

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Rivista quadrimestrale



Fascicolo 3, Novembre 2017

«Quante volte si è detto il mondo deperisce. Quante volte si è detto il mondo fa naufragio.

Dovremmo misurare meglio le parole: ch  il mondo deperisce eppure ingrassa; e mentre naufraga galleggia.

  questa la fatica a cui siamo vocati: sostenere un doppio sguardo, capace di fissare in faccia la rovina e assieme la lamina di sole che accende ogni mattina»

(Franco Marcoaldi, *Il tempo ormai breve*, Torino, Einaudi, 2008)

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Direttore

Cecilia Corsi (Univ. di Firenze)

Comitato editoriale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Redazione

Mauro Nicastrò

Rubriche

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

Indice

Editoriale, di *Mario Savino*

Saggi

Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative
di *Irini Papanicolopulu*

Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents
di *Jennifer Allsopp*

Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro)riforma annunciata
di *Guido Savio*

La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità
di *Marco Borraccetti*

Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017
di *Ester di Napoli*

Commenti

Brevi riflessioni sul vertice di Parigi del 28 agosto 2017: gestione dei flussi migratori ed “effetti collaterali”
di *Alessandra Algostino*

Il coltello *kirpan*, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione
di *Fabio Basile e Mariarosa Giannoccoli*

Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio
di *Deborah Scolart*

Rassegna di giurisprudenza europea

(periodo 1 maggio 2017 – 31 agosto 2017)

Corte europea dei diritti umani

Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti – Art. 3: Divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti – Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza – Art. 8: Diritto al rispetto per la vita privata e familiare – Art. 9: Libertà di religione – Art. 10: Libertà di espressione.

Corte di giustizia dell'Unione europea

«Dublino III»: criteri di competenza – «Dublino III»: presa in carico di altro Stato membro – Diritti di difesa: audizione del richiedente protezione internazionale – Controlli alla frontiera interna – Allontanamento di cittadino europeo – Libertà di circolazione – Sicurezza sociale.

Rassegna di giurisprudenza italiana

Allontanamento e trattenimento

Trattenimento: Rapporti tra espulsione e trattenimento – Trattenimento e condizioni di salute – Competenza per la convalida del trattenimento del richiedente asilo – Il termine massimo per il trattenimento per gli ex detenuti – Risarcimento del danno al comune e alla provincia di Bari per le violazioni dei diritti umani perpetrate all'interno del CIE – *Espulsioni*: Profili procedurali e formali in tema di ricorsi avverso i provvedimenti espulsivi – Obbligo di sottoscrizione e di traduzione dei decreti di espulsione – Eccezione di giudicato in caso di precedente espulsione – Rilievo delle condizioni di salute – La causa di forza maggiore – L'espulsione del richiedente protezione internazionale durante la pendenza del giudizio di appello – L'espulsione per motivi di pericolosità sociale.

Ammissione e soggiorno

Requisiti generali per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno: la residenza – Requisiti per il rilascio del permesso UE di lungo soggiorno – Requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno per studio – Requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro/attesa occupazione.

Asilo e protezione internazionale

Lo status di rifugiato – La protezione sussidiaria – La protezione umanitaria – Le misure di accoglienza – I provvedimenti di rinvio ex regolamento n. 604/2013 Dublino III – Il patrocinio a spese dello Stato – Questioni processuali.

Cittadinanza e apolidia

Acquisto della cittadinanza per filiazione – Acquisto della cittadinanza “per elezione” – Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione – Accertamento dell'apolidia.

Famiglia e minori

Famiglia: La mancanza di un reddito minimo non è ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno in presenza di legami familiari stabili – Il genitore del rifugiato non deve provare la vivenza a carico ai fini del ricongiungimento – *Minori*: Competenza all'adozione del provvedimento di accertamento

dell'età, ai sensi dell'art. 19 *bis*, d.lgs. 142/2015 – Possibilità di rilasciare l'autorizzazione al soggiorno ex art. 31, d.lgs. n. 276/1998 anche a favore di genitori di minori in età prescolare.

Non discriminazione

Bonus bebè – Assegno sociale – Diritto di dimora – Discriminazione per nazionalità nell'accesso al pubblico impiego.

Penale

Illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13, co. 13 TU) – Delitto di compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato (art. 12, co. 1, TU) – Espulsione come misura alternativa alla detenzione (art. 16, co. 5, TU) – Revoca per ragioni inerenti la coesione familiare della sanzione sostitutiva dell'espulsione in relazione al reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* TU.

Osservatorio europeo

(periodo 1 maggio 2017 – 31 agosto 2017)

Atti di indirizzo

Piano d'azione in supporto all'Italia – Dichiarazione congiunta su come «affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo» – Ricollocamento e reinsediamento.

Atti adottati

Spazio Schengen.

Varie

Cooperazione UE-Turchia – Partenariato con i Paesi terzi – Migrazione legale.

Osservatorio italiano

(periodo 1 maggio 2017 – 31 agosto 2017)

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Il divieto di respingimento o espulsione o estradizione dello straniero verso Paesi in cui potrebbe subire torture o trattamenti inumani o degradanti e il divieto di immunità e l'extradizione concernenti lo straniero condannato o indagato per reati di tortura in altri Stati – Trasferimento al Ministero della salute della responsabilità per i rimborsi delle spese delle cure degli stranieri indigenti non iscritti al Servizio sanitario nazionale – Vaccinazioni obbligatorie dei minori di 16 anni e di tutti i minori stranieri non accompagnati – Risorse aggiuntive ai Comuni che sostengono oneri per l'accoglienza di asilanti – L'accesso degli stranieri ai finanziamenti del Fondo di sostegno della natalità: profili di illegittimità – I nuovi importi della tassa per il rilascio dei permessi di soggiorno – Forme di agevolazione per la trattazione delle domande di visto di ingresso e di permesso di soggiorno – Procedure di accertamento dei requisiti per il rilascio dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per investitori – Le quote di ingresso per il periodo 2017-2019 degli stranieri che partecipano a tirocini formativi o a corsi di formazione professionale – Le quote di ingresso 2017-2018 di sportivi stranieri.

Rassegna delle circolari delle amministrazioni statali

Nuova disciplina delle notificazioni degli atti delle Commissioni in materia di protezione internazionale: tra applicazione e sospensione – Obbligo di verificare il rischio di sanzioni penali sproporzionate per il reato comune commesso dal richiedente asilo nel suo Paese ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria – Trasformazione di Centri di accoglienza straordinari in strutture SPRAR e spostamenti dei richiedenti asilo accolti – Presentazione delle domande di protezione internazionale da parte dei responsabili di Centri di accoglienza di minori stranieri non accompagnati prima della nomina dei tutori degli stessi minori – Rilascio di un codice fiscale provvisorio ai richiedenti asilo – Procedura telematica per la presentazione delle domande di nulla-osta ai ricongiungimenti familiari – Procedura telematica per compilare le domande di visto di ingresso Schengen uniforme – Istituzione di una nuova sottocategoria di visto di ingresso per “turismo - visita famiglia/amici”.

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Documenti e rapporti



EDITORIALE



MARIO SAVINO

Editoriale

Dalla crisi migratoria alla crisi della protezione internazionale

The sustained reduction in irregular arrivals in the Eastern Mediterranean and the recent fall in arrivals in the Central Mediterranean, offer an opportunity to work towards more stable solutions. Così, la Commissione europea – nella Comunicazione del 27 settembre 2017 sull’attuazione dell’Agenda europea sulle migrazioni – ha preso atto della riduzione del numero di sbarchi a partire da luglio e sollecitato gli Stati membri a superare la prospettiva emergenziale, fatta di azioni e misure contingenti, in favore di una prospettiva più lungimirante. L’obiettivo dichiarato è individuare soluzioni che sostituiscano i flussi irregolari e incontrollati con percorsi sicuri e ben gestiti. Ma quell’obiettivo ripropone una serie di domande preliminari, tanto scomode quanto ineludibili: di quanta immigrazione avrebbe bisogno la sempre più “vecchia” Europa per sostenere la sua economia e il suo *welfare*? Quale sarebbe il livello di flussi socialmente accettabile per comunità arroccate a difesa di una presunta identità e cultura nazionale? Quale ruolo potrebbe o dovrebbe giocare l’Unione europea nel promuovere un dibattito sull’immigrazione “sostenibile”, che non resti prigioniero dei nazionalismi?

Nella Comunicazione del settembre scorso – commentata nel fascicolo da Marco Borraccetti – alla Commissione è mancato il coraggio di porre questi interrogativi e di avanzare proposte innovative. Decine di milioni di migranti africani e mediorientali sono pronti a rischiare la vita pur di arrivare in Europa. Eppure la Commissione si è limitata a raccomandare un programma di *resettlement* per 50 mila persone in due anni e, sul versante della migrazione economica, ad auspicare l’avvio di progetti pilota con paesi terzi e con sponsor privati. Se il fine è creare percorsi (umanitari e economici) di ingresso legale in Europa che contribuiscano a regolarizzare i flussi nell’area mediterranea, i mezzi indicati appaiono macroscopicamente insufficienti.

La genericità dei propositi e la timidezza delle proposte avanzate riflettono la complessità dell’attuale contesto geopolitico. Dal milione di persone giunte in Europa via mare nel 2015 si è passati a 362 mila nel 2016 e a una proiezione di circa 160 mila nel 2017 (147 mila a fine ottobre). I progressi nel contenimento dei flussi sono però minacciati dalla instabilità della Libia e dalla inaffidabilità di molti partners chiave, dalla Turchia di Erdogan alle tribù e ai clan che presidiano i confini e la linea costiera del Nord Africa. A ciò va aggiunto il sentimento di insicurezza e ostilità verso i migranti che pervade una parte dell’elettorato europeo e che restringe i margini di scelta politica.

Così, la logica difensiva che ha ispirato l’attivismo europeo nell’ultimo biennio continua a guidare l’azione interna ed esterna dell’Unione e dei suoi Stati membri. Un’azione non di rado

spregiudicata dal punto di vista giuridico, come dimostra il ricorso a strumenti informali per decisioni che, pur incidendo su diritti fondamentali dei migranti, sono sottratte al controllo di parlamenti e giudici.

L'esempio più noto è la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016: un mero “*statement*” che la Corte di giustizia, con sentenza del 28 febbraio 2017, ha ritenuto estraneo alla sua sfera di giurisdizione, ma che, ciò nondimeno, comprime i diritti di centinaia di migliaia di richiedenti asilo tuttora detenuti in Grecia o bloccati in Turchia.

