017), questa include ad esempio il diritto allo sviluppo personale. Inoltre, se è vero che anche l'art. 8 Cedu si basa sul rispetto della dignità umana, impedire a una persona in una condizione particolarmente precaria, senza lavoro, analfabeta e senza aiuto di terzi, di adottare uno stile di vita che potrebbe permetterle di sopravvivere potrebbe comprometterne la dignità. Pertanto, si può affermare che il diritto di rivolgersi ad altri per richiedere aiuto è relativo all'essenza stessa dell'art. 8 Cedu (parr. 58-59). Per la Corte Edu, nonostante la ricorrente abbia subito un'interferenza che è prevista dalla legge e che persegue fini legittimi ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 8 Cedu (difesa dell'ordine pubblico e protezione dei diritti altrui), non si può ritenere che essa sia anche necessaria in una società democratica. La ragione sta sostanzialmente nel tipo di misura che ha dato origine al caso di specie, cioè un divieto generale di elemosinare in pubblico che non permette alcun bilanciamento tra gli interessi collettivi e individuali. Un divieto siffatto non permette alle autorità di tenere conto di eventuali situazioni di vulnerabilità delle persone interessate o anche delle modalità, aggressive o meno, con cui queste elemosinano. A tal proposito, la Corte prende in esame il margine di apprezzamento che gli Stati parte della Cedu godono in materia. Contrariamente a quanto affermato dallo Stato convenuto, per la Corte non esisterebbe un consenso europeo sul tema. Si può comunque notare che, tendenzialmente, le Parti che hanno introdotto un divieto generale (locale o nazionale) di elemosinare non sono la maggioranza di coloro che hanno deciso di introdurre una disciplina in materia. Insieme al fatto che è in gioco un aspetto essenziale della vita della ricorrente, ciò fa dire alla Corte Edu che la Svizzera gode di un margine di apprezzamento limitato nel caso di specie. Non tenendo conto della grave condizione di

vulnerabilità della ricorrente, che non appartiene a reti criminali o elemosinava in modo aggressivo, le autorità interne le hanno quindi imposto una condanna sproporzionata che non risulta giustificata da ragioni di interesse pubblico particolarmente serie. Pertanto, nel caso della sig.ra Lacatus, vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Art. 1, Protocollo 1: Protezione della proprietà

Nel caso *Dabic c. Croazia* (Corte Edu, sentenza del 18.03.2021) la Corte è chiamata a esaminare la presunta violazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Cedu, relativo al diritto alla protezione della proprietà, lamentata dal sig. Dabic, croato di origine serba, per le perdite e i danni causati alla sua casa dopo essere stata sequestrata per ospitare, in sua assenza, una famiglia di rifugiati della Bosnia ed Erzegovina. Dopo aver ottenuto il dissequestro nel 2003, il ricorrente riportava alle autorità locali i furti e le perdite subite non ottenendo però alcun risarcimento. La Corte Edu ricorda come l'art. 1, Prot. 1, non garantisca unicamente un diritto a non subire interferenze ma imponga, specie in talune circostanze in cui un individuo può ragionevolmente aspettarsi l'adozione di misure appropriate da parte del proprio Stato, anche obblighi positivi per renderne effettivo il suo godimento. Tra questi obblighi rientra anche l'introduzione, nell'ordinamento interno, di adeguati strumenti attraverso cui chiederne il rispetto. Per la Corte, con il sequestro e la successiva gestione della proprietà del ricorrente per fini umanitari, lo Stato convenuto aveva assunto un obbligo di cura della stessa e la responsabilità per gli eventuali danni o perdite a essa causati. Nonostante il sig. Dabic avesse ottenuto la restituzione della casa e una compensazione per il periodo in cui non aveva potuto farne uso (diversamente, ad es., da Corte Edu, 3.12.2020, *Papachela e AMAZON S.A. c. Grecia*, in questa *Rivista*, XXIII, 1, 2021), il ricorso volto a far valere la responsabilità delle autorità competenti per le perdite e i danni subiti era stato rigettato. Pertanto, nessun risarcimento a tal fine gli era mai stato riconosciuto. Ciò basta alla Corte Edu per ritenere che, nel caso del sig. Dabic, vi è stata una violazione dell'art. 1, Prot. 1.

Art. 1, Protocollo 7: Diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento

Il caso *Hassine c. Romania* (Corte Edu, sentenza del 9.03.2021) riguarda un cittadino tunisino che, dopo aver sposato una cittadina rumena e ottenuto un permesso di soggiorno per motivi familiari, veniva dichiarata persona non desiderata per motivi di sicurezza nazionale. Non solo i procedimenti interni venivano avviati attraverso una procedura urgente che non aveva permesso al sig. Hassine di potervi partecipare direttamente. Le accuse mosse nei suoi confronti si basavano su documenti secretati ai quali lo stesso avvocato del ricorrente non aveva accesso. Ritenendo le accuse convincenti, i giudici interni ne ordinavano il trattenimento e il successivo allontanamento, con un contestuale divieto di reingresso per un periodo di cinque anni. Tenuto conto della regolarità del loro soggiorno in Romania, il sig. Hassine lamentava dinanzi la Corte Edu una

violazione del diritto alla libertà e sicurezza personale (art. 5 Cedu), del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu) e del diritto a garanzie procedurali in caso di allontanamento (art. 1 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu). Esaminando il ricorso unicamente sotto il profilo dell'art. 1, Protocollo 7 Cedu, la Corte Edu ricorda i principi recentemente affermati in *Muhammad e Muhammad c. Romania* (Corte Edu, Grande Camera, 15.10.2020, in questa *Rivista*, XXIII, 1, 2021). Secondo tali principi, le persone interessate devono essere pienamente informate dei motivi alla base del loro allontanamento e devono poter accedere alle informazioni e ai documenti in base ai quali sono ritenute pericolose per la sicurezza nazionale. Non si tratta di diritti assoluti. Tuttavia, nel caso in cui questi individui subiscano una restrizione per tutelare l'interesse pubblico, sono necessari bilanciamenti adeguati affinché possano avanzare ragioni effettive contro il loro allontanamento. Tali bilanciamenti possono includere, ad esempio, l'accesso ai documenti secretati da parte del loro rappresentante legale e da un'autorità giudiziaria indipendente, la quale deve però essere anche in grado di esaminare che il caso specifico richieda effettivamente la secretazione delle informazioni pertinenti. Nel caso del ricorrente, la Corte Edu nota come il mancato accesso del sig. Hassine alle accuse mosse nei suoi confronti e ai documenti su cui queste erano basate non era stato controbilanciato da altri aspetti procedurali. Infatti, oltre a decidere il caso in assenza dell'interessato per presunte ragioni di urgenza, i giudici interni non avevano condiviso alcuna informazione utile né con il ricorrente né con l'avvocato. Quest'ultimo, peraltro, non possedeva la certificazione utile per accedere ai relativi documenti secondo quanto disposto dall'ordinamento interno, non potendo in ogni caso ottenerla nei tempi brevissimi in cui si è svolto l'intero procedimento. Tenuto anche conto che il ricorrente non aveva precedenti penali in Romania, non risulta chiaro se i giudici interni abbiano valutato la credibilità dei documenti avanzati dalle autorità di sicurezza. In ogni caso, risulta evidente come non abbiano valutato la reale esigenza di mantenere secretate tutte le informazioni pertinenti. La conseguente impossibilità del sig. Hassine di difendersi in modo effettivo contro il suo allontanamento ha quindi dato luogo a una violazione dell'art. 1, Prot. 7 Cedu.

La rassegna relativa agli artt. 3-4 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 8-1, Prot. 7 è di C. Danisi.

MARCO BORRACCETTI, FEDERICO FERRI

Corte di giustizia dell'Unione europea

Cessazione dello *status* di rifugiato: protezione nel Paese di origine e supporto economico e sociale offerto da privati

Nel caso *OA* (C-255/19, sentenza del 20.1.2021), la CGUE ha fatto luce sul requisito della protezione nel Paese di origine a fronte del rischio di persecuzione lamentato dal cittadino di Stato terzo in procinto di essere rimpatriato per cessazione dello *status* di rifugiato. OA, cittadino somalo, era stato riconosciuto come rifugiato nel Regno Unito nel 2003.

Nel 2016 il Ministro dell'interno aveva disposto la cessazione dello *status* di rifugiato, sostenendo che con il passare del tempo le condizioni nel Paese di origine erano nettamente migliorate. In particolare, OA non poteva più essere considerato come potenziale vittima di danni gravi e attacchi violenti perpetrati dalle milizie che tempo addietro lo perseguitavano; nello specifico, egli avrebbe potuto beneficiare della protezione offerta da privati, come i familiari e i membri del suo clan di appartenenza, specialmente tramite un supporto di natura economica o sociale. Per il Ministero dell'interno, insomma, se OA fosse rientrato nella città di ultima residenza in Somalia avrebbe avuto la prospettiva di vivere in condizioni al di sopra di ciò che dovrebbe considerarsi accettabile in termini di protezione umanitaria. OA contestava la decisione di cessazione dello *status* di rifugiato, facendo valere il fondato timore di essere perseguitato in caso di ritorno in Somalia. Aggiungeva poi che le autorità statali del suo Paese non sarebbero state in grado di proteggerlo da potenziali danni gravi simili a quelli già subiti. La posizione di OA si fondava soprattutto su una recente valutazione realizzata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR). Il Tribunale superiore, dovendo decidere la controversia tra OA e il Ministero dell'interno, domandava alla CGUE di interpretare la disposizione di diritto UE rilevante nel caso di specie, vale a dire l'art. 11, par. 1, lett. e), della direttiva 2004/83, secondo cui un cittadino di un Paese terzo o un apolide cessa di essere un rifugiato «qualora non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, perché sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello *status* di rifugiato». Detto che la direttiva 2004/83 doveva essere applicata perché il Regno Unito non è vincolato dalla successiva direttiva di rifusione (direttiva 2011/95 o nuova «direttiva qualifiche»), e posto che comunque c'è corrispondenza tra gli artt. 11, par. 1, lett. e) della prima e della seconda, il giudice nazionale voleva in pratica sapere se, sulla base di tale disposizione, vi è simmetria tra il concetto di «protezione» nel Paese di cittadinanza ai fini del riconoscimento e della cessazione dello *status* di rifugiato e se un eventuale sostegno sociale ed economico garantito da soggetti privati all'interessato possa sostituirsi alla protezione statale idonea a fugare il fondato timore di essere perseguitati. La Corte prende spunto

dalla sentenza *Salahadin Abdulla e a.* (C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, sentenza del 2 marzo 2010) e risponde affermativamente alla prima questione: la protezione offerta all'interessato nel Paese di cittadinanza cui fa cenno l'art. 11, par. 1, lett. e), della direttiva 2004/83 è il riflesso del medesimo requisito enunciato all'art. 2, lett. c), riguardante la nota definizione di «rifugiato», letto in combinato disposto con l'art. 7, parr. 1 e 2. Segnatamente, il par. 1 menziona, tra i soggetti che possono offrire protezione, solo lo Stato oppure «partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio». Dunque, la risposta alla seconda questione è negativa, in quanto tra i soggetti che possono proteggere non figurano i privati. Tra l'altro un mero sostegno economico o sociale non sarebbe sufficiente a integrare quanto richiesto dall'art. 7, par. 2, che associa la protezione dei soggetti *ex* par. 1 ad «adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori o danni gravi», cosa che implica l'esistenza, nel Paese di cittadinanza, di «un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, di perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione o danno grave». Di conseguenza, per la Corte un sostegno come quello di cui si discute non può escludere il fondato timore di essere perseguitato nel Paese di cittadinanza, che quindi continuerebbe ragionevolmente a sussistere.

Esclusione dallo *status* di rifugiato di apolide di origine palestinese: valutazione delle circostanze di fatto che hanno portato alla fuga dal Paese di origine

Con la pronuncia *XT* (C-507/19, sentenza del 13.1.2021), la Corte ha offerto criteri interpretativi per comprendere come applicare l'art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/95, ai sensi del quale un cittadino di uno Stato terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato se rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 1D della Convenzione di Ginevra del 1951, relativo alla protezione o assistenza di un organo o di un'Agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati. L'art. 12, par. 1, lett. a) della direttiva qualifiche chiarisce che tale causa di esclusione viene meno quando protezione o assistenza cessano per qualsiasi motivo, senza che la posizione dell'interessato sia stata definitivamente stabilita in conformità delle pertinenti risoluzioni adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Ebbene, nel caso in esame, l'apolide di origine palestinese XT era stato registrato presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei rifugiati palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA), che anche all'epoca dei fatti operava in cinque settori (Striscia di Gaza, Cisgiordania, Giordania, Libano e Siria). XT viveva in Siria, ma durante il conflitto siriano aveva anche soggiornato in Libano; solo che a un certo punto aveva deciso ugualmente di rientrare in Siria per via dell'assenza di un titolo di soggiorno valido e di un rafforzamento, circostanza che avrebbe verosimilmente indotto le autorità libanesi a ricondurre XT nel suo Paese. Dopo poco tempo, XT fuggiva dalla Siria a causa del conflitto e della situazione di forte insicurezza e precarietà. Una volta lasciata la Siria, XT non vi voleva più fare ritorno perché temeva di essere arrestato. Non

riuscendo ad entrare né in Giordania né in Libano, dato che entrambi gli Stati nel frattempo avevano chiuso le frontiere ai rifugiati palestinesi che si trovavano in Siria, XT si era diretto verso l'Europa ed era arrivato in Germania, dove aveva presentato domanda di asilo. Dal momento che le autorità competenti gli avevano riconosciuto lo *status* di beneficiario di protezione sussidiaria, sorgeva un contenzioso che arrivava fino alla Corte amministrativa federale. Questo giudice, per risolvere la controversia portata alla sua attenzione, si rivolgeva alla CGUE per chiederle come interpretare il suddetto art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva qualifiche. Per prima cosa, il giudice *a quo* voleva sapere se, per compiere la verifica in merito all'eventuale cessazione della protezione o dell'assistenza dell'UNRWA, fosse sufficiente considerare la zona operativa di detta Agenzia in cui l'interessato aveva la dimora effettiva al momento della partenza da quel luogo. A questo proposito, la CGUE si rifà alla sentenza *Aletho* (C-585/16, sentenza del 25 luglio del 2018) e propone un'interpretazione teleologica e sistematica dell'art. 12, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/95, che si ispira alla Convenzione di Ginevra e tiene conto anche di altre disposizioni di diritto UE, come l'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/33. La sostanza del ragionamento della Corte è che l'analisi da svolgere deve essere più ampia: è necessario valutare tutti gli elementi pertinenti per concludere se un apolide di origine palestinese come XT si trovasse davvero in uno stato personale di grave insicurezza senza che l'UNRWA potesse effettivamente garantirgli condizioni di vita conformi alla propria missione. Quanto al luogo di protezione/assistenza, la Corte nota che le disposizioni di riferimento della direttiva qualifiche e della Convenzione di Ginevra non indentificano limitazioni di carattere territoriale, come quelle prospettate nel quesito formulato dal giudice del rinvio. Quanto poi all'effettività della protezione/assistenza, la CGUE ritiene che dipenda dalla possibilità per l'interessato di soggiornare in una zona operativa dell'UNRWA in sicurezza, in condizioni di vita dignitose e senza essere esposto al rischio di respingimento nel territorio della sua dimora abituale finché non sia in grado di farvi ritorno in sicurezza. Tuttavia, al netto delle capacità reali dell'UNRWA, se la persona non aveva modo di lasciare il luogo della sua dimora e accedere a uno dei cinque settori della zona operativa dell'Agenzia per cercare protezione/assistenza, ecco che l'effettività di cui sopra svanisce. A giudizio della Corte, possono costituire indicatori utili la sussistenza del diritto di ottenere un titolo di soggiorno, o di legami familiari in uno Stato o in un territorio autonomo di uno dei settori operativi dell'UNRWA; contano poi anche elementi di prassi posti in essere dalle autorità locali. Pertanto, l'autorità competente dello Stato membro che riceve la domanda di asilo di un richiedente come XT, è tenuta a considerare tutti questi elementi, così come gli elementi nuovi emersi, se del caso, dopo la partenza dell'interessato dal luogo in cui si pensava potesse essere protetto o assistito dell'UNRWA. Con il secondo quesito, invece, il giudice tedesco intendeva sapere se l'art. 12, par. 1, lett. a), debba essere interpretato nel senso che la protezione o l'assistenza dell'UNRWA cessa quando un apolide di origine palestinese ha tenuto la stessa condotta di XT, il quale, prima di partire per l'Europa, aveva deciso di spostarsi dal Libano alla

Siria ben sapendo che lì si sarebbe trovato in uno stato personale di grave insicurezza e non avrebbe potuto attendersi un supporto fattivo da parte dell'UNRWA. Facendo valere in particolare il principio dell'effetto utile del diritto UE, la Corte dichiara che è volontario lo spostamento compiuto dall'apolide di origine palestinese che lascia un settore UNRWA in cui non è in pericolo, per dirigersi verso un altro settore UNRWA dove, in base a informazioni concrete e puntuali, non può che prevedere che si troverà in uno stato personale di grave insicurezza. E se lo spostamento dal settore "sicuro" a quello "insicuro" è volontario si può sostenere che, in termini generali, l'interessato non sia stato costretto a lasciare la zona operativa dell'UNRWA considerata nel suo complesso quando si è diretto verso il territorio dell'Unione. In presenza di queste condizioni, la protezione o assistenza dell'UNRWA non può dirsi cessata. La Corte, facendo leva sulle informazioni a disposizione, dubita che l'allontanamento di XT dal Libano (e, per l'effetto, dall'intera zona operativa UNRWA) sia stato volontario, ma conclude che la valutazione definitiva compete al giudice del rinvio. Questi, naturalmente, dovrà accertare le circostanze di fatto eseguendo un accertamento individuale che copra tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui al procedimento principale.

Ricorso contro decisione di trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato membro competente: garanzie procedurali

Nel caso *H.A.* (CGUE, C-194/19, sentenza del 15.4.2021) sono state esaminate alcune garanzie procedurali del richiedente asilo che abbia deciso di contestare una decisione di trasferimento verso lo Stato membro competente e disposto prendere in carico l'interessato. H.A., richiedente asilo in Belgio, si era opposto a un simile provvedimento, cercando di fare valere circostanze sopravvenute che, a suo dire, avrebbero giustificato la sua permanenza in territorio belga. Ciononostante, la sua difesa non era stata accolta: si riteneva che nessuna circostanza successiva potesse essere legittimamente invocata per ottenere la revisione del provvedimento contestato. Nel corso del procedimento veniva da ultimo attivato il Consiglio di Stato, che si rivolgeva alla CGUE per sapere se l'art. 27, par. 1, del regolamento 604/2013 («Dublino III»), letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, ammette che una normativa nazionale per la quale il giudice investito di un ricorso di annullamento contro una decisione di trasferimento non può, durante l'esame del ricorso, tenere conto di circostanze successive all'adozione della decisione impugnata. La Corte isola la disposizione da interpretare, che dispone quanto segue: «Il richiedente (...) ha diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento, o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale». Nel proprio ragionamento sottolinea che il citato art. 27, par. 1, deve tendere all'obiettivo prefigurato dal considerando 19, cioè la protezione efficace dei diritti degli interessati. Ciò implica, anche in funzione del diritto fondamentale a un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta, che le circostanze successive devono potere essere portate all'attenzione dell'organo giudicante laddove si contesti una

decisione che dispone il trasferimento dell'interessato verso altro Stato membro; ciò, tuttavia, solo qualora le circostanze sopravvenute siano determinanti ai fini della corretta applicazione del regolamento. Inoltre, si sottolinea come non sia obbligatorio che la valutazione di queste circostanze sia realizzata già in sede di esame del ricorso che consente di contestare la legittimità della decisione di trasferimento, in quanto è sufficiente che il diritto interno preveda un mezzo di ricorso specifico. Resta inteso che il rimedio eventuale di cui trattasi deve pur sempre essere effettivo. In particolare, esso deve innanzitutto essere esperibile a seguito del verificarsi delle suddette circostanze e che i risultati prodotti sono da considerarsi vincolanti per le autorità competenti; occorre altresì che possa essere messo in funzione senza che la libertà del ricorrente venga compressa e indipendentemente dall'imminenza dell'esecuzione della decisione di trasferimento verso lo Stato membro competente.

Allontanamento di minori non accompagnati: garanzie a tutela dell'interesse superiore del minore

Il caso *TQ* (C-441/19, 14.1.2021) pone la CGUE di fronte all'esigenza di interpretare varie disposizioni della direttiva 2008/115 (direttiva rimpatri) alla luce dell'interesse superiore del minore. La vicenda alla base del rinvio pregiudiziale traeva origine dalla situazione di incertezza in cui versava TQ, cittadino straniero che non aveva i requisiti per beneficiare di uno *status* di protezione internazionale nei Paesi Bassi. Il problema di fondo era che TQ all'epoca della presentazione della domanda aveva da poco compiuto 15 anni e non era accompagnato; anzi, sosteneva di non sapere nulla della sua famiglia di origine e di non avere altri contatti al di là dei membri della famiglia di affidamento nei Pesi Bassi. Nel giudizio che TQ aveva instaurato per contestare la decisione che gli imponeva la partenza entro quattro settimane il giudice nutriva alcuni dubbi circa la compatibilità della normativa nazionale applicabile con la direttiva rimpatri, interpretata in considerazione di disposizioni della Carta dei diritti fondamentali a presidio dell'interesse superiore del minore. La CGUE, interpellata da tale giudice, si è quindi trovata a risolvere tre questioni chiave. Riguardo alla prima, la Corte chiarisce che una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato potrà essere adottata solo dopo che lo Stato membro interessato abbia accertato che nello Stato di rimpatrio sia disponibile «un'accoglienza adeguata» per il minore. La Corte giunge a questa conclusione perché, se è vero che l'art. 6, par. 1, della direttiva prevede che gli Stati membri adottino una decisione di rimpatrio contro il cittadino di Paese terzo che stia soggiornando irregolarmente, l'art. 5, lett. a) – rafforzato dall'art. 24, par. 2, della Carta –, prescrive che nell'attuazione della direttiva l'interesse superiore del bambino sia sempre tenuto in debita considerazione. Ora, dal momento che un quindicenne come TQ, è da considerarsi minore, e dunque bambino, in virtù di quanto disposto dall'art. 2, lett. d), della direttiva 2013/33, è chiaro che le autorità olandesi devono assicurarsi che il suo interesse superiore sia rispettato quando viene attuata la direttiva 2008/115. E allora, di fronte alla

prospettiva di un rimpatrio, per la Corte l'interesse superiore del minore (specie se non accompagnato) può essere soddisfatto solo se le autorità coinvolte nella procedura compiono un esame generale ed approfondito della situazione del soggetto. Ma per essere conforme al diritto dell'Unione, la valutazione deve avere ad oggetto anche la sussistenza o meno di un'accoglienza adeguata del minore nello Stato di rimpatrio. La seconda questione discende da una distinzione operata dalla normativa nazionale applicabile alla fattispecie: in mancanza dei presupposti per il riconoscimento di uno *status* di protezione internazionale al minore, la valutazione circa l'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio è richiesta solo se l'interessato aveva meno di 15 anni al momento della presentazione della domanda (poi rigettata) di asilo o di protezione sussidiaria. La Corte, tuttavia, nega che una distinzione di questo tipo possa essere in linea con le predette norme di diritto dell'Unione derivato e primario: la valutazione che le autorità nazionali competenti dovranno svolgere non può dipendere da un criterio automatico, come previsto dalla normativa olandese, ma sarà è necessario compiere un esame accurato del caso in questione. Passando alla terza questione, la Corte fa presente che se le autorità competenti accertano che nello Stato di rimpatrio il minore non accompagnato potrà godere di un'assistenza adeguata, la decisione di rimpatrio dovrà essere eseguita. L'art. 8, par. 1, della direttiva 2008/115, d'altronde, specifica che se l'interessato non lascia il territorio dello Stato membro entro il termine assegnatogli, dovranno essere adottare tutte le misure necessarie per dare corso alla decisione di rimpatrio.

Visti per soggiorni superiori a 90 giorni: impugnazione a fronte di decisione di diniego

Nel caso *M.A.* (CGUE, C-949/19, sentenza del 10.3.2021), la Corte ha fornito utili ragguagli sui rimedi giurisdizionali applicabili alle decisioni di diniego a seguito di domande con le quali il cittadino di Stato terzo chiedeva il rilascio di un visto per soggiorni di lunga durata. Nello specifico, M.A., ricorreva alla giurisdizione polacca per impugnare il provvedimento consolare di rigetto della propria richiesta di visto per soggiorno di lunga durata al fine di effettuare studi di secondo ciclo in Polonia. Tuttavia, il Tribunale amministrativo adito aveva statuito che la decisione contestata non avrebbe potuto essere oggetto di sindacato giurisdizionale, anche sulla scorta della sentenza *El Hassani* (CGUE, C-403/16, sentenza del 13 dicembre 2017), che però riguardava richieste di soggiorni di breve durata. Alla fine dell'iter giudiziario, veniva investita della questione la Corte suprema amministrativa polacca, che rivolgeva apposito quesito alla CGUE. La Corte nota dapprima che il giudice *a quo* si è focalizzato su una disposizione errata per risolvere il suo dubbio: questi, infatti, aveva fatto leva sull'art. 21, par. 2 *bis*, della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985 (CAAS), disposizione che – tuttavia - concerne esclusivamente i cittadini di Stati terzi che siano titolari di un visto per soggiorni di lunga durata. La Corte, allora, individua come riferimento normativo per il caso in esame l'art. 34, par. 5, della direttiva 2016/801, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendano

rimanere nel territorio di uno Stato membro per più di 90 giorni per realizzare determinate esperienze di educazione e formazione, tra cui figurano le ragioni di studio. La disposizione menzionata dalla CGUE fa presente, tra le altre cose, che se la richiesta dell'interessato viene rigettata, deve essere possibile impugnarla conformemente al diritto nazionale. Fermo restando che il giudice del rinvio dovrà valutare se la fattispecie ricade nel campo di applicazione della direttiva 2016/801, la CGUE conferma che ciascuno Stato membro è libero di stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento. Al tempo stesso, una simile libertà di azione non può autorizzare l'individuazione di modalità meno favorevoli per l'interessato (rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno) o tali da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. Inoltre, le caratteristiche della procedura di ricorso di cui all'articolo 34, paragrafo 5, della direttiva 2016/801 devono essere determinate conformemente all'articolo 47 della Carta.

Anche nel caso *Migrationsverket* (C-193/19, sentenza del 4.3.2021) è stata considerata la CAAS. Questa volta l'attenzione è stata concentrata sul tema dei motivi ostativi al ricongiungimento familiare. Le autorità svedesi avevano negato la proroga del soggiorno temporaneo ad A, cittadino gambiano che aveva potuto raggiungere la moglie svedese a seguito di ricongiungimento familiare. Il rigetto della richiesta di proroga del soggiorno era stato deciso perché A, durante un periodo di tempo trascorso in Norvegia, era stato inserito dalle autorità locali nel Sistema d'informazione Schengen (SIS), ai fini della non ammissione nello spazio Schengen. Inoltre, non era stato possibile risalire alla sua identità da documenti di viaggio validi. Nel procedimento instaurato da A sorgeva dunque la necessità di interpretare l'art. 25, par. 1, CAAS, per capire se la normativa svedese applicabile fosse ad esso conforme. In effetti, in forza del diritto interno A avrebbe potuto beneficiare della proroga di soggiorno richiesta per motivi connessi al ricongiungimento familiare, nonostante fosse stato segnalato al SIS. Invece, la formulazione dell'art. 25, par. 1, CAAS sembra più rigida, in quanto si prevede che un cittadino di Stato terzo nella situazione di A possa mantenere il suo titolo di soggiorno in uno Stato Schengen solo «per motivi seri, in particolare umanitari o in conseguenza di obblighi internazionali» e sempre che siano considerati gli interessi dello Stato che ha effettuato la segnalazione nel SIS. La CGUE, chiamata a pronunciarsi sul punto, interpreta in maniera estensiva l'art. 25, par. 1, CAAS. Conclude che i motivi indicati non costituiscono un elenco chiuso e che il ricongiungimento familiare può integrare un motivo serio idoneo a giustificare la concessione di una proroga del titolo di soggiorno, malgrado l'interessato sia stato segnalato nel SIS per impedire la sua ammissione entro lo spazio Schengen e sebbene non lo si possa identificare correttamente tramite documento di viaggio valido. Pertanto, la normativa svedese in base alla quale è consentito accordare un trattamento garantistico a chi si trovi nelle condizioni di A può trovare applicazione, a patto che prima di concedere la proroga del titolo di soggiorno siano tenuti

in conto anche gli interessi della Norvegia, le cui autorità dovranno essere appositamente consultate.

JACOPO DI GIOVANNI, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

Alcune decisioni emesse nel primo quadrimestre del 2021 sono prese in considerazione nella *Rassegna* di questo numero. Abbiamo registrato un paio di interessanti ordinanze in materia di respingimenti caratterizzati dall'emergenza pandemica, che rappresentano una novità nel consueto panorama giurisprudenziale di merito:
una relativa alla illegittimità del respingimento differito dopo il trattenimento informale sulla c.d. «nave quarantena» (tema di cui ci occupiamo con due saggi in altra parte della *Rivista*) e le altre relative al respingimento immediato di alcuni cittadini domenicani che, pur titolari di permesso di soggiorno, si sono visti negare l'ingresso all'aeroporto di Malpensa a causa delle misure di prevenzione antipandemiche.
Seguirà la consueta analisi di alcuni provvedimenti in tema di espulsioni amministrative, inerenti taluni profili sostanziali e procedurali, e, a seguire, la panoramica giurisprudenziale sui trattenimenti.

RESPINGIMENTI

Respingimento differito

Un migrante sbarcato a Lampedusa il 18.9.2020 veniva attinto da decreto di respingimento *ex* art. 10, co. 2, d.lgs. 286/98 il successivo 9 ottobre, dopo essere stato sottoposto a quarantena precauzionale. Pacifico che il provvedimento ablativo sia stato disposto dopo 21 giorni dalla sua ammissione sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso. Il Giudice di pace di Bari (23.2.2021), chiamato a decidere circa la legittimità di tale atto, ne ha disposto l'annullamento a seguito di corretta disamina dei presupposti legittimanti i respingimenti rispetto alle espulsioni, anche in considerazione delle diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento. Premesso che il respingimento immediato avviene *in limine*, senza che lo straniero faccia ingresso sul t.n., criterio distintivo tra respingimento differito nel tempo ed espulsione consiste nel fatto che il primo dev'essere adottato entro un tempo ragionevole dal rintraccio dello straniero, potendosi configurare, in caso contrario, uno sviamento di potere, dovendo l'amministrazione adottare un decreto espulsivo. Ad avviso del giudice, trattandosi di provvedimenti incidenti sulla libertà personale, occorre esigere una rigorosa applicazione dei presupposti, sicché se un provvedimento ablativo deve essere adottato a distanza di oltre venti giorni dall'ingresso dello straniero in Italia – anche se motivato da esigenze di pubblico soccorso (o meglio da esigenze di tutela sanitaria) – viene meno il «potere di respingere» e subentra quello di «espellere». La questione non è meramente formale, al contrario è gravida di conseguenze concrete assai rilevanti se solo si pone mente al fatto che nel nostro ordinamento le garanzie previste dalla Direttiva

115/2008/UE si applicano alle espulsioni amministrative ma non ai respingimenti. Opinando diversamente, cioè non individuando un chiaro confine temporale tra potere di respingere e potere di espellere, si lascerebbe all'Amministrazione di pubblica sicurezza mano libera nella scelta di quale provvedimento adottare, in una materia soggetta alla riserva di legge.

Respingimento immediato: giurisdizione e competenza

La polizia di frontiera di Malpensa lo scorso 20 luglio ha emesso una serie di respingimenti immediati alla frontiera (*ex* art. 10. co. 2, d.lgs. 286/98) nei confronti di alcuni cittadini domenicani, stante il divieto di ingresso in Italia per gli stranieri provenienti dalla Repubblica dominicana disposto dal Ministero della salute con ordinanza 16.7.2020 volta a contrastare l'emergenza pandemica. Avverso tali provvedimenti amministrativi sono stati proposti altrettanti ricorsi alla sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale di Milano, per alcuni dei quali è pervenuta la decisione.

Il caso oggetto dell'ordinanza del predetto Tribunale resa in data 17 aprile 2021 riguardava un nucleo familiare di cui la donna era titolare di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, il coniuge di permesso di soggiorno in corso di validità per lavoro subordinato, mentre il figlio minore, nato in Italia, era titolare di permesso di soggiorno per motivi familiari: la famiglia rientrava in Italia dopo un periodo di vacanza nel Paese di origine. Appena sbarcati a Malpensa, si sono visti notificare il provvedimento di respingimento immediato e, dopo essere stati trattenuti di fatto per quattro giorni nell'area aeroportuale di transito, sono stati imbarcati su un volo di ritorno nella Repubblica dominicana. Costoro proponevano ricorso lamentando plurime violazioni che, per ragioni di spazio, non è possibile riportare compiutamente in questa sede e per le quali si rimanda alla lettura del provvedimento in commento. In estrema sintesi, i ricorrenti deducevano l'illegittimità del respingimento immediato sulla base dell'art. 6 Codice frontiere Schengen (che riconosce il diritto del titolare di permesso di soggiorno di raggiungere lo Stato che quel titolo di soggiorno ha rilasciato); della Direttiva 2011/82/UE (che legittima il titolare di permesso unico lavoro a fare ingresso nel territorio dello Stato emittente); dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (non avendo ricevuto alcuna informativa dal MAE sulle limitazioni all'ingresso sul T.N.); degli artt. 8 e 4, co. 2, d.lgs. 286/98 (che consentono il rientro nel T.N. dello straniero regolarmente soggiornante, previa esibizione dei documenti previsti); degli artt. 8 CEDU e 29 Cost. (in conseguenza della forzosa separazione dai loro parenti residenti in Italia nonché dell'impossibilità di riprendere l'attività lavorativa e le proprie abitudini di vita); e, in ogni caso, la violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità nell'adozione delle misure restrittive della libertà di circolazione – come disposte dall'art. 1, co. 3, del d.l. 33/2020 – avendo riservato l'ordinanza del Ministero della salute 16.7.2020 un trattamento deteriore ai cittadini extracomunitari rispetto ai comunitari provenienti o transitati dalle medesime zone ad alto rischio epidemiologico. Più delle conclusioni cui è giunto il Tribunale nel merito della vicenda, in termini

di carenza d'interesse ad agire perché – all'atto del deposito del ricorso – non erano più in vigore gli effetti della citata ordinanza del Ministero della salute in ragione del d.p.c.m. 13 ottobre 2020, e delle proroghe di validità dei titoli di soggiorno eventualmente scaduti che si sono susseguite nel tempo, che saranno eventualmente oggetto d'impugnazione, preme in questa sede porre la nostra attenzione sulla sussistenza della giurisdizione ordinaria e sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di respingimenti immediati. Infatti, l'Avvocatura erariale aveva eccepito il difetto di giurisdizione del Tribunale adito, ritenendo competente il giudice amministrativo, non incidendo l'atto opposto su diritti soggettivi essendo il respingimento immediato privo delle caratteristiche di afflittività e compressione dei diritti proprie del respingimento differito (si rammenta che nella seconda fattispecie opera un divieto di reingresso, al pari delle espulsioni, la cui violazione è sanzionata penalmente, e che la competenza del Giudice di pace a conoscere delle relative controversie è prevista dalla legge).

Tale tesi non è stata condivisa dal Tribunale adito che, riprendendo quanto sostenuto nei ricorsi introduttivi, incentra la motivazione sulla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 15115/2013 che riconobbe la giurisdizione del giudice ordinario in materia di respingimenti, superando così definitivamente l'annosa questione che vide contrapposti Tar e Giudici di pace per alcuni anni. Tuttavia, mentre, a seguito della novella di cui alla l. 132/2018, il legislatore ha disciplinato la competenza a conoscere dei respingimenti differiti in capo al giudice ordinario (tramite l'introduzione del co. 2-*bis* nell'art. 10, d.lgs. 286/98), nulla ha stabilito per i respingimenti immediati, sicché debbono trovare applicazione i principi dalla citata sentenza delle Sezioni Unite. In assenza di una norma derogatrice che attribuisca la competenza ai Giudici di pace (come per le controversie relative alle espulsioni prefettizie e ai respingimenti differiti) la competenza non può che essere del Tribunale «*dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9, c.p.c.*».

Con riferimento alla tesi dell'Avvocatura erariale, il Tribunale afferma che se è vero che il respingimento immediato non implica – di per sé – una privazione dei diritti fondamentali, risolvendosi in una limitazione della libertà di circolazione, «*può, tuttavia accadere che, dopo avere ricevuto la notifica del respingimento, lo straniero si trovi a dover permanere, su disposizione della polizia di frontiera, all'interno di appositi locali di attesa della zona di transito del valico di frontiera, fintantoché la compagnia aerea o di navigazione non sia effettivamente pronta ad eseguire il suo trasferimento nello Stato di partenza, rimanendo così bloccato per giorni sotto la costante sorveglianza delle forze di polizia, configurando tale situazione un'ipotesi di privazione di fatto della libertà personale*». A tal proposito, merita osservare come non sia solo la illegittima privazione della libertà personale nelle zone di transito ad interferire con diritti soggettivi, perché se così fosse, significherebbe che ove tale privazione non si verificasse – in ragione dell'immediata disponibilità del vettore a ricondurre lo straniero respinto nel Paese di provenienza – la posizione soggettiva del respinto degraderebbe ad interesse legittimo. Così non è, infatti proprio la citata

sentenza 15115/201 stabilì che «*il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, TU) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale ...*». È l'accertamento negativo dei presupposti legittimanti il diritto d'asilo a qualificare in termini di diritto soggettivo la posizione giuridica del respinto alla frontiera, oltre alle numerose violazioni di legge poste a fondamento del ricorso introduttivo e dianzi ricapitolate in sintesi.