Non mancano casi più recenti. Si pensi al Codice di condotta per le organizzazioni non governative (ONG) impegnate nel salvataggio di migranti in mare: con questo atto di *soft law* il governo italiano, approfittando di una lacuna del diritto internazionale (si veda, in proposito, il saggio di Irini Papanicolopulu), ha depotenziato, con la fattiva cooperazione della Guardia costiera libica, l'azione delle ONG, considerate un pericoloso *pull factor* (le ambiguità della “retorica umanitaria” che l'Unione e i governi nazionali impiegano per giustificare la strategia di contrasto dei traffici illegali nel Mediterraneo, anche a detrimento del ruolo delle ONG, sono ben evidenziate nello scritto di Jennifer Allsopp). Si pensi, poi, al vertice di Parigi del 28 agosto 2017 sulla gestione dei flussi migratori, del quale si occupa, in questo numero, Alessandra Algostino. In occasione del *summit* parigino, i governi dei “grandi” paesi europei (Germania, Francia, Italia, Spagna) e di strategici partners africani (Libia, Niger e Ciad) hanno sottoscritto una dichiarazione congiunta che segna un ulteriore passo nella direzione della esternalizzazione delle frontiere, con prevedibili conseguenze per i diritti dei migranti.

Coerente con il quadro esterno è, sul versante interno, la riduzione dei diritti e delle garanzie per i richiedenti asilo decisa con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito nella legge 13 aprile 2017, n. 46 (c.d. legge Minniti). La coerenza si evince anzitutto dalla scelta di eludere il controllo parlamentare: pur in presenza di un atto legislativo formale, il contingentamento dei tempi di conversione del decreto e la conversione del medesimo con voto di fiducia hanno prodotto – come sottolinea Guido Savio nell'accurato commento contenuto in questo numero – un sostanziale esautoramento del Parlamento.

Sul piano dei contenuti, la legge Minniti contiene alcune previsioni opportune, come l'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, che però non è accompagnata da un riordino complessivo delle competenze giurisdizionali relative al diritto degli stranieri, sempre meno differibile. La legge contribuisce, poi, ad accentuare la specialità di questo ramo del diritto pubblico sotto almeno due profili. Uno è quello procedurale, con la controversa abolizione del giudizio di appello per le controversie in materia di protezione internazionale. L'altro attiene alla tutela della libertà personale dei migranti, degradata non solo dalla perdurante assenza di una base giuridica per il trattenimento negli *hotspot*, ma anche da nuove previsioni: quella che rende possibile la prosecuzione del trattenimento nei confronti del richiedente asilo che già si trovi in un centro permanente per il rimpatrio (CPR, ex CIE) in attesa dell'esecuzione di un respingimento differito; quella che autorizza il trattenimento per

resistenza ai rilievi dattiloscopici, configurato come misura questorile; e quella che, nei procedimenti di convalida del trattenimento dei richiedenti asilo, comprime il diritto di difesa di questi ultimi attraverso l'introduzione della videoconferenza.

Le tensioni con il dettato costituzionale che ne derivano sono conseguenza di un disegno giuridicamente disinvolto ma politicamente ponderato: ridurre i tempi dei procedimenti in materia di protezione internazionale e le garanzie a tutela dei richiedenti asilo è la risposta dell'ordinamento all'aumento del numero di richieste di protezione da parte dei migranti che arrivano sulle coste italiane. Una risposta dall'evidente intento dissuasivo, che, in assenza di canali legali di ingresso a fini di lavoro, non basterà a prevenire l'abuso della protezione internazionale, ma che, intanto, livella verso il basso il trattamento riservato a questa categoria di migranti, assimilandolo sotto alcuni profili al regime dei migranti economici.

In tempi di crisi, dunque, le difficoltà dell'Italia e di altri paesi europei nel distinguere tra flussi economici e umanitari hanno innescato una duplice convergente tendenza. Da un lato, la esternalizzazione delle frontiere rimette il controllo repressivo delle migrazioni a paesi terzi che non riconoscono (o eludono) la distinzione tra migranti economici e umanitari. Dall'altro, la riduzione per via legislativa e amministrativa dei diritti dei richiedenti asilo giunti in Europa rappresenta anch'essa una spinta alla tendenziale equiparazione tra le due categorie di migranti. In assenza di una tempestiva inversione di tendenza, la distinzione tra migranti economici e umanitari – asse portante del diritto (nazionale, europeo e internazionale) delle migrazioni – è destinata ad entrare essa stessa in crisi.



SAGGI



Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VIA MARE, TUTELA DELLA VITA UMANA E ORGANIZZAZIONI NON GOVERNATIVE

di Irini Papanicolopulu

Abstract: Le operazioni di ricerca e soccorso condotte da organizzazioni non governative (ONG) hanno contribuito in maniera significativa a prevenire le morti in mare di migranti irregolari che attraversano il Mediterraneo. A fronte di tale impegno, tuttavia, il diritto internazionale regola la materia solo attraverso norme generali, che non sono state pensate per questo tipo di situazione. L'articolo ricostruisce le norme esistenti applicabili alle operazioni di ricerca e soccorso in mare e valuta la loro capacità di applicarsi ai casi di ricerca e soccorso di migranti irregolari condotte da ONG. Dopo aver esaminato i recenti tentativi di redigere Codici di condotta, l'articolo conclude con un invito a perseguire la regolazione in una sede istituzionale internazionale.

Abstract: Search and rescue operations conducted by non-governmental organizations (NGOs) have contributed significantly to the prevention of death at sea of irregular migrants crossing the Mediterranean Sea. Notwithstanding this commitment, international law regulates this instance only through general norms, which have not been developed having this situation in mind. The article reconstructs the applicable legal framework that applies to search and rescue operations at sea and evaluates their capacity to apply also to cases of search and rescue of irregular migrants conducted by NGOs. Following the examination of recent efforts to develop Codes of conduct, the article closes with a call to pursue regulation at the international institutional level.

IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VIA MARE, TUTELA DELLA VITA UMANA E ORGANIZZAZIONI NON GOVERNATIVE

di Irini Papanicolopulu*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri degli Stati in mare. – 3. L'obbligo di salvare la vita umana in mare nel diritto internazionale pattizio e consuetudinario. – 4. Il contenuto dell'obbligo. – 4.1. L'obbligo dello Stato di bandiera. – 4.2. L'obbligo del comandante. – 4.3. L'obbligo dello Stato costiero. – 4.4. Lo sbarco delle persone soccorse. – 5. La crisi del modello normativo provocata dall'ingresso di nuovi soggetti. – 6. I Codici di condotta. – 6.1. Il Codice di condotta volontario. – 6.2. Il Codice di condotta del Governo italiano. – 7. Verso una regolazione della partecipazione di attori non statali in attività di ricerca e soccorso?

1. Introduzione

La morte in mare è un rischio concreto per le migliaia di migranti irregolari¹ che ogni anno attraversano il mare Mediterraneo in cerca di un futuro migliore. L'ambiente marino è intrinsecamente ostile agli esseri umani. Viaggiare via mare, anche se con imbarcazioni moderne dotate di avanzate apparecchiature di sicurezza, può costituire un pericolo per la vita umana². Questo pericolo è tanto più incrementato se il viaggio avviene con imbarcazioni vecchie, non dotate delle necessarie apparecchiature di sicurezza, e sovraffollate, come è spesso il caso delle imbarcazioni che trasportano migranti irregolari e che vengono usate dai trafficanti di persone operanti nel Mediterraneo³. Tali condizioni si traducono in numerosi naufragi, che troppo spesso conducono alla morte delle persone trasportate⁴.

* Professore associato di diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca. Desidero ringraziare la dott.ssa Francesca Mussi per l'aiuto datomi nella ricerca di materiale per questo articolo.

1. Secondo la International Organization for Migrations (IOM), l'espressione «immigrazione irregolare» comprende i movimenti migratori che hanno luogo al di fuori del contesto normativo degli Stati di partenza, transito e destinazione; si veda il sito della IOM all'indirizzo <https://www.iom.int/key-migration-terms> (tutti i siti internet citati nel presente articolo sono stati visitati il 15 settembre 2017). Tra i migranti irregolari possono rientrare anche richiedenti asilo e rifugiati.

2. Come dimostra l'incidente che ha coinvolto la nave da crociera *Costa Concordia*, nel quale sono morte 32 persone.

3. Sugli aspetti criminali del fenomeno si veda UNODC, *Smuggling of Migrants by Sea*, 2011, disponibile su http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue_Paper_-_Smuggling_of_Migrants_by_Sea.pdf.

4. Secondo i dati dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni, dall'inizio dell'anno al 15 settembre 2017 sono 2550 i migranti morti nel Mediterraneo. Si vedano i dati disponibili su <http://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

Consapevoli dei rischi che la navigazione marittima pone per la vita umana, gli Stati hanno adottato norme che impongono di soccorrere coloro che rischiano di perire in mare. Queste norme, che regolano il soccorso marittimo, attribuiscono la competenza primaria in materia di soccorso agli Stati. Gli Stati, in particolare gli Stati costieri, hanno il dovere di predisporre adeguati sistemi per la ricerca delle persone in pericolo ed il loro soccorso, al fine di evitare le morti in mare. Nel caso dei naufragi che coinvolgono migranti, tuttavia, si è assistito per molto tempo ad un'inerzia degli Stati. Il più efficace tentativo di porre rimedio a questa crisi umanitaria si è avuto con l'operazione *Mare Nostrum*, condotta dall'Italia tra il 2013 e il 2014. La fine di questa operazione e il fatto che la successiva operazione *Triton*, lanciata dall'Unione Europea, non avesse un mandato umanitario così ampio, ha riproposto la questione.

In questa situazione di inazione degli Stati, una serie di attori non statali, in adempimento a doveri morali prima che giuridici, hanno messo in atto misure per cercare di tutelare la vita umana in mare. Alcune organizzazioni non governative (ONG) hanno infatti noleggiato imbarcazioni dedicandole alla ricerca e al salvataggio di migranti irregolari che si trovassero in difficoltà⁵. Da quando hanno iniziato ad operare, il contributo delle ONG alla salvaguardia della vita in mare è stato significativo. Secondo l'ultimo rapporto della Guardia costiera italiana, adottato il 30.4.2017, nel primo quadrimestre del 2017 i migranti soccorsi dalle dieci organizzazioni non governative operative nel Mar Mediterraneo centrale⁶ sono stati 12.346, pari al 33% del numero complessivo dei salvataggi in mare. Il resto degli interventi sono stati effettuati da mercantili privati (16%), Guardia costiera italiana (29%), Marina militare (4%), Frontex (7%) ed Eunavformed (9%)⁷.