La circostanza, tanto eventuale quanto assai ricorrente nella prassi, del trattenimento *sine titulo* dello straniero respinto nelle zone di transito, è del tutto accessoria rispetto al decreto questorile di respingimento immediato, cionondimeno, la sua illiceità rileva sotto il diverso profilo della privazione di fatto della libertà personale di per sé idonea sia all'azione risarcitoria per fatto illecito, che alla denuncia del rilevante *vulnus* costituzionale di tale prassi con riferimento all'art. 13 Cost.

ESPULSIONI

Espulsione e detenzione carceraria

È legittimo espellere in via amministrativa per soggiorno illegale un cittadino di Paese terzo, coattivamente condotto in Italia a seguito di mandato di arresto europeo, all'atto della sua scarcerazione per fine pena? Di questa interessante questione si è occupata Cass. civ. sez. I, sent. n. 5521/2021, pubblicata in data 1.3.2021 con una decisione innovativa che, come vedremo, va oltre il quesito iniziale.

Il caso di specie riguardava uno straniero che, dopo quattro anni di detenzione in Italia in esecuzione di mandato d'arresto europeo, era stato attinto da decreto prefettizio di espulsione perché illegalmente presente sul territorio nazionale. La I^ sezione civile della Corte suprema, con ordinanza camerale interlocutoria, disponeva la trattazione della causa in pubblica udienza al fine di valutare l'eventuale incidenza portata da Cass. civ. sez. I, ord. n. 270/2020 su una fattispecie analoga. In effetti, il precedente arresto giurisprudenziale aveva statuito che l'ipotesi di cui all'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 presuppone «*un atto volontario del soggetto interessato che, pur conscio dei suoi doveri, rimane sul territorio nazionale senza formulare tempestiva richiesta di permesso di soggiorno; l'esistenza di tale atto volontario ... è tuttavia da escludere se lo straniero si sia forzosamente trattenuto a seguito di provvedimenti restrittivi emessi nei suoi confronti*».

Ad avviso di chi scrive è opportuno precisare che il caso in esame è diverso da quello dello straniero che, essendo detenuto in Italia senza esservi stato condotto coattivamente da un altro Paese, omette di chiedere il rilascio/rinnovo del titolo di soggiorno: in tali ipotesi, invero, la giurisprudenza prevalente (pur citata nella sentenza in commento) ritiene che lo stato di detenzione non costituisce causa di forza maggiore, sicché lo straniero detenuto è tenuto a chiedere

nei termini di legge il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno tramite la direzione dell'Istituto penitenziario in cui si trova ristretto.

La Corte, tuttavia, osserva che nella ricostruzione offerta dalla citata interpretazione «*il fatto che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato abbia, o meno, causa diretta in una coazione esterna si manifesta come causa del tutto accidentale, in se stessa del tutto irrilevante*» il che, però «*contrasta in modo frontale con l'idea che la richiesta di permesso di soggiorno – di poter permanere, cioè, nel territorio italiano – risponda ad una scelta propria del richiedente, quale frutto di un suo libero processo di autodeterminazione*». A sostegno di tale importante rilievo, la Corte pone l'accento sulla «sfumatura lessicale» del testo dell'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98, laddove la condotta rilevante consiste nel fatto che lo straniero «*si è trattenuto*» nel territorio dello Stato, «*che delinea una prospettiva radicalmente diversa da quella che sarebbe seguita all'adozione di una formula imperniata sul mero fatto oggettivo della permanenza o del trattenimento dello straniero sul territorio italiano*». Inoltre, al fine di contrastare l'opinione per cui la detenzione costituisce una circostanza irrilevante ai fini dell'emissione di questa tipologia di espulsione, la Corte acutamente osserva che la domanda di rinnovo del permesso di soggiorno deve essere inoltrata entro sessanta giorni dalla scadenza del precedente permesso, anche nell'ipotesi in cui la scarcerazione sia prevista per un periodo successivo a tale termine, il che sarebbe, all'evidenza, privo di qualsiasi utilità, posto che la permanenza dello straniero *medio tempore* è causata da una coazione esterna. Nè sarebbe ragionevole costringere gli stranieri detenuti a presentare richieste di permesso di soggiorno, «ora per allora», a futura memoria.

La conclusione è dirompente: poiché la disposizione di cui all'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98 viene in rilievo dal momento in cui termina la detenzione, consegue che lo straniero possa presentare la richiesta di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno entro i termini normativamente previsti successivi alla cessazione della misura restrittiva e, dunque, che il decreto di espulsione amministrativa possa essere disposto legittimamente una volta decorso inutilmente detto termine. È importate evidenziare la portata innovativa di tale decisione che, a ben vedere, non si limita a considerare l'ipotesi dello straniero che viene condotto forzosamente in Italia al fine di essere detenuto, ma estende il suo raggio applicativo a tutti gli stranieri detenuti privi di titolo di soggiorno o con il permesso in scadenza in pendenza della detenzione, superando così l'orientamento giurisprudenziale maggioritario imperniato sulla irrilevanza della detenzione quale causa di forza maggiore per il mancato rispetto dei termini per il rilascio/rinnovo dei permessi di soggiorno.

Espulsione a seguito di riammissione ai sensi del Regolamento UE n. 604/2013

Il Giudice di legittimità non perviene a conclusioni analoghe a quelle del commento che precede, nell'ipotesi di straniero riammesso in Italia da parte delle autorità del Belgio ai sensi del c.d.

«Regolamento Dublino», attinto da decreto espulsivo per irregolarità del soggiorno lo stesso giorno della riammissione alla frontiera di Fiumicino.
Parte ricorrente si doleva che il Giudice di pace avesse respinto la sua opposizione ritenendo sussistente l'ipotesi di cui alla lett. a) dell'art. 13, co. 2, d.lgs. 286/98 – ingresso illegale, sottraendosi ai controlli di frontiera – nonostante l'espulsione fosse stata disposta ai sensi della lettera b) – trattenimento irregolare nel territorio dello Stato. Cass. civ. sez. I, ord. n. 10413/2021, pubblicata il 20.4.2021, respinge il ricorso rilevando come il giudice del merito avesse in motivazione dato atto che l'interessata avesse in precedenza avanzato domanda di protezione internazionale respinta sia dalla competente Commissione territoriale che in sede giurisdizionale, senza proporre ulteriore gravame, e che il permesso di soggiorno per attesa asilo fosse scaduto da lungo tempo, e, quindi, rilevava come in sostanza la motivazione fosse correttamente incentrata rispetto alla violazione indicata dalla PA nel decreto espulsivo. La questione, in realtà più rilevante, circa la legittimità di un decreto espulsivo adottato contestualmente ad una riammissione forzata da altro Stato membro, senza nemmeno la concessione del termine per il volontario esodo, non è stata oggetto d'impugnazione. Le considerazioni sulla necessaria volontarietà dell'ingresso e del conseguente soggiorno in Italia del richiedente "dublinato" non sono state considerate, nonostante l'ovvia osservazione che il ricorrente non avrebbe potuto fisicamente sottrarsi dallo sbarco all'aeroporto di Fiumicino, in una condizione di obiettiva forza maggiore.

Espulsione per mancato rinnovo del permesso di soggiorno

Il Ministero dell'interno ha impugnato la decisione con la quale un Giudice di pace ha annullato un decreto di espulsione disposto a causa del mancato rinnovo, in termini, del permesso di soggiorno sul presupposto che il mero ritardo nella presentazione dell'istanza non costituisce ragione sufficiente per il suo diniego.
Cass. civ. sez. I, ord. 1496/2021, depositata il 25.1.2021, ha accolto il ricorso sul pacifico presupposto della natura obbligatoria e vincolata del decreto espulsivo che obbliga il giudice a controllare la corrispondenza della fattispecie astratta al caso concreto: nella specie l'omesso rinnovo del permesso di soggiorno, in assenza di cause di giustificazione.
Vero è che la giurisprudenza statuì il principio – tuttora valido – secondo cui «*la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine ... non consente l'espulsione automatica dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti ... mentre la sua tardiva presentazione potrà costituire solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva in cui versa l'interessato*» (Cass. civ. SU, 20.5.2003, n. 7892), tuttavia, tale principio presuppone che la domanda di rinnovo del titolo di soggiorno sia stata, ancorché tardivamente, effettivamente presentata prima dell'adozione del decreto di espulsione.

Irrilevanza dei legami familiari nei casi di espulsione disposta per inottemperanza a pregresso ordine di allontanamento

È noto che l'art. 13, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98 prescrive che nel disporre l'espulsione per motivi di ingresso o soggiorno irregolare (*ex* art. 13, lett. a) e b), d.lgs. 286/98) nei confronti dello straniero che ha esercitato il ricongiungimento familiare, ovvero dello straniero ricongiunto, l'Amministrazione debba tenere conto anche dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine, al fine di bilanciare l'interesse pubblico all'allontanamento dello straniero in posizione di irregolarità amministrativa con le esigenze di tutela dell'unità familiare.

Secondo Cass. civ. sez. I, ord. n. 10414/2021, pubblicata il 20.4.2021, tale bilanciamento non deve essere effettuato nella diversa ipotesi in cui l'espulsione venga disposta – ai sensi dell'art. 14, co. 5-*ter*, d.lgs. 286/98 – in conseguenza della pregressa inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento disposto dal questore ai sensi dell'art. 14, co. 5-*bis*, d.lgs. cit., in occasione di una precedente espulsione, posto che tale bilanciamento non è previsto dall'art. 14, a differenza da quanto preveduto dall'art. 13.

Al di là del dato letterale delle norme citate, pare di capire che la violazione – anche reiterata – di precedenti ordini di allontanamento, giustifichi un trattamento più rigoroso.

L'approdo non pare condivisibile se solo si rammenta la motivazione della sentenza 202/2013 della Corte costituzionale i cui principi, per costante giurisprudenza della Cassazione, si applicano anche all'art. 13, co. 2-*bis* cit. (*ex multis* Corte Cass. sent. n. 15362 del 22.7.2015; ord. n. 23957 del 2.10.2018; ord. n. 781 del 15.1.2019) ove si legge che «*la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed 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. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari*». Inoltre la Corte rammenta che l'art. 8 CEDU esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale.

É pertanto auspicabile un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14, co. 5-*ter*, d.lgs. 286/98 che imponga il descritto bilanciamento pure nei confronti di chi, anche

reiteratamente, si è reso inottemperante a precedenti ordini questorili, proprio in ragione dell'elevata tutela che il diritto all'unità familiare riceve a livello convenzionale e costituzionale.

Necessaria corrispondenza tra motivo dell'espulsione e provvedimento del giudice

È annullata la decisione del Giudice di pace che respinge l'impugnazione avverso il decreto prefettizio di espulsione, basando la sua decisione su un motivo di espulsione diverso da quello considerato nel decreto. Nella specie, a fronte di un'espulsione disposta per ingresso illegale, *ex* art. 13, co. 2, lett. a), d.lgs. 286/98, il Giudice di pace l'ha confermata ritenendo il ricorrente appartenente alle categorie di persone socialmente pericolose richiamate dall'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98. Ribadisce tale consolidato principio Cass. civ. sez. I, ord. 9444/2021, pubblicata in data 9.4.2021, con ampio richiamo giurisprudenziale, a riprova della ricorrente perseveranza di tale errore di diritto. Occorre pertanto ribadire che è inibito al Giudice di pace integrare o correggere la motivazione dell'atto opposto.

Irrilevanza della mancata presentazione del ricorrente in udienza

É principio costantemente affermato dalla Corte di cassazione che «*Nel giudizio di opposizione al decreto di espulsione di straniero, proposta nelle forme di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998, la mancata comparizione dell'opponente non comporta alcun provvedimento di tipo sanzionatorio sul piano processuale, dovendo, pertanto, in tal caso, il giudice adito, verificata la ritualità degli atti finalizzati a consentire la comparizione stessa, pronunciarsi comunque sul merito della impugnativa proposta*» (Cass. n. 20894/2010; Cass. 27392/2006; Cass. n. 6061/2019). Tale principio è stato recentemente riaffermato da Cass. civ., sez.I, ord. n. 1345/2021, pubblicata il 22.1.2021, che ha annullato un'ordinanza di un Giudice di pace che aveva respinto il ricorso, senza entrare nel merito dello stesso, sulla base della mancata comparizione della parte e, quindi, con una motivazione risolventesi in una adesione stereotipata a quella del decreto espulsivo.

Sulla competenza delle sezioni specializzate per l'immigrazione a conoscere della legittimità delle espulsioni amministrative disposte in pendenza di procedimenti inerenti il diritto all'unità familiare

L'art. 1, d.l. 241/2004, convertito con modificazioni dalla l. 271/2004, nel prevedere al comma secondo la sostituzione della competenza del Tribunale in composizione monocratica prevista dall'art. 13, co. 8, d.lgs. 286/1998 con quella del Giudice di pace, stabilisce al comma 2-*bis* che «rimane ferma la competenza del Tribunale in composizione monocratica e del Tribunale per i minorenni ai sensi del comma 6 dell'art. 30 e del comma 3 dell'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni», aggiungendo che «in pendenza di un giudizio riguardante le materie sopra citate, i provvedimenti di convalida di cui agli artt. 13 e 14 dello stesso decreto legislativo e l'esame dei relativi ricorsi sono di competenza del Tribunale in composizione

monocratica». L'attribuzione di tale competenza, non modificata dal d.lgs. 150/2011, e nemmeno dal decreto Minniti del 2017, è stata più volte confermata dalla giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass, civ, sez. VI, ord. 16075 pubblicata il 14.6.2019; Cass., sez. VI, 13.7.2018, n. 18622; Cass., sez. I, 18.6.2010, n. 14849). Pertanto, provata la pendenza di un giudizio inerente l'art. 31, co. 3, ovvero l'art. 30, co. 6 cit. sussiste la competenza del Tribunale a conoscere della legittimità del decreto espulsivo ed alla convalida dei provvedimenti di trattenimento e accompagnamento.

Ma è competente la sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale in cui ha sede la Corte d'appello?

Secondo logica sì, invece, Cass. civ. sez. VI, ord. 5111/2021, pubblicata il 25.2.2021, evidenzia che l'art. 3, d.l. 13/2017 non ricomprende nell'elenco delle materie di competenza della sezione specializzata le controversie sulle espulsioni di cittadini extraUE, e conseguentemente «*in adesione al criterio di collegamento territoriale con il luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione*» è competente il Tribunale in cui ha sede la prefettura che ha disposto l'espulsione, a prescindere dall'esistenza della sezione specializzata. Si tratta di una soluzione forse corretta sul piano formale che, tuttavia, non convince perché è in aperta contraddizione con la *ratio* sottesa alla istituzione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione. È, invero, assai verosimile che il legislatore del 2017, nel definire la competenza per materia delle predette sezioni non abbia considerato il caso in questione, peraltro poco noto in ragione della risalenza nel tempo di questa previsione derogatoria rispetto alla competenza ordinaria dell'Ufficio del Giudice di pace. Ma la questione potrebbe rivelare profili d'interesse anche sotto l'aspetto dell'effettività della tutela giurisdizionale: infatti, lo straniero attinto da un decreto di espulsione in pendenza di una causa in materia di unità familiare, radicata necessariamente presso la sezione specializzata del Tribunale in cui ha sede la Corte d'appello, vedrebbe decisa la controversia relativa all'espulsione da un diverso Tribunale (privo di sezione specializzata) solo sulla base del collegamento territoriale con la sede della prefettura, nella sola ipotesi in cui questa non coincida con la Provincia in cui ha sede la sezione specializzata.

Forse si potrebbe superare questa distonia applicando l'art. 3, co. 3, d.l. 13/17, che attribuisce la competenza delle sezioni specializzate anche per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli per i quali è prevista la competenza per materia di tali sezioni, come, appunto, la materia dell'unità familiare.

TRATTENIMENTO

Garanzie processuali e termini massimi di trattenimento del richiedente asilo. Rapporti tra il trattenimento pre-espulsivo e il trattenimento del richiedente asilo

Il 2021 si è aperto con due importanti pronunce della Corte di cassazione, intervenute a chiarire due aspetti delle garanzie processuali del trattenimento del richiedente asilo.

Con la sentenza sez. I 3.2.2021 n. 2457 la Corte ha affermato che, quando il questore disponga il trattenimento del cittadino straniero che abbia già presentato domanda di protezione internazionale, non si applica il disposto dell'art. 6, comma 5, ultimo periodo, del d.lgs. 142/2015, che prevede solo per il caso di richieste di protezione internazionale presentate in corso di trattenimento la durata massima del trattenimento in sessanta giorni, bensì l'art. 14 del d.lgs. 286/1998, al quale l'art. 6 citato rimanda in quanto applicabile, che prevede la durata massima del trattenimento in trenta giorni.

La Corte ha chiarito che anche qualora il trattenimento sia stato inizialmente convalidato per un periodo maggiore di quello consentito dalla legge, la tempestività della richiesta di proroga deve essere valutata in relazione alla scadenza del termine massimo previsto dalla legge e non alla maggior durata inizialmente convalidata per errore; la Corte ha altresì chiarito che tale verifica non è preclusa dalla mancata impugnazione della convalida o della proroga anteriore.

Con sentenza sez. I 3.2.2021 n. 2458 la Corte ha affermato che il trattenimento del cittadino straniero che abbia presentato domanda di protezione internazionale allo scopo di eludere o ritardare l'esecuzione del provvedimento di espulsione è consentito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 6, co. 6, d.lgs. 142/2015 e 28-*bis* d.lgs. 25/2008, per un periodo massimo corrispondente al termine entro il quale la domanda di protezione internazionale dev'essere esaminata secondo la procedura accelerata prevista dal citato art. 28-*bis*. Detto termine coincide, di norma, con quello di 14 giorni dalla presentazione della domanda, previsto dal secondo comma dell'art. 28-*bis*, a meno che non sussistano ulteriori motivi di trattenimento, ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 286/1998 – come previsto dall'art. 6, co. 6, d.lgs. 142/2015 – ovvero ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 28-*bis*, co. 3, d.lgs. 25/2008, che a sua volta rinvia all'art. 27, co. 3 e 3-*bis*, del medesimo decreto legislativo: si tratta delle ipotesi in cui si renda necessario, per l'esame della domanda di protezione, acquisire nuovi elementi, o valutare questioni complesse in fatto o in diritto, ovvero in presenza di numerose domande presentate simultaneamente o ancora quando il ritardo è imputabile all'inosservanza, da parte del richiedente, degli obblighi di cooperazione che egli è tenuto a rispettare (comma 3); o ancora di «casi eccezionali debitamente motivati» (comma 3-*bis*).

I rapporti tra i diversi titoli di trattenimento possono porre qualche difficoltà all'interprete. L'art. 6 d.lgs. 142/2015 prevede e disciplina il trattenimento del cittadino straniero richiedente asilo, dedicando solo un inciso all'ipotesi in cui questi assuma tale qualità mentre si trova già trattenuto ad altro titolo e cioè in applicazione dell'art. 14 d.lgs. 286/1998: in tal caso, i termini previsti dal citato art. 14 sono sospesi e riprendono a decorrere quando venga meno la qualità di richiedente asilo, presupposto per il trattenimento *ex* art. 6 d.lgs. 142/2015. La qualità di richiedente asilo permane fino alla decisione definitiva sulla domanda di protezione internazionale. Si segnala in proposito il provvedimento del Tribunale di Roma del 14.4.2021 che, rilevato come la domanda fosse stata rigettata e il cittadino straniero non avesse proposto ricorso, perdendo così la qualità

di richiedente asilo, ha dichiarato la immediata cessazione del trattenimento. Nel caso di specie, il cittadino straniero aveva presentato domanda di protezione internazionale mentre era già trattenuto ad altro titolo; i termini del trattenimento preespulsivo si erano quindi sospesi, e avevano ripreso a decorrere quando era venuta meno la qualità di richiedente asilo; il questore tuttavia non aveva chiesto la proroga del trattenimento preespulsivo e pertanto anche questo era divenuto illegittimo.

Nel diverso caso in cui il richiedente asilo abbia proposto ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 3, del d.lgs. 25/2008, l'efficacia del provvedimento impugnato non è sospesa per la sola proposizione del ricorso, ma può essere sospesa su istanza di parte dal Tribunale che decide entro il termine ordinatorio di cinque giorni. Un interessante provvedimento del Tribunale di Trieste del 16.3.2021 afferma che la disposizione dell'art. 6, co. 6, d.lgs. 142/2015 – ai sensi del quale il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ed eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano la proroga del trattenimento, salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 268/1998 – va interpretata estensivamente anche alla fase giurisdizionale della domanda venendo in questione la limitazione della libertà personale di una persona, e pertanto non ha concesso la proroga del trattenimento essendo decorsi settantasette giorni dal deposito del ricorso senza che fosse stata assunta la decisione *inaudita altera parte* sull'istanza di sospensiva.

Analogamente, lo stesso Tribunale di Trieste con provvedimento del 7.4.2021 non ha autorizzato la proroga del trattenimento di un richiedente asilo che aveva proposto ricorso e ottenuto la sospensione del provvedimento della Commissione territoriale; il Tribunale ha rilevato che l'udienza per l'audizione era stata fissata a distanza di circa otto mesi e ha ritenuto che tale ritardo, non imputabile al ricorrente, non consentisse la proroga del trattenimento.

Di segno diverso sono invece i provvedimenti del Tribunale di Bari del 13.1.2021 e del Tribunale di Torino del 29.3.2021, che hanno autorizzato la proroga, in pendenza di ricorso per la protezione internazionale, espressamente escludendo che la disposizione di cui all'art. 6, co. 6, d.lgs. 142/2015 possa applicarsi al procedimento giurisdizionale.

Il provvedimento di Bari si segnala, altresì, perché afferma che, nell'ipotesi in cui il cittadino straniero presenti domanda di protezione internazionale mentre è già trattenuto in esecuzione di un decreto di espulsione e il questore disponga il trattenimento ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015, la intervenuta sospensione del provvedimento di espulsione non spiega effetti sul trattenimento disposto per l'esame della domanda di protezione. Analogo principio è affermato dal Tribunale di Roma con provvedimento dell'11.6.2021 secondo cui la sospensione del decreto di espulsione è superata dal decreto del Tribunale che rigetta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento di diniego della protezione internazionale. Soluzione esattamente opposta è

adottata dallo stesso Tribunale di Roma con decreto 26.5.2021 e dal Tribunale di Lecce con decisione dell'11.3.2021 che affermano non esservi ragione di prorogare un trattenimento di cui non vi sono più le condizioni previste dalla legge.

Il Tribunale di Roma, infine, con decreto del 31.5.2021, ha espressamente escluso di poter valutare la legittimità del provvedimento di convalida del trattenimento emesso dal Giudice di pace, presupposto del trattenimento in seguito disposto dal questore ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015 e convalidato dal Tribunale. La decisione si segnala, peraltro, perché convalida il trattenimento solo per il tempo (individuato in 14 giorni) necessario a effettuare gli accertamenti medici e psicologici necessari a verificare la condizione di vulnerabilità del richiedente e la compatibilità con il regime di trattenimento, onde consentirne la successiva valutazione da parte del giudice.

Il citato provvedimento del Tribunale di Torino del 29.3.2021, poi, ha rigettato l'eccezione formulata dal difensore del cittadino straniero trattenuto in relazione alla mancata partecipazione dell'interessato all'udienza, di persona o mediante collegamento audiovisivo; il Tribunale ha ritenuto valida e sufficiente l'allegazione, da parte della questura, della impossibilità tecnica di condurre il trattenuto in udienza, a causa dell'emergenza sanitaria in corso, e della impossibilità di svolgimento dell'udienza presso il Centro di permanenza per i rimpatri, sia in presenza sia avvalendosi dell'impianto audiovisivo, a causa del provvedimento del prefetto che ha dichiarato lo stato di quarantena dei moduli abitativi del CPR. Il Tribunale ha comunque escluso la sussistenza di qualsivoglia nullità, affermando che la difesa, pur avendo eccepito la mancata traduzione del trattenuto, non aveva esplicitato le motivazioni per cui la presenza sarebbe stata necessaria e decisiva.

Garanzie processuali e termini per il trattenimento pre-espulsivo

Partecipazione del trattenuto all'udienza

La partecipazione dell'interessato all'udienza di convalida o di proroga del trattenimento trova spesso spazio nelle decisioni della Corte di cassazione. Da ultimo, con sentenza sez. I del 1.3.2021 n. 5520 la Corte ha ribadito che le garanzie del contraddittorio previste dall'art. 14, co. 4, d.lgs. 286/1998 (applicabili anche alla convalida e alla proroga del trattenimento disposto *ex* art. 6 d.lgs. 142/2015) impongono la partecipazione dell'interessato all'udienza, senza che sia necessaria apposita richiesta in tal senso. La Corte ha però precisato che la mancata traduzione del trattenuto all'udienza determina una nullità relativa, che deve essere tempestivamente eccepita dalla parte e non può essere denunciata per la prima volta nel ricorso per Cassazione.

Diritto alla comprensione degli atti e all'interprete

Con tre distinte ordinanze della sez. I del 9.4.2021 (n. 9438, n. 9439, n. 9448) la Corte di cassazione esclude la violazione del diritto alla traduzione e all'interprete, rilevando che in un caso

il giudice della convalida aveva dato atto che il cittadino straniero trattenuto comprendeva la lingua italiana, in un altro caso che era presente un interprete, e nel terzo caso che l'interessato, pur non risultando che comprendesse la lingua italiana, avrebbe reso dichiarazioni e spiegato le proprie difese.

Termini

La Corte di cassazione, con ordinanza sez. III 31.5.2021 n. 15058, ha dato séguito al proprio orientamento secondo il quale, in materia di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera a seguito di decreto di espulsione adottato dal prefetto, il termine di quarantotto ore dalla comunicazione del provvedimento in cancelleria entro il quale il giudice di pace deve provvedere ai sensi dell'art. 13, co. 5-*bis*, d.lgs. 286/1998 è rispettato se, entro tale termine, venga fissata e abbia concreto inizio l'udienza di convalida, sempreché la decisione, ancorché adottata successivamente, sia intervenuta a conclusione dell'udienza senza soluzione di continuità. La Corte ha ribadito che il principio si applica a tutti i procedimenti di convalida dei provvedimenti esecutivi dell'espulsione, identica essendo la *ratio legis*: la compiuta decorrenza del termine fissato, infatti, deve essere riferita all'orario di inizio del procedimento di convalida e non all'orario di emissione del provvedimento (sempre che non siano disposti rinvii ad altra data) in quanto una diversa interpretazione affiderebbe alla condotta dell'interessato la possibilità di ritardare surrettiziamente la pronuncia e di ottenere un annullamento del provvedimento restrittivo.

È invece irrilevante che la richiesta di proroga sia inoltrata alcuni giorni prima della scadenza del periodo di trattenimento già convalidato (così Cass. ord. sez. III del 18.5.2021 n. 13282).

Motivazione

Il provvedimento di convalida dell'accompagnamento alla frontiera deve recare una motivazione idonea a dar conto delle ragioni che impongono una limitazione delle libertà personale. La Corte di cassazione ribadisce, con ordinanza sez. I del 9.4.2021 n. 9435, che non è idonea la motivazione, sostanzialmente tautologica, quando il Giudice di pace si limiti a compilare un modulo prestampato in cui dichiara sussistenti i presupposti della convalida, senza confrontarsi con le specifiche eccezioni e doglianze addotte dalla difesa del cittadino straniero.

La motivazione standardizzata, che non risponde in alcun modo, e dunque omette di pronunciare, su quanto dedotto dalla difesa in sede di proroga del trattenimento, è cassata anche da Cass. ord. sez. I 9.4.2021 n. 9440.

Apodittico, contraddittorio e quindi nullo è stato dichiarato un decreto del tutto privo dell'indicazione delle ragioni per le quali poteva essere prorogato per la quarta volta un periodo di trattenimento in attesa delle condizioni per l'espatrio: la motivazione consisteva nell'apposizione di due «crocette» su un modulo prestampato con cui il Giudice di pace si limitava ad affermare la

sussistenza dei presupposti della convalida, riferita oltretutto ad un periodo di proroga dapprima indicato in «ulteriori 30 giorni» e, nello spazio immediatamente successivo, «di ulteriori 15 giorni». La Corte ha rilevato l'assenza di un percorso argomentativo volto a motivare le ragioni della misura prevista che consiste nella limitazione della libertà personale, imposta senza una comprensibile motivazione e per una durata incerta, e ha cassato il provvedimento (ordinanze sez. III del 17.5.2021 n. 13172, n. 13174; nello stesso senso ord. sez. III del 18.5.2021 n. 13294).
D'altro canto, la Corte ha ritenuto legittimo il decreto di proroga del trattenimento adottato facendo ricorso a un format di decisione predisposto in via informatica, a condizione che esso sia integrabile con l'inserimento di tutti i dati che consentano di identificare il caso concretamente sottoposto all'attenzione del giudice e di inserire una motivazione relativa al caso concreto (ordinanza sez. III del 18.5.2021 n. 13282).
Con particolare riferimento alla proroga, la Corte di cassazione ha ribadito che la motivazione del provvedimento giudiziale di convalida della proroga del trattenimento deve contenere l'accertamento della sussistenza dei motivi addotti a sostegno della richiesta, nonché la loro congruenza rispetto alla finalità di rendere possibile il rimpatrio (ordinanze sez. III del 20.5.2021 n. 13921, n. 13922, n. 13923; ordinanze sez. III del 26.5.2021 n. 14705 e n. 14707).
Ancora, la proroga non può essere autorizzata sulla base della mera affermazione del questore che sia in corso l'identificazione del cittadino straniero, senza indicazione di elementi che facciano ritenere che si arriverà alla identificazione dell'interessato e senza che la concretezza di tali elementi sia valutata dal Giudice di pace (Cass. ord. sez. III del 27.5.2021 n. 14842).
L'onere di allegazione, di prova e di motivazione è maggiore in relazione alle proroghe successive alla prima, poiché la disciplina posta dall'art. 14, co. 5, d.lgs. 286/1998 prevede presupposti diversi e più stringenti rispetto a quelli sottostanti alla prima proroga, non essendo sufficiente, come per la prima, la sussistenza di gravi difficoltà per l'accertamento dell'identità del trattenuto o per l'acquisizione di documenti per il viaggio, ma essendo necessario, per converso, che siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio, con un conseguente onere motivazionale inerente alla specificità dei presupposti di legge (Cass. ord. sez. I del 4.6.2021 n. 15647; Cass. ord. sez. II del 22.1.2021 n. 1322).
Analogamente è stata dichiarata l'illegittimità della quinta proroga autorizzata senza verificare – al di là dell'intercorso colloquio dello straniero con un funzionario dell'Ambasciata del proprio Paese – quali elementi concreti sussistessero al fine di ritenere «probabile» (*ex* art. 14, co. 5, d.lgs. 286/1998) l'identificazione dell'interessato (Cass. ord. sez. L 7.1.2021 n. 82).
Idonea è stata invece ritenuta la motivazione del provvedimento che dava conto delle ragioni per le quali la richiesta di proroga del trattenimento doveva essere convalidata, affermando che esse erano desumibili dall'attività di sollecito posta in essere dalla questura nei confronti

dell'Ambasciata del Paese di origine esibita dal delegato della questura (Cass. ord. sez. III del 31.5.2021 n. 15062).
Anche la necessità di verificare la sospensione dei voli tra l'Italia e il Paese di origine, da quest'ultimo disposta, è stata ritenuta idonea motivazione per la proroga del trattenimento da Cass. ord. sez. I del 9.4.2021 n. 9446.

Divieti di espulsione, provvedimento presupposto e doppia tutela
Non è idonea a giustificare la caducazione del decreto di espulsione, e quindi neanche a impedire la convalida del conseguente accompagnamento alla frontiera o del trattenimento, la sopravvenuta presentazione della richiesta di autorizzazione al soggiorno *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. 286/1998. A maggior ragione, afferma la Corte nell'ordinanza sez. I del 9.4.2021 n. 9445, la convalida del trattenimento non può essere rifiutata quando la richiesta di autorizzazione al soggiorno non sia stata neanche presentata.
La convivenza con figli di nazionalità italiana, che impedisce l'espulsione al di fuori delle ipotesi di pericolosità del cittadino straniero di cui all'art. 13, co. 1, d.lgs. 286/1998, costituisce oggetto di valutazione nel giudizio di opposizione al decreto di espulsione, ma secondo Cass. ord. sez. III del 18.5.2021 n. 13282 non è apprezzabile nel giudizio di convalida del trattenimento, che ha «l'ambito limitato di verificare la legittimità del trattenimento, che si traduce in una compressione, per un numero limitato di giorni (sette, in questo caso), della libertà personale del ricorrente». La pronuncia riprende il concetto della «doppia tutela» elaborato dalla giurisprudenza, che distingue gli ambiti di cognizione del giudizio sulla convalida e dell'eventuale giudizio di opposizione all'espulsione, ma sembra non tener conto del principio affermato a partire dal 2014 con l'ordinanza n. 17407 secondo cui il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di convalida del trattenimento del cittadino straniero non deve essere limitato alla verifica delle condizioni giustificative dell'adozione della misura indicate nell'art. 13, co. 4-*bis*, e 14, co. 1, d.lgs. 286/1998, ma deve essere esteso oltre che all'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo anche alla verifica della sussistenza di condizioni di manifesta illegittimità del medesimo, in quanto indefettibile presupposto della disposta privazione della libertà personale.

Misure alternative al trattenimento
Il potere di esecuzione del decreto di espulsione non si consuma con un solo atto, sicché qualora il questore disponga il trattenimento e questo non sia convalidato può tuttavia disporre le misure alternative previste dall'art. 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/1998 (Cass. ord. sez. II del 30.3.2021 n. 8799).
Non vi è lesione del diritto di difesa nel caso in cui l'avviso dell'udienza di convalida delle misure alternative non venga comunicato al difensore di fiducia, nominato in un momento successivo alla

fissazione dell'udienza, purché dell'incombente si sia data notizia al difensore d'ufficio tempestivamente nominato (Cass sez. I ord. 8.2.2021 n. 2924).

Riesame

L'istituto del riesame del trattenimento o della sua proroga trova immediata applicazione, pur in assenza di apposita disciplina nazionale, per effetto dell'art. 15 della Direttiva 2008/115/CE; la richiesta di riesame può essere introdotta, in ogni tempo, nelle forme del rito camerale *ex* art. 737 c.p.c., e il Giudice di pace deve fissare udienza di comparizione delle parti, a meno che, con provvedimento adeguatamente motivato, dia atto della superfluità dell'incombente, alla luce dell'istruttoria già compiuta, e conceda alle parti un termine per il deposito di memorie scritte, onde consentire alle stesse la piena esplicazione del contraddittorio (Cass. sent. sez. I 3.2.2021 n. 2459).

Legittimazione passiva

La Corte ribadisce che la legittimazione passiva nel ricorso per Cassazione avverso il provvedimento di convalida del trattenimento spetta al Ministero dell'interno e non al prefetto (Cass sez. I ord. del 9.4.2021 n. 9438; Cass sez. I ord. del 9.4.2021 n. 9439) e il ricorso deve essere notificato presso l'Avvocatura generale dello Stato (Cass sez. I ord. 10.5.2021 n. 12317; Cass sez. I ord. 4.6.2021 n. 15647).

La notifica alla controparte, se nulla, può essere rinnovata. Se la notifica è invece inesistente, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile (Cass. sez. L ord. 3.3.2021 n. 5827).

Comunicazione dell'ordinanza

Il termine di tre giorni previsto dall'art. 176 c.p.c. per la comunicazione dell'ordinanza emessa fuori udienza è ordinatorio, quindi non è affetta da nullità l'ordinanza di convalida del trattenimento comunicata oltre tale termine (Cass. sez. I ord. 21.5.2021 n. 14061).

Libertà di corrispondenza e di comunicazione

Segnaliamo un interessante provvedimento del Tribunale di Milano del 23.2.2021 che ha ordinato alla prefettura, alla questura e all'ente gestore del locale CPR di consentire a un cittadino straniero ivi trattenuto la detenzione e l'uso del telefono cellulare di sua proprietà, nei limiti e secondo le modalità stabilite dall'art. 7 del regolamento ministeriale del 20.10.2014.

Risarcimento per illegittimo trattenimento

La Corte d'appello di Roma, con sentenza sez. I del 2.4.2021 n. 2454, ha accolto la richiesta di risarcimento dei danni avanzata da un cittadino straniero, trattenuto in esecuzione di un decreto di espulsione in seguito annullato dal Giudice di pace; del pari erano stati annullati dalla Corte di

cassazione i provvedimenti di convalida e di proroga del trattenimento. La Corte ha ravvisato la colpa *in re ipsa* dell'Amministrazione e ha determinato il danno non patrimoniale, patito dal cittadino straniero illegittimamente trattenuto dall'appellante per l'ingiusta privazione della libertà personale, liquidato in via equitativa in misura pressoché equivalente rispetto a quella configurabile in caso di ingiusta detenzione.