Questo ruolo delle ONG, che pur sopperisce alla mancanza degli Stati, non è stato tuttavia esente da critiche e ha perfino condotto alcune Procure ad iniziare indagini su presunti legami tra le ONG e le reti di trafficanti di persone che operano tra Africa, Asia ed Europa. Il traffico di migranti e la tratta di persone sono indubbiamente fenomeni rilevanti nell'ambito dell'immigrazione irregolare via mare, e gli Stati sono chiamati non

5. Si vedano P. Cuttitta, *Repoliticization Through Search and Rescue? Humanitarian NGOs and Migration Management in the Central Mediterranean*, in *Geopolitics*, 2017; D. Irrera, *Migrants, the EU and NGOs: The 'Practice' of Non-Governmental SAR Operations*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2016, p. 20.

6. Si tratta di Moas, Seawatch, Sos Méditerranée, Sea Eye, Medici Senza Frontiere, Proactiva Open Arms, Life Boat, Jugend Rettet, Boat Refugee, Save the Children.

7. Si vedano le informazioni disponibili sul sito della Guardia costiera italiana all'indirizzo <http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Pages/Ricerca.aspx>. Nel corso dell'anno precedente, i migranti soccorsi tra il nord Africa e l'Italia erano stati 178.415 e, di questi, poco meno della metà tratti in salvo da Guardia costiera (35.875) e Marina militare (36.084). Si veda Guardia costiera, *Attività SAR nel Mediterraneo Centrale connesse al Fenomeno Migratorio*, 2016, <http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2016/rapporto-sull-attivita-sar-nel-mediterraneo-centrale-anno-2016.pdf>.

solo ad adottare misure unilaterali, ma anche a cooperare al fine di porre fine a questi fenomeni⁸. Tuttavia, gli stessi strumenti che impongono l'adozione di misure contro i trafficanti condizionano l'adozione di qualsiasi azione al rispetto dei diritti e della dignità delle persone vittime di questi traffici⁹. L'attività di soccorso dei migranti in pericolo è perciò sicuramente compatibile con i doveri che gravano in capo agli Stati in questa materia.

Tuttavia, il colpo più duro all'attività delle ONG è stato dato dal Governo libico. L'11 agosto 2017, le autorità libiche hanno dichiarato pubblicamente di aver comunicato all'Organizzazione marittima internazionale la volontà di istituire una zona di ricerca e soccorso (zona SAR) estesa a 70 miglia dalla costa, allo scopo di impedire l'accesso delle navi appartenenti a organizzazioni non governative nelle acque internazionali al largo delle proprie coste. Tale decisione, unitamente a presunte minacce avanzate dalla Guardia costiera libica nei confronti di navi di ricerca e soccorso umanitarie impegnate in alto mare, ha indotto Medici senza frontiere a sospendere temporaneamente la propria azione nel Mediterraneo. Successivamente, il 13 agosto 2017, anche Sea Eye e Save the Children hanno annunciato la sospensione delle missioni di soccorso programmate, al fine di garantire la sicurezza e l'incolumità dei propri equipaggi. Da ultimo, il 4 settembre 2017, anche l'organizzazione non governativa Moas ha interrotto lo svolgimento di operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo, posto che «non è chiaro cosa succeda in Libia ai danni delle persone più vulnerabili i cui diritti andrebbero salvaguardati in ottemperanza al diritto internazionale e per difendere il principio di umanità»¹⁰.

Questo articolo intende esaminare l'azione degli Stati e delle ONG alla luce delle norme di diritto internazionale applicabili al soccorso in mare¹¹. A tal fine, appare utile

8. Si vedano, in particolare, gli obblighi derivanti dai Protocolli sul traffico di migranti e sulla tratta di persone alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato: Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottato il 15.11.2000 ed entrato in vigore il 28.1.2004, 2241 UNTS 480 (Protocollo Migranti), e Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottato il 15.11.2000 ed entrato in vigore il 25.12.2003, 2237 UNTS 319 (Protocollo Tratta).

9. Si vedano art. 2(b) e art. 6 Protocollo Tratta e art. 9, par. 1(a) e (b), e art. 16 Protocollo Migranti.

10. Si veda ANSA, *Moas sospende soccorsi nel Mediterraneo* (4.9.2017) http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2017/09/04/moas-sospende-soccorsi-nel-mediterraneo_183217ff-81d4-4d29-8673-99e44f0e4fd8.html.

11. Le norme di diritto internazionale applicabili all'immigrazione via mare saranno qui presentate e discusse solo nella misura in cui sono rilevanti a valutare la conduzione di operazioni di salvataggio da parte di ONG. Per un esame delle norme applicabili all'immigrazione via mare in generale si rinvia a V. Moreno Lax e E. Papastavridis (eds), *Boat refugees' and migrants at sea: a comprehensive approach : integrating maritime security with human rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2017; *A Mediterranean Perspective on Migrants' Flows in the European Union: Protection of Rights, Intercultural Encounters and Integration Policies*, a cura di G. Cataldi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I.

fornire alcuni cenni sui poteri degli Stati nei confronti di imbarcazioni impegnate in attività di soccorso, così come disciplinati dalle norme del diritto internazionale del mare. Si procederà poi a ricostruire il quadro normativo che regola le attività di soccorso in mare, identificando gli obblighi che gravano sui diversi soggetti coinvolti. Alla luce di questo quadro normativo, si esamineranno i recenti tentativi di regolare in maniera specifica le attività di ricerca e soccorso delle ONG, prima di concludere circa la necessità che a tale regolazione si proceda a livello internazionale.

2. I poteri degli Stati in mare

Come si vedrà nel seguito di questo lavoro¹², il tentativo di regolare i salvataggi condotti dalle ONG ha determinato l'imposizione di impegni a queste organizzazioni e alle navi da esse utilizzate. Questi impegni sono stati previsti da Stati diversi dallo Stato di bandiera delle imbarcazioni utilizzate dalle ONG. Al fine di valutare la liceità di tali obblighi e delle modalità attraverso le quali si è cercato di imporli, è utile fornire una breve panoramica dei poteri che diversi Stati possono esercitare su navi che navigano in mare, così come questi emergono dai principi fondamentali del diritto del mare¹³.

In primo luogo, è necessario precisare che il mare sottosta ad un regime giuridico assai diverso da quello vigente sulla terraferma. Dal punto di vista dello spazio, la terraferma è divisa in più porzioni, ognuna delle quali forma il territorio di un unico Stato. In conseguenza di uno dei principi cardine del diritto internazionale, ogni Stato esercita la piena sovranità sul suo territorio e su tutte le persone che vi si trovano. Il mare è diverso. Pur essendo anche esso diviso in porzioni spazialmente delimitate, queste sono solo in rari casi sottoposte al potere di un unico Stato. Molto più spesso, vi sono più Stati che possono esercitare poteri sulle navi e sulle persone che si trovano in una determinata zona marina.

Papanicopolulu e T. Scovazzi, Torino, Giappichelli, 2016; F. De Vittor, *Il diritto di traversare il Mediterraneo ... o quantomeno di provarci*, in *Dir. Umani e Dir. Int.*, 2014, p. 63; C. Favilli, *La gestion difficile des flux migratoires pour un état situé à la frontière maritime extérieure de l'Union Européenne*, in *Annuaire de Droit International*, 2013, p. 257; S. Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012; T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum. International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, CUP, 2011; L. Salamone, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2011; P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.

12. *Infra*, par. 6.

13. Queste norme saranno qui richiamate solo nella misura in cui esse siano rilevanti per le operazioni di soccorso in mare. Per un esame in generale dei poteri dei diversi Stati in mare si rinvia a T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, 3a ed., Milano, Giuffrè Editore, 2002.

Ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM)¹⁴, ogni Stato ha le proprie acque interne¹⁵, il proprio mare territoriale¹⁶ e la propria piattaforma continentale¹⁷. Esso può inoltre creare una zona contigua¹⁸ e una zona economica esclusiva¹⁹. Tutte queste zone possono essere considerate come zone costiere dello Stato. Oltre le zone costiere degli Stati, vi è l'alto mare²⁰ e, sotto di esso, l'Area internazionale dei fondi marini²¹. Tra tutte queste zone, quelle rilevanti per la discussione svolta in questo articolo sono le acque interne²², il mare territoriale²³, la zona contigua²⁴ l'alto mare²⁵ e, in misura minore, la zona economica esclusiva²⁶.

Le attività in mare vengono prevalentemente svolte da imbarcazioni²⁷ che, generalmente, hanno la bandiera di uno Stato e quindi la sua nazionalità²⁸. In base ad un principio generale del diritto del mare, lo Stato di bandiera esercita la sua giurisdizione sulle navi che hanno la sua nazionalità ovunque esse si trovino. Nel trattare l'ampiezza di tale giurisdizione e i limiti che essa incontra, è necessario distinguere tra il potere dello Stato di regolare e il potere dello Stato di adottare azioni coercitive nei confronti delle sue navi. Il potere *legislativo* dello Stato di bandiera è generale e ciò comporta che lo Stato di bandiera può regolare la condotta delle sue navi, anche se esse navigano lontano dalle sue coste e anche se si trovano nelle zone costiere di un altro Stato. Tuttavia, esso non può considerarsi esclusivo, in quanto è possibile che anche altri Stati possano adottare norme

14. United Nations Convention on the Law of the Sea, adottata il 10.12.1982 ed entrata in vigore il 16.11.1994, 1833 UNTS 3 (CNUDM). Al 1° settembre 2017 la CNUDM è stata ratificata da 167 Stati e dall'Unione europea. L'Italia ha ratificato la CNUDM con l. 2.12.1994, n. 689, in GU n. 295 del 19.12.1994, Suppl. Ordinario n. 164. L'italiano non è lingua ufficiale della Convenzione; tuttavia, per facilitare il lettore italiano, nel testo si farà riferimento alle norme della CNUDM come tradotte nella GU, rinviando il lettore che voglia verificare l'esatto contenuto alle sei versioni ufficiali (arabo, cinese, francese, inglese, russo e spagnolo).

15. Art. 8 CNUDM.

16. Art. 2 CNUDM.

17. Art. 77 CNUDM.

18. Art. 33 CNUDM.

19. Art. 56 CNUDM.

20. Art. 86 CNUDM.

21. Art. 1, par. 1(1), CNUDM.

22. Le acque interne comprendono tutte le acque che si trovano all'interno delle linee di base (art. 8, par. 1, CNUDM).

23. Il mare territoriale si estende fino a 12 miglia marine dalle linee di base (art. 3 CNUDM).

24. La zona contigua si estende fino a 24 miglia marine dalle linee di base (art. 33, par. 2, CNUDM).

25. L'alto mare include tutte le acque oltre il limite esterno delle zone sottoposte a giurisdizione nazionale (art. 86 CNUDM).

26. La zona economica esclusiva si estende fino a 200 miglia marine dalle linee di base (art. 57 CNUDM). La piattaforma continentale e l'Area internazionale dei fondi marini non rilevano in quanto comprendono solo il suolo e sottosuolo marini, dove non vi è attività di navigazione.

27. Alcune attività sono svolte per mezzo di piattaforme o altre installazioni. Non essendo però queste rilevanti nel caso di immigrazione via mare, le norme che regolano questi oggetti non saranno esaminate in questo articolo.

28. Art. 91, par. 1, CNUDM.

che impongano una certa condotta a navi straniere. Non vi è tuttavia accordo circa le condizioni alle quali il potere normativo può essere esercitato da altri Stati. Il potere *coercitivo* dello Stato di bandiera è esclusivo quando la nave si trova in alto mare²⁹. Di conseguenza, solo lo Stato di bandiera può intervenire contro imbarcazioni che si sospetta abbiano violato le norme loro applicabili. Gli altri Stati potranno agire solo se preventivamente autorizzati dallo Stato di bandiera. Lo Stato di bandiera può inoltre esercitare il suo potere coercitivo sulle navi che hanno la sua nazionalità anche quando queste si trovano nella zona economica esclusiva di uno Stato diverso da quello di bandiera. Viceversa, il potere coercitivo dello Stato di bandiera incontra un limite quando le sue navi si trovano nel mare territoriale o nelle acque interne di un altro Stato, in quanto lo Stato di bandiera non potrà adottare alcuna misura coercitiva a meno che lo Stato costiero non lo permetta. In conclusione, lo Stato di bandiera può sempre regolare le attività delle navi che hanno la sua nazionalità, ma può adottare azioni coercitive nei loro confronti solo quando queste si trovano in alto mare e nella zona economica esclusiva di un altro Stato, oltre che nel suo mare territoriale e nelle sue acque interne.

La possibilità per altri Stati di esercitare la loro giurisdizione su navi che non battono la loro bandiera dipende dalla zona marina in cui l'imbarcazione si trova. Le acque interne sono assimilate al territorio terrestre dello Stato e su di esse lo Stato costiero gode di piena sovranità. I porti fanno parte delle acque interne³⁰, e ciò comporta che lo Stato può precludere l'ingresso nei propri porti a navi straniere, anche se queste trasportano persone soccorse in mare. Tale diritto incontra però un limite nella norma che permette l'ingresso a navi in caso di forza maggiore o estremo pericolo. Più che di un diritto delle navi, in questi casi si produce una clausola di esclusione della responsabilità, con l'operare della quale la condotta che altrimenti sarebbe illecita (l'ingresso nel porto senza l'autorizzazione dello Stato costiero) cessa di essere tale in presenza di un'esimente.

La sovranità dello Stato costiero si estende anche sul mare territoriale, dove tuttavia incontra un limite nel diritto di passaggio inoffensivo, di cui godono tutti gli altri Stati³¹. In base a questo diritto, tutti gli Stati possono far navigare le proprie navi nel mare territoriale altrui al fine di attraversarlo o di raggiungere i porti dello Stato costiero, a condizione che la navigazione si svolga in maniera continua e rapida³² e non rechi

29. Art. 92, par. 1, CNUDM. Limitate eccezioni sono previste dalla CNUDM, in materia di pirateria (art. 105 CNUDM), trasmissioni non autorizzate (art. 109 CNUDM), diritto di visita (art. 110 CNUDM) e diritto di inseguimento (art. 11 CNUDM). Ulteriori eccezioni possono essere previste da altri Trattati internazionali, come per esempio nel caso del Trattato tra Italia e Spagna per combattere il traffico di stupefacenti (Treaty to Combat Illicit Drug Trafficking at Sea, Italy-Spain), adottato il 23.3.1990, entrato in vigore il 7.5.1994, 1776 UNTS 229).

30. Art. 11 CNUDM.

31. Art. 17 CNUDM.

32. Art. 18 CNUDM.

pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero³³. L'art. 18, par. 2, CNUDM prevede espressamente che l'ingresso nel mare territoriale e il soffermarsi ivi per prestare attività di soccorso non fa venire meno il diritto di passaggio inoffensivo. Di conseguenza, se un'imbarcazione riceve una richiesta di soccorso da parte di un'altra imbarcazione che si trovi nel mare territoriale di uno Stato, la prima imbarcazione potrà (anzi, dovrà, in base a quanto previsto dall'art. 98, par. 1 CNUDM che sarà esaminato nella sezione successiva) entrare nel mare territoriale per prestare soccorso. Questa norma, inoltre, deve essere interpretata nel senso di escludere che lo Stato costiero possa impedire ad un'imbarcazione di entrare nelle sue acque territoriali per prestare soccorso a migranti in pericolo. Un'interpretazione diversa, infatti, non solo renderebbe inutile la previsione dell'art. 18, par. 2 CNUDM, ma sarebbe anche contraria all'obbligo che grava in capo a tutti gli Stati, compreso lo Stato costiero, di tutelare la vita umana in mare. Questa conclusione tuttavia non si applica ad attività di ricerca di imbarcazioni in pericolo, dato che queste non sarebbero compatibili con la definizione di passaggio inoffensivo. In questo caso, lo Stato costiero ha il potere di regolare l'attività e può adottare misure contro navi che si trovano nelle sue acque territoriali.

Infine, per quanto riguarda la zona economica esclusiva, lo Stato costiero gode in essa di giurisdizione funzionale per alcune materie solamente. In questo caso, invero, lo Stato costiero ha giurisdizione coercitiva contro le imbarcazioni che violano le sue norme in materia di sfruttamento delle risorse, ambiente, ricerca scientifica o installazioni³⁴. Tuttavia, non essendo queste materie rilevanti nel caso di migrazione via mare o nel caso di soccorso a persone in pericolo in mare, non vi è alcuna base giuridica che permetta allo Stato costiero di interferire, non solo con le operazioni di soccorso condotte da ONG, ma anche con operazioni di ricerca eventualmente intraprese da queste nella sua zona economica esclusiva.

3. L'obbligo di salvare la vita umana in mare nel diritto internazionale pattizio e consuetudinario

L'obbligo di salvare la vita di coloro che rischiano di perire in mare è uno dei capisaldi del diritto internazionale del mare³⁵. Tale obbligo è stato introdotto nel principale Trattato

33. Art. 19 CNUDM.

34. Art. 56 CNUDM.

35. Sull'applicazione dell'obbligo di tutelare la vita umana in mare nei confronti di migranti irregolari si vedano K. Noussia, *The Rescue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations*, in *Ocean Yearbook*, 2017, p. 155; M. Di Filippo, *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea : International Rules and Recent Developments in the Mediterranean Sea*, in *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, a cura di A. Del Vecchio, The Hague, Eleven, 2014, p. 9; N. Klein, *A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular*

che regola questa materia, la CNUDM, che, all'art. 98, regola l'obbligo di soccorso da parte sia degli Stati di bandiera sia degli Stati costieri. Tale obbligo è ulteriormente previsto in altri Trattati di diritto marittimo, i più importanti dei quali sono la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS)³⁶, la Convenzione internazionale sul salvataggio³⁷ e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi (SAR)³⁸. Infine, l'obbligo di soccorso è previsto anche nella normativa dell'Unione europea³⁹.

Oltre ad essere inserita in Trattati internazionali, vincolanti per gli Stati che ne sono parte, la norma che impone di salvare la vita umana in mare fa parte del diritto internazionale consuetudinario. Il carattere consuetudinario della norma si rileva, in primo luogo, dal fatto che questo obbligo è stato inserito in numerosi Trattati a partire dall'inizio del ventesimo secolo. Oltre ai Trattati citati poc'anzi, già nel 1910 questo obbligo veniva inserito nell'art. 11 della Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole giuridiche relative all'assistenza e al salvataggio in mare⁴⁰ e nell'art. 8 della Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole giuridiche relative alla collisione tra imbarcazioni⁴¹, mentre lo stesso obbligo veniva previsto per il comandante di ogni imbarcazione nell'art. 45, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare del 1929, che costituisce una versione precedente della SOLAS. L'obbligo è stato poi ripreso dall'art. 12 della Convenzione sull'alto mare. In secondo luogo, il carattere consuetudinario della norma è stato affermato dalla Commissione di diritto internazionale (CDI), l'organo delle Nazioni Unite che aveva preparato il testo alla base della

Migrants, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 787; T. Scovazzi, *Human Rights and Immigration at Sea*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marín, Oxford, OUP, 2014, p. 212; R. Barnes, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, a cura di B. Ryan e V. Mitsilegas, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 103; T. Scovazzi, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 106.

36. International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), adottata il 10.11.1974 ed entrata in vigore il 25.5.1980, 1184 UNTS 278, come emendata (SOLAS). Ad oggi 163 Stati sono parti della SOLAS, la cui flotta mercantile costituisce il 99,14% della stazza lorda mondiale.

37. International Convention on Salvage, adottata il 28.4.1989 ed entrata in vigore il 14.7.1996, 1953 UNTS 165.

38. International Convention on Maritime Search and Rescue, adottata il 27.4.1979 ed entrata in vigore il 22.6.1985, 1405 UNTS 118, come emendata (SAR). Ad oggi la SAR ha 109 Stati parte, la cui flotta mercantile costituisce il 80,75% della stazza lorda mondiale.

39. Si vedano art. 3 e art. 9 regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15.5.2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 189 del 27.6.2014.

40. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Assistance and Salvage at Sea, adottata il 23.9.1910 ed entrata in vigore il 10.3.1913, UKTS 4 (1913), Cd. 6677.

41. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Related to Collision between Vessels, adottata il 23.9.1910 ed entrata in vigore il 10.3.1913, [1930] ATS 14.