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

LA REGOLARIZZAZIONE 2020 (art. 103, d.l. n. 34/2020)

Il comma 1 e le condanne penali

Con ordinanza cautelare n. 121/2021 il Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, ha cautelativamente sospeso il provvedimento con cui la prefettura di Ravenna ha rigettato la domanda di regolarizzazione, presentata ai sensi dell'art. 103, co. 1 d.l. n. 34/2020 in forza di una *condanna penale del lavoratore*, risalente al 2012.

Il Giudice regionale ha «[r]itenuto, ad un sommario esame, di poter apprezzare favorevolmente le esigenze cautelari atteso che l'impugnato rigetto, motivato unicamente da condanna seppur irrevocabile risalente al 2012, ne presuppone il carattere automaticamente espulsivo in aperta violazione oltre che dello stesso co. 10 dell'art. 103 d.l. 34/2020 dei consolidati principi vigenti in "*subiecta materia*" (*ex multis* Cons. St. sez. III, 2 novembre 2020, n. 6756) essendo indispensabile la formulazione di un giudizio di pericolosità sociale».

Il comma 2 e la rinuncia al procedimento di protezione internazionale

Il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare n. 1905/2021 (RG. 2064/2021), ha concesso la cd. sospensiva in un giudizio d'appello proposto da un ricorrente che aveva presentato domanda di regolarizzazione ai sensi dell'art. 103, co. 2 d.l. n. 34/2020, a cui la questura di Bologna aveva rigettato la domanda per *difetto di rinuncia al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale*. Il Giudice d'appello riforma il diniego di sospensiva del Tar Emilia Romagna, Bologna, ai fini del riesame da parte dell'Amministrazione dello Stato, in quanto «non risulta che il richiedente sia stato interpellato in ordine all'opzione del titolo da conseguire e che, dunque, sussistano dubbi in ordine alla regolarità procedimentale come sopra individuata», nel contempo affermando che «la questione relativa al rapporto tra i diversi titoli ha formato oggetto di contenzioso e richiede un giusto approfondimento nella appropriata sede del merito».

Sempre il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare n. 1848/2021 (RG. 2250/2021) ha concesso la sospensiva (rigettata in primo grado dal Tar Bologna) in un ricorso in cui era impugnato il provvedimento della questura di Bologna di rigetto della domanda di regolarizzazione ai sensi dell'art. 103, co. 2 d.l. n. 34/2020 per difetto di rinuncia al procedimento asilo. Il Giudice d'appello ha ritenuto che «l'Amministrazione non ha dato adeguato rilievo alla circostanza che l'appellante ha rinunciato agli atti presso il Tribunale di Milano, con conseguente estinzione del procedimento di impugnazione del provvedimento di rigetto della protezione internazionale; circostanza che ha fatto venire meno la condizione di "regolarità" della presenza dello straniero

sul territorio nazionale e ha determinato l'interesse dello stesso ad avanzare istanza di permesso temporaneo ex art. 103, co. 2 d.l. 34/2020».

Il comma 2 e il periodo di lavoro pregresso

Sempre in tema di regolarizzazione ai sensi dell'art. 103, co. 2, d.l. n. 34/2020 il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1571/2021 (RG. 1586/2021) ha concesso la sospensiva in un giudizio in cui era stato impugnato il diniego opposto al ricorrente dalla questura di Bologna motivato sulla *inidoneità del periodo di lavoro svolto in uno dei tre settori indicati dalla legge* (agricola, lavoro domestico, assistenza alla persona). Secondo il Giudice d'appello «alla luce della pur sommaria delibazione propria della fase cautelare, che i dubbi sollevati dall'appellante siano meritevoli di approfondimento, avuto riguardo alla circostanza che l'art. 103 del d.l. 34/2020 non fissa un periodo minimo di svolgimento pregresso dell'attività lavorativa nei settori di interesse».

In senso analogo si veda anche l'ordinanza cautelare n. 781/2021 (RG. 326/2021) del Consiglio di Stato.

Il comma 2, le questioni procedurali e la scadenza del titolo di soggiorno

Con sentenza n. 621/2021 il Tar Toscana (RG. 216/2021) ha annullato il provvedimento con cui la questura ha dichiarato l'inammissibilità della domanda di regolarizzazione presentata ai sensi dell'art. 103, co. 2 d.l. n. 34/2020, sull'errato presupposto che il ricorrente non avesse un titolo di soggiorno scaduto dopo il 31.10.2019, come richiesto da detta norma.

Il Tar censura, innanzitutto, la violazione dell'obbligo di comunicazione del preavviso di rigetto, *ex* art. 10-*bis* legge 241/90, come innovato dal d.l. n. 76/2020 che ha inciso sull'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo, stabilendo l'annullabilità del provvedimento adottato in violazione di detto art. 10-*bis*, cioè dell'invio del cd. preavviso di rigetto.

Quanto al merito della questione, il Tar toscano censura la motivazione addotta nel provvedimento impugnato, dopo avere accertato che il ricorrente aveva chiesto, antecedentemente al 31.10.2019, il rinnovo del permesso di soggiorno di cui era titolare ma il relativo procedimento non era stato definito se non nell'aprile 2020. Secondo il Tar, dunque, «alla data del 31 ottobre 2019 il ricorrente doveva considerarsi legittimamente presente sul territorio nazionale, nell'attesa della conclusione del procedimento amministrativo di rinnovo del titolo scaduto, e che ha visto venir meno tale legittimazione in epoca successiva, attraverso il rigetto dell'istanza di rinnovo medesima».

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO *STATUS* DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un particolare gruppo sociale

Il Tribunale di Milano, con decreto del 20.1.2021, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un giovane del Mali – il quale ha riferito di essere stato rapito, quando aveva quattordici anni, in un primo tempo dai ribelli, di essere stato, subito dopo, catturato dall'esercito maliano e considerato un bambino-soldato e, infine, di essere caduto nuovamente nelle mani dei *jihadisti* e sottoposto non solo a torture, ma anche ad un addestramento finalizzato ad un probabile coinvolgimento nelle ostilità contro lo Stato del Mali – per l'appartenenza al gruppo sociale degli *ex bambini soldati*. Nel decreto in esame, merita particolare attenzione la qualificazione dei bambini soldato come particolare gruppo sociale: ad avviso del Tribunale sebbene l'età non costituisca una caratteristica né innata né permanente poiché cambia continuamente, essere un bambino rappresenta comunque una caratteristica immutabile in un dato momento, atteso che un «bambino è chiaramente incapace di dissociarsi dalla propria età per evitare la persecuzione temuta».

Particolarmente interessante quanto sottolineato dai giudici meneghini in merito alla violazione delle garanzie procedurali. Ad avviso del Tribunale, tale violazione, che si è sostanziata nella audizione condotta a distanza di oltre un anno dall'ingresso del ricorrente in Italia da minorenne non accompagnato, si è necessariamente riverberata sulla assenza di quelle tutele previste dall'art. 25 della Direttiva 2013/32/UE (quali, principalmente la presenza di un tutore e delle garanzie informative correlate all'audizione, finalizzate ad un corretto espletamento, ad un completa comprensione da parte del richiedente delle conseguenze della audizione e dei suoi contenuti). Nel decreto in esame, il Tribunale di Milano ha ritenuto che il recupero delle garanzie nella fase giurisdizionale si dovesse tradurre anche attraverso una diversa valutazione dei fatti rilevanti (fatti raccolti, appunto, senza il rispetto delle garanzie previste a tutela dei minori).

Il Tribunale di Catanzaro, con decreto del 18.2.2021, ha riconosciuto la forma di protezione maggiore ad un ricorrente proveniente dal Bangladesh che, in sede di domanda reiterata, ha riferito una storia (reputata dal Tribunale coerente anche alla luce delle dettagliate ed aggiornate fonti relative al traffico di esseri umani diffuso dal e verso il Bangladesh) che ha consentito al Tribunale di identificarlo quale vittima di tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento lavorativo dal Bangladesh alla Libia. Nella decisione in esame il Tribunale si sofferma sulla possibilità di inquadrare il ricorrente in un «particolare gruppo sociale» trattandosi di persona che ha «una storia comune» a quella delle *vittime di tratta finalizzate allo sfruttamento lavorativo*.

Particolarmente interessante quanto osservato dal Tribunale in merito alla valutazione di credibilità in sede di domanda reiterata. Nel decreto, infatti, si legge che la circostanza che il ricorrente abbia taciuto di essere stato vittima di tratta al momento della presentazione della prima domanda appare del tutto comprensibile (e non incide negativamente sulla valutazione di credibilità) alla luce del fatto che egli, all'epoca dei fatti, era entrato nel circuito di sfruttamento lavorativo in Italia, per cui era un soggetto vulnerabile anche in ragione del timore delle ritorsioni cui sarebbe potuto andare incontro in caso di denunce (denunce presentate solo dopo molto tempo, grazie al sostegno, anche psicologico, del progetto anti tratta).
Con riferimento al rischio in caso di rimpatrio, il Tribunale calabrese ha sottolineato come, secondo un articolo dell'agenzia Reuters dell'8 dicembre 2020, la pandemia da Covid-19 ha inasprito il rischio delle vittime di tratta che fanno ritorno in Bangladesh di poter essere coinvolte nel fenomeno del *re-trafficking*.
A donne vittima di *tratta ai fini di sfruttamento sessuale il* Tribunale di Bologna, con decreto del 6.4.2021 ed il Tribunale di Brescia, con decreto del 23.3.2021 hanno riconosciuto lo *status* di rifugiato.

Ancora sulle donne vittime di tratta si è soffermata la Corte di cassazione, nell'ordinanza n. 1750/2021. La Suprema Corte ha ritenuto contraddittoria la decisione dei giudici di primo grado che, pur ravvisando la presenza di numerosi indici delineati dalle Linee guida UNHCR (il debito contratto a causa del contesto di povertà familiare, il matrimonio forzato, il sequestro ed il viaggio pagato da altri, nonché l'attività di prostituzione in una zona controllata) non li hanno ritenuti sufficienti ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria in ragione del *mancato riconoscimento della richiedente asilo di essere vittima di sfruttamento sessuale*. Di particolare interesse quanto ribadito dagli Ermellini in merito al fatto che «il mancato riconoscimento di essere vittima di tratta, a fronte della ricorrenza di numerosi indici tratta e sfruttamento sessuale o lavorativo, non esprime un fatto decisivo e prevalente sugli indici ravvisati, potendo essere compatibile, come evidenziato dalle stesse Linee guida utilizzate per valutare le dichiarazioni, con la sussistenza degli altri indici ed essere sintomo del timore di ritorsioni ovvero di non piena consapevolezza della propria situazione personale».

Il Tribunale di Bologna, con decreto del 12.4.2021, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un richiedente proveniente dalla Tunisia in ragione di una situazione di *omosessualità imputata a causa di una violenza sessuale* subita da bambino. Le dichiarazioni del ricorrente – relative alla violenza subita e alla reazione della famiglia e della comunità alla scoperta dello stupro – sono state esaminate alla luce di un'attenta ed approfondita analisi delle COI sulla diffusione degli abusi sui minori in Tunisia. Particolarmente interessante l'analisi compiuta dai giudici bolognesi sulla possibilità che la caratteristica distintiva dell'appartenenza al particolare gruppo sociale possa

essere anche solo imputata o attribuita al ricorrente dall'agente statuale o non statuale di persecuzione.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 9262/2021 ha cassato la decisione dei giudici di primo grado che avevano escluso la sussistenza di subire atti persecutori in ragione dell'orientamento omosessuale, solo in ragione del fatto che non risultava formulata un'accusa formale nei confronti del ricorrente. La Suprema Corte si è soffermata sull'elemento relativo all'esposizione a rischio (accertamento che richiede una valutazione dinamica e non statica) per affermare l'importanza non solo dell'esistenza di pene detentive per taluni atti omosessuali (sanzione sproporzionata e discriminatoria che costituisce un atto persecutorio), ma anche dei *trattamenti inumani e degradanti che si possono subire in conseguenza dell'omosessualità* (quali gli abusi medici, i matrimoni forzati e lo stupro).

Opinioni politiche

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 102 dell'8.1.2021, ha ribadito che l'obiettore di coscienza ha diritto di ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, quando l'arruolamento possa implicare il rischio di essere coinvolto, anche indirettamente, in un conflitto armato nel cui ambito siano stati commessi, o possano essere commessi, crimini di guerra o contro l'umanità. In particolare la Corte d'appello di Catanzaro aveva escluso la sussistenza del pericolo che il richiedente, in caso di rimpatrio, sarebbe stato inquadrato in un'unità operativa che «con elevata probabilità» avrebbe commesso crimini di guerra. Gli Ermellini hanno cassato la decisione in esame, evidenziando come il ricorso ad un criterio di «elevata probabilità» sia molto più restrittivo, di quello di «ragionevole plausibilità» al quale fa riferimento la giurisprudenza della Corte di giustizia. Ad avviso della Corte, «si configura infatti "ragionevole plausibilità" in ogni caso in cui, in ragione delle caratteristiche del conflitto, sussista il rischio che possano essere commessi, dal personale militare, crimini di guerra o contro l'umanità; e proprio in funzione dell'adozione di tale criterio, è stata estesa la tutela dell'obiezione di coscienza anche al personale logistico e di supporto, sul presupposto che l'attività da quest'ultimo assicurata sia funzionalmente diretta a rendere possibile, o comunque ad agevolare, lo svolgimento delle operazioni militari». Il criterio della «elevata probabilità» utilizzato in concreto dal giudice di merito, prosegue la Suprema Corte, limita in modo arbitrario la configurabilità del rischio di commissione di crimini di guerra o contro l'umanità, e dunque l'area di rilevanza dell'obiezione di coscienza, alle sole unità operative, e – tra di esse – alle sole unità che, in concreto, abbiano effettivamente condotto azioni di guerra con modalità idonee ad integrare crimini di guerra o contro l'umanità.

Il Tribunale di Brescia, con decreto dell'11.12.2020, ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un cittadino del *Togo* che, in conseguenza dell'attività di *oppositore politico,* riconosciuto e ricercato

dai militari, rischierebbe di subire atti di persecuzione tali da compromettere la sua personale libertà e forse la sua stessa vita. Nel decreto in esame i giudici bresciani chiariscano come il rischio futuro di subire atti persecutori non possa venir meno solo in ragione del fatto che il ricorrente non fosse membro del partito, ma mero simpatizzante, atteso che lo stesso era stato comunque individuato dai militari che esercitavano l'azione di repressione nel Paese.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14 lett. a) e b)

Il Tribunale di Torino, con decreto del 6.4.2021 ha riconosciuto la protezione sussidiaria, *ex* art. 14, lett. b), d.lgs. 19.11.2007 n. 251, ad un ricorrente proveniente da Benin City (Nigeria), costretto a lavorare, anche nel Paese di transito (Libia) per ripagare un debito contratto con un connazionale. Le caratteristiche del debito contratto, lo stato di sudditanza del ricorrente (il quale, attraverso il suo lavoro, doveva provvedere al sostentamento di tutta la famiglia), la sua giovane età, il timore legato alle conseguenze che i familiari potrebbero subire in caso di mancata restituzione del debito costituiscono tutti elementi che hanno consentito al Tribunale di qualificare il rapporto di debito/credito in un diverso *rapporto tra trafficato e trafficante*. È stato ravvisato, di conseguenza, il rischio effettivo di essere sottoposto, nel Paese d'origine, ad un trattamento inumano e degradante da parte del trafficante che, con l'inganno, aveva fatto partire il ricorrente per la Libia.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 8489 del 25.3.2021 si è soffermata sul contenuto dei trattamenti inumani e degradanti – rilevanti ai sensi dell'art. 14 lett. b) del d.lgs. 19.11.2007 n. 251 – costituito da atti di vendetta posti in essere dai membri di una setta (nel caso di specie si trattava di un giovane nigeriano che temeva di essere perseguitato dai *cultisti,* che avevano già ucciso la di lui madre). In particolare, la Suprema Corte ha affermato che anche gli atti di vendetta e ritorsione minacciati o posti in essere da membri di una setta sono riconducibili, in quanto lesivi dei diritti fondamentali sanciti in particolare dagli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione e dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti considerati nell'art. 14 lett. b) del d.lgs. n. 251/2007. Nella pronuncia in esame, la Corte ribadisce come, a fronte dell'esistenza dei predetti atti, sia onere del giudice verificare in concreto se, in presenza di minaccia di danno grave ad opera di soggetti non statuali, ai sensi dell'art. 5 lett. c) del decreto citato, lo Stato di origine del richiedente sia in grado o meno di offrire al soggetto vittima di tali atti una adeguata protezione.

D.lgs. 19.11.2007, n. 251, art. 14 lett. c)

Il Tribunale di Palermo, con decreto del 2.2.2021 ed il Tribunale di Bari, con decreto del 19.3.2021, hanno riconosciuto la protezione sussidiaria, *ex* art. 14 lett. c) del d.lgs. 251/2007, a

ricorrenti provenienti dal *Burkina Faso*, ritenendo, come attentamente osservato dai giudici palermitani (alla luce di un esame accurato delle informazioni aggiornate sul predetto Paese), la sussistenza di una condizione di conflitto armato interno, contrassegnato da una pervasività, da un'estensione territoriale e da un livello di violenza indiscriminata suscettibile di porre a rischio l'incolumità personale del ricorrente.

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 5675 del 2.3.2021 si è soffermata sulla nozione di *conflitto armato interno*. Dopo aver richiamato le principali pronunce della Corte di giustizia relative ai presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, *ex* art. 14, lett. c) del d.lgs. 19.11.2007 n. 251, i giudici di legittimità, in riforma del decreto con il quale il Tribunale dell'Aquila aveva riconosciuto la protezione sussidiaria ad un ricorrente proveniente da Lagos State (Nigeria), ha precisato che, nella nozione di conflitto armato interno non rientrano «episodici casi di violenza, per quanto efferata», «isolati casi di esecuzioni capitali», conflitti a bassa intensità, proteste, scontri tra bande o gruppi politici, «repressioni ed arresti effettuati per strada» o casi di «patente violazione dei diritti umani». Ad avviso della Corte, l'«amplissima latitudine e portata delle precedenti lettere a) e b)» e la complessiva disciplina di tutela dei rifugiati consentono di proteggere tutte le situazioni in cui rilevi la condizione individuale del ricorrente, sicché perché possa aver rilievo «l'oggettiva situazione della zona di provenienza» occorre che detta situazione comporti «effettivamente un rischio, come per le vere e proprie situazioni di conflitto armato».

Il Tribunale di Venezia, con decreto del 21.1.2021 ha riconosciuto la protezione sussidiaria, *ex* art. 14 lett. c) d.lgs. 19.11.2007 n. 251, ad un ricorrente proveniente dalla regione di Tillabéri (*Niger*) ravvisando un generalizzato pericolo per la vita del ricorrente, alla luce di complete ed aggiornate fonti di informazioni – relative non solo al numero di morti, ma alla tipologia dei conflitti, ai gruppi contrapposti, alla condizione umanitaria del Paese – che evidenziano l'esistenza di una situazione di forte criticità sul piano della sicurezza derivante dal conflitto tra le forze armate e le organizzazioni jihadiste e dalle tensioni tra i vari gruppi etnici, che si alimentano reciprocamente determinando conseguenze particolarmente penalizzanti per la popolazione civile sul piano umanitario.

QUESTIONI PROCESSUALI

Effetto sospensivo del ricorso

Il Tribunale di Salerno, con decreto dell'11.3.2021, esaminando il disposto dell'art. 35-*bis*, co. 5, del d.lgs. 25/2008, così come modificato dall'art. 2 n. 6 del d.lgs. 130/2020, ha affermato che ove il ricorso abbia ad oggetto un provvedimento che ha dichiarato «per la prima volta» inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale, deve ritenersi che la proposizione di detto ricorso sospenda automaticamente l'efficacia esecutiva del provvedimento

impugnato (atteso che la norma citata prevede che «la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare ai sensi del comma 4 non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento che dichiara inammissibile, *"per la seconda volta"* la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ...»).

Il Tribunale di Bologna, con decreto del 21.4.2021 – nell'esaminare un ricorso avverso una declaratoria di inammissibilità della Commissione territoriale della domanda reiterata – ha accolto l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di inammissibilità in considerazione del «possibile rischio di lesione del diritto alla vita privata del ricorrente» (rilevante ai sensi dell'art. 19 del Testo unico immigrazione), il quale aveva una compagna, con la quale conviveva, da alcuni mesi.

Sui presupposti per l'accoglimento dell'istanza di sospensione si è pronunciato anche il Tribunale di Trieste, con decreto dell'11.3.2021 , affermando che possono ritenersi integrate le «gravi e circostanziate ragioni» di cui al comma 4 dell'art. 35-*bis* del d.lgs. 25/2008 in ragione di una condizione di stabile integrazione lavorativa di un cittadino kosovaro che, ove rimpatriato, si troverebbe in una condizione di vulnerabilità rappresentata dalla difficile situazione economica del Kosovo, dalla precarietà dell'assistenza sanitaria, dall'insufficiente tutela dei lavoratori e dell'alto tasso di disoccupazione nel Paese d'origine.

Diritto di presentare la domanda di protezione internazionale e tutela cautelare

Il Tribunale di Firenze – accogliendo un ricorso *ex* art. 700 c.p.c. proposto da un cittadino del Mali, con decreto del 30.12.2020 – ha ordinato alla questura competente di ricevere la domanda reiterata di protezione internazionale. Nel provvedimento in esame viene precisato che il concetto di «*dimora*» (di cui all'art. 6, co. 1, d.lgs. 25/2008) consiste non nella disponibilità di un alloggio, come preteso dalla questura, bensì nella semplice situazione di fatto di trovarsi fisicamente nel territorio di un Comune. In merito al requisito del *periculum in mora* il giudice fiorentino rileva come la mancata accettazione del deposito dell'istanza, impedisca al richiedente di far valere il proprio diritto d' asilo, avente carattere fondamentale e tutela costituzionale nell'art. 10 comma 3.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 18.1.2021 , ha accolto il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. presentato da un cittadino pakistano, richiedente asilo, riammesso nel luglio del 2020 dall'Italia alla Slovenia, da qui in Croazia e quindi in Bosnia, secondo il noto meccanismo delle riammissioni a catena. Nella decisione in esame, il giudice capitolino ha affermato l'illegittimità della procedura di riammissione attuata al confine orientale italiano sulla base di un accordo siglato tra Italia e Slovenia nel 1996, osservando come tale procedura – lesiva del diritto di difesa e del diritto ad un

rimedio effettivo – sia condotta in palese violazione delle norme internazionali, europee e interne che regolano l'accesso alla procedura di asilo. Il Tribunale, in diretta applicazione dell'art. 10, comma 3 della Costituzione, ha riconosciuto il *diritto del ricorrente a fare immediato ingresso in Italia per avere accesso alla procedura di esame della protezione internazionale*.

Domande reiterate

Con sentenza n. 2453/2021 la Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'ambito di applicazione temporale dell'art. *29-bis del d.lgs. 25/2008* – questione rimessa alla pubblica udienza dall'ordinanza interlocutoria n. 11660/2020 – ha affermato che è necessario compiere un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della predetta norma (applicabile nella versione antecedente alla modifica normativa introdotta dal d.l. 130/2020, convertito nella legge 173/2020) attraverso un vaglio di ammissibilità (compiuto dall'organo giudiziario adito) della domanda reiterata, finalizzato ad escluderne la mera strumentalità. L'art. 29-*bis* – secondo cui alla domanda reiterata dopo l'espulsione dovrebbe ricondursi con una sorta di automaticità la sanzione dell'inammissibilità, senza alcuna verifica circa i contenuti, dal momento che la legge sancirebbe una presunzione *juris et de iure* della sua strumentalità ai fini di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento espulsivo – ad avviso della Corte, «non è in linea con i principi del diritto europeo, esponendosi al sospetto d'incostituzionalità al lume dell'art. 117 Cost. per contrasto con la norma eurounitaria nella parte in cui la norma interna prevede che la domanda reiterata, per il solo fatto di essere stata presentata in pendenza di procedura espulsiva, debba essere dichiarata automaticamente inammissibile, senza effettuare quella valutazione preliminare richiesta dalla norma comunitaria che permetterebbe di valutare adeguatamente, nel pieno rispetto del diritto della persona, se effettivamente la prima domanda reiterata sia stata presentata con il solo scopo di eludere o ostacolare l'esecuzione dell'espulsione, oppure se dalla reiterata siano emersi elementi o risultanze nuove rilevanti per l'esame di una eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale». La citata norma presenta, inoltre, dubbi di costituzionalità, in relazione al disposto dell'art. 10 Cost., laddove il meccanismo esclude il vaglio di un'autorità terza in ordine alla presenza di elementi nuovi posti a sostegno della domanda di protezione, nel caso in cui sia già in corso l'espulsione.

Sospensione feriale dei termini

La Suprema Corte, con sentenza n. 2464/2021 – confermando i principi affermati dai giudici di legittimità nell'ordinanza 16420/2018 – ha preso in esame gli argomenti contenuti nell'ordinanza interlocutoria n. 8170/2020 che aveva dubitato della conformità del precedente orientamento alla giurisprudenza in merito alla sospensione feriale dei termini, concludendo che, nel sistema anteriore alla scadenza del termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 13 del 2017, l'istituto della sospensione feriale dei termini non era stato espressamente escluso dal legislatore.

Ha, pertanto, ribadito come detto istituto trovi applicazione solo per le controversie in materia di protezione internazionale introdotte con domanda giudiziale presentata sino alla data del 18 agosto 2017.

Valutazione di credibilità

La Corte di cassazione, nell'ordinanza 2543/2021 ha ribadito come la valutazione atomistica e non complessiva delle dichiarazioni del ricorrente integri una violazione di legge (in particolare dell'art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007), che «prescrive un paradigma interpretativo dell'attendibilità dei fatti narrati, vincolante per il giudice di merito». Nel provvedimento impugnato dinanzi ai giudici di legittimità, la Corte d'appello di Venezia si era limitata ad affermare che il Tribunale aveva condiviso «la perplessità della Commissione territoriale sulla poca credibilità e genericità della vicenda» assumendo che non vi fossero riscontri di minacce concrete né dell'avvio di indagini per una vicenda che riguardava la sfera personale del ricorrente.

Con riferimento alla *valutazione di credibilità di una domanda di protezione proposta in ragione dell'orientamento omosessuale* del richiedente (cittadino nigeriano), la Corte di cassazione, con ordinanza n. 7778/2021, ha cassato la decisione assunta dal Tribunale di Ancona che aveva affermato che l'allegazione relativa all'orientamento omosessuale sarebbe sempre inattendibile in quanto non veritiera e finalizzata solo ad ottenere la protezione. Nella decisione in esame la Corte, dopo aver precisato come la predetta motivazione «tradisce un vero e proprio preconcetto», ha affermato che il giudice di merito avrebbe dovuto attivare «gli strumenti processuali opportuni» per verificare l'attendibilità delle dichiarazioni del ricorrente.

Ancora con riferimento alla valutazione delle prove, i giudici di legittimità hanno precisato come il giudice di merito, nell'esaminare i *documenti prodotti dal ricorrente* (nel caso in esame un rapporto di polizia), non possa limitarsi a dedurne la non autenticità in ragione del fatto che «in alcune zone della Nigeria sia in aumento il ricorso ad atti contraffatti», dovendo disporre gli approfondimenti istruttori ritenuti opportuni.

Ancora in merito alla valutazione di credibilità – ed alla sindacabilità in Cassazione – i giudici di legittimità, con ordinanza n. 3574/2021, richiamando il tenore letterale dell'art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007 (laddove si prevede la necessità di valutare se il richiedente *è, in generale, attendibile*), hanno precisato che, «pur senza escludere, in astratto, che una specifica incongruenza relativa anche soltanto ad un profilo accessorio, come le modalità di fuga, possa, per il ruolo specifico della circostanza narrata, inficiare del tutto la valutazione di credibilità – e dunque di efficacia probatoria – la norma, ponendo come condizione che il racconto sia "in generale, attendibile" non può che esser intesa nel senso di ritenere sufficiente che il racconto sia credibile "nell'insieme" – e dunque, attribuendo alle parole il loro esatto valore semantico, "complessivamente",

"globalmente", appunto "in generale". Attribuire invece alla locuzione il significato opposto di "integralmente", "totalmente", "specificamente", "credibile in suo ogni particolare", significherebbe sovvertire il testo e il senso della norma».

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 4377/2021, si è nuovamente soffermata sui criteri da seguire nell'esame su base individuale delle domande di protezione internazionale. In particolare, gli Ermellini hanno cassato la decisione della Corte d'appello di Roma che aveva rigettato la domanda spiegata da un cittadino del Gambia, il quale aveva allegato un rischio legato all'attività politica svolta dal di lui fratello (peraltro già beneficiario dello *status* di rifugiato per motivi politici). Nella decisione in esame, la Corte ha richiamato i principi affermati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 4 ottobre 2018 emessa nella causa C-652/2016, punto n. 51, ribadendo come si debba tenere conto delle minacce di persecuzione e di danni gravi incombenti su un familiare del richiedente, al fine di determinare se quest'ultimo, a causa del legame familiare con detta persona minacciata, sia a sua volta esposto a siffatte minacce. Il giudice di legittimità hanno concluso affermando il seguente principio: «nell'ambito dell'esame su base individuale di una domanda di protezione internazionale, si deve tener conto, ove ritenuto credibile, del riferimento alle minacce di persecuzione e di danni gravi per ragioni politiche incombenti su un familiare del richiedente, al fine di determinare, previa verifica dell'attualità della minaccia, se quest'ultimo, a causa del legame familiare con detta persona minacciata, sia a sua volta esposto a siffatte minacce, non potendosi escludere che il mancato svolgimento di attività politica da parte del richiedente escluda *a priori* la sussistenza nei suoi confronti della minaccia».

Dovere di cooperazione istruttoria

La Corte di cassazione, con ordinanza n. 2043/2021, ha ribadito come, anche in presenza di una valutazione negativa di credibilità delle dichiarazioni del ricorrente relative ai motivi che lo hanno indotto a fuggire dal Paese d'origine, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, una volta che il ricorrente abbia allegato i fatti costitutivi del diritto, «il giudice di merito *è obbligato,* ai sensi dell'art. 8, comma 3, del d.lgs. 25/2008, a cooperare *ex officio* nell'accertare la situazione reale del Paese di provenienza mediante l'esercizio dei poteri e doveri d'indagine», essendo quel giudice investito di «singole vicende aventi ad oggetto diritti fondamentali della persona». Nella decisione in esame, i giudici di legittimità hanno riaffermato come, per ritenere adempiuto il predetto obbligo, il giudice sia tenuto ad indicare specificamente le fonti in base alle quali abbia svolto l'accertamento richiesto.

Paese di transito

La Suprema Corte, con ordinanza n. 6047/2021, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un cittadino del Bangladesh – il quale aveva riferito di essere fuggito dal Paese d'origine ed essere

rimasto per due anni in Libia – ha ribadito che, ai sensi dell'art. 8 co. 3, d.lgs. n. 25 del 2008, ogni domanda deve essere esaminata «alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi per cui questi sono transitati ...». Proprio con riferimento al Paese di transito, i giudici di legittimità hanno precisato che la locuzione «*ove occorra*» implica che la valutazione della condizione del Paese di transito sia necessaria ogni qualvolta il richiedente dimostri, o anche soltanto alleghi, un radicamento in quel Paese ovvero una permanenza temporalmente idonea a costituire la presunzione di esistenza di un collegamento tra lo straniero e il predetto Paese di transito.

PROTEZIONE UMANITARIA e PROTEZIONE SPECIALE

La nuova protezione speciale introdotta dal d.l. n. 130/2020. Prime questioni e applicazioni

L'innovazione all'art. 19 TU apportata dal d.l. n. 130/2020 convertito con modifiche in legge n. 173/2020, ha subito presentato resistenze applicative da parte delle Amministrazioni dello Stato in relazione, innanzitutto, all'introdotto doppio e autonomo percorso per il rilascio del permesso per protezione speciale (una prima analisi dell'istituto è pubblicata in questo numero della *Rivista*) e in particolare a quello al di fuori del sistema della protezione internazionale, con domanda presentata direttamente al questore e con obbligatorio parere endoprocedimentale della Commissione territoriale (art. 19, co. 1.2 TU). Già la Commissione nazionale asilo, con circolare del 3.11.2020 (pubblicata in questa *Rivista*, nella Rassegna di Osservatorio italiano n. 1.2021), nel fornire indicazioni sulla riforma alle Commissioni territoriali, ha dato della nuova disposizione un'interpretazione restrittiva, ritenendo che il permesso per protezione speciale con domanda al questore possa essere rilasciato solo nel caso la persona straniera chieda un permesso «*ad altro titolo*». L'effetto immediato di questa indicazione ha comportato l'impossibilità di presentare presso le questure domande specificamente finalizzate al rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, fino a quando con circolare del 19.3.2021 (in questo numero della *Rivista*, nella Rassegna di Osservatorio italiano) il Ministero dell'interno ha formalizzato detta contrarietà, dando indicazione agli Uffici immigrazione di qualificarle come irricevibili se non precedute da richiesta di permesso «*ad altro titolo*».

Stante l'evidente illegittimità di tali interpretazioni, sono stati presentati vari ricorsi d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per ottenere il riconoscimento del diritto alla presentazione della domanda di rilascio del permesso espressamente denominato per protezione speciale. Ricorsi che hanno trovato accoglimento nella giurisprudenza di seguito rassegnata.

Con decreto 6.5.2021 il Tribunale di Bologna (RG. 3246/2021) ha censurato il provvedimento della questura, di irricevibilità della domanda di rilascio del permesso per protezione speciale, affermando che la disposizione di cui al co. 1.2 dell'art. 19 TU «come risulta dalla semplice lettura della stessa, non presuppone in alcun modo che la domanda a seguito della quale il questore possa

rilasciare il permesso per protezione speciale debba avere necessariamente ad oggetto un permesso di natura differente da quest'ultimo. La norma in esame utilizza, al contrario, una formulazione ampia ed onnicomprensiva potendo quindi l'iniziale istanza dell'interessato concernere il rilascio di un qualsiasi titolo abilitativo alla permanenza sul territorio italiano senza che debba per forza escludersi proprio il permesso per protezione speciale» e ritenendo, pertanto, che la circolare del Ministero dell'interno del 19.3.2021 sovverta lo stesso tenore della norma.
In termini analoghi si è pronunciato lo stesso Tribunale di Bologna con successivi decreti del 17.5.2021 RG. 3877/2021 e del 3.6.2021 RG. 3926/2021.

Anche i Tribunali di Napoli (RG. 11264/2021), di Ancona (RG. 2505/2021) e Venezia (RG. 3057/2021) hanno censurato i provvedimenti delle questure di irricevibilità o rigetto della domande di rilascio del permesso per protezione speciale motivate sulla necessità che fossero già inserite in altro procedimento, ritenendo che la norma non consenta di rinvenire la distinzione operata dal Ministero e che le circolari non possono derogare a disposizioni di legge. In particolare, il Tribunale di Napoli evidenzia come, seguendo la tesi ministeriale, «vi sarebbe un'accelerazione in favore di coloro che abbiano eventualmente presentato un'istanza del tutto infondata e non di chi abbia direttamente e fondatamente invocato il riconoscimento della protezione speciale senza addurre ragioni diverse ed ultronee» e il Tribunale di Ancona qualifica la pretesa ministeriale come «vanamente burocratica», affermando che «il suo effetto potrebbe essere quello di indurre un alto numero di cittadini stranieri che si trovino nelle condizioni di cui ai primi due commi della stessa disposizione a presentare domande di protezione internazionale, cosi frustrando quello stesso sistema al quale il legislatore ha cercato di garantire una maggiore efficienza e celerità con le riforme che si sono susseguite nell'ultimo decennio, da ultimo con lo stesso d.l. 130/2020, che contiene all'art. 2 modifiche delle procedure di esame delle domande di protezione internazionale con un proliferare di procedure amministrative in casi non previsti dalla legge, determinando anche un aumento del contenzioso giudiziario».
Nei procedimenti d'urgenza dianzi richiamati, i Tribunale di Napoli e Ancona sono entrati nel merito del diritto alla protezione speciale, riconoscendola e dunque non limitando la pronuncia al riconoscimento del diritto alla presentazione della domanda. Questione aperta su cui ci si sofferma nei prossimi numeri della *Rivista*.

Con riguardo all'impatto della nuova disciplina recata dal d.l. n. 130/2020 ai giudizi pendenti davanti alla Corte di cassazione, va segnalata l'ordinanza 13641/2021, con cui la Corte di cassazione ha rinviato a nuovo ruolo la decisione di un ricorso avverso il decreto del Tribunale di Torino di rigetto della domanda di riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria, proposto da un richiedente asilo del Mali. La Cassazione, infatti, ha preso atto che con ordinanza *28316/2020 è stata rinviata alle Sezioni Unite* (in questa *Rivista* n. 1.2021,

Rassegna asilo) la questione se il rimpatrio di persona straniera integrata in Italia costituisca in sé violazione del diritto alla vita privata e familiare, con necessità di attenuazione della comparazione rispetto a eventuale violazione dei diritti fondamentale nel Paese di origine. Rinvio che la Cassazione ha ritenuto necessario anche alla luce della riforma operata dal d.l. n. 130/2020 al generale istituto della protezione speciale.

La nuova protezione speciale nell'ambito del giudizio di impugnazione della revoca o del diniego di rinnovo del permesso umanitario

Nell'ambito di un giudizio di impugnazione del provvedimento del questore, di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno umanitario, motivato in forza di parere negativo della Commissione territoriale, il Tribunale di Bologna, con ordinanza 11.3.2021 RG. 15841/2020, ha riconosciuto la protezione speciale ai sensi della dell'art. 19 TU , come riformato dal d.l. n. 130/2020 e applicabile ai sensi dell'art. 15 del medesimo decreto legge. Il diritto al rinnovo del permesso di soggiorno per protezione speciale è stato collegato al rispetto della vita privata e familiare del ricorrente, cittadino della Costa d'Avorio, che ha dimostrato la sua integrazione sociale e lavorativa e l'assenza di pregiudizi penali.

In termini analoghi, con decreto 15.12.2020, RG. 2463/2019, il Tribunale di Brescia ha riconosciuto a richiedente protezione internazionale del Senegal la protezione speciale, prevista dal nuovo art. 19 TU 286/98, dopo avere escluso la sussistenza dei presupposti della protezione internazionale e verificato che nella Casamance, Regione di provenienza del richiedente, vi è una situazione di conflitto a bassa intensità, che perdura da decenni, pur se continuano i colloqui tra le parti per il raggiungimento di un accordo di pace. Il Tribunale lombardo applica la nuova disciplina, in forza di quanto disposto dall'art. 15 d.l. n. 130/2020, ravvisando una sostanziale continuità tra la previgente disciplina della protezione umanitaria, di cui all'art. 5, co. 6 TU, e quella attuale di protezione speciale, ove gli elementi di continuità sono ravvisabili sia nel dovere di rispetto degli obblighi costituzionali o internazionale, che del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Secondo il Tribunale di Brescia «Ora come allora, pertanto, si deve pervenire alla conclusione per cui non è sufficiente l'allegazione di un'esistenza migliore in Italia, sotto il profilo dell'integrazione sociale, personale o lavorativa, ma è necessaria una valutazione comparativa tra la vita privata e familiare del richiedente in Italia e quella che egli ha vissuto prima della partenza e alla quale si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio (Cass. civ., sez. I, n. 7733/2020 cit.), al fine di accertare se lo straniero sia al punto sradicato dal Paese di provenienza (sul piano socioeconomico e su quello personale), che il solo rimpatrio costituisca motivo di pregiudizio di diritti fondamentali personali».

Comparazione che il Tribunale ha effettuato alla luce della approfondita analisi della situazione in Casamance, bilanciata con il livello di integrazione sociale del ricorrente in Italia, il suo

sradicamento dal Senegal oramai da anni e l'assenza, ivi, di familiari. Viene, infine, dato rilievo anche alla traumatica perdita del padre, in occasione di un naufragio nel 2002 e ad una duplice detenzione subita in Libia, dove il richiedente era approdato dopo avere lasciato il Senegal.
Entrambe le sopra richiamate decisioni di merito, nell'ambito di differenti tipologie di giudizi, non paiono conformi alla nuova disciplina della protezione speciale di cui all'art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2 TU 286/98, in quanto emesse dopo l'accertamento anche della situazione di instabilità politica esistente nei Paesi di origine dei richiedenti, comparato con l'integrazione raggiunta in Italia e riferibile al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Diritto che, tuttavia, nella nuova formulazione non comprende tale comparazione, in quanto il legislatore ha compiutamente indicato i criteri per il suo accertamento, tra i quali non c'è quello della situazione nel Paese di origine.

Protezione umanitaria, criteri di valutazione, dovere istruttorio e COI (art. 8 d.lgs. 25/2008)
L'ordinanza n. 3705/2021 della Corte di cassazione affronta la questione dei requisiti richiesti per il riconoscimento della protezione umanitaria, una volta esclusa la protezione internazionale nelle due forme maggiori del rifugio politico e della tutela sussidiaria. Se, infatti, per queste ultime lo scrutinio riguarda il rischio individuale per il richiedente in relazione a specifici elementi, «Al contrario, in relazione al riconoscimento della protezione umanitaria la valutazione concerne sia la persona del richiedente, che il suo contesto di origine, da valutare in forma ponderata rispetto al livello di integrazione raggiunto in Italia, ma non necessariamente alla ricerca di eventuali profili di rischio di danno alla sua persona o alla sua incolumità, bensì in vista di una più completa protezione del nucleo essenziale dei suoi diritti e delle sue prerogative personali». L'accertamento che il giudice deve compiere, pertanto, è «quantitativamente, ma anche qualitativamente» diverso per la protezione umanitaria, che presuppone una «articolata valutazione del contesto di vita, nel Paese di origine e in Italia», per verificare se il rimpatrio possa esporre il richiedente «al rischio di subire un danno non necessariamente inerente alla sua vita o alla sua incolumità personale, ma comunque idoneo a limitare o condizionare le sue prerogative individuali, in maniera tanto ampia e significativa da far regredire i suoi diritti inviolabili al di sotto della soglia minima di intangibilità correlata ad un'esistenza dignitosa».
Sulla base di tali principi, la Cassazione censura la decisione del Tribunale di Ancona che ha escluso anche la protezione umanitaria senza svolgere alcun accertamento sul Paese di origine del richiedente asilo.
L'ordinanza qui in esame censura, però, il giudice marchigiano anche nella parte in cui ha ritenuto irrilevante l'attività lavorativa (a tempo determinato) svolta dal richiedente, ritenendola non sintomatica di radicamento sociale e ciò anche se avesse dato prova di avere un contratto di lavoro a tempo indeterminato, in quanto questo sarebbe comunque incompatibile con la provvisorietà del permesso di soggiorno umanitario.

Affermazioni che si pongono in contrasto, evidenzia l'ordinanza in esame, con i principi giurisprudenziali elaborati dalla Cassazione, secondo cui, invece, il livello di integrazione raggiunto in Italia deve essere necessariamente comparato con il rischio di violazione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio e, dunque, «il giudice di merito deve sempre condurre una valutazione che, pur prendendo le mosse da un dato oggettivo (la situazione esistente nel Paese di origine del richiedente) si sviluppa poi interamente sul piano soggettivo, dovendosi apprezzare sia il livello di integrazione in concreto raggiunto dal singolo richiedente in Italia, sia il rischio che, individualmente, costui correrebbe in caso di rientro in patria.», con valutazione individualizzata ma unitaria e non frammezzata o atomistica (Cass. n. 7599/2020 e n. 15448/2020).

Precisa l'ordinanza che la comparazione sarà tanto più attenuata quanto maggiore è il livello di integrazione raggiunto in Italia («base di partenza del procedimento di comparazione»), perché «Sussiste infatti un rapporto di proporzionalità inversa tra i due corni dell'unico procedimento logico di valutazione, nel senso che tanto più è forte il radicamento in Italia del richiedente la protezione, tanto meno è richiesto un apprezzamento funditus della condizione esistente nel Paese di origine che sia direttamente collegato alla situazione individuale del richiedente stesso, dovendosi presumere che la semplice rilevante differenza tra i due contesti possa esporre il soggetto al grave rischio di veder compromesso il suo standard di vita, e con esso, il livello di protezione dei suoi diritti fondamentali che in concreto egli ha potuto conseguire mediante il processo di integrazione avuto nel Paese ospitante e che, quindi, in linea tendenziale ha diritto di conservare».

Di grande interesse è anche la parte della pronuncia ove la Corte prende in considerazione l'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, che ha ripristinato l'art. 5, co. 6 TU nella parte abrogata dal d.l. n. 113/2018 e innovato l'art. 19 TU, e il cui art. 15 esclude l'applicazione della nuova disciplina ai soli giudizi di rinvio dalla Cassazione, lasciando intendere che nei giudizi di Cassazione la nuova disciplina abbia un effetto immediato. Senza entrare nel merito di tale questione, la Corte afferma che «La nuova protezione speciale si presenta, prima facie, caratterizzata da un compasso di ampiezza almeno corrispondente a quello della protezione umanitaria previgente all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 2018, nell'interpretazione che di detta forma di protezione è fornita dal consolidato orientamento di questa Corte [...]. Ne deriva che i principi affermati in precedenza conservano la loro piena validità, tanto con riferimento alla disciplina anteriore al d.l. n. 113 del 2018, da ultimo richiamato, quanto nell'ambito della nuova normativa di cui al d.l. n. 130 del 2020».

Nell'ultima parte, l'ordinanza censura ulteriormente il decreto del Tribunale di Ancona nella parte in cui ha omesso di attivare il potere-dovere istruttorio in relazione alla situazione esistente in Bangladesh, Paese di origine del richiedente, poiché in contrasto con l'art. 8, co. 3 d.lgs. 25/2008, non avendo il giudice di 1^ grado svolto nessuna indagine in proposito. Omissione che, afferma la Cassazione, non trova giustificazione nemmeno a fronte, come nel caso esaminato, di *domanda*

reiterata di protezione internazionale (che, secondo il Tribunale, non sarebbe stata assistita da alcun elemento nuovo), poiché il dovere di cooperazione istruttoria deve essere sempre e rispettato.
In termini analoghi a quelli della precedente pronuncia rassegnata, si pone l'ordinanza n. 3580/2021 della Cassazione, che, con specifico riferimento alla mancata attivazione del dovere istruttorio e alla necessità di ricorrere a specifiche COI, esprime i seguenti principi di diritto:
«a. In tema di valutazione delle prove, ed in particolare di quelle documentali, il giudice di merito è tenuto a dare conto, in modo comprensibile e coerente rispetto a tutte le evidenze documentali di carattere decisivo, del percorso logico compiuto al fine di accogliere o rigettare la domanda proposta, dovendosi ritenere viziata per apparenza la motivazione meramente assertiva o riferita solo complessivamente alle produzioni in atti. [...].
b. il giudice del merito non può limitarsi a valutazioni solo generiche ovvero omettere di individuare le specifiche fonti informative da cui vengono tratte le conclusioni assunte, potendo incorrere in tale ipotesi, la pronuncia, ove impugnata, nel vizio di violazione di legge;
d. il riferimento alle fonti ufficiali aggiornate, attendibili e specifiche rispetto alla situazione individuale dedotta configura un dovere del giudice che giammai potrà determinare una inversione, a carico del richiedente, dell'onere postulato dall'art. 3 co. 5 d.lgs. 251/2007 e dall'art. 8 co. 3 d.lgs. 25/2008».

Sempre in relazione al *dovere istruttorio* di accertare l'esistenza, o meno, di un determinato rischio per il richiedente asilo, l'ordinanza n. 8478/2021 della Cassazione censura la sentenza della Corte d'appello di Firenze che aveva escluso l'esistenza di un rischio in un uno Stato della Nigeria facendo rifermento al sito di Viaggiare Sicuri «il cui scopo e funzione non coincidono, se non in parte, con quelli perseguiti nei procedimenti in materia di protezione internazionale», stante il preciso disposto di cui all'art. 8, co. 3 d.lgs. 25/2008.
Sull'irrilevanza del sito Viaggiare Sicuri si veda anche l'ordinanza n. 4081/2021 della Cassazione.

In tema di *criteri di valutazione* della protezione umanitaria, l'ordinanza n. 12418/2021 della Cassazione esamina il caso di un richiedente asilo del Bangladesh, appartenente *all'etnia minoritaria Bedè*, a cui il Tribunale di Cagliari aveva diniegato ogni forma di protezione nonostante avesse accertato che detta minoranza subisce pesanti discriminazioni, pur se non assumono i caratteri della persecuzione. La Corte, dopo avere ricordato i principi in materia di protezione umanitaria (valutazione caso per caso, comparazione tra il livello di integrazione raggiunto in Italia e il rischio di compromissione dei diritti fondamentali in caso di rimpatrio), rinviene un'insanabile contraddittorietà, che censura, tra l'accertamento che lo stesso Tribunale ha effettuato del grave livello di discriminazione subito dagli appartenenti all'etnia bedè e l'esclusione della sua rilevanza nel giudizio di comparazione tra la medesima condizione, a cui

sarebbe esposto in caso di rimpatrio, e il livello di integrazione raggiunto in Italia, «senza quindi verificare concretamente se risultasse un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti ambientali nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di ogni vita che possa dirsi degna di essere vissuta».

In relazione ai criteri di valutazione della protezione umanitaria, la Corte di cassazione, con ordinanza n. 5044/2021, censura il Tribunale di Bologna che, dopo avere motivatamente escluso il riconoscimento della protezione internazionale per difetto di credibilità soggettiva, ha altresì escluso la protezione residuale ma senza adeguata motivazione. Secondo la Corte infatti, il Tribunale «ha inammissibilmente trascurato di approfondire e circostanziare in modo congruo gli aspetti dell'indispensabile valutazione comparativa tra la situazione personale ed esistenziale attuale del richiedente sul territorio italiano, e la condizione cui lo stesso verrebbe lasciato in caso di rimpatrio, al fine di attestare (attraverso l'individuazione officiosa delle specifiche fonti informative suscettibili di asseverare le conclusioni assunte in relazione alle condizioni generali del Paese di origine) che il ritorno del richiedente nel proprio Paese non valga piuttosto a esporlo al rischio di un abbandono a condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo dei diritti della persona; e tanto, indipendentemente dalla circostanza che tale rischio possa farsi risalire (o meno) a fattori di natura economica, politica, sociale, culturale, etc.».

Protezione umanitaria e povertà estrema

Con ordinanza n. 15961/2021 la Corte di cassazione ha esaminato la relazione tra povertà estrema (riferibile, secondo la Banca mondiale, a chi vive con meno di 1,90 dollari al giorno) e la protezione umanitaria, censurando la decisione del Tribunale di Bologna che tale protezione aveva escluso, nonostante l'allegazione del richiedente asilo di versare in quella condizione, in Nigeria, insieme alla famiglia.

Richiamando proprie recenti pronunce (Cass. n. 5022/2021 e 18443/2020), il Giudice di legittimità ricorda che «il concetto di "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale", costituisce il limite minimo essenziale al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa. Detto limite va apprezzato dal giudice di merito non solo con specifico riferimento all'esistenza di una situazione di conflitto armato, ma anche con riguardo a qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o riduzione al di sotto della predetta soglia minima.» e precisa che, all'esito del giudizio di comparazione tra la condizione vissuta in Italia e quella a cui il richiedente asilo sarebbe esposto in caso di rientro nel Paese di origine, «la condizione di povertà del Paese di provenienza può assumere rilievo ove considerata unitamente alla condizione di insuperabile indigenza alla quale, per ragioni individuali, il ricorrente sarebbe esposto ove rimpatriato, nel caso in cui la combinazione di tali elementi crei il pericolo di

esporlo a condizioni incompatibili con il rispetto dei diritti umani fondamentali.». Poiché «Il concetto di povertà estrema costituisce, infatti, la più dura condizione di povertà, nella quale non si dispone, o si dispone con grande difficoltà o intermittenza, delle primarie risorse per il sostentamento umano come l'acqua, il cibo, il vestiario e l'abitazione». Il Tribunale, dunque, avrebbe dovuto cooperare con il richiedente accertando le reali condizioni di vita della sua famiglia e il contesto sociale in cui essa vive.

Sulla rilevanza della povertà si vedano anche Cass. n. 16119/2020, n. 20334/2020, n. 18443/2020.

Protezione umanitaria e disastro ambientale

Con interessante ordinanza, n. 5022/2021, la Corte di cassazione affronta la questione, ancora non ben esplorata dalla giurisprudenza, dei disastri ambientali e la loro incidenza per il riconoscimento di una protezione. Dopo avere ricordato il caso *Teitiota* (n. 2727/2016) portato davanti al Comitato delle Nazioni Unite e la decisione da questi assunta il 24 ottobre 2019, secondo cui gli Stati hanno l'obbligo di garantire il diritto alla vita delle persone, che si estende anche alle minacce «ragionevolmente prevedibili e alle situazioni potenzialmente letali che possono comportare la perdita della vita o comunque un sostanziale peggioramento delle condizioni dell'esistenza, inclusi il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e lo sviluppo insostenibile, che costituiscono alcune delle minacce più gravi ed urgenti alla vita delle generazioni presenti e future», la Cassazione afferma che «Il degrado ambientale, nella prospettazione del Comitato ONU, può compromettere l'effettivo godimento dei diritti umani individuali, al pari del cambiamento climatico e degli effetti causati, in generale, dallo sviluppo insostenibile; ciò si verifica quando il governo locale non può, o non vuole, assicurare le condizioni necessarie a garantire a tutti l'accesso alle risorse naturali essenziali, quali la terra coltivabile e l'acqua potabile, con conseguente compromissione del diritto individuale alla vita».

Rapportati detti principi alla situazione esistente nel *Delta del Niger* (Nigeria), la Corte ritiene che, allorquando il giudice di merito accerti che in un determinato Paese o sua area vi sia una situazione qualificabile di disastro ambientale (come definito dall'art. 452-*quater* c.p.) «o comunque un contesto di grave compromissione delle risorse naturali cui si accompagni l'esclusione di intere fasce di popolazione dal loro godimento», la comparazione da effettuarsi ai fini della protezione umanitaria deve riguardare il rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa che quella situazione determina, ove la valutazione del pericolo «non va condotta unicamente con riferimento all'ipotesi limite del conflitto armato, ma – più in generale – con riguardo alla sussistenza, in concreto, di una condizione idonea a ridurre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al di sotto della soglia minima ineludibile».

Protezione umanitaria e integrazione sociale

L'ordinanza n. 7396/2021 della Corte di cassazione censura la decisione della Corte d'appello di Torino che aveva escluso il riconoscimento della protezione internazionale e di quella umanitaria, sia per difetto di credibilità soggettiva, sia per la ritenuta irrilevanza dell'integrazione sociale dimostrata dal richiedente asilo del Mali, in quanto gli sforzi di integrazione da lui compiuti non rappresenterebbero titolo autonomo per il riconoscimento della protezione umanitaria, non sarebbero prova di effettivo radicamento nella società italiana e l'attività lavorativa svolta sarebbe presupposto per il solo permesso di soggiorno per lavoro.

La Cassazione censura radicalmente tale assunto con cui il giudice torinese ha «aprioristicamente ricusato di apprezzare il grado d'integrazione dell'immigrato» e afferma che l'art. 22 d.lgs. 142/2015 – che delinea le attività formative e lavorative alle quali il richiedente asilo può accedere – è una disposizione «dalla valenza del tutto neutra, avendo lo scopo di favorire l'accoglienza del richiedente la protezione internazionale, nel caso in cui la procedura si protragga nel tempo, non per colpa dell'immigrato» e pertanto «non può, di conseguenza, predicarsi, come erroneamente fa la Corte di Torino, la non valutabilità per "tabulas", in ordine al giudizio d'integrazione, del lavoro e delle attività formative e d'istruzione svolte dall'interessato approfittando di una tale possibilità, seppure, per contro, non può affermarsi, in senso contrario, che tali attività, sempre e comunque siano significative allo scopo in discorso».

Dopo avere richiamato il novellato art. 19 TU, conclude la Corte affermando il principio di diritto al quale la Corte d'appello di Torino dovrà attenersi riassumibile nel dovere del giudice di effettuare quella comparazione tra la condizione di integrazione del richiedente in Italia e il rischio, in caso di rimpatrio, di «privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale».

Protezione umanitaria e diritto all'unità familiare in presenza di figli minori

L'ordinanza n. 8713/2021 della Corte di cassazione afferma importanti principi in materia di protezione umanitaria riconoscibile a richiedente asilo che l'abbia motivata in relazione alla presenza sul territorio nazionale di un figlio minore. Dopo avere ricordato precedenti della stessa Corte con i quali si è escluso che la presenza di un figlio minore costituisca fattore di vulnerabilità a cui la protezione umanitaria offra tutela (Cass. n. 9823/2020 e n. 6587/2020), la pronuncia qui in commento si discosta da essi con articolata motivazione che muove le mosse proprio dalle argomentazioni in essi contenute e richiama, a supporto, numerosi principi espressi in materia umanitaria dal Giudice di legittimità. Innanzitutto, la Corte analizza i presupposti dell'art. 31. co. 3 TU evidenziandone la ratio tesa a proteggere il diritto fondamentale del minore a vivere con i genitori (Cass. SU n. 15750/2019 e in precedenza Cass. SU 21799/2010), i quali possono essere autorizzati «in via temporanea» a soggiornare in Italia, in deroga alle regole ordinarie, e dunque non hanno una tutela autonoma bensì riflessa «ovverosia nei imiti in cui detta tutela sia funzionale

alla protezione dello sviluppo psicofisico del minore, che rappresenta il bene-interesse direttamente protetto dalla norma in commento».

Fatta questa precisazione, la Cassazione ripropone i principi, oramai pacifici, in forza dei quali può essere riconosciuta la protezione umanitaria, ovverosia la valutazione individuale, caso per caso, della vita privata e familiare in Italia, comparata con quella che il richiedente asilo ha vissuto nel Paese di origine prima della partenza e quella a cui si troverebbe esposto in caso di rimpatrio, al fine di accertare se tra i due contesti vi sia un'effettiva ed incolmabile sproporzione. Accertamento il cui «complessivo apprezzamento demandato al giudice di merito costituisce un unicum, nel senso che entrambi i corni nei quali esso si articola concorrono, come momenti necessari, all'unitario procedimento valutativo, che il giudice è chiamato a condurre "considerando globalmente e unitariamente i singoli elementi fattuali accertati e non in maniera atomistica e frammentata" (cfr. Cass. sez. I, ordinanza n. 7599 del 30.3.2020, Rv. 657425 e Cass. sez. I, ordinanza n. 14548 del 9.7.2020, Rv. 658136)».

Richiamati i principi delle Sezioni Unite nell'ordinanza n. 29459/2019 (di conferma della sentenza n. 4455/2018 e ribaditi anche da Cass. 1104/2020), la Cassazione esclude che vi sia alternatività tra la speciale disposizione di cui all'art. 31, co. 3 TU immigrazione e il permesso per motivi umanitari, in quanto quest'ultimo, accertabile *ex* art. 5, co. 6 TU, riconduce ad unitarietà il diritto di ogni membro della famiglia a vivere insieme, in termini di stabilità di vita e di relazioni, «secondo una prospettiva, quindi, sostanzialmente rovesciata rispetto a quella posta a fondamento del richiamato art. 31». La Cassazione pone l'accento, infatti, sulla molteplicità degli interessi coinvolti, i quali devono essere presi in considerazione complessivamente.

Quanto al fatto che, secondo l'orientamento contrario, solo il genitore singolo con figli minori è compreso tra le categorie dei soggetti vulnerabili (art. 2, co. 1 lett. h-bis) d.lgs. 25/2008), l'ordinanza evidenzia che quella norma non solo tipizza alcune tra le più rilevanti vulnerabilità non esaurendole, ma afferma che va letta in coordinamento con l'art. 19 TU 286/98 «in vista della tutela a "compasso largo" della tutela umanitaria descritta dalla giurisprudenza di questa Corte» e dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, oggi ripristinato dall'abrogazione del 2018, il quale «delinea una "nuova protezione speciale" che si presenta, prima facie, caratterizzata da un compasso di ampiezza almeno corrispondente a quello della protezione umanitaria previgente all'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018». Il richiamo agli obblighi costituzionali o internazionali, di cui all'art. 5, co. 6, esclude che anche le vulnerabilità possano essere tipizzate in un numero chiuso.

In conclusione la Cassazione enuncia i principi (che qui non si riportano, per ragioni di spazio ma che meritano di essere letti per intero) in forza dei quali il giudice del rinvio dovrà esaminare la richiesta di protezione in un primo momento negata.

Protezione umanitaria e minore età al momento dell'ingresso in Italia

L'ordinanza n. 9247/2021 della Cassazione affronta il tema della rilevanza della minore età del richiedente asilo al momento dell'ingresso in Italia, anche se nelle more del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale sia divenuto maggiorenne. La Corte afferma, innanzitutto, che tutti i principi in materia di ascolto del minore, previsti dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e della Convenzione di Strasburgo del 1996, elaborati in generale (Cass. n. 12018/2019, n. 6129/2015, n. 10784/2019) sono applicabili anche allo specifico procedimento dell'asilo (Cass. n. 1785/2020), nonostante nel frattempo il richiedente abbia raggiunto la maggiore età (Cass. n. 17115/2020).

Ricorda, altresì, i principi in materia di riconoscimento della protezione umanitaria che «non può essere negativamente ipotecata dal giudizio di non credibilità formulato in relazione alle condizioni per il riconoscimento del rifugio, della sussistenza di una persecuzione in atto, della esposizione ad un danno grave alla persona in caso di rimpatrio», dovendosi invece effettuare un giudizio autonomo rispetto alle forme maggiori di protezione e con comparazione tra la condizione vissuta in Italia e quella in cui verrebbe immesso in caso di rimpatrio. Tanto precisato, la Cassazione afferma che, ai fini di tale giudizio, la minore età al momento dell'arrivo in Italia assume una sua rilevanza, tanto da escludere una sua espulsione e da imporre l'adozione di determinate misure di accoglienza e, non da ultimo, essendo il minore non accompagnato compreso nelle categorie vulnerabili come definite dall'art. 2-*bis* d.lgs. 25/2008, modificato dall'art. 25 d.lgs. 142/2015. Ricomprensione che, secondo la Corte «non comporta che la condizione di vulnerabilità richiesta dall'art. 5 co. 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria possa ritenersi prevalutata ed accertata in astratto, ex lege, per tutti i soggetti appartenenti alle categorie indicate dalla norma citata, ma determina la necessità di non poter legittimamente ignorare, all'interno di una valutazione complessiva, che il richiedente abbia intrapreso il suo percorso in una condizione che lo differenza dagli altri perché, in ragione della minore età, aveva una sua particolare vulnerabilità».

In applicazione di tale assunto, la Cassazione censura la sentenza della Corte d'appello di Bari che aveva escluso anche la protezione umanitaria ad un giovane richiedente asilo della Guinea Bissau, arrivato in Italia minorenne, limitandosi a ritenere insufficiente il livello di integrazione in Italia (pur dimostrato dal diploma di scuola conseguito e dal progetto formativo intrapreso) senza tenere conto della minore età che egli aveva durante tutto il percorso migratorio che, attraverso la Libia, l'ha condotto in Italia.

Interessante il passaggio motivazionale dell'ordinanza in esame, ove afferma che «La Corte d'appello ha inoltre omesso di verificare e di valorizzare se il ricorrente si trovasse nella posizione di minorenne non accompagnato, la quale, come affermato dalla Corte EDU, costituisce di per sé una condizione di "vulnerabilità estrema", da ritenersi prevalente rispetto alla qualità di straniero illegalmente soggiornante nel territorio dello Stato, avuto riguardo all'assenza di familiari maggiorenni in grado di prendersene cura ed al conseguente obbligo dello Stato di adottare tutte

le misure positive necessarie, il cui inadempimento costituisce violazione dell'art. 3 della CEDU (cfr. Corte EDU, sent. 12.10.2006, Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio; v. anche, in ordine alle esperienze vissute dal minore, sent. 22.11.2016, Abdullahi Elmi ed altri c. Malta; 21.1.2011, M.S.S. c. Belgio)».

Protezione umanitaria e sfruttamento lavorativo

Con decreto 12.5.2021 RG. 57114/2018 il Tribunale di Milano ha riconosciuto a richiedente asilo del Gambia la protezione umanitaria *ex* art. 5, co. 6 TU, ritenuto applicabile nonostante l'intervenuta modifica recata dal d.l. n. 130/2020 all'istituto della protezione speciale, *ex* art. 19, co. 1, 1.1 e 1.2. TU, richiamato dall'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 e applicabile a tutti i procedimenti e i giudizi pendenti davanti ai Tribunali, sezione specializzate, ai sensi dell'art. 15 del d.l. n. 130.

Secondo il giudice meneghino, infatti, «la disciplina transitoria contenuta nell'art. 15 d.l. 130/2020 fissa il principio dell'immediata applicabilità delle nuove norme ai procedimenti già pendenti alla sua entrata in vigore, ma *non stabilisce che esse si applichino retroattivamente*, né pone deroghe all'art. 11 delle preleggi, e non incide pertanto "sui fatti che si siano compiutamente verificati sotto la vigenza della legge" incisa o modificata" (punto 5.2 delle sentenze citate). Rimane valido, in relazione a tali "fatti", ossia in relazione alle domande di protezione umanitaria presentate prima del nuovo d.l. 130/2020, il principio affermato dalle sentenze n. 29459 e 29460 del 2019, secondo cui "in tema di successione delle leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta a ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile; ne consegue che la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dall'art. 5, co. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del d. l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per "casi speciali" previsto dall'art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge"». Se dovesse applicarsi il nuovo istituto della protezione speciale, dunque, si violerebbe il principio consolidato che qualifica la protezione umanitaria quale diritto soggettivo preesistente al suo accertamento, da annoverarsi tra i diritti fondamentali, offrendo una diversa valutazione a fatti già accaduti.

Esaminando, pertanto, il ricorso alla luce della "vecchia" protezione umanitaria, il Tribunale di Milano riconosce tale tutela in ragione dello *sfruttamento lavorativo subito dal richiedente in Italia*, come accertato in giudizio, integrandosi una condizione di vulnerabilità che prescinde dalle valutazioni che possono essere effettuate se il lavoratore sfruttato avesse chiesto l'applicazione dell'art. 22, co. 12-*quater* TU.
Nel contesto di quest'ultima norma, infatti, è richiesta la denuncia penale a carico del datore di lavoro che si assume avere posto in essere lo sfruttamento lavorativo, elemento che però non è necessario all'interno del procedimento di protezione internazionale, nel quale viene valorizzata la condizione di vulnerabilità in sé.
Il Tribunale precisa, altresì, che, a fronte dello sfruttamento lavorativo accertato in giudizio mediante specifiche fonti di informazione, si attenua il rigore della comparazione richiesta dalla giurisprudenza per il riconoscimento della tutela umanitaria, stante l'elevato grado di vulnerabilità del richiedente (peraltro già orfano, emigrato minorenne e privo di scolarizzazione).

In termini analoghi anche un ulteriore decreto del Tribunale di Milano, RG. 42440/2019, del 12.5.2021.

Protezione umanitaria e tratta degli esseri umani
Con ordinanza n. 1750/2021 la Cassazione annulla la sentenza della Corte d'appello di Bari che aveva escluso ogni forma di protezione a richiedente asilo donna, vittima di tratta degli esseri umani, in quanto ella non si era auto qualificata vittima e nonostante nel giudizio fossero emersi oggettivamente svariati indicatori della tratta al punto che la Corte pugliese aveva trasmesso d'ufficio gli atti alla Procura della Repubblica per l'accertamento dell'eventuale reato di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) o di tratta degli esseri umani (art. 601 c.p.), nel contempo trasmettendo al questore in relazione all'art. 18 TU.
La Cassazione rileva la contraddittorietà della decisione «nell'avere, da un canto, ravvisato una specifica e personale condizione di vulnerabilità della richiedente, la quale appare, in base ai numerosi indici delineati nelle linee guida dell'UNHCR (il debito contratto a causa del contesto di povertà familiare, il matrimonio forzato,i1 sequestro ed il viaggio pagato da altri, nonché l'attività di prostituzione in una zona controllata) vittima di sfruttamento sessuale nell'ambito della tratta – peraltro rilevando come anche l'età della stessa appaia essere inferiore a quella dichiarata – e, dall'altra, nel non averli ritenuti sufficienti ai fini della protezione umanitaria in ragione del mancato riconoscimento della richiedente asilo di essere vittima di sfruttamento sessuale». Precisa la Corte che il mancato riconoscimento della propria condizione di vittima di grave sfruttamento sessuale o lavorativo non esclude il dovere del giudice di riconoscere la vulnerabilità oggettiva ad esso sottostante, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di protezione

umanitaria, tenuto conto anche dei principi contenuti nella Convenzione di Istanbul del 2011, nella Convenzione di Palermo del 2000 e dell'art. 4 CEDU.

In tema di protezione internazionale e tratta, si segnala anche l'ordinanza della Corte di cassazione n. 2464/2021, che esclude, con articolata e ricca motivazione, che l'impedimento al riconoscimento della protezione possa derivare dalla mera valutazione negativa della narrazione del/della richiedente, perché anche eventuali contraddizioni del racconto devono essere contestualizzate nella particolare condizione di vulnerabilità della vittima, che può avere comprensibile ritrosia a fornire dettagli del proprio vissuto. La Corte esclude la fondatezza della qualificazione di vicenda privata, contenuta nella decisione della Corte d'appello di Milano censurata, e ribadisce che sia la Commissione territoriale che il giudice «non possono fondare la valutazione della storia soltanto sulla credibilità soggettiva del richiedente, ma devono esercitare il potere-dovere di indagine a di acquisizione documentale nel rispetto dei criteri indicati dal combinato disposto dell'art. 3, quinto comma, del d.lgs. n. 251 del 2007 e dell'art. 8, terzo comma, del d.lgs. 25 del 2008 ed in modo unitario, considerando quindi i riscontri oggettivi».
Precisa, altresì, la Cassazione che la Convenzione di Ginevra «*parla di fondato timore, non di certezza, poiché altrimenti non avrebbe, nella maggioranza dei casi, alcuna efficacia protettiva nei confronti della vittima*» ed evidenzia che la fondatezza del timore può avere riguardo anche alla cd. rivittimizzazione in caso di rientro nel Paese di origine, stante lo stigma sociale ivi presente.

I PROVVEDIMENTI *ex* REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

Con ordinanza n. 8668/2021 la Corte di cassazione ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea affinché offra un'interpretazione delle seguenti disposizioni:
«1) se l'art. 4 del regolamento debba essere interpretato nel senso che con il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 27 del regolamento (UE) 604/2013, nei confronti di una decisione di trasferimento adottata da uno Stato membro, secondo il meccanismo dell'art. 26 del regolamento ed in base all'obbligo di ripresa in carico di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera b) del medesimo regolamento, possa farsi valere la sola mancata consegna dell'opuscolo informativo disciplinata dall'art. 4, paragrafo 2, del regolamento, da parte dello Stato che ha adottato il provvedimento di trasferimento;
2) se l'articolo 27 del regolamento, letto in combinazione con il considerando 18 e il considerando 19 e con l'articolo 4 del medesimo regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'articolo 4 impone al giudice l'adozione di una decisione di annullamento della decisione di trasferimento;
3) in caso di risposta negativa al quesito sub 2) se l'articolo 27 del regolamento, letto in combinazione con il considerando 18 e il considerando 19 e con l'articolo 4 del medesimo regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata

violazione degli obblighi previsti dall'articolo 4 impone al giudice di verificare la rilevanza di tale violazione alla luce delle circostanze allegate dal ricorrente e consente di confermare la decisione di trasferimento tutte le volte che non emergano ragioni per l'adozione di una decisione di trasferimento di contenuto diverso».

Quesiti che sono stati formulati nell'ambito di un giudizio, davanti alla Cassazione, con cui il Ministero dell'interno aveva impugnato la pronuncia del Tribunale di Catanzaro di annullamento della decisione dell'Unità Dublino, di rinvio in Slovenia di un richiedente asilo che ivi aveva già presentato domanda. Annullamento motivato in ragione della violazione dell'obbligo di informazione contenuto nell'art. 4 del regolamento n. 604/2013, avendo l'Autorità di P.S. effettuato il solo colloquio personale con il richiedente, previsto dall'art. 5 del regolamento.

La Cassazione da atto dell'esistenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali in relazione alla portata dell'art. 4, reg. n. 604, l'uno che lo ritiene essenziale ed inderogabile senza necessità che venga dimostrata la lesione del diritto di difesa del richiedente asilo, l'altro che, invece, ritiene che la violazione possa essere fatta valere solo se il richiedente lamenti carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza dello Stato verso cui sarebbe rinviato, non ammettendo illegittimità per effetto di violazioni solo formali.

A partire da tali premesse la Corte di legittimità dubita che il primo orientamento sia conforme allo scopo del regolamento Dublino, di giungere ad una celere e corretta individuazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo, scoraggiando i movimenti secondari, mentre una specifica allegazione da parte del richiedente asilo delle concrete circostanze che hanno inciso sul suo diritto di difesa, assicurerebbe l'effettività del rimedio, nel rispetto dello scopo del regolamento.

LE MISURE DI ACCOGLIENZA

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8540/2020 (RG. 3633/2020, ha rinviato alla Corte di giustizia dell'Unione europea affinché si esprima sul seguente quesito: «se l'art. 20, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, osti ad una normativa nazionale che preveda la revoca delle misure di accoglienza a carico del richiedente maggiore di età e non rientrante nella categoria delle "persone vulnerabili", nel caso in cui il richiedente stesso sia ritenuto autore di un comportamento particolarmente violento, posto in essere al di fuori del Centro di accoglienza, che si sia tradotto nell'uso della violenza fisica ai danni di pubblici ufficiali e/o incaricati di pubblico servizio, cagionando alle vittime lesioni tali da rendere per le stesse necessario il ricorso alle cure del Pronto Soccorso locale».