Convenzione sull'alto mare del 1958⁴², il cui art. 12, par. 1, ha costituito a sua volta la base dell'art. 98 CNUDM⁴³. In terzo luogo, il carattere consuetudinario dell'obbligo di salvare la vita umana in mare è oggi confermato dalla dottrina⁴⁴. Infine, tale obbligo può essere considerato espressione delle «considerazioni elementari di umanità» che regolano le attività in mare, come affermato dalla Corte internazionale di giustizia già nel 1949⁴⁵.

In quanto norma consuetudinaria, l'obbligo di salvare la vita umana in mare si applica a tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che essi siano parte di un Trattato che contiene l'espressione di questa norma. Questa conseguenza è particolarmente significativa in quanto la CNUDM, pur avendo ricevuto un grande numero di ratifiche, non è stata accettata da tutti gli Stati⁴⁶.

4. Il contenuto dell'obbligo

L'obbligo di salvataggio codificato nell'art. 98 CNUDM può essere scisso in due diversi obblighi. In primo luogo, vi è l'obbligo dello Stato di bandiera di ogni imbarcazione di imporre al comandante della stessa di procedere speditamente al soccorso di qualunque persona che sia in pericolo di perire in mare⁴⁷. In secondo luogo, vi è l'obbligo per gli Stati costieri di promuovere efficaci servizi di ricerca e salvataggio⁴⁸. A questi obblighi degli Stati, si aggiunge l'obbligo, previsto direttamente in capo al comandante dalla SOLAS, di procedere al salvataggio. Ognuno di questi obblighi verrà analizzato nei paragrafi che seguono.

4.1. L'obbligo dello Stato di bandiera

L'art. 98, par. 1, CNUDM impone ad ogni Stato di obbligare i comandanti delle navi che battono la propria bandiera a porre in essere tre tipi di azioni che mirano a tutelare la vita delle persone in mare. In primo luogo, il comandante deve prestare soccorso ad ogni persona trovata che rischia di perire in mare. In secondo luogo, esso deve procedere

42. Convention on the High Seas, adottata il 29.4.1958 ed entrata in vigore il 30.9.1962, 450 UNTS 82.

43. Si veda *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. II, p. 281.

44. Si vedano, tra tanti altri, T. Scovazzi, *Human Rights*, cit., p. 225; R. Barnes, *op.cit.*, p. 49; B.H. Oxman, *Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, p. 415; M. Nordquist, S.N. Nandan e S. Rosenne (eds), *The United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol. III, Leiden, Martinus Nijhoff, 1985.

45. *Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4, a p. 22.

46. Nell'ambito del mare Mediterraneo, Israele, Libia, Siria e Turchia non sono parti della CNUDM. Tuttavia, tutti e quattro questi Stati sono parti della SOLAS; inoltre Libia, Siria e Turchia sono parti anche della SAR.

47. Art. 98, par. 1 CNUDM.

48. Art. 98, par. 2 CNUDM.

quanto più velocemente al soccorso di persone in pericolo, qualora ne abbia notizia. In terzo luogo, il comandante deve prestare soccorso in seguito a collisione tra imbarcazioni.

In tutti e tre i casi, il comandante è tenuto a porre in essere la condotta richiesta nella misura in cui questo sia possibile senza porre in serio pericolo l'imbarcazione, l'equipaggio e i passeggeri. Questa è l'unica condizione prevista per il primo e il terzo caso, in cui l'imminenza del rischio per le persone coinvolte e il fatto che il comandante e la sua nave si trovino già sul luogo non permette ulteriori condizioni. Nel secondo caso, invece, in cui l'imbarcazione che riceve la notizia che vi sono delle persone in pericolo deve procedere verso di esse, la CNUDM pone due ulteriori condizioni affinché l'obbligo sia azionabile. La prima, già menzionata, riguarda il fatto che il comandante abbia ricevuto notizia della situazione di pericolo. La seconda condizione prevista dalla CNUDM è che l'obbligo di soccorso sussiste «nella misura in cui si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa»

L'obbligo dello Stato di bandiera è generale e si applica a tutte le imbarcazioni, in tutte le zone marine e con riferimento a qualsiasi persona. Questo obbligo si applica inoltre sia in tempo di pace che in tempo di guerra⁴⁹. Per quanto riguarda l'estensione spaziale dell'obbligo, il fatto che questo sia previsto dall'art. 98, che si trova nella Parte VII CNUDM relativa all'alto mare, potrebbe far pensare che l'obbligo di salvataggio si applichi solo in tale zona. Questa conclusione tuttavia non tiene conto di altri elementi, sia presenti nella CNUDM stessa sia esterni a questo Trattato. In primo luogo, l'art. 98 si applica anche nella zona economica esclusiva in virtù del richiamo operato dall'art. 58, par. 2, CNUDM. In secondo luogo, e mentre è vero che non vi è una norma analoga nella parte della CNUDM relativa al mare territoriale, l'estensione dell'obbligo di salvataggio anche in questa zona si ricava dal riferimento all'assistenza contenuto nell'art. 18, par. 2, CNUDM, secondo il quale la sosta nel mare territoriale è permessa nel caso di attività di soccorso, nonché dal fatto che questo obbligo è espressamente previsto nel Capitolo 5, Regola 1.1 SOLAS⁵⁰.

L'obbligo riguarda ogni persona in pericolo, indipendentemente dal suo *status* giuridico, dalla bandiera della nave nella quale si trova, e dall'attività cui questa è dedita. L'utilizzo del termine generico «persona» nella CNUDM e l'assenza di qualsiasi ulteriore

49. Si veda l'art. 12 della Seconda Convenzione di Ginevra, adottata il 12.8.1949 ed entrata in vigore il 21.10.1950, 75 UNTS 85. Per una discussione sull'applicazione dell'obbligo di salvataggio in tempo di guerra, si veda I. Papanicolopulu, *The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview*, in *International Review of the Red Cross*, 2017, p. 491.

50. Si veda inoltre, in dottrina, T. Scovazzi, *Human Rights*, cit., p. 226; B.H. Oxman, *op.cit.*, p. 414; J.E. Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, a cura di D.R. Rothwell, A.G. Oude Elferink, K.N. Scott e T. Stephens, Oxford, OUP, 2015, p. 104; M. Nordquist, S.N. Nandan e S. Rosenne, *op.cit.*, pp. 176-177.

qualificazione sono da leggersi in questo senso. Questa lettura è ulteriormente consolidata dalla SAR, che prevede esplicitamente nel Capitolo 2.1.10 che gli Stati parte non terranno conto della nazionalità o *status* della persona o delle circostanze in cui questa persona si trova⁵¹. Il fatto che le persone in pericolo siano coinvolte in un'attività qualificata come illecita dal diritto nazionale o internazionale non altera in alcun modo il contenuto dell'obbligo. A maggior ragione, il fatto che le persone in pericolo siano migranti irregolari non comporta alcuna limitazione al loro diritto di essere salvati⁵². I casi in cui Stati abbiano mostrato meno interesse per il salvataggio di migranti e rifugiati in mare sono pertanto da condannare come violazione dell'obbligo previsto dal diritto internazionale.

Infine, l'obbligo di prestare assistenza si applica a tutte le imbarcazioni. Gli Stati devono quindi obbligare sia i comandanti delle proprie imbarcazioni militari e più in generale di tutte le navi di Stato, sia i comandanti delle navi commerciali a soccorrere le persone in mare⁵³. Le imbarcazioni utilizzate dalle ONG, non essendo navi di Stato o comunque navi pubbliche, sono da considerarsi navi private. Anche nei confronti di queste navi si applica, quindi, l'obbligo dello Stato di bandiera di imporre il dovere di salvare le persone in mare. Il fatto che queste navi siano usate appositamente per questo scopo è quindi in conformità con gli obblighi internazionali gravanti sullo Stato di bandiera.

4.2. *L'obbligo del comandante*

L'obbligo previsto dall'art. 98, par 1, CNUDM è rivolto agli Stati, e riguarda i comandanti delle imbarcazioni solo indirettamente, nella misura in cui lo Stato potrà poi in essere una normativa nazionale che imponga al comandante delle navi che battono la sua bandiera l'obbligo di soccorso⁵⁴. Vi sono tuttavia delle norme di diritto internazionale che pongono obblighi analoghi direttamente in capo al comandante della nave.

L'art. 10, par 1, della Convenzione internazionale sul salvataggio prevede infatti che ogni comandante è obbligato, nella misura in cui lo possa fare senza serio pericolo per la propria nave e le persone a bordo, a rendere assistenza a qualsiasi persona che rischia di perire in mare. La SOLAS contiene disposizioni ancora più dettagliate: ogni comandante che sia in grado di fornire assistenza, al ricevere la segnalazione da qualsivoglia fonte che vi sono delle persone in pericolo in mare, è tenuto a procedere a tutta velocità in loro

51. Si veda anche la Regola 33.1 SOLAS. In dottrina T. Scovazzi, *Human Rights*, cit., p. 225, R. Barnes, *op.cit.*, p. 50.

52. Si veda *Interim Measures for Combating Unsafe Practices Associated with the Trafficking or Transport of Migrants by Sea*, IMO Doc. MSC/Circ.896/Rev.1 del 12.6.2001.

53. L'unica differenza tra i due casi riguarda l'imputabilità allo Stato dell'atto illecito di mancato soccorso, che sarà immediato nel primo caso mentre potrebbe non essere possibile nel secondo caso.

54. Si vedano per esempio gli artt. 489 e 1113 Codice della navigazione.

soccorso, se possibile informando loro o il servizio di ricerca e salvataggio che la sua nave lo sta facendo⁵⁵. Qualora la nave che riceve la segnalazione non sia in grado o, alla luce delle circostanze del caso, consideri che sia irragionevole o inutile procedere all'assistenza delle persone in pericolo, la SOLAS prevede l'obbligo per il comandante di annotare i motivi sul diario di bordo e di informarne il centro di ricerca e salvataggio⁵⁶.