Quesito che è stato formulato nell'ambito di un giudizio d'appello, proposto dal Ministero dell'interno di impugnazione della sentenza del Tar Toscana, che aveva accolto il ricorso di un richiedente asilo nei cui confronti la prefettura di Firenze aveva disposto la revoca delle misure di accoglienza, ai seni dell'art. 23 d.lgs. 142/2015, a seguito di una denuncia penale per lesione ai

danni di operatori della polizia municipale e delle Ferrovie dello Stato. Annullamento a cui il giudice regionale era pervenuto disapplicando espressamente l'art. 23 d.lgs. 142/2015 perché ritenuto contrario all'art. 20 direttiva 2013/33/UE, come interpretato dalla Corte di giustizia nel caso C-233/18 del 12.11.2019.

Nel giudizio è stata posta, dall'originario ricorrente, anche l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 23 e il Consiglio di Stato, a fronte di due possibili questioni pregiudiziali (di costituzionalità e di contrasto con il diritto dell'Unione) ha scelto quella di interpellare la Corte di giustizia, in aderenza all'orientamento della Corte costituzionale che affida al giudice di merito la scelta (Corte cost. 20/2019 e n. 63/2019).

Il Consiglio di Stato, richiamato il precedente della CGUE nella causa C-233/18 emesso in un caso analogo, ha ritenuto di dovere addurre nuove argomentazioni rispetto al caso deciso dal Giudice di Lussemburgo, premettendo di ritenere imprescindibile il rispetto delle garanzie procedimentali partecipative (artt. 7 e 10-*bis* legge 241/90. In particolare, si è posto il problema se i comportamenti censurabili con la revoca delle misure di accoglienza siano solo quelli posti in essere all'interno delle strutture pubbliche di accoglienza o anche al di fuori di esse, e l'Alto Consesso afferma di aderire all'orientamento giurisprudenziale che ritiene debbano essere valutati tutti i comportamenti tenuti dal richiedente asilo. Dubita, poi, della tenuta della pronuncia del Tar Toscana perché l'art. 20 della direttiva comprenderebbe tutte le sanzioni ai comportamenti gravemente violenti e dunque anche la revoca delle misure di accoglienza, nel contempo ritenendo inefficaci misure alternative alla revoca foriere di indurre «nel reo un sentimento di impunità».

Il Consiglio di Stato richiama l'art. 4, co. 3 TU immigrazione e l'interpretazione che di esso ne ha dato la giurisprudenza, nel senso di ritenere automaticamente ostativo all'ingresso e al soggiorno di un cittadino straniero l'esistenza di condanne penali a suo carico e parimenti vale per l'art. 26 del medesimo TU, giungendo a dubitare che «condotte ugualmente o analogamente riprovevoli (o addirittura più gravi) possano sfuggire alle sanzioni più rigorose laddove esse siano ascrivibili a soggetti richiedenti la protezione internazionale, pur ove – come nel caso di specie – si tratti di soggetti non ricompresi nelle categorie delle "persone vulnerabili" o dei minori non accompagnati».

Il Consiglio di Stato evidenzia, altresì, che il precedente della Corte europea su cui si era fondata la sentenza del Tar toscano, riguarda un minore non accompagnato, che rientra cioè in una categoria vulnerabile, la cui tutela non può essere estesa a persone che ad essa non appartengono e questo anche per evitare il rischio di abuso delle misure di accoglienza.

Infine, secondo il Giudice amministrativo d'appello il termine «sanzioni» utilizzato nell'art. 20, par. 4 deve essere ragionevolmente inteso anche in relazione a comportamenti gravemente violenti attuati al di fuori delle strutture di accoglienza pubbliche.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Inaspettatamente numerose si presentano le pronunce dei giudici di merito emesse nel primo quadrimestre dell'anno in corso (gennaio-aprile 2021), soprattutto in riferimento a problemi piuttosto inconsueti in tema di riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avi emigrati all'estero.
Ad esse si affiancano altrettanto interessanti pronunce sull'acquisto per elezione e per matrimonio. Non manca ovviamente la giurisprudenza amministrativa sull'acquisto per naturalizzazione né una ulteriore sentenza di merito relativa all'accertamento dell'apolidia.

Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano. a) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da cittadina italiana maritata a uno straniero con conseguente perdita della cittadinanza italiana per matrimonio. Incidenza delle sentenze costituzionali e di legittimità sull'accertamento della mancata perdita e sulla trasmissibilità dello *status* originario ai figli. b) Riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano da parte di individui residenti in Brasile; richiesta in Italia all'ufficiale italiano di stato civile da parte di un procuratore speciale. Incidenza degli artt. 12 e 17 del d.p.r. 396/2000 e di un parere del Consiglio di Stato. Illegittimità di tale richiesta.
Nel gruppo di pronunce dedicate al ricorrente tema relativo al riconoscimento della cittadinanza per discendenza da avo italiano si inscrive anzitutto un provvedimento che affronta e risolve a favore dell'interessata la consueta, necessaria indagine piuttosto risalente qui relativa ad una cittadina emigrata in Argentina che aveva perso lo *status civitatis* per matrimonio con un cittadino di quello Stato (Trib. Cagliari, ord. 2.2.2021). Al termine di un minuzioso controllo documentale e di una conseguente ricostruzione dell'albero genealogico il Tribunale, sempre richiamando sia le sentenze costituzionali n. 87/1975 e n. 30/1983 sia quella delle Sezioni Unite n. 4466/2009, dichiara la cittadinanza italiana della ricorrente.
Maggiormente nuova e complessa appare la fattispecie oggetto di domande presentate davanti ad alcuni giudici veneti. Anche in tali occasioni si chiede il riconoscimento per discendenza da avi italiani. Tuttavia questi casi rivelano alcuni caratteri comuni, non altrettanto frequenti. Anzitutto, i ricorsi sono presentati da un procuratore speciale di individui residenti all'estero; per di più, viene pretesa la iscrizione come cittadini sulla base sia di alcune norme del regolamento di stato civile sia di un parere del Consiglio di Stato. In particolare, assumono rilievo l'art. 12, co. 11 del d.p.r. 396/2000, il quale prevede che la trascrizione di un atto può essere domandata da chiunque vi ha interesse, con istanza verbale o con atto redatto per iscritto e trasmesso anche a mezzo posta; e l'art. 17 sulla trasmissione, da parte dell'autorità diplomatica o consolare al competente ufficiale

dello stato civile in Italia, degli atti formati all'estero relativi a cittadini italiani. A tali norme si sono aggiunti in momenti diversi la circolare n. K.28.1 dell'8.4.1991 sul riconoscimento del possesso dello *status civitatis* italiano «ai cittadini stranieri di ceppo italiano» che individua come competente per i residenti all'estero la Rappresentanza consolare italiana corrispondente alle rispettive dimore; nonché il parere del Consiglio di Stato 20.2.2019 relativo al suddetto art. 17, il quale avvalora una prassi amministrativa, che ammette la presentazione diretta, da parte degli interessati, degli atti formati all'estero all'ufficiale dello stato civile competente.

Le varie azioni intentate contro il Ministero dell'interno facevano appunto leva su una interpretazione estensiva di tale parere, tale da consentire anche ai non residenti in Italia di presentare ad un Comune di riferimento (anche per mezzo di un procuratore speciale) un'istanza di trascrizione degli atti funzionali al riconoscimento del possesso della cittadinanza italiana, così censurando il rifiuto opposto dagli ufficiali di stato civile. Contestualmente, veniva altresì svalutato il peso della circolare citata, affermando la sua natura regolamentare e di conseguenza sotto-ordinata rispetto all'art. 12 sopra citato.

Queste tesi venivano tuttavia ritenute infondate da vari giudici di primo grado. Veniva anzitutto respinta l'eccezione di incompetenza funzionale del tribunale ordinario, formulato dal Ministero dell'interno quale parte resistente, constatando che la domanda non riguardava il riconoscimento della cittadinanza, ma aveva ad oggetto un ordine di trascrizione all'ufficiale dello stato civile relativo a tale cittadinanza sulla base dei documenti prodotti. Nel merito, si insisteva su una lettura del citato parere come riservato a chi fosse già cittadino italiano, pur formulando alcuni dubbi su una pretesa superiorità, affermata dai giudici di Palazzo Spada, del suddetto art. 12 rispetto all'art. 17 (Trib. Treviso, 22.2.2021; Trib. Vicenza, 25.2.2021).

Su questi temi era del resto già intervenuto in precedenza un altro tribunale veneto (Trib. Padova, 28.10.2020) anticipando soluzioni analoghe. Ed è proprio in sede di reclamo di quest'ultimo provvedimento che è stato emanato un ancor più ampio provvedimento al riguardo (App. Venezia, decreto 11.1.2021). Esso riprende e sancisce pressoché definitivamente i punti maggiormente rilevanti delle pronunce precedenti. Anzitutto, viene confermata la competenza del tribunale ordinario nei termini sopra riportati. In secondo luogo, al di là della (infelice) qualifica di «norma con valenza sussidiaria» operata dal Consiglio di Stato nei confronti del già citato art. 17, si ribadisce che il parere in esame presuppone il già intervenuto accertamento della cittadinanza italiana e consente quindi al (solo) richiedente che possiede lo *status* di cittadino di scegliere fra due procedimenti amministrativi. Di conseguenza viene esclusa la incompatibilità di tale atto con la circolare del Ministero dell'interno n. K 28.1 sopra ricordata, non citata né revocata dal Consiglio di Stato. La *ratio* della circolare risponde infatti all'esigenza concreta di svolgimento di un'istruttoria, necessariamente nel luogo che costituisce il centro degli interessi dell'istante – spesso ivi residente da generazioni – da parte dell'autorità consolare. Decisiva risulta, ai fini appunto della suddetta istruttoria di tali pratiche, la prossimità di tale autorità con l'interessato,

a differenza di come potrebbero agire e perciò verificare le autorità operanti in Italia, luogo privo invece di legami con l'interessato, utili a tal fine. Questi poteri istruttori sono del resto espressamente previsti anche dal d.lgs. 3.2.2011, n. 71 su ordinamento e funzioni degli uffici consolari. D'altro canto, l'ufficiale dello stato civile non potrebbe comunque esimersi dall'istruttoria e dovrebbe pur sempre rivolgersi all'autorità consolare. Infine, la questione relativa agli enormi ritardi nella gestione di tali pratiche da parte dei consolati non si risolve creando percorsi privilegiati per chi ha la possibilità di nominare procuratori speciali per presentare le domande direttamente a un comune italiano; sarebbe invece necessario munire di servizi efficienti per tutti i cittadini il consolato della più estesa metropoli del Sud America, ovvero di San Paolo, in uno Stato di forte immigrazione italiana.
Com'è noto ai lettori di queste *Rassegne*, si tratta però di un problema ormai atavico ancora di incerta soluzione.

Acquisto della cittadinanza per elezione.
Tornano a prospettarsi le questioni relative al c.d. acquisto della cittadinanza per elezione, disciplinato dall'art. 4 della l. 91/1992, successivamente integrato dall'art. 33 del d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. nella l. 9.8.2013, n. 98.
Come di consueto, ai giudici è stato chiesto di dichiarare la cittadinanza di individui che, per motivi a loro non imputabili direttamente, non avevano effettuato la dichiarazione di elezione nei termini previsti o non si erano presentati davanti all'ufficiale di stato civile forniti della documentazione necessaria.
Inaspettatamente severa al riguardo si rivela una pronuncia (Trib. Venezia, ord. 4.1.2021), nella quale viene evocato il principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. ai fini di respingere la domanda di un individuo che, per vicende a lui estranee, era venuto a conoscenza della facoltà in esame solo dopo aver compiuto i ventuno anni, facendo valere che tra i suoi diciottesimo e diciannovesimo anni di età non era ancora previsto l'odierno obbligo di comunicazione da parte del suddetto ufficiale. Eppure una prassi giurisprudenziale risalente, precedente all'emanazione delle norme suddette, tendeva a giustificare comunque simili omissioni.
Di diverso tenore si mostrano invece altre due pronunce: nella prima viene giustificata la mancata dichiarazione dell'interessato in base al mancato avviso a causa della irreperibilità dei genitori, dopo aver verificato la sussistenza della nascita e della «effettiva» residenza in Italia (Trib. Bologna, sent. 9.2.2021); nella seconda, si giunge ad un identico risultato al termine di una dettagliata analisi delle fonti anche regolamentari, estese agli obblighi in tema di anagrafe e di richiesta del permesso di soggiorno (Trib. Milano, ord. 2.3.2021).

Acquisto della cittadinanza per matrimonio. a) Rigetto della domanda per pretesa sussistenza di comprovati motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica; irrilevanza dell'inserimento in

una stabile realtà economica. b) Successione nel tempo delle norme sui termini di definizione dei procedimenti e sulla loro applicabilità ai procedimenti in corso.

Come prevedibile, in questo settore compaiono provvedimenti sia del giudice amministrativo sia del giudice ordinario a seconda dell'assenza o presenza del grado di discrezionalità che connota i motivi ostativi contemplati dall'art. 6 della l. n. 91/1992 per l'acquisto della cittadinanza.

Così, da un lato la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare ancora una volta che il diniego del Ministero dell'interno fondato su motivi attinenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, co. 1 lett. c) deriva da una valutazione dei servizi preposti che, in virtù del suo carattere riservato, può essere formulata anche in modo sintetico, in particolare quando si tratta di un giudizio di contiguità a movimenti terroristici, al fine di non compromettere attività di *intelligence* in corso. Né può assumere rilievo lo stabile inserimento nella realtà economica, necessario peraltro ai fini di conservare il titolo di soggiorno. Occorre semmai segnalare che l'istanza era stata presentata nel 2013, le informative al riguardo erano riferibili al 2007, il provvedimento di diniego e il deposito del ricorso al 2015; dunque, nel momento in cui, trascorsi cinque anni dal diniego, può essere ripresentata la domanda ai sensi dell'art. 8, co.1, citato del resto dagli stessi giudici (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 2.3.2021 n. 2546*).

Viceversa, il giudice ordinario è stato costretto a districarsi di fronte ad un groviglio di norme applicabili ad una altrettanto aggrovigliata fattispecie. Si trattava infatti di verificare i tempi relativi all'acquisto dello *status civitatis* da parte di un cittadino canadese coniugato con una cittadina italiana originaria del Brasile. Il ricorso traeva origine da una domanda presentata al Ministero dell'interno nel 2018, rimasta inevasa: dunque, allo scadere dei due anni veniva chiesto al giudice di provvedere al relativo riconoscimento ai sensi dell'art. 8, co. 2 nel testo originario. Tuttavia, è poi intervenuto l'art. 14, co. 1 lett. a) del d.l. 4.10.2018, n. 113, conv. nella l. 1°.12.2018, n. 132, il quale da un lato ha abrogato tale norma introducendo un nuovo termine di definizione dei procedimenti di cui all'art. 5 di quarantotto mesi dalla data di presentazione della domanda; dall'altro ha aggiunto che tali disposizioni si applicano ai procedimenti di conferimento della cittadinanza in corso alla data di entrata in vigore del suddetto decreto. Ed ancora: l'art. 4, co. 5 del d.l. 21.10.2020, n. 130, conv. nella l. 18.12.2020, n. 173 ha statuito che il termine di definizione dei procedimenti di cui all'art. 5 (nonché all'art. 9) è fissato in ventiquattro mesi prorogabili fino al massimo di trentasei mesi dalla data di presentazione della domanda.

Di fronte a questa «vera e propria ridda di norme», così giustamente qualificata dal Tribunale stesso, questi compie una minuziosa analisi dell'intera disciplina sopra richiamata anche alla luce dei poteri di istruttoria attribuiti nel tempo ai Prefetti e delinea nel contempo una scansione temporale utile anche per future controversie al riguardo.

Non mancano tuttavia alcune considerazioni finali non solo sulla consapevolezza dell'enorme flusso di richieste in materia, ma anche di critica sulla – passata ed ormai abrogata – estensione delle regole innovative sui termini anche ai procedimenti allora in corso.

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. a) Rigetto a causa di precedenti penali. b) Difetto di motivazione nei confronti di precedenti penali di lieve entità. c) Rigetto a causa di contiguità a movimenti pericolosi per la sicurezza nazionale. d) Rigetto a causa di particolari fattispecie delittuose; esclusione di una lesione di diritti fondamentali.

Il periodo qui in esame non offre significative novità riguardo all'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione. Possono essere segnalate anzitutto due sentenze del Consiglio di Stato che giungono a risultati differenti in due altrettanto diverse fattispecie relative a precedenti condanne dell'interessato.

Nella prima viene condivisa la motivazione sottesa al decreto ministeriale di rigetto dell'istanza e alla conseguente decisione negativa del Tar, fondate su un giudizio di pericolosità sociale dell'istante che traeva origine da una sentenza di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p. per i reati di rapina aggravata e lesioni. Viene considerata irrilevante l'intervenuta estinzione del reato in considerazione sia della gravità dei reati suddetti ai fini dell'inserimento nella comunità nazionale sia della differenza tra (semplice) estinzione del reato e riabilitazione (*Cons. St., sez. III, sent. 15.1.2021 n. 470*).

La seconda decisione riguarda invece un diniego del Ministero fondato su risalenti, lievi condanne per il reato di ricettazione ed una successiva condanna per il reato di furto. In questa occasione i giudici di Palazzo Spada censurano il comportamento del Ministero e la successiva sentenza adesiva del Tar imputando al primo la mancanza di preventive e accurate indagini sulla personalità e sulla condizione sociale dell'istante al fine di chiarire lo «sfondo fattuale» nel quale si inserisce soprattutto l'ultimo episodio. Come di consueto, vengono evocati i criteri relativi alla necessità di appurare, tra l'altro, il possesso di un serio sentimento di italianità che escluda una eventuale richiesta di naturalizzazione mossa solo da fini personali e speculativi. Da qui l'annullamento dell'atto impugnato e la necessità di una nuova valutazione (*Cons. St., sez. III, sent. 3.3.2021 n. 1826*).

Ad esiti prevedibili giungono poi, come è del resto ovvio, le sentenze di primo grado nelle quali il provvedimento di ministeriale di diniego trae origine dalla contiguità dell'istante a movimenti terroristici o comunque eversivi. A tale proposito vengono ribaditi i noti criteri ormai consolidati relativi alla esigenza di un puro controllo estrinseco e formale da parte del giudice sulle valutazioni attinenti alla sicurezza dello Stato, operate dagli organi preposti. Si tratta d'altro canto di prassi e motivazioni comuni ai casi di acquisto della cittadinanza per matrimonio sopra evidenziati, anche se in questo caso la concessione della cittadinanza è connotata da un maggiore grado di discrezionalità (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 21.4.2021 n. 4666*).

A volte tuttavia il giudice amministrativo insiste particolarmente su alcuni aspetti al riguardo, come è testimoniato da una dettagliata decisione relativa a un decreto di rigetto nei confronti di uno straniero presunto responsabile della gestione di un flusso di immigrati clandestini

(probabilmente provenienti dai Balcani). Oltre ai consueti principi e criteri sin qui elencati, soprattutto sulla congruità del sintetico obbligo di motivazione, suffragati anche da richiami alle pronunce del Consiglio di Stato, viene correttamente disatteso il motivo di impugnazione relativo ad una pretesa lesione dei diritti fondamentali della persona garantiti a livello costituzionale, comunitario o internazionale sul diritto alla concessione della cittadinanza in questo tipo di fattispecie, sottolineando invece la necessità di una previa valutazione politico-amministrativa. Non appare invece più evocabile l'ulteriore argomento relativo alla irrevocabilità dello *status civitatis*, a seguito dell'introduzione nella l. 91/1992 del nuovo (e contestato) art. 10-*bis* (*Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 17.3.2021 n. 3226*).

Accertamento dell'apolidia.

La decisione qui rilevante concerne una richiesta di accertamento dell'apolidia da parte di una persona nata da padre apolide e da madre bosniaca, che tuttavia non aveva potuto trasmettere la propria cittadinanza al momento della nascita della figlia a causa delle note vicende della ex Iugoslavia. A sua volta l'istante era madre di due figlie nate in Italia, ma riguardo alle quali non era stata fatta valere la condizione di apolide di fatto della genitrice; il padre risultava anch'esso apolide di fatto al momento della loro nascita, anche se a breve distanza aveva ottenuto la sentenza di accertamento dell'apolidia. Il giudice perciò, dopo aver accertato la condizione della madre dichiarandone l'apolidia ai sensi della Convenzione di New York del 1954, ha riconosciuto la cittadinanza italiana delle figlie ai sensi dell'art. 1, co. 1 lett. b) della l. 91/1992. Il carattere retroattivo di tale riconoscimento è stato suffragato anche dall'adesione dell'Italia alla Convenzione di New York del 1961 sulla riduzione dei casi di apolidia, pur nella consapevolezza degli identici esiti cui erano già arrivate le nostre norme in tema di cittadinanza in epoca anteriore alla ratifica di tale Convenzione (Trib. Roma, ord. 16.2.2021).

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

Criteri rilevanti per accertare la pericolosità sociale e la sussistenza di una vita familiare nel caso di decisione sulla spettanza di un titolo di soggiorno per motivi familiari

Con la decisione del 19.3.2021, n. 7842, la Suprema Corte ha avuto modo di ribadire alcuni principi fondamentali in materia di accertamento della pericolosità sociale e di sussistenza di una vita familiare, nei procedimenti in cui si discuta della spettanza di un permesso di soggiorno per motivi familiari.

Nel caso concreto, il cittadino straniero aveva subito numerose condanne in passato e, quanto alla vita familiare, risultava coniugato con una cittadina italiana che si trovava all'estero per motivi di studio, e padre di un minore, anche lui cittadino italiano, che vedeva nel rispetto delle prescrizioni impostegli dalla misura restrittiva della libertà personale cui era sottoposto.

La Corte d'appello, chiamata a decidere in via di rinvio della spettanza del diritto al soggiorno del cittadino straniero, aveva ritenuto infondata la domanda, da un lato valutando negativamente i numerosi precedenti penali, dall'altro valorizzando il fatto che la moglie, molto giovane al momento del matrimonio, studiava all'estero e che il figlio minore trascorreva la maggior parte del tempo con la nonna materna.

La Suprema Corte censura l'iter argomentativo della Corte territoriale, ritenendolo errato.

Quanto all'esistenza di condanne penali, i Giudici di legittimità rilevano che «detti precedenti, pur costituendo certamente elementi da considerare nell'ambito dell'apprezzamento di competenza del giudice di merito sulla personalità del richiedente, non possono tuttavia esaurire il giudizio sulla pericolosità sociale del soggetto previsto dalla normativa di riferimento». Secondo la Corte, infatti, «detto giudizio deve essere esteso anche alla valutazione della personalità dello straniero, della sua condotta di vita, delle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, poiché solo in questo modo è possibile compiere quella complessiva ponderazione circa la sussistenza di una attuale pericolosità sociale del soggetto». Si tratta di un insegnamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità e che appare conforme ai principi più volte affermati della Corte di Giustizia in materia di valutazione in concreto ed ex nunc della pericolosità sociale dello straniero.

Quanto all'apprezzamento dell'esistenza e del livello di effettività dei legami familiari, i Giudici di legittimità affermano che «si deve tenere conto degli elementi di fatto emersi dall'istruttoria avendo cura di attribuire valenza neutra a quelli che, oggettivamente, non sono idonei ad indicare un sostanziale abbandono, da parte del richiedente, del contesto familiare, o comunque una sua rilevante disaffezione nei confronti dei suoi prossimi congiunti. Nell'ambito di tale disamina, l'età dei coniugi al momento del matrimonio, la circostanza che uno di essi viva all'estero per giustificati

motivi e che in sua vece intervenga nella vita familiare una diversa figura parentale, non sono elementi che possono, di per sé soli, essere ritenuti decisivi ai fini della prova di un contesto di abbandono familiare, tanto meno quando sia comunque accertata la presenza, nel contesto familiare, del richiedente il permesso di soggiorno, e sia nota l'esistenza di una misura di limitazione della sua libertà personale che, di per sé stessa, giustifica ampiamente da un lato la sua minore, o più difficoltosa, presenza nella vita dei congiunti, e dall'altro la presenza, nella quotidianità familiare, di altra figura parentale di riferimento e di ausilio».

Carattere fittizio del matrimonio e diniego del permesso di soggiorno

La fattispecie affrontata dalla Suprema Corte con la sentenza del 10.3.2021, n. 6747 era piuttosto agevole da risolvere. Una cittadina straniera lamentava di essersi vista negare il diritto a soggiornare in Italia, in ragione del vincolo coniugale con un cittadino italiano, in un caso in cui il coniuge aveva dichiarato, in sede di escussione testimoniale, che il matrimonio era stato contratto al solo fine di permettere alla cittadina straniera di rimanere in Italia.

A fronte di questo quadro fattuale e probatorio, la conferma da parte della Suprema Corte delle decisioni dei giudici di merito che escludevano il diritto al soggiorno della ricorrente era pressoché scontata. La decisione merita comunque di essere segnalata, dal momento che vi si trovano elencati i criteri indicativi utili a determinare quando un matrimonio possa ritenersi fittizio.

Sul punto, la Suprema Corte ricorda che, secondo il disposto dell'art. 30, co. 1-bis, d.lgs. n. 286/1998, «deve qualificarsi fittizio il matrimonio celebrato al solo scopo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato». Chiariti i contorni definitori dell'istituto, i Giudici di legittimità osservano che in materia deve farsi riferimento alle Linee Guida elaborate dalla Commissione europea, che indicano una serie di criteri indicativi in forza dei quali è possibile escludere un abuso del diritto europeo. La Corte rileva che tali criteri «tengono conto della circostanza che il cittadino straniero non avrebbe avuto difficoltà ad ottenere da solo il diritto di soggiorno, del fatto che la coppia stava insieme da molto tempo, che aveva un domicilio comune, che aveva assunto un importante impegno giuridico-finanziario (per esempio un'ipoteca per l'acquisto di una casa), nonché della durata del matrimonio».

I Giudici rilevano poi come la Commissione abbia altresì «redatto un Manuale contenente i c.d. indizi di abuso che fanno ragionevolmente presumere la natura fittizia del matrimonio, quali l'entrata o il soggiorno irregolare del cittadino straniero nello Stato membro, la mancanza di incontro personale dei coniugi prima della celebrazione, la corresponsione di una somma di denaro od altra utilità e la mancata convivenza dopo il matrimonio». Tali criteri devono costituire il parametro di riferimento per la determinazione dei singoli casi concreti posti all'attenzione dell'autorità amministrativa e di quella giudiziaria ai fini di una corretta valutazione del carattere genuino o fittizio del vincolo coniugale.

Pericolosità sociale e inespellibilità dello straniero *ex* art. 19, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998

Con la *sentenza 1.3.2021, n. 231, la Corte d'appello diTorino* (in *Banca dati De Jure*) ha affrontato la questione di quando ricorra la condizione di pericolosità sociale ostativa all'applicazione dell'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. n. 286/1998. Come noto, tale disposizione prevede l'inespellibilità dello straniero che conviva con un familiare entro il secondo grado che sia cittadino italiano «salvo che nei casi previsti dall'art. 13, comma 1» del Testo unico in materia di immigrazione. L'esatto significato di tale inciso è questione spesso dibattuta in giurisprudenza.

Nel caso concreto, sia il questore che il Tribunale di Torino avevano ritenuto che la pluralità di reati comuni di cui si era reso responsabile lo straniero, convivente con la madre cittadina italiana, fossero indicatori di concreto pericolo per la pubblica sicurezza in quanto protratti per un considerevole lasso temporale e senza alcun significativo "contrappeso" costituito da elementi positivi di valutazione, quali lo svolgimento di attività lavorativa o un adeguato inserimento sociale.

Per tali ragioni, il ricorrente non avrebbe potuto invocare l'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. n. 286/1998, dal momento che la nozione di sicurezza dello Stato contenuta nell'art. 13, co. 1, TUI, non avrebbe dovuto «essere interpretata diversamente da quella richiamata dall'art. 5, co. 5-bis TUI, il quale facendo riferimento alle fattispecie incriminatrici desumibili dagli artt. 380 e 407 c.p.p. induce a ritenere che possa trattarsi di reati che non attengono soltanto alla sicurezza dello Stato inteso come territorio, istituzioni e ordinamento, ma anche alla sicurezza collettiva di tutti coloro che vivono all'interno di esso».

La Corte d'appello dichiara infondata tale tesi interpretativa.

La Corte territoriale osserva che il quadro normativo in materia è stato oggetto di numerosi interventi del Giudice di legittimità il quale ha chiarito che la disciplina derivante dal combinato disposto dell'art. 19, co. 2, lett. c) TUI e dell'art. 28, d.p.r. 394/1999 è diversa da quella prevista dal d.lgs. n. 30/2007 e da quella di cui all'art. 30 TUI (Cass. n. 14159 del 7.6.2017, Cass. n. 30828 del 28.11.2018). Il Giudice d'appello rileva che, secondo la giurisprudenza di legittimità, nel caso di applicazione degli artt. 19 d.lgs. n. 286/1998 e 28 d.p.r. 394/1999, «il parametro di valutazione circa le condizioni ostative al rilascio del titolo attinenti al profilo di pericolosità sociale è nettamente più favorevole». Reati gravi ma comuni come quelli contestati al ricorrente non sono sufficienti a raggiungere la soglia di pericolosità necessaria ad impedire l'applicazione della tutela di cui all'art. 19, dovendo tale disposizione interpretarsi nel senso che «l'inespellibilità incontri un limite solo nel provvedimento ministeriale di alta amministrazione da parte del Ministro dell'interno, previa notizia al presidente del Consiglio ed al Ministro degli esteri (Cass. n. 30828 del 28.11.2018; conforme, da ultimo, Cass. n. 29665/2020)».

Le conclusioni cui giunge la Corte d'Appello appaiono condivisibili e la decisione si segnala per la chiarezza con cui individua i presupposti applicativi dei diversi regimi, alla luce della giurisprudenza di legittimità rilevante.

MINORI

In tema di autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore del minore *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998, l'età prescolare del minore non osta a che lo stesso venga ritenuto sufficientemente integrato in Italia e quindi ad una valutazione di pregiudizio in caso di allontanamento dal territorio nazionale

Con la sentenza del 4.2.2021, n. 2695**,** la Corte di legittimità ha avuto modo di ritornare su una questione che spesso è proposta dagli stranieri che ricorrono in Cassazione avverso il diniego di autorizzazione al soggiorno *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998. La questione concerne il rilievo che l'età prescolare del minore possa avere nella valutazione della domanda dei genitori. Nel caso concreto, sia il Tribunale per i minorenni che la Corte d'appello avevano ritenuto che, avendo la minore sei anni, il suo eventuale rientro nel Paese d'origine non avrebbe determinato alcun pregiudizio, non potendo la minore considerarsi fortemente integrata nel territorio nazionale.

La Corte di legittimità considera viziato tale ragionamento, osservando che essendo in Italia da più di tre anni, «il tempo di vita trascorso dalla minore in Italia era proporzionalmente ben maggiore di quello vissuto nel Paese di origine (tenuto conto del tempo di vita complessivo)». Secondo i Giudici di legittimità, l'età prescolare, lungi dal costituire un elemento che induce a una prognosi negativa di pregiudizio in caso di allontanamento, è un elemento da valorizzare, come osservato da precedenti arresti (la Corte richiama in particolare la decisione Cass. 5938/2020).

I Giudici di legittimità rilevano un ulteriore profilo di criticità del ragionamento delle Corti del merito. Secondo la Cassazione, «la speciale autorizzazione all'ingresso o alla permanenza» prevista dall'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 «si fonda sul presupposto che, ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, il minore non può essere espulso», con la conseguenza che la valutazione del grado di integrazione del minore non deve essere che un elemento, insieme agli altri, per l'accertamento della sussistenza o l'assenza dei presupposti per la speciale autorizzazione; a ragionare diversamente, si perverrebbe ad una «violazione del divieto di espulsione».

Per tali ragioni, la Corte cassa il ricorso, rinviandolo alla Corte d'appello per una nuova valutazione sulla scorta dei principi sopra esposti.

Espulsione, trattenimento dello straniero e pendenza del ricorso *ex* art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998 avanti al Tribunale per i minorenni

Nella fattispecie portata all'attenzione della Suprema Corte con l'ordinanza 9.4.2021, n. 9445, il Giudice di pace di Bari non aveva convalidato il provvedimento di trattenimento di uno straniero, affermando che in presenza di una figlia minore la necessità di coltivare la genitorialità risultava incompatibile con la permanenza nel CPR, dovendo lo straniero considerarsi inespellibile «sino alla presentazione del ricorso al Tribunale per i minorenni competente».

Avverso tale provvedimento, proponeva ricorso per Cassazione il Ministero rilevando che l'inespellibilità dello straniero non poteva discendere dalla mera manifestazione della volontà «di adire in futuro il Tribunale per i minorenni per il riconoscimento dell'autorizzazione temporanea alla permanenza sul territorio nazionale» ai sensi dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 286/1998.
La Suprema Corte ritiene fondato il motivo di ricorso, alla luce del proprio orientamento secondo cui «la stessa pendenza, sopravvenuta al provvedimento espulsivo, del giudizio sulla richiesta della misura temporanea di coesione familiare, ai sensi dell'art. 31, d.lgs. n. 286/1998, è inidonea a giustificare la caducazione del provvedimento espulsivo stesso (Cass. 5080/2013) e che, conseguentemente, non può impedire la convalida del decreto del questore di accompagnamento alla frontiera (Cass. 19334/2015) e, dunque, anche dell'analogo decreto di trattenimento».
La pronuncia appare condivisibile, ma si deve tuttavia rilevare che oggi il quadro normativo è mutato e, in seguito all'entrata in vigore del d.l. 130/2020, come modificato dalla legge di conversione l. n. 173/2020, la verifica di inespellibilità deve essere fatta non alla luce dell'art. 31, co. 3, ma alla luce dell'art. 19.1.1., che prevede «il divieto di espulsione nel caso in cui l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare». È dunque assai probabile che in occasione dei provvedimenti in materia di rimpatrio e trattenimento, la principale disposizione invocata dagli stranieri aventi una vita familiare e, in particolare, dei figli minori, diventi l'art. 19.1.1., disposizione il cui esatto contenuto prescrittivo è destinato ad essere precisato dai giudici di merito e dalla Corte di cassazione.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del primo quadrimestre del 2021 sono pervenute alcune importanti decisioni della Corte costituzionale in relazione ai requisiti di accesso alle misure di contrasto alla povertà, agli alloggi pubblici ed agli incentivi occupazionali.
In tema di assegni per il nucleo famigliare la Corte di Cassazione ha sollevato avanti alla Corte costituzionale questione di costituzionalità dell'art. 2, co. 6-bis d.l. 69/1988
nella parte in cui prevede modalità di calcolo meno favorevoli (rispetto agli italiani) degli assegni al nucleo familiari per i lavoratori stranieri titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo (ordinanza n. 9378) e del permesso unico lavoro (ordinanza n. 9379).
Sempre la Corte di Cassazione in una vertenza di cui era parte una P.A. ha ribadito la natura di diritto soggettivo «alla non discriminazione» delineando i limiti dell'intervento del giudice ordinario.

Misure di contrasto alla povertà
La Corte costituzionale, con sentenza n. 7/2021 del 22 gennaio 2021, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 9, co. 51, lett. b) della l.r. del Friuli Venezia Giulia n. 13/2019 che prevedeva un requisito di anzianità di residenza quinquennale sul territorio regionale per l'accesso ad una misura di contrasto alla povertà. La disposizione impugnata affermava che tali risorse «sono confermate» in capo ai servizi sociali comunali «per la concessione di interventi di contrasto alla povertà a favore di nuclei familiari in possesso, tra gli altri, del requisito della residenza sul territorio regionale da almeno 5 anni». Nella pronuncia in esame la Corte costituzionale ha ribadito quanto già espresso in precedenti pronunce (sentenza n. 44 del 2020 e sentenza n. 281 del 2020) e cioè che la residenza prolungata non può costituire un requisito che preclude di per sé l'accesso alle provvidenze sottolineando che «mentre il requisito della residenza *tout court* serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione, quello della residenza protratta determina una irragionevole discriminazione tra i medesimi residenti sul territorio regionale quando esclude l'accesso a provvidenze connesse ai bisogni primari a soggetti imputabili solo "di aver esercitato il proprio diritto di circolazione" o di aver dovuto, per le più svariate ragioni, "mutare regione di residenza" (sentenza n. 107 del 2018)», «dal momento "che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell'essere umano, insediatosi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo di tale insediamento (sentenza n. 40 del 2011; sentenza n. 187 del 2010" (sentenza n. 222 del 2013)».

Accesso agli alloggi pubblici

La Corte costituzionale con la sentenza n. 9 del 29.1.2021 si è pronunciata sul ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione al comma 1 dell'art. 2 della l.r. Abruzzo n. 34 del 2019 per violazione degli artt. 3 e 117, co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), e all'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La disposizione impugnata integrava la disciplina contenuta all'art. 5 della l.r. Abruzzo n. 96 del 1996, aggiungendo, dopo il comma 4, i commi 4.1 e 4.2. Il comma 4.1 imponeva ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea la presentazione documentazione che attestasse che tutti i componenti del nucleo familiare non possedevano alloggi adeguati nel Paese di origine o di provenienza ed il comma 4.2 imponeva ai medesimi di presentare altresì la documentazione reddituale e patrimoniale del Paese in cui hanno la residenza fiscale.

La Corte costituzionale dopo aver rilevato che la norma impugnata aveva previsto un duplice onere documentale aggiuntivo per i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, con esclusione di coloro in possesso dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria», ha affermato che l'onere procedimentale prescritto dal comma 4.1 «risulta in radice irragionevole innanzitutto per la palese irrilevanza e per la pretestuosità del requisito che mira a dimostrare. Se, infatti, lo scopo della normativa nella quale la disposizione impugnata si colloca è di garantire un alloggio adeguato nel luogo di residenza in Regione a chi si trovi nelle condizioni di bisogno individuate dalla legge, il possesso da parte di uno dei componenti del nucleo familiare del richiedente di un alloggio adeguato nel Paese di origine o provenienza non appare sotto alcun profilo rilevante. Non lo è sotto il profilo dell'indicazione del bisogno, giacché, intesa l'espressione "alloggio adeguato" come alloggio idoneo a ospitare il richiedente e il suo nucleo familiare, è evidente che la circostanza che qualcuno del medesimo nucleo familiare possegga, nel Paese di provenienza, un alloggio siffatto non dimostra nulla circa l'effettivo bisogno di un alloggio in Italia. E non lo è nemmeno come indicatore della situazione patrimoniale del richiedente, per la quale non offre alcun significativo elemento aggiuntivo rispetto a quanto già si desume dalla generale attestazione di non titolarità di diritti su alloggi all'interno del territorio nazionale o all'estero, prevista dall'art. 2, comma 1, lettera d), della legge reg. Abruzzo n. 96 del 1996. Oltre che irragionevole per le ragioni appena esposte, la previsione risulta altresì discriminatoria. Tale carattere dell'onere aggiuntivo a carico dei soli cittadini extracomunitari – sul presupposto (indimostrato) che a essi sarebbero riservati "oneri probatori meno gravosi" di quelli imposti ad altri cittadini – appare evidente, solo che si consideri il fatto che le asserite difficoltà di verifica del possesso di alloggi in Paesi extraeuropei possono riguardare anche cittadini italiani o di altri Paesi dell'Unione europea, i quali invece sono esclusi dall'ambito di applicazione della normativa impugnata. Si tratta, dunque, di un aggravio procedimentale che si risolve in uno di quegli "ostacoli di ordine pratico e burocratico" che questa Corte ha ripetutamente censurato, ritenendo che in questo modo il

legislatore (statale o regionale) discrimini alcune categorie di individui (sentenze n. 186 del 2020 e n. 254 del 2019)».

Per quanto concerne invece il comma 4.2 la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità della richiesta per coloro che, pur avendo la residenza anagrafica in Italia, abbiano il domicilio fiscale all'estero.

È stato inoltre sottoposto al vaglio della Corte anche l'art. 4, co. 1, della l.r. Abruzzo n. 34 del 2019 che aveva inserito, dopo la lettera c) del secondo comma dell'art. 8 della l.r.. Abruzzo n. 96 del 1996, la lettera c-*bis*), che individuava un ulteriore elemento rilevante per l'attribuzione di punteggi al fine della formazione della graduatoria di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica. Più precisamente essa dava rilievo all'«anzianità di residenza in Comuni della regione Abruzzo», prevedendo l'attribuzione di un punto «per ogni anno di residenza a partire dal decimo anno di residenza e fino ad un massimo di 6 Punti». Anche tale scelta della Regione Abruzzo di "sopravvalutare" la durata della residenza in un Comune della Regione, dando una considerazione sproporzionata dell'anzianità di residenza, secondo la Corte Costituzionale finisce per stravolgere il principio della prevalenza del bisogno. Pertanto anche tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale: «In conclusione il peso esorbitante assegnato al dato del radicamento territoriale nel più generale punteggio per l'assegnazione degli alloggi, il carattere marginale del dato medesimo in relazione alle finalità del servizio di cui si tratta, e la stessa debolezza dell'indice della residenza protratta quale dimostrazione della prospettiva di stabilità, concorrono a determinare l'illegittimità costituzionale della previsione in esame, in quanto fonte di discriminazione di tutti coloro che – siano essi cittadini italiani, cittadini di altri Stati UE o cittadini extracomunitari – risiedono in Abruzzo da meno di dieci anni rispetto ai residenti da almeno dieci anni».

Contributo affitti

Il giudice del lavoro del Tribunale di Udine (ord. 2.3.2021 in *Banca dati Asgi*), richiamata la sentenza n. 9/2021 della Corte costituzionale, ha stabilito che il regolamento regionale n. 66/2020 del Friuli Venezia Giulia (che disciplinava le modalità per ottenere un sostegno economico per il pagamento dell'affitto) era in contrasto con le norme nazionali e comunitarie e realizzava una discriminazione. Analogamente si è pronunciato in relazione al bando del Comune di Udine di cui alla determina 934/2020 che, avendo inserito le medesime clausole del regolamento regionale, costituiva discriminazione diretta. La questione sottoposta al Tribunale di Udine traeva origine dalla dichiarazione d'inammissibilità delle domande proposte da cinque cittadini stranieri (quattro del Ghana ed uno del Marocco) per ottenere il contributo affitti in conseguenza della mancata produzione di documentazione del paese di origine attestante l'inesistenza in patria di una alloggio idoneo in proprietà. Secondo il giudice la produzione dell'attestazione ISEE è idonea essa sola ad accertare la presenza o meno di proprietà immobiliari

all'estero, senza che possa ammettersi per i soli cittadini stranieri un onere documentale integrativo volto all'attestazione del medesimo requisito. Osserva il Tribunale di Udine che l'art. 2, co. 1 del d.p.c.m. 159/2013 espressamente cataloga il nuovo ISEE, ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, come «livello essenziale delle prestazioni», in quanto tale rimesso alla competenza statale esclusiva e quindi con riferimento alla determinazione ed applicazione dell'ISEE per l'accesso a prestazioni sociali agevolate, le leggi regionali devono considerare vincolanti le prescrizioni statali (cfr. Corte d'Appello di Milano, sent. 29.12.2020, R.G. 77/2019). Inoltre, attesa l'assoluta identità di regime fiscale tra italiani e stranieri residenti in Italia e l'assoluta identità dei correlativi obblighi di denuncia relativamente agli immobili all'estero, l'ulteriore adempimento che la P.A. richiede ai soli cittadini extra-UE si risolve di fatto in un'irragionevole ed ingiustificata presunzione di infedeltà del solo straniero rispetto a quanto dichiarato in sede fiscale. Infine, riconosciuta l'applicazione al caso esaminato, del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 18, l. 241/1990, introdotto dal d.l. 76/2020, che non opera alcuna distinzione tra italiani e stranieri, il Tribunale di Udine ha concluso che «la richiesta di documentazione supplementare rivolta al solo cittadino straniero non è sostenuta da alcuna norma di rango primario, né può ritenersi legittima o ragionevole alla luce delle considerazioni appena svolte: il riferimento normativo operato dall'art. 29, co. 1-*bis*, L.R. 1/2016 ai D.P.R. 445/2000 e 394/1999 deve essere conseguentemente disatteso».

Va segnalato che il Tribunale di Udine ha accolto anche la domanda formulata dall'intervenuta ASGI di rimuovere la «discriminazione collettiva» presente in tutta la Regione a causa dell'obbligo di produzione dei citati documenti, contenuto nel regolamento regionale ed ha ordinato alla Regione di modificare il regolamento ed al Comune di Udine non solo di inserire i ricorrenti nella graduatoria per l'assegnazione del contributo nella medesima posizione in cui sarebbero stati inseriti se avessero presentato la documentazione richiesta, ma altresì di inserire in graduatoria tutti i cittadini extra UE che avevano già presentato domanda senza produrre la documentazione in questione e che per tale motivo avessero ricevuto comunicazione di inammissibilità della stessa».

Incentivi occupazionali e residenza quinquennale

La Corte costituzionale con sent. 23.12.2020, n. 281 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 88 della l.r. del Friuli Venezia Giulia n. 9/2019 che limitava la concessione degli incentivi occupazionali alle imprese per le assunzioni, l'inserimento o la stabilizzazione di lavoratori solo ai casi in cui i lavoratori fossero residenti continuativamente nel territorio regionale da almeno cinque anni affermandone il contrasto con l'art. 3 Cost. per l'irragionevolezza del requisito di residenza, in quanto il collegamento con l'ente pubblico territoriale atto a garantire la prestazione viene già soddisfatto dalla sede dell'impresa che assume entro il territorio regionale. Inoltre la norma regionale finiva per contraddire la propria *ratio* del riassorbimento delle eccedenze occupazionali determinate da crisi aziendali, finendo per escludere lavoratori che avessero svolto attività

lavorativa nel Friuli Venezia Giulia anche se non residenti, e che dunque disponevano di quel collegamento con la realtà regionale atto a garantire loro piena parità di trattamento nelle misure di reinserimento lavorativo. La Corte Costituzionale ha sottolineato che «la residenza costituisce un requisito ragionevole al fine d'identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione, non è possibile che l'accesso alle prestazioni pubbliche sia escluso solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza (sent. n. 44 del 2020 e n. 107 del 2018)».

Assegni per il nucleo famigliare

Con due ordinanze in data 8.4.2021 (n. 9378 e n. 9379 in *Banca dati Asgi*) la Corte di Cassazione, ripresi i giudizi dopo i due rinvii pregiudiziali alla CGUE conclusi con le sentenze del 25.11.2020 nelle cause C-303 e C-302/19, ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 2, co. 6-*bis* del d.l. 69/1988 nella parte in cui prevede modalità di calcolo meno favorevoli rispetto agli italiani degli assegni al nucleo famigliare per i lavoratori stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo e del permesso unico di lavoro. Le due ordinanze suscitano molte perplessità. Innanzitutto il ricorso per Cassazione proposto dall'INPS riportava un unico motivo consistente nella asserita inesistenza del contrasto tra norma nazionale e direttive (2003/109 e 2011/98), avendo i giudici di merito deciso a suo sfavore facendo applicazione diretta del diritto dell'Unione. La Corte di Giustizia, al riguardo interpellata, ha affermato che il contrasto esiste e quindi alcuno spazio residuava per una diversa interpretazione della Corte di Cassazione essendo riservata alla Corte di Giustizia l'interpretazione del diritto dell'Unione. La Corte di Cassazione ha, tuttavia, sostenuto che non era possibile procedere alla disapplicazione (come avevano fatto i giudici di merito) in quanto «nel caso di specie non è individuabile una disciplina *self-executing* di tale matrice direttamente applicabile ... giacché il diritto dell'Unione non regola direttamente la materia dei trattamenti di famiglia». Come noto, l'obbligo di parità di trattamento è contenuto in norme dell'Unione e la valutazione circa la sussistenza dei requisiti di «auto esecutività» non può che riguardare la disciplina della parità, non certo quella della prestazione. Come ha avuto modo di chiarire e ribadire la giurisprudenza di merito, è il precetto contenuto nelle due direttive in questione (art. 11 dir. 2003/109 e art. 12 dir. 2011/98) ad essere sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato, da imporsi sul diritto nazionale.

Peraltro l'eccezione proposta dalla Cassazione (con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost.) riguarda il solo comma 6-*bis* e qualora la Corte Costituzionale – stante l'accertato conflitto con il diritto UE – dovesse dichiarare incostituzionale tale disposizione, risulterebbe applicabile anche agli stranieri la norma generale di cui al comma 6. Sicché l'esito sarebbe dunque il medesimo cui erano giunti i giudici di merito mediante la disapplicazione della deroga e l'affermazione del carattere vincolante del principio paritario fissato dal diritto dell'Unione.

Si segnala che, a pochi giorni di distanza da tali pronunce, il Tribunale di Treviso con ordinanza in data 29 aprile 2021 (in *Banca dati Asgi*) ha ribadito che sussiste il diritto alla percezione degli assegni famigliari anche per i famigliari stranieri non presenti sul territorio nazionale, per il periodo in cui il ricorrente era titolare di permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, in applicazione appunto della sentenza della CGUE del 25.11.2020 secondo cui l'art. 11, par. 1 lett, d) della dir. 2003/19 osta ad una disposizione come l'art. 2, co. 6-*bis* della legge 153/88 ed ha quindi disapplicato tale disposizione.

Certificato di idoneità alloggiativa

Con ordinanza in data 16.3.2021 il Tribunale di Bergamo (in *Banca dati Asgi*) si è nuovamente pronunciato sul tema dell'aumento immotivato e sproporzionato dell'importo da versare per ottenere il certificato di idoneità alloggiativa disposto dal Comune di Covo che dagli euro 50 iniziali era passato ai 210 (ridotto nelle more del giudizio ad euro 110,00) dichiarandone la natura discriminatoria e sottolineando che «La certificazione di idoneità alloggiativa è un atto amministrativo volto ad attestare l'adeguatezza di un alloggio dal punto di vista igienico sanitario richiesto dalle amministrazioni per il rilascio di alcuni documenti quali il permesso di soggiorno di lungo periodo, anche nell'interesse di familiari conviventi, ed il nulla osta per il ricongiungimento familiare (cfr. artt. 9 e 29, co. 3, TUI, nonché art. 16, co. 1, lett. c), d.p.r. 394/1999), al fine di poter assicurare le condizioni minime di vivibilità degli spazi ad uso abitativo (scongiurando così situazioni di degrado e/o pregiudizio delle condizioni di vita dei residenti). Ne consegue che l'imposizione di una condizione (irragionevolmente) più gravosa ai fini del rilascio degli stessi è in grado di compromettere il riconoscimento e l'esercizio del diritto degli stranieri all'unità familiare (tutelato ex art. 8 CEDU), all'accesso al pubblico impiego o alle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale o ancora alle erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, per i quali è necessario possedere un permesso di lungo periodo». Il Tribunale di Bergamo ha altresì condannato il Comune di Covo a restituire la somma di euro 100,00 (differenza fra l'importo come aumentato dalla delibera e quello successivamente ridotto) a tutti gli stranieri che avessero fatto richiesta del certificato di idoneità alloggiativa pagandolo euro 210,00 nel periodo di validità della delibera e cioè dal mese di ottobre 2014 al mese di gennaio 2019.

Natura del diritto alla non discriminazione

La Corte di Cassazione con sentenza del 15.2.2021 n. 3842 (in *Banca dati Asgi*) ha respinto il ricorso del Comune di Civitanova Marche avverso la sentenza della Corte di Appello di Ancona che, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Macerata, aveva condannato il predetto Comune per aver posto in essere nei confronti di una famiglia rom un comportamento indirettamente discriminatorio, mediante l'emanazione della delibera n. 413/2013 apparentemente neutrale, impedendone lo stanziamento compatibile con le sue modalità di vita

realizzando un effetto di esclusione. La vicenda trae origine da un comportamento del Comune di Civitanova Marche che aveva fortemente voluto impedire l'insediamento sul proprio territorio di una famiglia di origini rom (una mamma con due figlie delle quali una minore) allorquando dopo anni di anonimato, visto che la minore frequentava regolarmente la scuola, la donna chiedeva che le venisse assegnata un'area dove potersi collocare stabilmente ed in sicurezza. Da quel momento, come ha evidenziato la Corte di Appello di Ancona, la reazione alla richiesta della famiglia è stata caratterizzata da un generale atteggiamento ostruzionistico da parte dell'amministrazione, realizzato mediante atti apparentemente legittimi quali: la negazione all'iscrizione anagrafica, continue visite delle forze dell'ordine, l'emanazione di una delibera che vietava il campeggio nell'intera area comunale, lo spostamento forzoso nella zona industriale del paese a distanza di chilometri dalla scuola della minore e ove non erano presenti mezzi pubblici e, per finire, svariate contravvenzioni fino poi allo sgombero forzoso. La sentenza della Corte di Cassazione evidenzia la corretta valutazione, operata dai giudici di merito, della condotta discriminatoria posta in essere dal Comune attraverso la sequenza cronologica dei comportamenti, pressoché contestuali e segnatamente la emanazione della delibera sopra citata in risposta alla richiesta della donna rom dell'individuazione di un'area attrezzata in cui potersi stabilire. La Corte di Cassazione ha sottolineato che il diritto a non essere discriminati si configura, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (dir. 2000/43/CE) ed interno (artt. 3 e 4, d.lgs. 215/2003 e 44 d.lgs. 286/1998) di riferimento come un diritto soggettivo assoluto da far valere davanti al giudice ordinario a nulla rilevando che il dedotto comportamento discriminatorio consista nella emanazione di un atto amministrativo perché, accertata la discriminazione, il potere del giudice ordinario non si estende alla possibilità di annullare l'atto, bensì è diretto ad impedire la realizzazione degli effetti in capo al soggetto discriminato.

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

L'archiviazione del cd. «caso Rackete»

Si è concluso con l'archiviazione il procedimento penale nei confronti di Carola Rackete, di cui questa rivista ha già avuto modo di occuparsi per quanto riguarda la fase cautelare (per il commento alla decisione del GIP, cfr. il commento di Carol Ruggiero sul n. 1/2020; per quanto riguarda la decisione della Cassazione, cfr. la rubrica penale del n. 2/2020).

La vicenda è molto nota e rimandiamo per una breve sintesi dei fatti alla rubrica del 2020 appena citata; ora ci limitiamo ad una ricostruzione dei passaggi procedimentali della vicenda.

Il 29 giugno 2019 Carola Rackete era stata arrestata dalla Guardia di finanza e la Procura di Agrigento aveva chiesto al GIP la convalida dell'arresto e l'applicazione della misura cautelare del divieto di dimora nella Provincia di Agrigento ipotizzando la commissione dei delitti *di violenza contro nave da guerra* di cui all'art. 1100 cod. nav. (punito con la reclusione da tre a dieci anni) e *resistenza a un pubblico ufficiale* di cui all'art. 337 c.p. (reclusione da sei mesi a cinque anni).

Il GIP di Agrigento aveva negato la convalida dell'arresto e la richiesta di misura cautelare, argomentando, quanto al reato previsto dal codice della navigazione, che l'imbarcazione della Guardia di finanza con cui era intervenuto lo scontro non fosse qualificabile come nave da guerra, e quanto al reato di resistenza a pubblico che la capitana avesse agito nell'*adempimento di un dovere* (art. 51 c.p.), in quanto il divieto di ingresso imposto dal Ministro dell'interno era illegittimo, per violazione delle norme di diritto internazionale in materia di soccorso in mare, e la capitana aveva di contro il dovere di condurre in un *place of safety* le persone soccorse, ormai ridotte allo stremo dal naufragio e dai molti giorni di attesa sul ponte della nave. La decisione del GIP era stata impugnata dalla Procura (solo per quanto riguarda la mancata convalida dell'arresto), ma la Cassazione – con una sentenza del febbraio 2020 di grande importanza in quanto ad oggi l'unica decisione della Suprema Corte riguardo alla legittimità dei divieti di ingresso emanati dal Ministro dell'interno all'epoca della strategia dei cd. «porti chiusi» – ha confermato la decisione del GIP, ribadendo la sussistenza in capo alla Rackete della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, sul presupposto dell'illegittimità del diniego ministeriale di ingresso cui la stessa aveva fatto opposizione.

I due documenti qui allegati riguardano il procedimento avviato contestualmente alla richiesta di convalida dell'arresto e di misura cautelare, per i medesimi reati contestati in quella sede, a cui viene aggiunto quello di danneggiamento di cui all'art. 635 co. 2, in relazione all'art. 625 n. 7 c.p.; a quanto ci consta, è invece ancora pendente il diverso procedimento aperto sempre in relazione al medesimo episodio nei confronti della Rackete per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *ex* art. 12 TUI.

Nel primo documento allegato la Procura, dopo avere ricostruito gli elementi salienti della vicenda, fa applicazione dei principi espressi dalla Cassazione nella fase cautelare del procedimento, e chiede l'archiviazione del procedimento per le ragioni già evidenziate sopra.
Nel secondo documento, a firma del medesimo GIP che aveva negato la convalida dell'arresto, il giudice si limita ad accogliere le richieste della pubblica accusa, disponendo l'archiviazione del procedimento.

L'inapplicabilità delle sanzioni amministrative applicate alle navi delle ONG sulla base del cd. decreto Salvini-*bis* in seguito alle modifiche operate dal cd. decreto Lamorgese

Con il provvedimento allegato il Tribunale civile di Ragusa (16.6.2021 R.G. 1147/2020) ha annullato la sanzione amministrativa di 300.000 euro, con contestuale confisca dell'imbarcazione, applicata dalla Prefettura di Ragusa nei confronti di Claus-Peter Reisch, capitano della motonave *Eleonore*, che nell'estate 2019, dopo avere salvato oltre 100 persone alla deriva nel Mediterraneo, le aveva sbarcate nel porto di Pozzallo, così violando il divieto di ingresso nelle acque nazionali impostogli dal Ministro dell'interno sulla base delle norme introdotte nel TUI con il decreto Salvini-*bis* (d.l. n. 53/2019, conv. in l. 77/2019).
Trattiamo inusualmente di un provvedimento del giudice civile in una rubrica di diritto penale in quanto, come vedremo, la decisione è stata motivata in ragione dell'estensione della garanzia penalistica della *retroattività in mitius* anche alle sanzioni amministrative aventi carattere punitivo, cioè sulla base di un principio che affonda le proprie radici nella materia penale. È altresì opportuno sottolineare che il provvedimento non fa alcun cenno alla questione, pur avanzata dai ricorrenti, relativa alla legittimità della condotta del capitano, che, come nel caso di Carola Rackete, si era trovato costretto a violare l'ordine ministeriale per poter sbarcare le persone soccorse in un luogo sicuro. Il provvedimento perviene alla decisione di annullare le sanzioni applicate dall'autorità amministrativa esclusivamente in ragione del fatto che il decreto Lamorgese (d.l. n. 130/2020, conv. in l. 173/2020) ha abrogato la sanzione amministrativa che era stata applicata al ricorrente, senza spendere alcuna considerazione in merito alla disciplina introdotta dal decreto Salvini. Il percorso argomentativo seguito dal provvedimento ragusano è assai innovativo, posto che la giurisprudenza è tradizionalmente propensa a ritenere la sanzione amministrativa regolata esclusivamente dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto, e ad escludere di conseguenza che l'abrogazione dell'illecito da parte del legislatore abbia effetti sulle sanzioni già applicate in relazione a fatti pregressi: di seguito ci limiteremo solo a segnalare i passaggi salienti dell'argomentazione con cui il Tribunale ha ritenuto di superare l'orientamento consolidato, considerato che si tratta di temi solo tangenziali alla specifica materia oggetto di questa rubrica.
Il provvedimento prende appunto le mosse dalla constatazione che il decreto Lamorgese ha abrogato le norme del TUI che prevedevano la sanzione amministrativa applicata nel caso *sub*

iudice, introducendo al loro posto un illecito penale: «il legislatore ha, da un lato, espunto la previsione di sanzioni amministrative di *violazione del divieto di ingresso*, *transito o sosta in acque territoriali italiane*, nel contempo introducendo, all'art. 1 co. 2 del medesimo d.l. 13/2020 una fattispecie penale pressoché sovrapponibile (salvo l'omesso riferimento all'*ingresso* delle navi), sul piano della tipicità, a quella abrogata».

Si ricorda poi come, per quanto riguarda la successione di norme penali, sia da tempo pacifica nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale il principio dell'*applicazione retroattiva delle norme favorevoli al reo*, che trova fondamento rispettivamente nell'art. 3 Cost. e nell'art. 7 CEDU. Per quanto riguarda invece la successione tra norme che prevedono sanzioni amministrative, la giurisprudenza costante interpreta l'art. 1 co. 2 della legge n. 689/1981 sull'illecito amministrativo (per cui «le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati»), nel senso di ritenerlo preclusivo dell'applicazione dello *ius superveniens* favorevole. La decisione ricorda come tuttavia la Corte costituzionale, dopo avere negato con la sentenza n. 193/2016 l'applicabilità generale del principio di retroattività *in mitius* alle sanzioni amministrative di cui alla l. 689/1981, con la sentenza n. 63/2019 ha dichiarato incostituzionale una norma transitoria che escludeva l'applicabilità del nuovo e più mite trattamento sanzionatorio alle sanzioni amministrative relative a fatti pregressi; in tale occasione, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto, decisivo ai fini del caso di specie: il «principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione "punitiva" è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale».

Posta dunque la vigenza del principio di retroattività *in mitius* anche per le sanzioni amministrative che hanno natura punitiva, e sono dunque da considerare penali ai sensi dei criteri *Engel*, il provvedimento passa a verificare se la sanzione *sub iudice* abbia tale natura, e la risposta è positiva: «ritiene il decidente che la sanzione amministrativa al tempo prevista dall'art. 12, co. 6-*bis* TUI abbia natura punitiva e debba dunque soggiacere alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi incluso il principio di retroattività della *lex mitior*, ciò anche alla luce del mutato apprezzamento del legislatore. La misura ivi prevista (sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro

150.000 a euro 1.000.000, oltre alla confisca della nave utilizzata per commettere la violazione) non può infatti ritenersi meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti (...). Invero, già dall'ammontare della sanzione, nell'ampia cornice edittale ivi prevista, oltre che dalla previsione che la confisca della nave venga disposta *sempre*, senza essere ad esempio subordinata alla reiterazione della condotta, può desumersene l'elevata carica afflittiva, che può spiegarsi in funzione di una finalità di deterrenza o prevenzione generale negativa, certamente comune alle pene in senso stretto».

Tali premesse consentono al Tribunale ragusano di superare l'orientamento tradizionale in ordine all'impossibilità di applicare lo *ius superveniens* favorevole nelle ipotesi di illeciti amministrativi: «Si impone, pertanto, una interpretazione dell'art. 1 l. 689/1981 conforme a Costituzione e alla disciplina sovranazionale, dovendosi ritenere che il dettato normativo (laddove prevede che *le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*) debba intendersi riferito alle sole modifiche *in peius*, trovando per il resto applicazione il principio, costituzionale e convenzionale, di retroattività della legge più favorevole, dovendosi sul punto ritenere che, nella misura in cui le norme convenzionali ricadano in spazi normativamente vuoti, ossia non regolati in modo antinomico dalla legislazione nazionale, esse potranno e dovranno essere direttamente applicate dal giudice comune, come una qualsiasi altra norma dell'ordinamento. (...)».

L'ultimo passaggio, in vero molto sintetico, riguarda la constatazione che l'illecito amministrativo abrogato è stato sostituito da un illecito penale che ne presenta il medesimo contenuto tipico: «né, d'altronde, potrebbe giungersi a diverse conclusioni (l'annullamento delle sanzioni amministrative irrogate: n.d.r.), quand'anche, operando una comparazione in concreto tra l'illecito amministrativo previgente e la neo-introdotta fattispecie penale, si riscontrasse la natura più favorevole di quest'ultima. In primo luogo, infatti, a ciò conseguirebbe comunque l'inapplicabilità della sanzione formalmente amministrativa, in ipotesi, meno favorevole. In secondo luogo, e in ogni caso, in quanto l'individuazione della natura sostanzialmente penale di una sanzione amministrativa risponde piuttosto all'esigenza di evitare aggiramenti delle garanzie previste nell'ambito del diritto punitivo, non potendo dunque tale operazione avere come effetto l'estensione (anche temporale) dell'area della punibilità».

OSSERVATORI

ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Programma della presidenza portoghese. A gennaio il Portogallo ha assunto la Presidenza del Consiglio dell'UE per il 1° semestre 2021. Nel proprio programma semestrale, con riferimento ai settori della migrazione e della protezione internazionale, è indicata l'intenzione di dare la priorità al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo
e di promuovere l'approfondimento dei partenariati tra l'UE e i paesi di origine e di transito dei migranti, anche attraverso un dialogo costruttivo sullo sviluppo di una politica di promozione dei canali di migrazione legale. La presidenza portoghese intende dare attuazione alla dichiarazione e al piano d'azione contro il traffico di migranti, adottato dalla Commissione europea il 27 maggio 2015 a la Valletta, di cui il Consiglio sta valutando l'aggiornamento, insieme ai dialoghi regionali di accompagnamento (i processi euro-africani di Rabat e Khartoum avviati rispettivamente nel 2006 e nel 2014). A tal fine è stata organizzata a Lisbona una conferenza ministeriale sui flussi migratori, prevista nel mese di maggio, con l'intento di approfondire il dialogo politico con i partner africani nel quadro della migrazione e della mobilità. La presidenza intende, inoltre, contribuire alla riflessione sul futuro di Schengen, garantendo la libera circolazione delle persone e allo stesso tempo promuovendo la riflessione sul controllo effettivo delle frontiere esterne. Sono, quindi, ritenute essenziali l'attuazione del nuovo mandato della Guardia di frontiera e costiera europea, l'interoperabilità dei sistemi d'informazione e l'attivazione del sistema di entrata/uscita (EES) e del sistema europeo di informazione e autorizzazione dei viaggi (ETIAS).

Rimpatrio e riammissione. A febbraio la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio «Rafforzare la cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione nell'ambito di una politica migratoria dell'UE equa, efficace e globale» (COM(2021)56 finale del 10 febbraio 2021), intesa a rendere la politica di rimpatrio più efficace ed umana, nonché ad attuare una cooperazione più incisiva con i partner esterni in materia di riammissione. La comunicazione illustra i risultati generali della prima valutazione annuale della cooperazione dei paesi partner in materia di riammissione, effettuata a norma dell'art. 25° del codice dei visti, basata su dati quantitativi e qualitativi forniti da Stati membri e paesi associati Schengen, nonché su dati raccolti da Eurostat e dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, in merito a rimpatri e arrivi irregolari. La valutazione completa è stata trasmessa al Consiglio e servirà come contributo alla discussione sul rimpatrio e sulla riammissione e sulla cooperazione in materia di migrazione in generale. Insieme all'Alto Rappresentante e agli Stati

membri, la Commissione utilizzerà i risultati della relazione per coinvolgere i paesi partner, come parte dell'approccio globale sulla migrazione.

Rimpatri volontari e reintegrazione. Ad aprile la Commissione ha presentato la comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio «La strategia dell'UE sui rimpatri volontari e la reintegrazione» (COM(2021)120 del 27 aprile 2021). La comunicazione definisce misure pratiche per rafforzare il quadro giuridico e operativo per i ritorni volontari dall'Europa e dai paesi di transito, migliorare la qualità dei programmi di ritorno e reintegrazione, stabilire migliori collegamenti con le iniziative di sviluppo e rafforzare la cooperazione con i paesi partner. La strategia, basata su iniziative già avviate e sull'esperienza acquisita nell'attuazione di programmi nazionali e congiunti di rimpatrio volontario e reintegrazione, nonché su iniziative finanziate dall'UE nei Paesi partner, intende definire nuovi più uniformi approcci alla concezione, alla promozione e all'attuazione del rimpatrio volontario e della reintegrazione. A tale proposito, la comunicazione richiama, tra l'altro: la rete europea per il rimpatrio e la reintegrazione, che riunisce le autorità nazionali e la Commissione e fornisce assistenza ai rimpatriati mediante contratti congiunti con prestatori di servizi di reinserimento nei paesi di rimpatrio e tramite l'esame e l'attuazione di soluzioni innovative in collaborazione con i suoi membri e con i paesi terzi. In tale ambito la Commissione ha predisposto un quadro dell'UE sulla consulenza in materia di rimpatrio, che fornisce orientamenti alle organizzazioni degli Stati membri nella creazione, nella gestione e nello sviluppo di strutture di consulenza negli Stati membri. La Commissione ha inoltre istituito un inventario dell'assistenza al rimpatrio e alla reintegrazione (*Return and Reintegration Assistance Inventory-RRAI*) che raccoglie informazioni sul tipo di assistenza (più precisamente, sul livello e sul tipo di assistenza in denaro o in natura), sui potenziali beneficiari, sulle organizzazioni coinvolte e sulle fasi della procedura in cui viene offerto il sostegno. La comunicazione fornisce indicazioni in merito all'attuazione dell'iniziativa congiunta UE-Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) per la protezione e la reintegrazione dei migranti, finanziata dal Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa; avviata nel dicembre 2016, dall'aprile 2017 all'ottobre 2020 ha fornito assistenza all'accoglienza dopo l'arrivo a 93.110 migranti e assistenza alla reintegrazione a 75.182 persone, sostenendo 34.646 rimpatri umanitari dalla Libia verso i paesi d'origine.

Contrasto al traffico di esseri umani. Il 14 aprile la Commissione ha presentato una nuova strategia per la lotta alla tratta di esseri umani (2021-2025), incentrata sulla prevenzione della criminalità, la consegna dei trafficanti alla giustizia e la protezione e l'emancipazione delle vittime. Si tratta della comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2021) 171 def. La strategia individua le

priorità e propone delle azioni concrete, con l'obiettivo di reprimere in maniera più efficace la tratta di esseri umani, attraverso l'individuazione e il contrasto alla tratta nella sua fase iniziale, l'avvio dell'azione penale nei confronti dei responsabili di con al fine di trasformare la tratta da un crimine a rischio basso e a rendimento elevato in un crimine a rischio elevato e a rendimento basso, nonché la protezione delle vittime e l'aiuto nella ricostruzione delle loro vite. La strategia è strettamente collegata alla strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025, presentata contestualmente.

COVID, restrizioni ai viaggi non essenziali nell'Unione europea. Il 19 gennaio 2021 la Commissione, nella comunicazione «Fare fronte comune per sconfiggere la COVID-19» (COM(2021) 35 finale), ha esortato a un'azione urgente per contenere il rischio di una terza ondata di infezioni, sottolineando l'opportunità di scoraggiare tutti gli spostamenti non essenziali, in particolare da e verso le zone ad alto rischio, fino al miglioramento della situazione epidemiologica. Nella dichiarazione conclusiva a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 21 gennaio 2021, il presidente del Consiglio europeo ha invitato il Consiglio a rivedere le sue raccomandazioni sui viaggi all'interno dell'UE e sui viaggi non essenziali nell'UE alla luce dei rischi posti dalle nuove varianti del virus. È stata, quindi, adottata la raccomandazione (UE) 2021/132 del Consiglio del 2 febbraio 2021 che modifica la raccomandazione (UE) 2020/912 relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione (GUUE L 41, 4.2.2021, p. 1 ss.).

Atti adottati

Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur). Ad aprile è stato adottato il regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione del 9 aprile 2021 relativo ai quadri situazionali del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur) che stabilisce: le regole di comunicazione delle informazioni in Eurosur, compresi il tipo di informazioni da fornire e i termini massimi per le comunicazioni; i dettagli dei livelli di informazione; le modalità per l'istituzione dei quadri situazionali specifici; le responsabilità legate alle comunicazioni, alla gestione dei quadri situazionali e al funzionamento e alla manutenzione delle varie reti e sistemi tecnici che supportano Eurosur; le norme per la sicurezza e i meccanismi di controllo della qualità (GUUE L 124 del 12.4.2021, p. 3).

Trasmissione dati in materia di immigrazione e protezione internazionale. A marzo è stata adottata la Decisione di esecuzione (UE) 2021/431 della Commissione del 10 marzo 2021 che

concede ad alcuni Stati membri deroghe al regolamento (CE) n. 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale.

Proposte legislative

Certificato verde digitale per i cittadini di paesi terzi. La Commissione ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o regolarmente residenti nel territorio degli Stati membri durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale), COM(2021) 140 finale del 17.3.2021.

Varie

Consultazione pubblica per la *digitalizzazione delle procedure di visto*. A marzo la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica finalizzata a raccogliere i pareri, dei cittadini e dei diversi portatori di interessi, sull'utilità di una procedura di domanda online e di un portale UE/nazionale per la presentazione delle domande e sulla sostituzione del visto adesivo con un visto digitale. Più specificamente, la consultazione mira a raccogliere i pareri dei portatori di interessi sull'impatto delle diverse opzioni strategiche e sugli aspetti giuridici, economici e pratici dell'eventuale digitalizzazione delle procedure di rilascio dei visti. La consultazione pubblica, che prevede la compilazione di un questionario online, si conclude il 3 giugno 2021.

Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex). Il 29 gennaio, la Commissione per le libertà civili (Libe) del Parlamento europeo ha istituito un Frontex Scrutiny Working Group (Fswg). Il gruppo di lavoro, composto da 14 membri (due per gruppo politico), è stato nominato al fine di esaminare le attività di Frontex**,** soprattutto allo scopo di vagliare il rispetto dei diritti fondamentali durante le sue operazioni, il seguito dato alle segnalazioni di violazioni, nonché la conformità ai principi di trasparenza e responsabilità nella gestione dell'agenzia. Alla luce delle notizie riguardanti gli incidenti alle frontiere marittime greco-turche nel Mar Egeo, in base alle quali alcuni migranti sarebbero fermati mentre cercavano di raggiungere le coste dell'UE e respinti verso le acque territoriali turche, con la presunta conoscenza o addirittura il coinvolgimento dei funzionari dell'agenzia, il Consiglio di amministrazione di Frontex, nella sua riunione straordinaria del 10 novembre 2020, aveva deciso di procedere all'istituzione di un

«gruppo di lavoro del Consiglio di amministrazione sui diritti fondamentali e sugli aspetti giuridici e operativi delle operazioni nel Mar Egeo», il cui mandato comprendeva, tra l'altro, l'indagine su quanto accaduto e l'esame del quadro giuridico applicabile e del sistema di segnalazione di Frontex. Nel corso della riunione del Consiglio di amministrazione del 20 e 21 gennaio è stato presentato e discusso un rapporto preliminare, in cui sono stare formulate alcune raccomandazioni. A marzo è stato presentato il rapporto finale del gruppo di lavoro, che ha esaminato il seguito dato a tali raccomandazioni e ne ha formulate di ulteriori, alla luce di ulteriori indagini.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Limitazioni agli ingressi degli stranieri durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus

La proroga dello stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus e l'imperversare di varianti ancora più pericolose e infettive del virus hanno provocato numerosi provvedimenti di limitazione agli ingressi di chiunque (italiano o straniero) provenga da taluni Stati.