La SOLAS sembra così identificare tre situazioni in cui il comandante non sia tenuto a soccorrere le persone in mare, identificate dai tre termini «non in grado», «irragionevole» e «inutile». Queste tre circostanze sembrano richiamare la formulazione dell'obbligo nella CNUDM e nella Convenzione internazionale sul salvataggio, e richiedono di essere meglio chiarite. In primo luogo, vi è il caso in cui la nave non sia in grado di prestare soccorso. Questo può avvenire per cause esterne alla nave stessa, per esempio in caso di maltempo che impedisca ogni operazione di salvataggio, oppure per cause legate alla nave stessa, per esempio perché le sue condizioni non le permettono di raggiungere le persone in pericolo, oppure perché, avendo già prestato soccorso in precedenza, non può prendere a bordo altre persone. In secondo luogo, vi è il caso in cui sia irragionevole esigere che la nave presti soccorso. La differenza con il primo caso risiede principalmente nella misura in cui la circostanza interna o esterna si frapponga all'adempimento del dovere di soccorso. Mentre nel primo caso vi sarebbe un'impossibilità oggettiva e totale, nel secondo caso potrebbe essere ancora oggettivamente possibile prestare soccorso, ma sarebbe irragionevole richiederlo alla luce delle concrete circostanze, per esempio perché tale operazione porrebbe in serio pericolo l'equipaggio della nave soccorritrice o delle persone a bordo. Infine, vi sono i casi in cui non è necessario che la nave contattata proceda al salvataggio, verosimilmente perché vi sono altre imbarcazioni più vicine alla nave in pericolo, oppure perché, mentre la nave contattata si avvicinava alla nave in pericolo, quest'ultima è stata già soccorsa da altra imbarcazione⁵⁷. Potrebbe inoltre darsi che la nave contattata sia ad una distanza così grande dalla nave in pericolo, che non possa utilmente raggiungere quest'ultima in tempo per prestare soccorso.

L'esame di queste eccezioni dimostra come eventuali altre considerazioni non possano essere addotte per giustificare un'astensione dall'obbligo di prestare soccorso. In particolare, considerazioni di tipo commerciale o economico non sono ammesse dalle norme internazionali. È infatti usuale che l'imbarcazione contattata debba alterare la propria rotta o prolungare la durata del viaggio, sia per accorrere in soccorso delle persone in pericolo, sia successivamente per condurle in salvo presso un porto sicuro. In molti casi,

55. Capitolo 5, Regola 33.1 SOLAS.

56. *Ibid.*

57. Si veda anche Capitolo 5, Regola 33.4 SOLAS.

infatti, il porto in questione potrebbe non essere il porto cui la nave era diretta. In entrambi i casi, i ritardi causati da queste divergenze di rotta avranno un costo economico per le imbarcazioni contattate, sia che questo risulti in un ritardo nella consegna della merce trasportata, nel caso di imbarcazioni commerciali, sia che questo comporti un'interruzione dell'attività di pesca, nel caso di pescherecci. Vi sono stati casi in cui queste considerazioni hanno condotto i comandanti di navi a non procedere ad operazioni di soccorso⁵⁸. Questo comportamento è tuttavia illegale dal punto di vista giuridico, oltre che spregevole dal punto di vista morale. Anche al fine di evitare che soggetti esterni cerchino di influenzare la decisione del comandante di prestare soccorso, la SOLAS, come emendata nel 2004, prevede che il proprietario, il noleggiatore, la società che opera l'imbarcazione o qualunque altra persona non potranno interferire con la decisione del comandante di una nave che sia necessaria per garantire la sicurezza della vita umana in mare⁵⁹.

Una volta che la nave contattata abbia prestato soccorso, discendono due obblighi in capo al comandante. Il primo è quello di trattare le persone soccorse umanamente, in conformità agli obblighi che derivano dai diritti umani⁶⁰. La qualità del trattamento deve ovviamente essere commisurata alle limitazioni che di fatto si incontrano sulle navi, quali la mancanza di spazi e la necessità di evitare contagi⁶¹. Il secondo obbligo consiste nel condurre le persone salvate in un posto sicuro⁶². Data la rilevanza che il tema riveste nel contesto del soccorso prestato a migranti irregolari in mare e al fatto che esso riguarda anche gli obblighi dello Stato costiero, ad esso verrà dedicato un apposito paragrafo dopo la discussione degli obblighi dello Stato costiero.

Tutti gli obblighi descritti vincolano i comandanti di qualsiasi nave, incluse le navi operate dalle ONG. Particolare importanza riveste a questo riguardo la regola 34-1 SOLAS, mirante a salvaguardare l'indipendenza del comandante quando intraprende attività di soccorso. L'azione svolta dalle ONG, tuttavia, sembrerebbe estendersi oltre quanto richiesto dalle norme internazionali. L'obbligo del comandante sussiste solo dopo che esso abbia ricevuto informazioni circa il fatto che persone siano in pericolo. Eventuali

58. M. Davies, *Obligations and Implications for Ships Encountering Persons in Need of Assistance at Sea*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2003.

59. Capitolo 5, Regola 34-1 SOLAS.

60. Si veda *Resolution 167(78) of the IMO Maritime Safety Committee, containing Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, IMO Doc. MSC 78/26/Add.2 del 20.5.2004, par. 5.1.2, ai sensi della quale i comandanti delle navi che prestano soccorso dovrebbero fare tutto il possibile, alla luce delle capacità e delle limitazioni della nave, per trattare i sopravvissuti umanamente e provvedere ai loro immediati bisogni.

61. Capitolo 5, Regola 33.6 SOLAS prevede che «Masters of ships who have embarked persons in distress at sea shall treat them with humanity, within the capabilities and limitations of the ship».

62. Capitolo 5, Regola 33.1-1 SOLAS.

operazioni di ricerca di migranti in difficoltà prima di avere ricevuto queste informazioni esulano quindi dagli obblighi imposti sul comandante dai Trattati internazionali. È però anche vero che non vi è nulla in questi Trattati che vieti tali azioni. Di conseguenza, operazioni di ricerca svolte dalle navi delle ONG, pur non imposte dal diritto internazionale, sono da considerarsi lecite ai sensi delle sue norme.

4.3. L'obbligo dello Stato costiero

L'ultimo soggetto cui sono attribuiti obblighi in materia di salvataggio è lo Stato costiero, vale a dire lo Stato al largo delle cui coste si verifica la situazione di pericolo per le persone in mare. L'art. 98, par. 2, CNUDM prevede l'obbligo per gli Stati costieri di promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea, anche attraverso collaborazione con gli Stati vicini. Mentre l'obbligo di prestare soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante riflette un principio di diritto consuetudinario ben consolidato, il dovere di soccorso dello Stato costiero è più recente ed è stato introdotto per la prima volta dall'art. 12 della Convenzione sull'alto mare del 1958, sulla cui base è stato poi modellato l'art. 98 CNUDM⁶³.

L'obbligo generico di cui all'art. 98, par. 2, CNUDM è meglio specificato nelle Convenzioni SOLAS e SAR. La SAR definisce i due termini centrali dell'obbligo, che la CNUDM menziona senza definire. Ai sensi della SAR, «ricerca» è un'operazione, normalmente coordinata da un centro di coordinamento, che utilizza il personale e i mezzi disponibili per localizzare persone in pericolo⁶⁴ mentre «salvataggio» è un'operazione finalizzata a recuperare persone in pericolo, provvedere ai loro iniziali bisogni medici o altri bisogni, e consegnare queste persone presso un luogo sicuro⁶⁵. Questa definizione deve essere letta insieme alla definizione di «servizio di ricerca e soccorso» introdotta nella SOLAS nel 2004, ai sensi della quale per «servizio di ricerca e soccorso» si intende l'attuazione di funzioni di monitoraggio, comunicazione, coordinamento e ricerca e soccorso attraverso l'uso di risorse pubbliche e private⁶⁶. Come emerge da queste norme, le operazioni di ricerca e soccorso implicano l'uso di tutti i mezzi disponibili, compresi quelli operati dalle ONG.

63. È interessante notare che, mentre un obbligo simile non era stato contemplato nella bozza di articoli preparati dalla CDI, l'art. 12 della Convenzione sull'alto mare sia un prodotto della Conferenza internazionale che ha adottato tale Trattato. Esso in particolare trova la sua genesi in una proposta danese, si veda UN doc. A/CONF.13/C.2/L.36.

64. Capitolo 1.3.1 SAR.

65. Capitolo 1.3.2 SAR.

66. Capitolo 5, Regola 2.5 SOLAS.

La SOLAS specifica l'obbligo contenuto nell'art. 98, par. 2, CNUDM, prevedendo l'obbligo per tutti gli Stati parte di adottare le misure necessarie per la comunicazione di situazioni di pericolo e per il coordinamento delle attività nelle loro aree di responsabilità, nonché per il salvataggio delle persone in pericolo nel mare che circonda le loro coste. Tali misure devono comprendere la creazione, l'operazione e il mantenimento dei mezzi e delle attrezzature che si ritiene siano fattibili e necessarie, alla luce della densità del traffico e dei pericoli alla navigazione, e dovranno, nella misura possibile, prevedere adeguati mezzi per localizzare e salvare queste persone⁶⁷. Date le circostanze di fatto nell'ambito delle quali è chiamato ad agire, l'azione dello Stato costiero dovrà essere caratterizzata dal carattere dell'urgenza⁶⁸.

Una questione che può sorgere in merito al servizio di ricerca e soccorso riguarda la determinazione dello Stato competente a fornire l'assistenza, nei casi in cui un naufragio avvenga al largo delle coste di più Stati. Vi sono invero stati casi di disaccordo tra Stati vicini, causando un ritardo inutile, se non fatale, ai soccorsi⁶⁹. La questione è stata affrontata durante i negoziati della SAR, quando gli Stati hanno concordato di stabilire delle «zone SAR»⁷⁰. Nella sua zona SAR, ogni Stato deve fornire adeguate infrastrutture di comunicazione terrestri, un efficiente avvio degli allarmi di pericolo e il dovuto coordinamento delle operazioni al fine di consentire ai servizi di ricerca e di soccorso in mare di svolgere le loro operazioni in modo efficace⁷¹. In aggiunta, nella sua zona SAR, lo Stato costiero deve utilizzare le unità di soccorso e altri mezzi disponibili per fornire assistenza a qualsiasi persona sia in pericolo in mare.⁷²

Le zone SAR sono quindi zone all'interno delle quali lo Stato costiero ha una responsabilità particolare in materia di ricerca e salvataggio, anche se non escludono che lo Stato possa operare anche al di fuori di esse, qualora questo sia reso necessario dalle circostanze concrete. In ottemperanza agli obblighi previsti dalla SAR, gli Stati hanno creato delle zone SAR. Tuttavia, il coordinamento previsto dalla SAR non è sempre stato

67. Capitolo 5, Regola 7.1 SOLAS. La SAR ulteriormente specifica gli elementi essenziali dei servizi di ricerca e salvataggio: un quadro giuridico; la designazione di un'autorità competente; l'organizzazione delle risorse disponibili; i mezzi di comunicazione; le funzioni di coordinamento e quelle operative; e i processi per migliorare il servizio, inclusi la pianificazione, le collaborazioni nazionali ed internazionali e l'addestramento (Capitolo 2.1.2. SAR).