In generale il *decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 02.03.2021* (pubblicato in GU Serie Generale n. 52 del 2.3.2021 - Suppl. Ord. n. 17) ha ribadito il sistema (introdotto in precedenti analoghi decreti durante lo stato di emergenza nazionale) fondato su elenchi di Paesi per i quali sono in vigore differenti limitazioni all'ingresso sul territorio nazionale, anche in relazione alla data dell'ingresso in Italia:

A – Città del Vaticano e San Marino: nessuna limitazione.

B – Stati e territori a basso rischio epidemiologico che verranno individuati, tra quelli di cui all'elenco C, con ordinanza del Ministro della salute di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale. Attualmente nessuno Stato è compreso in questo elenco.

C – Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca (incluse isole Faer Oer e Groenlandia), Estonia, Finlandia, Francia (inclusi Guadalupa, Martinica, Guyana, Riunione, Mayotte ed esclusi altri territori situati al di fuori del continente europeo), Germania, Grecia, Irlanda, Israele, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi (esclusi territori situati al di fuori del continente europeo), Polonia, Portogallo (incluse Azzorre e Madeira), Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna (inclusi territori nel continente africano), Svezia, Ungheria, Islanda, Norvegia, Liechtenstein, Svizzera, Andorra, Principato di Monaco.

Chi fa ingresso in Italia da questi Paesi deve comunicare il proprio ingresso al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria locale di riferimento e presentare la certificazione verde Covid19 da cui risulti di essersi sottoposto, nelle 48 ore antecedenti all'ingresso nel territorio nazionale, a tampone (test molecolare o antigenico) risultato negativo. In caso di mancata presentazione, è obbligatorio sottoporsi alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario di 10 giorni, al termine del quale è obbligatorio sottoporsi a tampone (test molecolare o antigenico). Nelle more dell'approvazione delle norme attuative del certificato verde, è accettata l'attestazione

di tampone negativo. Sono previste eccezioni all'obbligo di effettuare il tampone prima dell'ingresso.

D – Australia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Ruanda, Repubblica di Corea, Singapore, Stati Uniti, Thailandia: chi fa ingresso in Italia da questi Paesi deve comunicare il proprio ingresso al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria locale di riferimento, compilare l'autodichiarazione, presentare un'attestazione di essersi sottoposto, nelle 72 ore antecedenti all'ingresso nel territorio nazionale, a tampone (test molecolare o antigenico) risultato negativo e sottoporsi a isolamento fiduciario e sorveglianza sanitaria per 10 giorni, raggiungendo la propria destinazione finale in Italia solo con mezzo privato o coincidenza aerea (senza uscire dalle aree di transito aeroportuale). Al termine dell'isolamento è obbligatorio effettuare un nuovo test molecolare o antigenico. Sono previste eccezioni all'obbligo di effettuare il tampone prima dell'ingresso e agli obblighi di isolamento e di tampone al termine dello stesso.

E – Tutti gli Stati non indicati negli altri elenchi (compresi il Brasile, l'India, il Bangladesh e lo Sri Lanka per i quali vigono regole speciali indicate sotto): l'ingresso da questi Paesi è consentito ai cittadini italiani/UE/Schengen e loro familiari, ai titolari dello *status* di soggiornanti di lungo periodo e ai loro familiari (Direttiva 2004/38/CE), alle persone che hanno una relazione affettiva comprovata e stabile (anche se non conviventi) con cittadini italiani/UE/Schengen/soggiornanti di lungo periodo, le quali debbano raggiungere l'abitazione/domicilio/residenza del *partner* in Italia.

Per coloro che non rientrano nelle categorie menzionate, l'ingresso dai Paesi del gruppo E è consentito solo in presenza di precise motivazioni: esigenze di lavoro o di studio, motivi di salute, assoluta urgenza, rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

Chi fa ingresso in Italia da questi Paesi deve comunicare il proprio ingresso al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria locale di riferimento, compilare l'autodichiarazione, presentare un'attestazione di essersi sottoposto, nelle 72 ore antecedenti all'ingresso nel territorio nazionale, a tampone (test molecolare o antigenico) risultato negativo, sottoporsi a isolamento fiduciario e sorveglianza sanitaria per 10 giorni, raggiungendo la propria destinazione finale in Italia solo con mezzo privato o coincidenza aerea (senza uscire dalle aree di transito aeroportuale). Al termine dell'isolamento è obbligatorio effettuare un nuovo test molecolare o antigenico. Sono previste eccezioni all'obbligo di effettuare il tampone prima dell'ingresso e agli obblighi di isolamento e di tampone al termine dello stesso.

Infatti è stato disposto il divieto assoluto di ingresso nei confronti di chiunque provenga dal Brasile (con *ordinanza Ministro della salute 16.1.2021* pubblicata in G.U. Serie Gen. n.13 del 18.1.2021) e poi di chiunque provenga dall'India (con *ordinanza Ministro della salute 25.4.2021*) e infine di chiunque provenga anche dal Bangladesh (con *ordinanza Ministro della salute 28.4.2021,* pubblicata in G.U. Serie Gen. n. 102 del 29.4.2021) e dallo Sri Lanka

(con *ordinanza Ministro della salute 29.4.2021*, pubblicata in G.U. Serie Gen. n. 102 del 29.4.2021).

L'*ordinanza del Ministro della salute 29.04.2021* (pubblicata in G.U. Serie Gen., n. 102 del 29.4.2021) ha prorogato di 15 giorni le misure di contenimento relative agli arrivi dai Paesi europei (elenco C) e da Paesi extra europei a basso rischio (elenco D) oltre a confermare il divieto di ingresso in Italia dal Brasile (elenco E) fatte salve le deroghe.

In generale, chi proviene da questi Paesi può entrare in Italia alle seguenti condizioni:

- sottoporsi a tampone molecolare o antigenico nelle 48 ore prima dell'ingresso in Italia (risultato negativo);
- compilare un'autodichiarazione;
- sottoporsi a prescindere dall'esito del tampone molecolare o antigenico, alla sorveglianza sanitaria e a isolamento fiduciario per un periodo di 5 giorni (Paesi europei) o 10 giorni (Paesi extra europei);
- sottoporsi al termine dell'isolamento a un ulteriore tampone molecolare o antigenico;
- comunicare al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio il proprio ingresso.

Proroga dei titoli di soggiorno durante lo stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus

La proroga dello stato di emergenza nazionale derivante dalla pandemia di Coronavirus ha comportato ulteriori proroghe della validità dei titoli di soggiorno.

Così *l'art. 2 del d.l. 30.4.2021, n. 56* (pubblicato in G.U. n. 103 del 30.4.2021) prevede che i permessi di soggiorno e i titoli di cui all'art. 103, co. 2-*quater* e 2-*quinquies*, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, compresi quelli aventi scadenza sino al 31 luglio 2021, conservano la loro validità fino alla medesima data e che nelle more di tale scadenza, gli interessati possono egualmente presentare istanze di rinnovo dei permessi e dei titoli di soggiorno la cui trattazione è effettuata progressivamente dagli uffici competenti.

Aumento dei costi medi per il rimpatrio di lavoratori stranieri trovati in situazione di soggiorno irregolare

Il *decreto Ministro dell'interno 26.1.2021* (pubblicato sulla G.U. n. 56 del 6.3.2021) stabilisce che passa da 1.398 a 1.905 euro il costo medio per il rimpatrio dei migranti trovati in posizione irregolare in Italia.

Al costo del rimpatrio, che è aggiornato ogni anno, è commisurata la sanzione amministrativa accessoria prevista dall'art 22 co. 12-*ter* d.lgs. n. 286/1998 nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi privi del permesso di soggiorno.

Si tratta di sanzione che è applicata nel caso in cui il datore di lavoro sia stato condannato alla reclusione da sei mesi a tre anni e alla multa di 5.000 euro per ogni lavoratore, per aver impiegato stranieri privi del permesso di soggiorno o con permesso scaduto revocato o annullato.
In base a quanto stabilito dal decreto ministeriale del 22.12.2018 n. 151, nel complesso calcolo per determinare il costo del rimpatrio, si tiene conto del totale dei costi sostenuti annualmente per il rimpatrio degli stranieri e del numero dei rimpatri effettivamente eseguiti. La cifra media così ottenuta è poi aumentata del 30% in modo da considerare anche l'incidenza dei costi relativi ai servizi di accompagnamento e scorta degli stranieri da rimandare in Patria.
Per il 2021 si ottiene così la cifra di 1.905 euro, con un aumento probabilmente attribuibile alla pandemia da Covid che ha reso più costosi i viaggi.

Nuove specifiche tecniche dei permessi di soggiorno e delle carte di soggiorno
Il *decreto del Ministro dell'interno 20.1.2021* (pubblicato in G.U. Serie Gen. n. 24 del 30.1.2021) prevede le regole di sicurezza relative al permesso di soggiorno, redatto in conformità al Regolamento (UE) 2017/1954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2017, che modifica il Regolamento (CE) n. 1030/2002 del Consiglio che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi.
Il decreto emanato di concerto con il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, recepisce i nuovi standard di sicurezza adottati a livello europeo.
Nel permesso sono incorporati *microchip* con le impronte digitali acquisite dal titolare e con l'immagine della foto del suo volto.
Una delle novità riguarda la data di scadenza, che sarà sempre indicata sul permesso, sicché i permessi UE per soggiornanti di lungo periodo non riporteranno più la dicitura "illimitata", relativa al diritto di residenza in Italia, ma giorno, mese e anno in cui scade la validità del documento fisico che attesta quel diritto (10 anni).
I nuovi permessi di soggiorno saranno rilasciati su tutto il territorio nazionale, dopo una prima fase di sperimentazione che riguarderà solo la questura di Terni. I permessi rilasciati secondo gli standard precedenti resteranno validi fino alla scadenza o alla eventuale sostituzione con il nuovo modello.

Nuovo schema di capitolato di appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento dei Centri di accoglienza e dei Centri di permanenza per il rimpatrio
Il *decreto del Ministro dell'interno 19.1.2021* prevede (anche con molti allegati dettagliati) il 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 con la l. 29 dicembre 1995, n. 563, dagli artt. 9 e 11 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, nonché

dei Centri di permanenza per il rimpatrio di cui agli artt. 10-*ter* e 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche e integrazioni.

Il decreto con molti allegati individua distinti schemi di disciplinari di gara calibrati sulle diverse tipologie di accoglienza, corredati da dettagliate specifiche tecniche e prestazionali, dalla struttura dell'offerta e dei criteri di valutazione, oltre che dalla stima dei costi medi di riferimento per la determinazione delle basi d'asta, al fine di uniformare e semplificare l'attività delle stazioni appaltanti.

In particolare il capitolato resta complessivamente costituto da un documento principale, che definisce l'oggetto delle prestazioni per la gestione dei Centri unitamente alle regole del rapporto negoziale tra prefettura-stazione appaltante ed ente affidatario dei servizi di accoglienza, nonché da 25 allegati tecnici recanti:

- gli schemi dei disciplinari di gara (c.d. bandi-tipo) ove sono individuate, per ogni tipologia di Centro di accoglienza, per gli *hotspot* e per le strutture di trattenimento, le regole per l'aggiudicazione delle relative procedure di gara;
- le specifiche tecniche delle prestazioni oggetto di affidamento, anch'esse suddivise per tipologia di Centro e struttura;
- i criteri di valutazione per la selezione e l'aggiudicazione delle offerte economicamente più vantaggiose secondo il miglior rapporto qualità/prezzo;
- la tabella di dotazione minima del personale da impiegare nei Centri;
- la stima dei costi medi di riferimento che concorrono alla determinazione delle singole basi d'asta.

I servizi da erogarsi nei Centri governativi di prima accoglienza e nei Centri di accoglienza straordinari (artt. 9 e 11 d.lgs. n. 142/2015) e le connesse prestazioni continuano ad essere differenziate in base alla tipologia di struttura e della relativa capienza: resta immutata la distinzione delle strutture di accoglienza in:

- singole unità abitative operanti in rete e con capacità recettiva complessiva sino a 50 posti (art. 1, co. 2, lett. a):
- tre diverse categorie di Centri collettivi (con capienza sino 50 posti, tra 51 e 300 posti e superiore a 300) caratterizzati dalla messa in comune di tutti i servizi (art. 1, co. 2, lett. b).

In relazione a tali strutture, il vigente schema di capitolato conferma la previsione secondo cui tutte le prestazioni da rendersi nei Centri sino a 300 posti sono affidate nell'ambito di un unico lotto prestazionale, mentre, per le strutture di maggiore capienza, l'appalto della relativa gestione avviene in tre diversi lotti, rispettivamente riguardanti l'erogazione di servizi assistenziali e la fornitura di beni alla persona, il servizio di preparazione dei pasti ed il servizio di pulizia ed igiene dei locali.

In merito alle suddette strutture il capitolato prevede altresì, all'art. 9 co. 4, che nei Centri di accoglienza i cui immobili sono portati in dotazione dall'operatore economico partecipante alle

procedure sono altresì garantiti gli standard igienico-sanitari, abitativi e di sicurezza nonché idonee misure di prevenzione, controllo e vigilanza relativamente alla partecipazione o alla propaganda attiva a favore di organizzazioni terroristiche internazionali, anche in conformità ai criteri e le modalità stabiliti con il decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della salute.

Tale disposizione mira ad attuare l'art. 10, co. 1, d.lgs. n. 142/2015, come sostituito dall'art. 4, co. 1, lett. c) del d.l. n. 130/2020 convertito con l. n. 173/2020.

Detta clausola, frutto dell'intervento riformatore testé richiamato, prescrive la garanzia di specifici requisiti strutturali definiti da apposito decreto interministeriale interno-salute in corso di adozione.

Limitatamente all'accoglienza di tipo collettivo è stata espunta la precedente previsione di Centri con capacità superiore a 900 posti, al fine di tener conto, per una migliore gestione, dell'esigenza di contenimento della capienza massima per i Centri governativi di cui all'art. 9, co. 1, d.l. n. 142/2015, come modificato dall'art. 4, co. 1, lett. b) del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130.

Anche tenendo conto dell'esperienza maturata in sede di applicazione del precedente capitolato, è stata inoltre aggiornata la tabella della dotazione minima del personale di cui all'allegato A, rimodulando per i Centri sino a 300 posti, il rapporto numerico operatori/ospiti sulla base di una nuova fascia di capienza tra 51 e 100 posti.

In ossequio alla novella normativa di cui al d.l. n. 130/2020 citato in premessa, è implementato il quadro delle prestazioni a beneficio degli stranieri richiedenti protezione internazionale accolti nei Centri di cui ai menzionati articoli 9 e 11, mediante l'introduzione dei servizi aggiuntivi di assistenza psicologica, insegnamento della lingua italiana ed orientamento legale e al territorio (art. 2 lett. b) punti nn. 2, 3, 5, 6 del nuovo schema di capitolato.

L'intervento riformatore del nuovo capitolato ha interessato anche i preesistenti servizi.

Infatti per assicurare l'efficienza delle attività di controllo, supporto e coordinamento della vita in comune dei migranti, sono state incrementate le ore di impiego settimanale dell'operatore diurno e notturno presso i Centri di accoglienza.

Sono state considerate, altresì, particolari e preminenti esigenze assistenziali, prevedendo:

a) l'integrazione del materiale di igiene personale mediante distribuzione di pannolini per bambini fino a 30 mesi di età;

b) il ricambio del kit d'ingresso al passaggio dalla stagione invernale a quella estiva o viceversa, lasciando inalterata la previsione di 2 *turnover* nell'anno;

c) l'introduzione dell'erogazione di altri beni e servizi, quali materiale didattico (sia per i bambini che per gli adulti) materiale ludico nonché farmaci e altre prestazioni sanitarie non coperte dal SSN, (ad es. visite specialistiche, protesi non previste dal SSN, attrezzature mediche, ecc.) nel

limite massimo di € 500,00 annui a persona, in analogia a quanto previsto dal manuale di rendicontazione SIPROIMI 2018;
d) l'eventuale assistenza del richiedente asilo per il colloquio da remoto con la Commissione territoriale;
e) la segnalazione dei casi vulnerabili alle autorità competenti alla valutazione di specifiche condizioni di fragilità, nell'ambito del preesistente servizio di assistenza sociale;
f) l'utilizzo di stoviglie monouso biodegradabili e compostabili in previsione dell'applicazione della normativa europea di riferimento, utilizzando quale criterio per la quantificazione del relativo costo, le analisi di mercato condotte tramite la consultazione di siti *web* di rivenditori qualificati nonché procedure di affidamento svolte dagli enti locali.

Circa le modifiche dei servizi già assicurati presso gli *hotspot* ed i Centri di permanenza per il rimpatrio, la centralità e la rilevanza strategica di tali strutture nell'ambito del sistema di accoglienza ha implicato la rivisitazione delle modalità di erogazione dei servizi già esistenti.
Nello specifico, l'allegato schema di capitolato, quanto agli *hotspot* prevede un aumento del monte ore settimanale del servizio di assistenza psicologica e mediazione linguistico-culturale, e riproduce le sopra menzionate garanzie in tema di utilizzo di materiale per l'igiene dei neonati, eventuale fornitura di farmaci ed altre prestazioni sanitarie non coperte dal SSN nel limite di 500 euro annui pro capite, utilizzo di stoviglie monouso biodegradabili e compostabili.
Relativamente ai C.P.R., attesa la peculiarità delle funzioni svolte da tali strutture, lo schema di capitolato apporta modifiche intese a soddisfare e contemperare le esigenze, sempre attuali e stringenti, di controllo, assistenza e pieno rispetto della dignità e dei diritti delle persone trattenute.
In ragione di tali primari interessi il predetto schema aumenta la dotazione minima di personale, attraverso l'incremento degli operatori diurni e notturni, nella misura specificata nell'allegata tabella A, ed aumenta il monte ore settimanale del presidio medico.
È stato stimato, ai fini della distribuzione del kit d'ingresso, un turnover medio pari a 3 all'anno (a fronte di 2 precedentemente previsti), considerato che il citato d.l. n. 130/2020, come convertito dalla l. n. 173/2020, ha ridotto il tempo massimo di trattenimento nei C.P.R. da 180 a 90 giorni con la possibilità di proroga di ulteriori 30 giorni nei casi di accordi o intese con i Paesi di origine per i rimpatri.
Anche per le strutture di trattenimento hanno effetto le nuove disposizioni in tema di spese per farmaci e prestazioni sanitarie non coperte dal SSN e di utilizzo di stoviglie monouso biodegradabili e compostabili.
L'art. 29 comma 4 dello schema di capitolato, a norma degli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, prevede che l'ente

gestore fornisce a ciascun migrante in ingresso in tutti i Centri e le strutture di cui al medesimo schema l'informativa scritta sul trattamento dei suoi dati personali, cui è allegata la dichiarazione di consenso al trattamento dei medesimi dati, da sottoscrivere a cura dell'interessato, tradotte nelle principali lingue parlate dagli stranieri presenti nel Centro, e comunque in inglese, francese, spagnolo e arabo.

Circa le regole delle procedure di gara, i sei schemi di disciplinare di gara europea volta all'individuazione di una pluralità di operatori economici servono ai prefetti a concludere un accordo quadro per la successiva attivazione, in base alle effettive necessità di accoglienza, dei relativi contratti di appalto (c.d. convenzioni attuative a valle).
Ciascun disciplinare, analogamente allo schema di capitolato approvato con d.m. 20 novembre 2018, è stato predisposto con riferimento al tipo di struttura che si intende attivare sul territorio, tenendo conto dello schema del Bando-tipo n. 1/2017 dell'ANAC e delle peculiarità dei servizi sociali anche in ragione delle caratteristiche degli operatori che li offrono sul mercato nell'ambito di gare sopra soglia comunitaria.
Come per il precedente capitolato, per i Centri di accoglienza costituiti da singole unità abitative e per i Centri collettivi con capacità ricettiva inferiore a 300 posti, ivi compresi i C.P.R., l'affidamento dell'appalto è consentito, ai sensi dell'art. 1, comma 5, senza la suddivisione in lotti prestazionali (schemi di disciplinare di cui agli All. 1, 2, 3 e 5).
Nel caso di Centri collettivi con capienza superiore a 300 posti è invece obbligatorio l'affidamento dell'appalto in tre lotti prestazionali, ai sensi dell'art. 1, comma 4 (schema di disciplinare di cui all'All. 4).
Riguardo alle strutture dell'offerta, i relativi documenti di gara restano differenziati in ragione della tipologia di ospitalità (individuale o collettiva), della destinazione funzionale del Centro e delle relative capacità ricettive.
Inoltre, è stato aggiornato l'Allegato B, recante la stima dei costi medi di riferimento che concorrono alla determinazione delle singole basi d'asta.
A tale documento resta assegnata la funzione di strumento per le prefetture ai fini della determinazione del prezzo pro die/pro capite da riconoscersi all'aggiudicatario gestore delle strutture, con conseguente riferimento a parametri ufficiali e consolidati, ed in particolare alle convenzioni CONSIP per i servizi di pulizia, ai report dell'ISTAT per il costo di affitto ed utenze dei beni immobili, al prezzo medio della giornata alimentare in ambito sanitario di cui alla delibera ANAC del 2016 per il vitto, nonché alle ricerche di mercato e alle convenzioni stipulate da centrali di committenza regionali per la fornitura di beni.
Sul punto, è stato aggiornato, per tutte le tipologie di Centri di accoglienza, *hotspot* e C.P.R., il costo medio orario del lavoro per i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario-

assistenziale-educativo ed inserimento lavorativo, di cui al CCNL del 28.3.2019, secondo le vigenti tabelle approvate con decreto n. 7 del 17.2.2020 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Circa i controlli sull'esecuzione delle convenzioni stipulate con i soggetti gestori restano invariate le prescrizioni recate dagli articoli 18, 19 e 20 dello schema di capitolato, di cui si raccomanda la costante e stringente applicazione secondo le linee di indirizzo fornite con direttiva del Ministro dell'interno del 27.2.2020 e secondo le indicazioni diramate dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione con la circolare n. 12498 del 26.6.2020.
Inoltre per assicurare uniformi livelli di accoglienza su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 142/2015, il decreto di approvazione dello schema di capitolato prevede, all'art. 2, che i contratti in corso di esecuzione per la gestione ed il funzionamento dei Centri di accoglienza, *hotspot* e C.P.R. sono adeguati alle prescrizioni del medesimo schema.
Sotto il profilo applicativo, si conferma l'operatività della Cabina di regia istituita presso il Dipartimento libertà civili e immigrazione per fornire orientamenti e interpretazioni per la corretta attuazione del nuovo schema di capitolato di appalto e dei bandi-tipo.

Piano nazionale per la ricerca ed il salvataggio in mare, edizione 2020
Il *decreto 4.2.2021 del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti* approva il nuovo Piano nazionale per la ricerca ed il salvataggio in mare, edizione 2020.
Il nuovo Piano conferma tutti gli obblighi di salvataggio a carico degli Stati, che negli anni scorsi sono stati spesso violati.
Il Piano dà attuazione alla regola 4.5 dell'Annesso alla Convenzione sulla ricerca di salvataggio in mare (SAR) adottata ad Amburgo nel 1979 con successivi emendamenti annessi, ratificata dall'Italia con l. 3.4.1989, n. 147. Si tratta quindi di un atto normativo di rango subordinato alle leggi dello Stato e alle Convenzioni internazionali alle quali comunque fa riferimento, la cui efficacia normativa assume spessore proprio in virtù di quanto previsto o richiamato nel piano.
Nelle sue linee applicative il Piano SAR italiano del 2020 fa riferimento alle metodologie tecnico-operative di ricerca e soccorso contenute nel manuale IAMSAR adottato dall'Imo nel 1999 ed alla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (Convenzione SOLAS) che obbliga il «comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione...» [Capitolo V, Regola 33(1)]. Spetta poi ai governi ed alle relative autorità marittime e militari, in particolare ai Centri di coordinamento del soccorso il completamento degli obblighi posti a carico dei

comandanti delle navi in mare, assicurando nelle rispettive aree di responsabilità S.A.R. un'efficiente organizzazione dei servizi di ricerca e salvataggio (*Marittime Rescue Coordination Centre* o M.R.C.C.), in grado di gestire le comunicazioni di emergenza e di coordinare le operazioni in modo tale da garantire il salvataggio delle persone ed il loro sbarco in un luogo sicuro.
Il Piano introduce prescrizioni in diversi punti più specifiche, in linea con le Convenzioni internazionali aggiornate nel tempo con emendamenti ed annessi, e con la disciplina interna prevista nel caso di soccorsi e sbarco di un numero elevato di migranti.

Rassegna delle circolari e delle direttive delle Amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Le procedure per il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale: il Ministero dell'interno ne dà la seconda interpretazione illegittimamente restrittiva

Dopo la prima interpretazione illegittimamente restrittiva del nuovo permesso di soggiorno per protezione speciale che è stata data dalla presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo con la sua nota del 3.11.2020 (si veda l'Osservatorio italiano del numero precedente di questa *Rivista*) la seconda interpretazione altrettanto illegittimamente restrittiva è stata prescritta alle questure con la *circolare 19.3.2021 – prot. 0023186 Ministero dell'interno-Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere – Servizio immigrazione.*
La circolare in primo luogo correttamente ricorda che:

- le istanze di rilascio/rinnovo di un permesso di soggiorno devono essere presentate personalmente dall'interessato nelle forme previste dalla legge (tramite kit postale o direttamente all'ufficio immigrazione territorialmente competente) e che perciò non possono essere considerarsi valide le istanze presentante tramite mail, pec, ecc. e che qualora dovessero pervenire richieste con modalità differenti da quelle previste dalle norme gli uffici immigrazione delle questure dovranno rispondere alle stesse fornendo indicazioni sulle corrette modalità di presentazione delle istanze come previsto dall'art. 5, co. 2 TUI.
- i decreti di rigetto, revoca, irricevibilità o inammissibilità di un permesso di soggiorno devono essere adottati nel rispetto delle norme sul procedimento amministrativo e devono perciò essere adeguatamente motivati e contenere l'indicazione del termine e dell'autorità cui si potrà ricorrere nel caso in cui il richiedente ritenga che l'atto amministrativo abbia leso i propri diritti o interessi illegittimi.

In secondo luogo la circolare analizza le due ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno previste nell'art. 19 co. 1.2 d.lgs. n.286/1998, introdotte col d.l. n. 130/2020.

Dopo avere ricordato la prima ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale, quella su richiesta della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale allorché non ritenga sussistenti i presupposti della protezione internazionale, ma quelli della protezione sussidiaria, la circolare tratta dell'ipotesi del rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale su richiesta presentata dall'interessato al Questore, ma afferma che la tipologia di permesso di soggiorno per protezione speciale prevista dall'art. 19 co. 1.2 d.lgs. n. 286/1998, introdotta col d.l. n.130/2020 non può essere richiesta direttamente al questore.
Più precisamente la circolare afferma che l'ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale da parte del questore prevista dal secondo periodo dell'art. 19, co. 1.2. è da ritenersi sussistente soltanto nel «caso in cui lo straniero abbia presentato una istanza di rilascio di permesso di soggiorno per altro motivo (ad es. studio, lavoro, etc.)».
Tale interpretazione erronea fa concludere illegittimamente la circolare che «la tipologia di permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 19, co. 1.2. TUI non possa essere richiesta direttamente al questore» e pertanto la circolare dispone che debbano essere considerate irricevibili le istanze di permesso di soggiorno per protezione speciale presentate in via autonoma direttamente al questore.
Occorre invece ricordare – come ha fatto ASGI in una lettera inviata il 6 maggio 2021 al Ministero dell'interno chiedendo l'annullamento di questa parte della circolare – che la facoltà dello straniero di presentare l'istanza di rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale alla competente questura discende da un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 19 d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico delle leggi sull'immigrazione, di seguito TUI), che deve essere letto nel suo complesso (e pertanto alla luce dei commi 1 e 1.1) e alla luce del vigente ordinamento.
La sussistenza dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno di cui all'art. 19, co. 1.2 si configura infatti come ipotesi di non espellibilità dello straniero. All'impossibilità di eseguire legittimamente un'espulsione o un respingimento dal territorio italiano in presenza di impedimenti così gravi perché basati su diritti fondamentali consegue il diritto ad ottenere un titolo che consenta il regolare soggiorno sul territorio nazionale.
Agli stranieri che si trovino nelle circostanze di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19, al pari degli stranieri che versino nelle altre ipotesi di non espellibilità previste dalla stessa disposizione, il questore deve rilasciare il permesso per protezione speciale, anche allorché la domanda di permesso di soggiorno non riguardi un permesso di soggiorno ad altro titolo, ma direttamente il permesso per protezione speciale, che dunque possono richiedere direttamente al questore al di fuori della procedura concernente l'esame di una domanda di protezione internazionale. Una diversa interpretazione condurrebbe a un trattamento discriminatorio nei confronti degli stranieri che non possono essere allontanati dal territorio nazionale per le ragioni ivi previste, che sarebbero

i soli a vedersi preclusa la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno unicamente in virtù di tali ragioni.

Alla stessa conclusione deve peraltro giungersi alla luce dell'art. 19, comma 1.2, che il Ministero dell'interno nella citata circolare del 19 marzo 2021 illegittimamente interpreta in senso contrario. Il primo periodo del citato comma 1.2. disciplina l'ipotesi in cui sia stata presentata una domanda di protezione internazionale e prevede che, solo se tale domanda è stata appunto presentata, il permesso di soggiorno in questione possa essere rilasciato anche all'esito della relativa procedura. In questo senso la disposizione funge da coordinamento tra il TUI e l'art. 32 d.lgs. n. 25/2008, che disciplina appunto i possibili esiti del procedimento di esame della domanda di protezione internazionale. Sotto questo profilo appare rilevante che tra questi esiti non vi sia soltanto, in alternativa al riconoscimento della protezione internazionale, il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria ma altresì – ai sensi dei commi 3.1 e 3.2 introdotti dallo stesso d.l. 130/2020 conv. in l. 173/2020 che ha modificato la disposizione oggetto di interpretazione – il permesso di soggiorno per cure mediche e il permesso di soggiorno per assistenza minori (previa trasmissione al Tribunale per i minorenni competenti). Anche tali permessi possono essere entrambi richiesti direttamente all'autorità competente per il loro rilascio, con la conseguenza che il loro ottenimento all'esito della procedura di esame della domanda di protezione internazionale si pone come alternativo e ulteriore rispetto alla procedura ordinaria che avviene invece su istanza diretta. Non si comprende per quale ragione si debba assicurare un trattamento diverso soltanto al permesso di cui all'art. 19, co. 1.2.

Dalla lettura del primo periodo della disposizione non è pertanto possibile, come invece afferma la citata circolare del Ministero dell'interno, concludere per l'impossibilità di presentare l'istanza di rilascio del permesso per protezione speciale direttamente al questore.

Il secondo periodo del citato comma 1.2., secondo il quale nel caso in cui sia presentata una domanda di rilascio di un permesso di soggiorno, ove ricorrano i requisiti di cui ai commi 1 e 1.1, il questore, previo parere della Commissione territoriale, debba rilasciare un permesso di soggiorno per protezione speciale, non preclude all'interessato di chiedere direttamente al questore il rilascio del permesso di soggiorno in questione.

La portata "residuale" e di chiusura che la circolare del Ministero dell'interno dà alle nuove disposizioni legislative è invece fin dal 1998 già prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 5, comma 9 dello stesso TUI, che prevede che «(i)l permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente Testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente Testo unico».

L'intento del legislatore del 2020, nell'introdurre il secondo periodo del citato comma 1.2, non può quindi essere quello di prevedere ciò che l'ordinamento già prevede e cioè la possibilità che il permesso ivi previsto possa essere rilasciato soltanto allorché sia stato richiesto un diverso permesso per il quale non sussistano le condizioni, giacché il questore è già obbligato in tal senso dal citato art. 5, co. 9 TUI, il quale conferma che la nuova disposizione introdotta nel comma 1.2 dell'art. 19 TUI prevede che ogni permesso di soggiorno per protezione speciale può essere chiesto anche in via autonoma.

Sarebbe peraltro del tutto irragionevole istituire e disciplinare un titolo di soggiorno che non possa essere richiesto dallo straniero e che il questore possa rilasciare soltanto a seguito della presentazione di una diversa ed infondata istanza (in quanto tale rigettata) da parte dell'interessato. Lo straniero in pratica per ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale, dovrebbe chiederne un altro (al quale non ha diritto) o, peggio e con maggiore aggravio procedimentale e per l'erario, presentare un'infondata domanda di protezione internazionale per vedersi riconosciuta, in via residuale, la protezione speciale.

Non appare infine in alcun modo significativo il riferimento al «previo parere della Commissione territoriale». Un procedimento che vede la questura come organo competente a ricevere l'istanza di rilascio e a rilasciare il titolo richiesto e che riconosce alla CT un ruolo endoprocedimentale di emissione di un parere non è infatti inedito nel nostro ordinamento. Si tratta dello stesso procedimento tuttora in essere per il rinnovo dei permessi di soggiorno per protezione sussidiaria e per il rinnovo degli ora abrogati permessi di soggiorno per motivi umanitari. Anche alla luce di tale circostanza, la pretesa della circolare citata del Ministero dell'interno di considerare irricevibili le domande di rilascio dello stesso permesso appare oltremodo irragionevole.

Nella parte fin qui esposta la citata circolare del 19 marzo 2021 del Ministero dell'interno è illegittima e pertanto deve essere annullata in autotutela dall'Amministrazione oppure dal giudice amministrativo o disapplicata dal giudice ordinario.

L'impossibilità di presentare l'istanza di rilascio del suddetto titolo di soggiorno direttamente al questore viola anche i principi e le garanzie del procedimento amministrativo e con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

Infatti, come prescrive l'art. 1, co. 1 l.241/1990, «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

Tale disposizione deve ritenersi attuativa di principi garantiti sia a livello sovranazionale, sia a livello costituzionale, in quanto manifestazioni dei criteri di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione contenuti nell'art. 97 Cost.

Da tali principi discende indubbiamente l'obbligo della pubblica amministrazione di predisporre le procedure più efficaci per garantire l'accesso ai diritti previsti. Un tale comportamento risponde altresì agli interessi di economicità del procedimento amministrativo e di tenuta del bilancio pubblico.

È evidente che le direttive impartite dal Ministero dell'interno a tutte le questure con la circolare non rispondono a principi di economicità e buon andamento, perché non interpretano le disposizioni legislative partendo dal criterio letterale, ma introduce in realtà, per i motivi di cui si è detto, una nuova regola secondo cui il permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 19, co.1.2 TUI non potrebbe essere richiesto direttamente al questore, né si potrebbe ottenerlo se non sia stato richiesto un permesso di soggiorno ad altro titolo.

Ne risulta un sistema procedimentale in cui la questura sarebbe l'organo competente al rilascio del relativo permesso, al suo rinnovo, a ricevere le istanze di rinnovo ma non a ricevere – senza che si comprenda in base a quale logica – le istanze di primo rilascio.

Secondo il Ministero dell'interno, tale permesso di soggiorno potrebbe essere rilasciato soltanto all'esito della procedura di esame di una domanda di protezione internazionale o del procedimento volto al rilascio di un diverso permesso di soggiorno qualora non sussistano i requisiti previsti per il rilascio di quest'ultimo.

Ne consegue che lo straniero che si trovi nelle condizioni di cui ai commi 1 e 1.1 dell'art. 19 TUI e che, di conseguenza, non possa essere legittimamente allontanato dal territorio nazionale, al fine di ottenere il rilascio del relativo permesso di soggiorno dovrebbe – come sopra anticipato – "forzare il sistema" presentando una domanda di asilo o un'istanza di rilascio di un permesso di soggiorno ad altro titolo nella consapevolezza di non avervi diritto.

È questo che la circolare ministeriale finisce col chiedere allo straniero dichiarando irricevibile la sua domanda: che lo stesso al fine di ottenere il permesso di soggiorno per protezione speciale debba sempre presentare una domanda di protezione internazionale, quando la sua domanda è già stata rigettata e lo stesso non dispone di «nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine» da allegare avanti la Commissione territoriale (il che rende frequente la dichiarazione di inammissibilità della domanda, anche se la Commissione deve considerare sempre tutti i nuovi elementi che le vengono sottoposti, compreso il percorso di integrazione e la vita famigliare non considerata nella precedente decisione perché non presente) o che lo stesso presenti un'istanza di rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro o per motivi familiari, pur non avendo nessuno dei requisiti previsti dall'ordinamento e non potendo nemmeno allegare la necessaria documentazione, con inevitabile rifiuto da parte delle competenti autorità a raccogliere e vagliare tale irricevibile domanda.

La circolare pare irragionevole anche con riferimento a tre altre categorie di stranieri che irrazionalmente sarebbero costretti a presentare domanda di protezione internazionale invece che

presentare direttamente al questore la domanda di rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale.

La prima categoria è quella degli stranieri che mai potrebbero ottenere la protezione internazionale perché l'espulsione o il respingimento che sono vietati riguardano persecuzioni, torture o trattamenti inumani o degradanti che avvengono non già nello Stato di cui sono cittadini (il che è il presupposto che legittima lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria), bensì nello Stato in cui dovrebbero essere inviati (che è espressamente menzionato nei commi 1 e 1.1. dell'art. 19). Si pensi al respingimento che deve essere attuato dal vettore nello Stato di provenienza (art. 10, co. 4 d.lgs. n. 286/1998) e al provvedimento amministrativo di espulsione che può essere effettuato verso lo Stato di provenienza allorché non sia possibile l'invio dello Stato di appartenenza (art. 13, co. 12 d.lgs. n. 286/1998).