68. Il Capitolo 2.1.1 SAR prevede che «[o]n receiving information that any person is, or appears to be, in distress at sea, the responsible authorities of a Party shall take urgent steps to ensure that the necessary assistance is provided».

69. Si veda, per esempio, il caso della nave *Cap Anamur*, descritto in D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 214-216.

70. Capitolo 2.1.4 SAR.

71. Capitolo 2.1.3 SAR.

72. Capitolo 2.1.9 SAR.

possibile, con il risultato che, ad oggi, vi sono sovrapposizioni tra zone SAR di Stati diversi, che ripropongono i problemi di coordinamento delle attività di soccorso⁷³.

Alla luce di queste disposizioni, si può concludere che l'obbligo dello Stato costiero consiste nell'apprestare i mezzi e le procedure necessari per localizzare le persone in pericolo e assicurare che queste siano soccorse. La localizzazione delle persone in pericolo ricade così tra i compiti dello Stato costiero, che deve aver predisposto le necessarie procedure per ricevere le richieste di soccorso ma deve anche aver pronti i mezzi necessari per poter di fatto accedere alle zone dove queste persone si trovano, al fine di prestare loro soccorso. Una volta che le persone sono state localizzate, il soccorso potrà avvenire sia da parte di navi che agiscono ai sensi dell'obbligo di cui all'art. 98, par. 1, CNUDM, sia da navi appositamente predisposte da parte dello Stato costiero, quali quelle della guardia costiera.

Mentre l'obbligo di prestare soccorso è un obbligo che nasce solo in seguito al prodursi dell'evento che pone in pericolo la vita delle persone, l'obbligo di predisporre adeguati sistemi di ricerca e salvataggio è precedente al verificarsi dell'incidente della navigazione. Gli Stati hanno quindi fin da subito l'obbligo di predisporre questi sistemi, anche prima che si verifichi qualsiasi incidente di navigazione. D'altra parte, occorre ricordare come l'obbligo che incombe sugli Stati costieri di salvare le persone in pericolo non richiede che ogni persona in pericolo sia effettivamente salvata, ma si configura come un obbligo di diligenza (*due diligence obligation*)⁷⁴, ai sensi del quale lo Stato deve fare tutto il possibile per assicurare la presenza di un efficace sistema di ricerca e soccorso.

Tra le varie misure che lo Stato costiero deve adottare rientra anche quella di dotarsi di imbarcazioni appositamente destinate ad operazione di ricerca e soccorso in mare. A tale riguardo, vi è una certa elasticità nel dato normativo, in quanto non è espressamente richiesto che lo Stato costiero si doti di un numero di mezzi sufficiente a far fronte a tutte le richieste di soccorso. Questo è comprensibile, alla luce delle limitazioni di fatto che molti Stati incontrano, tra cui quelle di tipo economico. Come si è visto, le ONG che operano nel Mediterraneo si sono dotate di imbarcazioni per soccorrere i migranti in pericolo.

73. Tale è, per esempio, il caso del Mediterraneo centrale, dove la zona SAR di Malta si sovrappone a quella di altri Stati costieri.

74. Secondo la Corte internazionale di giustizia, gli obblighi di diligenza richiedono non solo l'adozione di norme e misure appropriate, ma anche un certo livello di vigilanza nella loro attuazione e l'esercizio del controllo amministrativo applicabile agli operatori pubblici e privati (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* [2010] ICJ Rep 14, par. 197). Secondo il Tribunale internazionale del diritto del mare, l'obbligo di diligenza non comporta l'obbligo di raggiungere, in ogni caso, il risultato cui la norma mira, ma piuttosto l'obbligo di impegnare mezzi adeguati, di intraprendere i migliori sforzi, di fare tutto il possibile per raggiungere questo risultato (*Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Opinione consultiva del 1.2.2011, par. 110).

L'affidamento ad esse di compiti di soccorso da parte degli Stati costieri rientra pienamente nel quadro previsto dalle Convenzioni internazionali che, come illustrato, prevedono la possibilità per gli Stati di avvalersi di imbarcazioni private per adempiere ai propri obblighi di fornire soccorso. Ma vi è di più. Stante l'obbligo dello Stato costiero di fare tutto il possibile per assicurare un efficace sistema di ricerca e soccorso in mare e di avvalersi dei mezzi disponibili a tal fine, il mancato ricorso ai servizi offerti dalle navi delle ONG o, ancora peggio, l'intralcio recato alle operazioni di soccorso condotte da queste navi, si potrebbero configurare come una violazione dei propri obblighi da parte dello Stato costiero.

4.4. *Lo sbarco delle persone soccorse*

Come è stato detto, il salvataggio delle persone che rischiano di perire in mare comporta l'obbligo di condurle in un «luogo sicuro»⁷⁵. Mentre la nave soccorritrice può essere temporaneamente considerata un luogo sicuro⁷⁶, è necessario che, alla fine, le persone soccorse siano sbarcate presso un porto, o comunque condotte sulla terraferma. In astratto, vi sono una serie di possibilità in merito allo sbarco: questo può avvenire nel porto cui la nave soccorritrice era diretta prima che deviasse la sua rotta per fornire assistenza; sulla terraferma più vicina al punto in cui le persone sono state soccorse; presso un porto indicato dalle persone soccorse; oppure in un altro luogo, determinato in base a considerazioni diverse. In pratica, tuttavia, vi sono stati numerosi problemi in merito all'individuazione di un porto dove sbarcare migranti irregolari soccorsi in mare, come le cronache degli ultimi anni dimostrano.

La decisione circa lo sbarco delle persone soccorse sottosta, infatti, a due principi generali di diritto internazionale, che possono entrare in conflitto tra di loro: la sovranità dello Stato sul suo territorio e il divieto di respingimento (*non refoulement*). In base al

75. Capitolo 1.3.2 SAR, Capitolo 5, Regola 33.4-1 SOLAS. Sulle problematiche connesse allo sbarco di migranti si vedano M. Ratcovich, *The Concept of «Place of Safety»: Yet Another Self-Contained Maritime Rule or a Sustainable Solution to the Ever-Controversial Question of Where to Disembark Migrants Rescued at Sea?*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2015, p. 81; D. Testa, *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: A Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea*, in *Ocean Yearbook*, 2014, p. 555; J. Coppens e E. Somers, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 377; V. Moreno Lax, *The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 621.

76. Ai sensi della *Resolution 167(78) of the IMO Maritime Safety Committee, containing Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, IMO Doc. MSC 78/26/Add.2 del 20.5.2004, il «luogo sicuro» è «a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination».

primo principio, lo Stato può escludere qualsiasi straniero dal proprio territorio, inclusi i propri porti. Di conseguenza, per entrare nel porto di uno Stato occorre avere il consenso di quello Stato⁷⁷, consenso che può essere liberamente rifiutato dallo Stato stesso, a meno che non vi sia una situazione di forza maggiore o estremo pericolo (*force majeure or distress*)⁷⁸. A sua volta, il principio di non respingimento impedisce di respingere una persona verso uno Stato dove la sua vita sarebbe in pericolo o dove essa rischi di essere sottoposta a tortura o altro trattamento inumano o degradante⁷⁹. Questo divieto, che inizialmente operava non appena questa persona avesse varcato il confine dello Stato, incluso il limite esterno del mare territoriale, è stato recentemente interpretato dalla Corte europea dei diritti umani come applicabile anche ai casi di respingimento in alto mare⁸⁰. È quindi evidente come respingere una nave con persone soccorse verso un territorio dove queste persone potrebbero subire una violazione di diritti fondamentali comporterebbe un atto illecito.

77. R. Barnes, *op.cit.*, p. 118.

78. Si veda E.J. Molenaar, *Port and Coastal States*, in *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, a cura di D.R. Rothwell, A.G. Oude Elferink, K.N. Scott e T. Stephens, Oxford, OUP, 2015, p. 280, a p. 284, il quale tuttavia rileva come, anche in questi casi, occorra bilanciare gli interessi della nave e quelli dello Stato costiero. Un caso famoso di diniego dell'ingresso nei propri porti ha riguardato la nave *Tampa*; sul caso si veda M. Fornari, *Soccorso di profughi in mare e diritto d'asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *Comunità Internazionale*, 2002, p. 61.

79. Art. 33 Convention relating to the *Status of Refugees*, adottata il 28.7.1951 ed entrata in vigore il 22.4.1954, 189 UNTS 137 e Art. 3 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adottata il 10.12.1984 ed entrata in vigore il 26.6.1987, 1465 UNTS 85. Mentre il divieto di respingimento era originariamente stato elaborato con riferimento ai soli rifugiati, la sua inclusione nella Convenzione contro la tortura l'ha esteso a tutte le persone. Si veda anche la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in particolare i casi *Soering c Regno Unito*, App no 14038/88, sentenza del 7.7.1989, par. 88; *Chahal c Regno Unito*, App no 22414/93, sentenza (GC) del 15.11.1996, par. 74; *Saadi c Italia*, App no 37201/06, sentenza (GC) del 28.2.2008, par. 125-127; *Hirsi Jamaa e altri c Italia*, App no 27765/09, sentenza (GC) del 23.2.2012 (*Hirsi Jamaa e altri c Italia*), par. 114. Per l'applicabilità del principio di non respingimento ai migranti irregolari via mare si vedano, tra tanti, G. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3a ed., Oxford, OUP, 2007, p. 277; A. Fischer-Lescano, T. Löhr e T. Tohidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, p. 256, a pp. 263-279; P. Mallia, *op.cit.*, p. 90; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. Umani e Dir. Int.*, 2010, p. 487; V. Moreno Lax, *Seeking Asylum in the Mediterranean: against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2011, p. 174, a pp. 204-205; S. Borelli e B. Stanford, *Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights*, in *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 2014, p. 29; N. Klein, *A Case for Harmonizing*, cit.; M. Giuffrè, *Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *Boat Refugees' and Migrants at Sea. A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human Rights*, a cura di V. Moreno-Lax e E. Papastavridis, Brill Nijhoff, 2017, p. 248.