La seconda categoria è quella degli stranieri che trovandosi in una delle situazioni indicate nei commi 1 e 1.1. dell'art. 19 per varie ragioni (p. es personali, familiari, di salute o di incomprensione linguistica) non possono o non vogliono presentare domanda di protezione internazionale, per i quali i divieti di espulsione e di respingimento operano comunque in modo inderogabile, anche in mancanza di presentazione della domanda di protezione internazionale.

La terza categoria è quella degli stranieri che, pur essendo inseriti nella società italiana, avevano visto rigettare le loro domande di protezione internazionale o di asilo prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 130/2020, cioè in un momento in cui il permesso di soggiorno per protezione speciale non era ancora stato introdotto nella sua attuale formulazione nel nostro ordinamento (l'ordinanza della Corte di cassazione che, come noto, non avrebbe potuto in ogni caso vagliare i requisiti di fatto volti a giustificare il rilascio di un ulteriore permesso di soggiorno, è stata pubblicata il 3.11.2020).

In particolare questi ultimi stranieri si troverebbero costretti a proporre una nuova domanda d'asilo, ovvero una domanda reiterata (come definita dall'art. 2, co. 1 lett. b-*bis*, d.lgs. n. 25/2008) la cui ammissibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza di nuovi specifici elementi, che non sempre sono presenti: è vero che ai sensi dell'art. 29 co. 1 lett. b, d.lgs. n. 25/2008 l'istanza di protezione internazionale è dichiarata inammissibile se «b) il richiedente ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo Paese di origine». Perciò qualora lo straniero proponesse una domanda reiterata, anche se la Commissione deve considerare sempre tutti i nuovi elementi che le vengono sottoposti, compreso il percorso di integrazione e la vita familiare non considerata nella precedente decisione perché non presente, spesso la domanda non supera il vaglio di ammissibilità, il che significherebbe che, ancora una volta, la sussistenza dei requisiti per la protezione speciale non sarebbero valutati e l'accesso alla domanda di rilascio di tale permesso di soggiorno gli sarebbe precluso.

Risulta pertanto evidente il rischio che qualsiasi straniero che si trovi in tali condizioni, si trovi di fatto nell'impossibilità di ottenere il rilascio del permesso al quale ha diritto, pur non essendo espellibile dal territorio nazionale. Al contrario la pubblica amministrazione dovrebbe privilegiare la soluzione (conforme al dato letterale della norma in questione) che meglio consente l'efficienza ed economicità del procedimento amministrativo e la stabilizzazione dello straniero, inespellibile in ragione della sua integrazione sociale, familiare e lavorativa, tutelata dai più volte citati commi 1.1 e 1.2 dell'art.19 d.lgs. 286/1998 (sull'esistenza di un principio generale di *favor* per la progressiva stabilizzazione, peraltro implicito nel citato comma 9 dell'art. 5 TUI, cf. altresì sentenza del Consiglio di Stato n. 4487 del 26 ottobre 2016).

Il danno arrecato dalla citata circolare del Ministero dell'interno risulta tanto più evidente se si considera che si tratta spesso di stranieri che da anni si trovano in Italia, durante i quali hanno raggiunto un notevole livello di integrazione sociale e culturale.

Anche qualora uno straniero riuscisse a presentare le suddette istanze e a ottenerne l'esame, è evidente l'enorme aggravio procedurale e la illogicità del sistema così concepito. Al fine di rilasciare il permesso per protezione speciale, la pubblica amministrazione dovrebbe sempre previamente svolgere un esame che sicuramente avrà esito negativo svolgendo pertanto un'attività amministrativa inutile, con conseguente ingiustificato esborso economico.

Inoltre chi non è stato richiedente asilo appare discriminato: la circolare ministeriale prescrive che deve presentare una nuova domanda di asilo anche se quella persona, a fronte di condizioni giuridiche identiche, ha già tutti i requisiti previsti dalla legge per richiedere direttamente al questore questo tipo di permesso di soggiorno per protezione speciale e magari si trova in Italia da decine di anni.

L'illogicità dell'interpretazione che il Ministero pretende di dare all'art. 19, comma 1.2 appare ancora più evidente se si considera che il suo effetto potrebbe essere quello di indurre un alto numero di stranieri che si trovino nelle condizioni di cui ai primi due commi della stessa disposizione a presentare domande di protezione internazionale, così frustrando quello stesso sistema di cui il legislatore ha ostinatamente cercato di garantire una maggiore efficienza e celerità con le riforme che si sono susseguite nell'ultimo decennio, da ultimo lo stesso d.l. 130/2020 che contiene all'art. 2 modifiche delle procedure di esame delle domande di protezione internazionale.

Ingresso e soggiorno

Nuovo documento elettronico attestante il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e sue nuove durate

La *circolare n. 400/C/2021 del 23.2.2021 del Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere* dispone

che il nuovo documento elettronico attestante il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo sarà rilasciato con una validità di anni 10 per gli adulti e di anni 5 per i minori, in conformità ai Regolamenti UE che prevedono sempre l'inserimento nel titolo di soggiorno di una data di scadenza.
Peraltro si rammenta che la data di scadenza riguarda il documento fisico e non inficia in alcun modo il diritto di residenza permanente acquisito dal titolare.

Soggiorno permanente in Italia dei cittadini britannici dopo il recesso del Regno Unito dalla UE

La *circolare n. 11/2021 del 15.3.2021 del Ministero dell'interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali – Direzione centrale dei servi demografici* ricorda che la Commissione europea ha fornito alcuni chiarimenti in merito all'applicazione dell'Accordo di Recesso, evidenziando in particolare che l'art. 15.3 stabilisce che: «Una volta acquisito, il diritto di soggiorno permanente si perde soltanto a seguito di assenza dallo Stato membro ospitante di durata superiore a cinque anni consecutivi», a differenza di quanto previsto dall'art. 16.4 della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione UE (2 anni).

La legislazione applicabile nelle fattispecie del distacco e dell'esercizio di attività in due o più Stati dopo la pubblicazione dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra (TCA)

In merito all'attuazione dell'accordo sul recesso del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord dall'UE, la *circolare n. 71 del 27.4.2021 dell'INPS – Direzione centrale entrate* fornisce indicazioni in materia di legislazione applicabile ai distacchi e ulteriori indicazioni su altre casistiche di lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione dell'accordo di recesso.

Emergenza sanitaria - Ingresso infermieri professionali

La *circolare del 22.4.2021 n. 31169 del Ministero dell'interno - Dipartimento per le libertà civili e immigrazione – Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo* chiarisce che, ai fini del rilascio del nulla osta all'ingresso degli stranieri infermieri professionali ai sensi dell'art. 27, co. 1, lett. r-*bis*) d.lgs. n. 286/1998. non deve essere richiesto il provvedimento di riconoscimento dei titoli sanitari qualificanti l'esercizio della professione valendo anche per essi la deroga (fino al 31 dicembre 2021) agli artt. 49 e 50 del d.p.r. n. 394/1999 prevista dal d.l. 183/2020.

Emersione

Nuova interpretazione illegittimamente restrittiva dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno a seguito di emersione

La *circolare del 22.4.2021 n. 31169 del Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e immigrazione – Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo* dispone che nell'ipotesi di conclusione del rapporto di lavoro a tempo determinato nelle more della procedura di regolarizzazione non sarebbe possibile ottenere il permesso di soggiorno per attesa occupazione previsto e disciplinato dall'art. 22 d.lgs. 286/98. La circolare specifica, infatti, che la procedura possa proseguire solo nell'eventualità in cui il datore di lavoro manifesti la volontà di prorogare il precedente rapporto, o anche di volere nuovamente assumere il lavoratore e che nel caso invece in cui il datore di lavoro non abbia l'intenzione di volere prorogare il rapporto, né di volere nuovamente assumere il lavoratore non si ritiene possibile rilasciare un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Molte associazioni, tra cui ASGI, hanno firmato una lettera al Ministero dell'interno in cui ritengono illegittima questa interpretazione e chiedono il ritiro di questa circolare che è in palese contrasto con il chiaro dettato normativo.

Difatti, l'art. 103, co. 4, secondo periodo, d.l. 34/2020, stabilisce che «Nei casi di cui ai commi 1 e 2, se il rapporto di lavoro cessa, anche nel caso di contratto a carattere stagionale, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 22, comma 11, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni, al fine dello svolgimento di ulteriore attività lavorativa».

Tale disposizione del TU immigrazione in attuazione della Convenzione OIL 143/75 precisa che «La perdita del posto di lavoro non costituisce motivo di revoca del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario ed ai suoi familiari legalmente soggiornanti. Il lavoratore straniero in possesso del permesso di soggiorno per lavoro subordinato che perde il posto di lavoro, anche per dimissioni, può essere iscritto nelle liste di collocamento per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore ad un anno ovvero per tutto il periodo di durata della prestazione di sostegno al reddito percepita dal lavoratore straniero, qualora superiore. [...]».

L'insieme di dette disposizioni non lascia alcun margine interpretativo nel senso indicato dalla circolare, la quale stabilisce ipotesi di rigetto innovative e *contra legem* che, se non immediatamente ritirate, rischiano di compromettere ulteriormente la già fragile applicazione della legge di natura speciale, di regolarizzazione/emersione della condizione giuridica dei lavoratori stranieri e degli stessi rapporti di lavoro interessati.

Occorre, con l'occasione, evidenziare che, in relazione all'iscrizione al Centro per l'impiego, una volta cessato il rapporto di lavoro oggetto della procedura di regolarizzazione, non sono affatto

previsti limiti al settore di impiego, in quanto il rinvio espresso alla disciplina generale di cui all'art. 22 co. 11, d.lgs. 286/98 permette di sottrarre all'"eccezionalità" delle disposizioni dell'art. 103 d.l. n. 34/2020 e di interpretare il diritto di iscrizione al CPI nell'ambito delle ordinarie disposizioni di legge, le quali recepiscono la Conv. OIL 143/75 (ribadito dall'art. 2. co. 3, d.lgs. 286/1998) e cioè un obbligo internazionale dello Stato italiano, che esclude limiti categoriali/merceologici all'accesso all'impiego se non espressamente previsti dalla normativa.

La seconda parte della circolare, allorquando afferma che «non si ravvisano ragioni ostative al subentro di un diverso datore di lavoro che, nell'ambito della stessa procedura di emersione, si renda disponibile ad instaurare un nuovo rapporto di lavoro con il medesimo lavoratore straniero e a sottoscrivere il prescritto contratto di soggiorno» presenta profili di ambiguità e andrebbe pertanto chiarito che non sussistono limiti categoriali nell'accesso al nuovo impiego con diverso datore di lavoro.

Peraltro, occorre considerare che il rapporto di lavoro in agricoltura (cui pare prioritariamente rivolgere l'attenzione la citata circolare) è, nella maggior parte dei casi, caratterizzato da contratti di lavoro a tempo determinato – per ragioni innanzitutto produttive che ovviamente non è questo il luogo di discutere – motivo per cui una lettura come quella ipotizzata nella circolare determinerebbe il rigetto della maggior parte delle domande proposte in tale settore e un conseguente contenzioso gravoso, sia per i privati che per l'erario.

La suddetta interpretazione del Ministero si pone in evidente contrasto con la circolare congiunta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dell'interno del 24 luglio 2020, che ha fornito importanti chiarimenti su diversi aspetti della procedura di regolarizzazione, affermando, ad esempio, che per i rapporti di lavoro in agricoltura a tempo determinato avrebbe dovuto essere assicurata la garanzia occupazionale minima di almeno 5 giornate lavorative.

Tale indicazione viene ora di fatto sovvertita attraverso un'interpretazione opposta e difforme, in base alla quale il rapporto di lavoro deve durare sino alla data di convocazione presso lo Sportello unico per l'immigrazione, mentre, qualora si sia esaurito nelle more della procedura di regolarizzazione, l'istanza verrebbe rigettata.

La circolare si pone, inoltre, in contrasto con la precedente circolare prot. 4623 del 17 novembre 2020 in base alla quale, in caso di conclusione del rapporto di lavoro nelle more del procedimento lo Sportello unico per l'immigrazione, si deve rilasciare un permesso per attesa occupazione a meno non sia comprovato che la domanda non sia stata presentata strumentalmente per il rilascio del titolo di soggiorno.

L'interpretazione contenuta nella circolare qui in discussione, oltre che errata, addossa irragionevolmente il colpevole ritardo nella definizione delle domande di emersione a danno dei lavoratori e dei datori di lavoro, in palese violazione dei termini procedimentali generali (art. 10-*bis* legge n. 241/1990), in quanto se le Amministrazioni preposte al completamento delle

procedure di regolarizzazione avessero tempestivamente istruito le domande, sarebbero state poche le cessazioni dei rapporti di lavoro nelle more della procedura stessa.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Abbamonte M., Giuseppe del Bosco F., *Oscillazioni giurisprudenziali in tema di obbligatorietà dell'audizione giudiziale del richiedente asilo: contenuto e limiti del diritto processuale all'ascolto,* Nota a Cass., 7 ottobre 2020, n. 21584, in *Il Foro it.*, 2021, n. 3.

Acierno M., (a cura di), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, Speciali Questione Giustizia, *questionegiustizia.it*, gennaio 2021.

Accorinti M., *L'immigrazione e la necessità di trasformare il welfare State*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2021, n. 1.

Ambrosini M., *Sempre più soldi ai respingimenti*, in www.lavoce.info, 13.04.2021.

Ambrosio M.T., *Per una nuova governance delle migrazioni economiche: prospettive sovranazionali e interne*, in *Riv. dir. sicur. soc.,* 2021, n. 1.

Cariglia C., *Note sull'obbligo di audizione dello straniero nel procedimento per la protezione internazionale exart. 35-bisdel D.Lgs., n. 25/2008*, in *Giur. it.*, 2021, n. 4.

Carlino V., *L'effettività oltre la forma: gli ostacoli fattuali per l'accesso al giudice dell'asilo in Italia e in Francia,* in *DPCEonline.it.*

Ceccacci G., *Inapplicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., correlata a facoltà riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza*, nota a Cass. pen., sez. VI, 14043/2020, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12.

Ceffa C.B., Grasso G., *«Un velo sulla Costituzione». Il divieto di dissimulazione del viso entra a far parte della Costituzione federale Svizzera: una sfida inedita per il diritto costituzionale europeo?*, in *DPCEonline.it*, 2021, n. 1.

Cerruti T., *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-COVID per attraversare i confini dell'Unione europea?*, in *Riv. AIC*, 2021 n. 2.

Cherchi R., *Il rinnovo del permesso di soggiorno UE e una anomala sentenza del Tar Lazio*, in *Giur. it.,* 2020, n. 12.

De Gregorio G., *Critica, disinformazione e incitamento all'odio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 6.

Del Guercio A., *Canali di accesso protetto al territorio dell'Unione europea: un bilancio alla luce del nuovo Patto su immigrazione e asilo*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 1.

De Marzo G., *La nuova protezione complementare dopo la conversione del d.l. n. 130 del 2020*, in *Il Foro it.*, 2021, n. 1.

De Vittor F., *Il Port State Controlsulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?* in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 1.

Di Pasquale E., Solmone I., Tronchin C., *Quanto costa fermare gli sbarchi*, in *www.lavoceinfo,* 23.03.2021.

Fasani F., Frattini T., Taddei M., *Turchia-UE, un patto pagato dai profughi. E dalla stessa UE*, in *www.lavoce.info*, 09.04.2021.

Favilli C., *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 1.

Frattini T., *Nel dopo-pandemia rischio marginalità per gli immigrati*, in *www.lavoce.info*, 18.02.2021.

Gatta G.L., *La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in Galliani D., Santoro E. (a cura di), *Europa umana*, Pisa, Pacini, 2021.

Garaci C., *Identità culturale e best interest of the child*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, n. 12.

Geraci C., *Il danno da perdita del rapporto parentale negli ordinamenti stranieri e la sua compatibilità con il principio dell'ordine pubblico: raffronti comparatistici alla luce della sentenza del Tribunale di Palermo n. 2993/2020*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, n. 1.

Gianturco G., Colella F., *L'idea sociale delle migrazioni nella società contemporanea*, in *Sociol. e ric. soc.*, 2020, n. 123.

Giovannetti M., Zorzella N., a cura di, *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commentario al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173,* Pisa, Pacini Giuridica, 2021.

Giovannetti M., *I perimetri incerti della tutela: la protezione internazionale nei procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *www.questione.giustizia.it*, 03.05.2021.

Giubboni S., Lazzerini N., *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *www.questione.giustizia.it*, 06.05.2021.

Lenzerini F., *The Management of Refugee Flows in Times of Pandemic COVID-19 and Beyond*, in *Dir. um. dir. internaz.,* 2021, n. 1.

Liguori A., *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?,* in *Dir. um. dir. internaz.,* 2021, n. 1.

Lusini M.S., *Vittime di violenza di genere e diritto all'indennizzo statale: dalla dir. 2004/80/CE alla Convenzione di Istanbul*, in *Fam. dir.*, 2021, n. 5.

Michelini G., *Dublino, Lussemburgo, Bruxelles. Le Corti italiane interrogano la CGUE sui criteri di determinazione dello Stato UE competente all'esame delle domande di protezione internazionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 11.05.2021.

Mogavero D., *Migranti costituenti*, Torino, Giappichelli, 2021.

Morozzo della Rocca P., *Dalla Consulta una sentenzasui richiedenti asilo, ma soprattutto sulla residenza anagrafica,* in *Corr. giur.,* 2020, n. 12.

Morozzo della Rocca P., *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2020.

Natalini A., *Il nuovo reato di inosservanza dei divieti ministeriali di sbarco in acque territoriali*, in *Il Foro it.*, 2021, n. 2.

Oddi P., Veglio M., *Ferocia e casualità*, in *dirittopenaleuomo.it,* 03.03.2021.

Oddi P., Brambilla A., Bove C., *Difendere i migranti, proteggere i diritti*, in *dirittopenaleuomo.it*, pt. 1 11.02.2021, pt. 2, 17.02.2021.

Parrinello C., *L'inclusione sociale del minore immigrato: il limite del multiculturalismo*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, n. 12.

Pastore F., *Migrazioni e pandemia: interazioni empiriche e spunti teorici*, in *Mondi Migranti*, 2021, n. 1.

Salvati A., *Aiutiamoci a casa loro*, in *dirittopenaleuomo.it*, 24.02.2021.

Scarciglia R., *Preasident Trump's Immigration Policies: Which model for immigration law?,* in *DPCEonline*, 2021, 1.

Sciso E., (a cura di), *I flussi migratori e le sfide all'Europa*, Torino, Giappichelli, 2020.

Schraibi S., *I regimi patrimoniali nel diritto marocchino*, in *Immigrazione.it*, 2021, n. 383, 1 maggio 2021.

Seminara S., *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 2.

Tammone F., *Tratta degli esseri umani e sfruttamento della prostituzione quali forme contemporanee di schiavismo: la pronuncia della Gran Camera nel caso S.M.*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2021, n. 1.

Torelli G., *Residenti e non residenti nel rapporto con le Istituzioni tra equiparazioni e diseguaglianze*, in *Le Regioni*, 2020, n. 6.

Tuo C.E., *Divorzio-ripudio islamico, riconoscimento automatico e ordine pubblico*, nota a Cass. civ., n. 16804/2020, in *Corr. Giur.*, 2021, n. 4.

Turroni D., *Il divorzio italiano davanti al Sindaco e la sua circolazione nello spazio UE*, in *Giur. it.*, 2021, n. 3.

Vanin O., *Divorzio iraniano e controllo "in concreto" di compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero*, nota a Cass. civ. sez. I, n. 17170/2020, in *Fam. dir.*, 2021, n. 5.

Wihtol de Wenden C., *Coronavirus et migrations (Coronavirus e migrazioni)*, in *Mondi migranti*, 2021, n. 1.

Rapporti, riviste e siti Internet

ASGI, *Sulla strada del Patto: una ricognizione delle principali misure adottate* - Podcast, 13.05.2021.

ASGI, *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, Report 23.04.2021.

ASGI, *Le principali novità normative in materia di immigrazione introdotte dalla Legge n. 27 del 24.04.2020 e dal D.L. n. 28 del 30.04.2020.*

European Court of Human Rights, *Annual Report* 2020, Council of Europe, 2021.

EPIM, *Pushing Back Responsibility. Rights Violations as a "Welcome Treatment" at Europe's Borders.* April 2021.

INTERSOS, Aiuto in prima linea, *Community Based Advocacy Projet: voci per R-Esistere*, L'analisi dei dati di un anno di ricerca partecipata, gennaio 2020 – febbraio 2021.

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *I minori stranieri non accompagnati (MSNA) in Italia. Report di monitoraggio, dati al 31 dicembre 2020*, Roma, 2021.

Ministero dell'interno, *La tratta degli esseri umani in Italia. Focus*, Roma, marzo 2021.

Rete Rivolti ai Balcani, *La rotta balcanica. I migranti senza diritti nel cuore dell'Europa*, 2021.

Sistema di accoglienza e Integrazione, *Rapporto annuale SIPROIMI/SAI*, Roma, giugno 2021.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

RECENSIONE A:

Francesca P. Albanese, Lex Takkenberg, *Palestinian Refugees in International Law (2nd Edition)*, Oxford University Press, 2020, pp. 608.

di Giuseppe Morgese

Nel panorama bibliografico relativo alla questione dei rifugiati palestinesi, un posto di sicuro rilievo è occupato dal volume in lingua inglese di Francesca P. Albanese e Lex Takkenberg, dal titolo *Palestinian Refugees in International Law*, giunto nel 2020 alla seconda edizione per i tipi della Oxford University Press. I due autori sono profondi conoscitori della materia in virtù del lavoro svolto per la United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA): la dott.ssa Albanese, infatti, ha svolto l'incarico di Legal Officer presso l'UNRWA, mentre il dott. Takkenberg ne è stato Chief of the Ethics Office.

La questione di cui si tratta, com'è noto, è pressoché unica nel panorama degli sfollamenti mondiali contemporanei. Ciò per motivi anzitutto temporali, in quanto trae origine dalle annessioni territoriali compiute dallo Stato d'Israele in due momenti (dopo la guerra arabo-israeliana del 1948-49 e dopo la guerra dei sei giorni del 1967); ma anche per il numero di individui coinvolti, essendo attualmente circa 5,5 milioni i soli rifugiati palestinesi registrati dall'UNRWA nella Striscia di Gaza, in Cisgiordania, in Giordania, Libano e Siria, senza contare quelli sparsi per il mondo; e, infine, per la perdurante incapacità di tutti gli attori in campo – non solo, com'è facile immaginare, delle autorità israeliane e palestinesi – di pervenire a soluzioni eque e durature.

Come dichiarato dagli stessi autori nell'Introduzione, le ragioni che hanno portato alla stesura di questa seconda edizione – la prima, a firma del solo dott. Takkenberg, risale al 1998 – risiedono negli sviluppi occorsi a partire dagli Accordi di Oslo del 1993-1995: la maggiore consapevolezza della condizione dei rifugiati palestinesi nell'opinione pubblica

mondiale; l'autorevole parere della Corte internazionale di giustizia del 2004 sulle conseguenze giuridiche dell'edificazione di un muro nel territorio palestinese occupato; lo *status* di Stato osservatore non-membro dell'ONU garantito dal 2012 alla Palestina (rappresentata dall'Autorità nazionale palestinese con sede a Ramallah); una più ampia conoscenza delle vulnerabilità dei rifugiati palestinesi da parte sia dell'Alto commissariato ONU per i rifugiati (UNHCR) sia dei giudici sovranazionali e nazionali.

L'ampiezza della questione dei rifugiati palestinesi, che rappresenta una delle più drammatiche conseguenze della più ampia e complessa questione israelo-palestinese, ben si riflette nel volume di Albanese e Takkenberg. Quest'ultimo, infatti, è strutturato in tre parti per un totale di otto capitoli che offrono una panoramica abbastanza completa della tematica, mettendo in evidenza – quale *fil rouge* dell'opera – l'importanza dell'approccio giuridico multilaterale per la ricerca di soluzioni durevoli che non possono essere lasciate allo snodarsi dei soli (mutevoli) rapporti politico-diplomatici.

La prima parte del volume, che si compone di tre capitoli, illustra le basi storiche e giuridiche della questione. Il *capitolo I*, di carattere storico, esamina in maniera approfondita gli snodi più significativi e le retrostanti motivazioni che hanno portato agli sfollamenti di massa e alle espropriazioni dei beni di larga parte della popolazione residente nella Palestina sotto mandato britannico dal 1920 al 1948; per poi passare ai decenni successivi alla guerra arabo-israeliana del 1948-49, in cui alcuni tentativi di soluzione sono stati negoziati sotto gli auspici dell'ONU; fino a giungere al periodo più recente, a partire dagli anni '90, caratterizzato dalla negoziazione diretta di soluzioni tra israeliani e palestinesi. In proposito, puntuale è la riflessione su come le iniziali soluzioni basate sul diritto internazionale siano state progressivamente messe da parte in favore di soluzioni più politiche. Il *capitolo II*, invece, entra più nello specifico degli aspetti giuridici, occupandosi del diritto internazionale dei rifugiati e della sua applicabilità ai rifugiati palestinesi. La trattazione prende avvio da una breve ricognizione della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato per poi esaminare gli accordi istituzionali tra UNRWA, UNCCP (United Nations Conciliation Commission for Palestine) e UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees), la *working definition* di «rifugiati palestinesi» da parte dell'UNRWA e la conseguente politica di registrazione (suggerendo come essa, a detta degli autori, sia solo in apparente contrasto col diritto e la prassi convenzionali), nonché l'art. 1D della Convenzione di Ginevra che stabilisce l'esclusione del riconoscimento dello *status* di rifugiato ginevrino in ragione dell'esistenza di altri sistemi internazionali di protezione o assistenza dell'ONU (come, appunto, quello specifico dell'UNRWA), purché questi sistemi alternativi non cessino di operare per qualsiasi motivo per uno specifico individuo. Norma, quest'ultima, che ha assunto cruciale importanza negli ultimi anni – caratterizzati dalla "crisi" dell'UNRWA per il taglio dei fondi deciso nel 2018 dall'ex Presidente USA Trump – nella

misura in cui da essa deriva la possibilità di "ri-proteggere" i rifugiati UNRWA negli Stati parte della Convenzione di Ginevra. Il *capitolo III* di questa prima parte si occupa di esaminare la possibile applicazione di altre norme di diritto internazionale ai rifugiati palestinesi in ragione delle loro peculiari caratteristiche: essi, infatti, a seconda del luogo in cui si trovano e dello *status* vantato, possono rientrare alternativamente o cumulativamente nella categoria dei rifugiati, degli apolidi, delle «persone disperse internamente», delle «persone protette» in situazioni di conflitto armato o occupazione militare, nonché in quella (ovvia) di «esseri umani» ai fini del godimento dei diritti fondamentali. Come rilevano gli autori, l'unicità della condizione dei rifugiati palestinesi, assieme al prevalente approccio politico alla questione, ha però talvolta portato a un livello meno elevato di protezione.

La seconda parte del volume, invece, consta di due ampi capitoli che esaminano la situazione dei rifugiati palestinesi nel mondo. Mentre il *capitolo IV* si occupa dell'area geografica dei Paesi arabi, il *capitolo V* tratta della loro presenza in Europa, nelle Americhe, in Africa, nell'Asia e nella regione del Pacifico. Entrambi analizzano la storia, gli *status* riconosciuti e il trattamento riservato a quei rifugiati, mettendo in luce gli approcci spesso disomogenei adottati nelle diverse zone del mondo poste al di fuori dell'area di competenza dell'UNRWA. Tale disomogeneità, va ricordato, comporta non solo un'oggettiva difficoltà nella comparazione e aggregazione dei dati ma anche rilevanti implicazioni in termini di livello di protezione fornita ai palestinesi nel mondo.

La terza e ultima parte, composta di tre capitoli, è intitolata alla protezione e alle soluzioni applicabili. Il *capitolo VI* approfondisce gli specifici diritti collettivi e individuali riconoscibili ai rifugiati palestinesi soprattutto nell'area di competenza dell'UNRWA e va letto in stretta connessione con il capitolo III. Questa scelta si giustifica, a detta degli autori, in ragione dell'opportunità di apprezzare meglio il contenuto del capitolo di cui si tratta alla luce dei due precedenti. Tuttavia si avverte una certa "forzatura" nel separare due profili tra loro strettamente connessi (quello del capitolo III sui regimi internazionali applicabili e quello del capitolo VI sui diritti riconoscibili): forse un maggiore sforzo sistematico non sarebbe stato inopportuno. Ciò detto, il capitolo VI, dopo aver esplorato la possibilità di invocare il diritto all'autodeterminazione, esamina dapprima i diritti "storici" sinora negati ai rifugiati palestinesi (quelli al rimpatrio e al risarcimento) e poi una serie di diritti civili, politici e socio-economici il cui non sempre adeguato godimento (anche a causa anche dei limiti oggettivi del mandato dell'UNRWA) è avvertito con crescente intensità dai suoi destinatari. A sua volta, il *capitolo VII* si occupa del regime di protezione dei rifugiati palestinesi sotto il profilo dell'evoluzione del mandato dell'UNRWA e dei suoi rapporti con l'UNHCR. Anche per gli argomenti di questo capitolo, però, non si comprendono bene le ragioni logico-sistematiche della loro separazione dalla "sede naturale" (cioè, i capitoli II e III), circostanza che costringe il lettore a continui passaggi da una parte all'altra del volume

per non perdersi nei meandri di una problematica già di per sé complessa. Il *capitolo VIII*, ultimo del volume, si occupa infine di evidenziare alcune possibili soluzioni eque e durature che rendono, a parere degli autori, la questione dei rifugiati palestinesi non insormontabile. Partendo dall'esperienza di altri casi di sfollamenti di massa nel mondo e basandosi sul riscontrato fallimento dei precedenti tentativi di soluzione (come il rimpatrio e il reinsediamento), gli autori suggeriscono un approccio incentrato sul primato del diritto internazionale e sul ritorno al multilateralismo, in specie attraverso l'istituzione di un apposito Quadro di risposta globale per i rifugiati palestinesi sotto gli auspici dell'ONU. Completano il volume l'elenco degli strumenti internazionali e regionali rilevanti in materia, la bibliografia generale e l'indice dei nomi.

Per concludere, ci pare che il volume di Albanese e Takkemberg – nonostante una non sempre lineare sistemazione degli argomenti – sia degno di nota per la sua completezza e la ricchezza dei riferimenti normativi e bibliografici, risultando quindi imprescindibile per gli addetti ai lavori. Ma crediamo che l'opera possa essere di interesse anche per un pubblico più ampio, perché permette di comprendere meglio una tematica complessa e di stretta attualità in ragione delle continue (anche recentissime) tensioni tra Israele e Gaza, che stanno producendo da anni una nuova generazione di rifugiati palestinesi.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 2/2021

RECENSIONE A:

Maria Eugenia Cadeddu, *Migration Stories. Linguaggi, culture, identità*, Roma, Carocci Editore, 2020.

di Marco Accorinti

Chi è esperto di immigrazione in Italia? Si potrebbe rispondere alla domanda che a livello generale, ne parlano tutti, ma si tratta per lo più di discorsi su argomenti filtrati dai media e spesso con forti connotazioni di ideologia politica. Alcuni studiosi dei diversi ambiti scientifici cercano tuttavia di trattare le questioni migratorie del nostro Paese non solo in una chiave interdisciplinare, ma soprattutto approfondendo ambiti giuridico-sociali e gli importanti riflessi culturali nella vita quotidiana del contesto sociale, anche per contribuire, in un'ottica prevalentemente divulgativa, a forme di "contro-narrazioni" rispetto ai media. Per tale ragione recensire un testo come quello di Maria Eugenia Cadeddu dal titolo «Migration Stories. Linguaggi, culture, identità» è molto opportuno perché, sembra ricordare a tutti, che non si possono analizzare e studiare le migrazioni senza assumere tutti i punti di vista, e in particolare senza considerare i pochi spazi di intervento che hanno le comunità migranti. Esso infatti parte da una constatazione dell'Autrice che, nella sua attività di ricerca presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche e non solo, ha notato come in Italia i migranti siano poco presenti tra i relatori e il pubblico delle manifestazioni scientifiche e/o istituzionali che riguardino temi migratori, o siano delegati a svolgere funzioni di "testimoni" di tesi esposte da altri, magari concentrando il proprio intervento su un aspetto della propria esistenza (il viaggio ad esempio per i richiedenti asilo) e non sull'esperienza di vita.

Il testo, oltre a un complesso e articolato apparato bibliografico (di circa 300 titoli), attinge da fonti di informazione istituzionali (Rapporti parlamentari di Commissioni presso la Camera dei Deputati nella XVII legislatura, o presso il Senato nella XVII e XVIII

legislatura, Relazioni sul funzionamento del sistema di accoglienza presentate dal Ministro dell'Interno, le Relazioni sulla politica dell'informazione per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri) e cerca di riflettere sulla rappresentazione mediale delle migrazioni, sull'importanza delle fonti informative che quantificano il fenomeno, e sulla complessità, infine, delle situazioni di incontro tra le persone con *background* migratorio differente.

Ma c'è un elemento di grande pregio del volume che qui preme evidenziare: l'Autrice sottolinea l'importanza delle relazioni dirette e dei processi di rielaborazione personale dei contatti con i migranti arrivati in Italia. Essa sembra intenzionalmente voler superare l'immagine di chi, in fuga da guerre o povertà, proveniente da paesi africani o asiatici, generalmente poco istruito, di fede musulmana, viene descritto o come "vittima" o come "invasore". Per tale motivo, arricchisce le analisi dei primi quattro capitoli del volume, intitolati evocativamente «Migranti, fra assenze e rappresentazioni», «Realtà e percezione», «Punti di incontro» e «Guarda quante storie...», con dei «Dialoghi», parti di situazioni discorsive più ampie e articolate, rese in forma scritta nel rispetto del parlato e dei pensieri di alcuni partecipanti a un ciclo di seminari dal titolo, appunto, *Migration stories* realizzati nel corso del 2018. Una ricercatrice o un ricercatore CNR dialoga in tali occasioni o con una donna etiope arrivata in Italia per la vederne la bellezza, o con un uomo delle Filippine impegnato socialmente per sostenere la comunità migrante, o con una donna di Capo Verde che racconta di suo figlio come il «primo bambino nero nato a Colleferro» (in provincia di Roma) o con una giovane dell'Albania arrivata a Roma con la propria famiglia, ma anche con una donna moldava che ha costituito una associazione tra le connazionali e una tedesca impegnata con i bambini sordi in Sardegna, con un artista iraniano «catturato dalla città» di Roma e con una giovane donna ruandese che sostiene progetti di cooperazione e di istruzione... storie intense in cui la migrazione è parte dell'identità personale non solo perché i "testimoni" si trovano a vivere in un paese in cui non sono nati, ma anche perché superando l'offerta di contenuti o argomentazioni offrono informazioni, analisi, critiche sulla realtà complessa dei fenomeni migratori.

Table of contents

2021 - Volume 5

ISSUE no. 2

Editorial, *Roberta Aluffi*

Articles

The ministerial criminal responsibility in the light of constitutional principles and parliamentary practice. Legitimate prerogative or illegitimate privilege?
Tommaso F. Giupponi

The migrant crisis in the Central Mediterranean Sea: the search and rescue operations are not a pull factor
Carlo Amenta, Paolo Di Betta, Calogero "Gery" Ferrara

Re-bordering politics in pandemic times: «quarantine ships» in Italy and the access to the right of asylum
Chiara Denaro

The impact of measures to combat the pandemic on the legal status of migrants landed on Italian coasts: the case of «quarantine ships»
Guido Savio

The protection of private life as a limit to aliens' removal: the implementation (and development) of the supranational obligations through the new special protection for social integration
Marcella Ferri

The new special protection introduced by the Decree-Law 130/2020. Between the principle of flexibility, administrative resistance and application problems
Nazzarena Zorzella

Practicing anthropological expertise in judicial processes of international protection. The anthropologist *who plays anthropologist*.
Giorgia Decarli

Immigration for work reasons in Ireland: between identity pressures and targeted choices
Lucia Busatta

Comments

The Report by the Council of Europe Commissioner for human rights on migration policies. Political and legal points
Maurizio Delli Santi

The extradition procedure. Preliminary issues and protection of human rights
Linda Rosa

The Shalabayeva case: a «crime against humanity». A comment on the judgment of 8 January 2020 Tribunal of Perugia
Giulia Vicini

Overview of European case law
(1 January 2021 – 30 April 2021)
European Court of Human Rights
Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory
(1 January 2021 – 30 April 2021)

Italian observatory
(1 January 2021 – 30 April 2021)

Reviews and research materials
Review to: Francesca P. Albanese, Lex Takkenberg, *Palestinian Refugees in International Law (2nd Edition)*, Oxford University Press, 2020, pp. 608, by *Giuseppe Morgese.*

Review to: Maria Eugenia Cadeddu, *Migration Stories. Linguaggi, culture, identità*, Roma, Carocci Editore, 2020, by *Marco Accorinti.*