80. *Hirsi Jamaa e altri c Italia*, par. 114. Si veda E. Papastavridis, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: the Strasbourg Court in Uncharted Waters?*, in *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, a cura di M. Fitzmaurice e P. Merkouris, Martinus Nijhoff, 2013, p. 117, a pp. 128-133.

L'applicazione contestuale di questi due principi crea situazioni paradossali. Da una parte, le persone soccorse non possono essere ricondotte allo Stato dal quale esse sono partite se questo comporterebbe la violazione del divieto di respingimento. Dall'altra, se tutti gli Stati vicini e lo Stato di destinazione della nave negano il consenso all'ingresso nei loro porti, la nave che ha soccorso i migranti irregolari non può sbarcarli sul loro territorio. La conseguenza è che la nave dovrà restare al largo dalle coste, senza poter né sbarcare le persone soccorse né procedere verso la propria destinazione.

Consci della problematica dello sbarco delle persone soccorse, gli Stati hanno cercato di risolvere i problemi sorti tramite modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS nel 2004. La SAR, come modificata nel 2004, prevede che gli Stati devono coordinarsi e cooperare al fine di assicurare che i comandanti delle navi che forniscono assistenza prendendo a bordo persone in pericolo possano essere liberati dai propri obblighi con la minor deviazione possibile dalla rotta programmata, a condizione che questo non pregiudichi la sicurezza della vita umana in mare. A tale riguardo, lo Stato nella cui zona SAR è avvenuto il salvataggio avrà la responsabilità primaria (*primary responsibility*) di assicurare che il coordinamento e la cooperazione avvengano, in modo tale che i sopravvissuti siano sbarcati presso un luogo sicuro⁸¹.

Mentre queste modifiche hanno segnato un progresso, esse tuttavia non hanno raggiunto lo scopo prefissato, di chiarire una volta per tutte dove debbano essere sbarcate le persone soccorse. In particolare, mentre è previsto che lo Stato della zona SAR abbia la «responsabilità primaria» questa non sembra comportare né l'obbligo di ricevere queste persone sul proprio territorio, né il diritto di imporre ad un altro Stato di accogliere le persone salvate nei suoi porti. Inoltre, né la SAR né la SOLAS fanno espresso riferimento ai limiti che derivano dal divieto di respingimento. In particolare, non menzionano i limiti derivanti dall'obbligo di *non-refoulement*. Di conseguenza, non disciplinano situazioni in cui uno degli Stati dove si potrebbero sbarcare i migranti salvati presenti caratteristiche tali da rendere verosimile una violazione del divieto di respingimento.

In conclusione, la SAR e la SOLAS nulla dicono in merito ai criteri che dovranno essere applicati in caso di disaccordo tra più Stati coinvolti, e soprattutto evitano accuratamente di stabilire che le persone soccorse debbano essere sbarcate nei porti dello Stato nella cui zona SAR esse siano state trovate. Questo fatto, insieme al fatto che la SAR, pur avendo una ampia partecipazione, non è stata ratificata universalmente, comporta che nei casi di disaccordo la soluzione di eventuali conflitti continuerà a

81. Capitolo 3.1.9 SAR; si veda anche Capitolo 5, Regola 33.1.1 SOLAS.

dipendere da negoziati tra Stati⁸². Questa conclusione, che vale anche nel caso di soccorso prestato da navi di ONG, illustra un ulteriore problema che l'azione delle ONG incontra.

5. La crisi del modello normativo provocata dall'ingresso di nuovi soggetti

Le norme fin qui analizzate sono fondate su una visione dello spazio marino che non corrisponde più alla realtà dei fatti.

In primo luogo questa visione utilizza norme del diritto del mare che sono state sviluppate all'ombra del modello Westfaliano di intendere il diritto internazionale, secondo il quale questa branca del diritto disciplina i rapporti tra Stati sovrani ed indipendenti, che sono i soli soggetti del diritto internazionale e i principali destinatari delle sue norme. In questo modello, non vi è luogo per gli individui o gli enti non statali, quali le ONG. Questo modo di intendere il diritto internazionale ha subito un forte attacco nel corso del ventesimo secolo con l'affermarsi dei diritti umani, che hanno forzatamente portato l'attenzione sulla persona, attribuendo a questa diritti (e obblighi). Tuttavia, è solo molto recentemente che si è cominciato a sentire l'influenza del diritto dei diritti umani sul diritto del mare⁸³. La stessa CNUDM, per lo più, non si occupa delle persone se non incidentalmente⁸⁴. Vi è quindi un vuoto normativo e la necessità di applicare norme create per gli Stati a situazioni in cui ad operare non siano gli Stati ma altri soggetti non statali, quali gli individui o le ONG.

In secondo luogo, a questa visione è sottesa la convinzione che in mare siano presenti solamente due soggetti – gli Stati e gli individui. Gli individui perseguono le loro finalità private (trasportare merci, pescare, viaggiare da un luogo ad un altro) mentre gli Stati

82. Sia la SOLAS che la SAR prevedono un meccanismo di emendamento, ai sensi del quale gli Stati parte possono non accettare successive modifiche a questi Trattati, pur non pregiudicando l'entrata in vigore degli emendamenti per gli altri Stati (Art. VIII(b)(vi)(2)(bb) SOLAS e Art. III(2)(b) SAR). Quando nel 2004 sia la SOLAS che la SAR furono modificate, alcuni Stati utilizzarono questa possibilità. Nel caso della SOLAS, Finlandia, Malta e Norvegia non accettarono gli emendamenti, mentre nel caso della SAR questi non furono accettati da Malta e Norvegia. In seguito, tuttavia, la Norvegia ha ritirato la propria obiezione.

83. Per un'analisi in dottrina dei rapporti tra diritti umani e diritto del mare si rinvia a L.B. Sohn, *International Law of the Sea and Human Rights Issues*, in *The Law of the Sea: What Lies Ahead?*, a cura di T.A. Clingan Jr, Honolulu, The Law of the Sea Institute, 1988, p. 51; B.H. Oxman, op. cit.; B. Vukas, *Droit de la mer et droits de l'homme*, in *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21e siècle*, a cura di G. Cataldi, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 85; P. Tavernier, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et la Mer*, in *La mer et son droit : mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, p. 575; S. Cacciaguidi-Fahy, *The Law of the Sea and Human Rights*, in *Sri Lanka Journal of International Law*, 2007, p. 85; I. Papanicopolulu, *Brevi appunti sull'applicazione dei diritti umani in mare*, in *Atti del V Incontro di Studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di I. Papanicopolulu, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 173; T. Treves, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 1; E. Papastavridis, *European Convention*, cit.

84. I. Papanicopolulu, *The Law of the Sea Convention: No Place for Persons?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, p. 867.

sono quelli che perseguono finalità pubbliche, di interesse comune, quale quella di assicurare la protezione delle persone in pericolo attraverso la predisposizione di adeguati servizi di ricerca e soccorso. Gli individui possono essere chiamati solo occasionalmente in ausilio agli Stati, attraverso il dovere di procedere al soccorso di persone che rischiano di perire in mare.

La situazione di fatto, tuttavia, è ben diversa. Con la conclusione dell'operazione italiana *Mare Nostrum* e con l'avvio della più ridotta operazione *Triton* di Frontex il numero di migranti morti in mare si è impennato. In risposta a questa crisi umanitaria, alcune ONG operanti in campo umanitario si sono dotate di imbarcazioni con l'obiettivo dichiarato di procedere al salvataggio dei migranti che rischiano di perire nel tratto di mare tra l'Italia e la Libia. La presenza di queste ONG in mare ha quindi modificato il quadro esistente fino ad allora, in quanto le navi delle ONG presentano caratteristiche proprie che le distinguono sia dalle navi private che dalle navi pubbliche operanti in quella zona. A differenza delle navi commerciali e dei pescherecci che fino a quel momento avevano soccorso i migranti in pericolo in maniera occasionale e incidentale rispetto alle loro attività normali, le navi delle ONG si trovano in mare con l'obiettivo specifico di aiutare chi è in una situazione di pericolo, e questa è la loro unica attività. Esse quindi svolgono funzioni di fatto analoghe a quelle delle imbarcazioni statali aventi il compito di procedere ad operazioni di soccorso in mare. A differenza tuttavia delle navi pubbliche (Marina militare, Guardia costiera, Guardia di finanza) che in quanto tali godono dei diritti specificatamente previsti dal diritto del mare in capo alle imbarcazioni dello Stato⁸⁵, le navi delle ONG sono a tutti gli effetti navi private, la cui navigazione e le cui attività sono regolate dalle norme comuni. In aggiunta, mentre appare scontato che le persone salvate da navi dello Stato costiero saranno sbarcate sulle coste di questo Stato⁸⁶, tale soluzione è solo eventuale nel caso di persone salvate da navi di ONG e presuppone sempre che vi sia il consenso dello Stato costiero, consenso che come si è visto non è sempre garantito.

Di conseguenza, la funzione svolta dalle navi delle ONG si trova nell'intersezione tra il pubblico e il privato. Nel momento in cui una nave di una ONG si dirige verso un'imbarcazione in pericolo per salvare le persone a bordo, essa adempie agli obblighi posti in capo ai comandanti di tutte le navi dalla CNUDM, la SOLAS, la SAR e il diritto internazionale consuetudinario. Essa agisce quindi come nave privata. Allo stesso tempo,

85. Prima tra cui l'immunità dalla giurisdizione di altri Stati. Si vedano gli artt. 32 e 95 CNUDM. Si veda anche *The «ARA Libertad» Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, Ordinanza del 15.12.2012, par. 95.

86. A questo riguardo, è importante notare come, pur in assenza di uno specifico obbligo previsto da norme internazionali, questa sia la soluzione generalmente adottata. Tentativi di sbarcare le persone salvate in un altro Stato, in particolare lo Stato dalle cui coste erano salpate, sono stati infatti valutati rigorosamente dalla Corte europea dei diritti umani, alla luce del divieto di respingimento; si veda *Hirsi Jamaa e altri c Italia*, parr. 134-137.

vi sono una serie di elementi che portano ad assimilarle, di fatto se non di diritto, a navi pubbliche incaricate del servizio di ricerca e soccorso⁸⁷. Le navi delle ONG navigano in maniera continuativa nelle acque dove maggiormente si verificano incidenti che coinvolgono migranti, al fine di poter quanto più prontamente portare soccorso alle persone in pericolo. Inoltre, esse vengono regolarmente contattate dai Centri di ricerca e soccorso statali e di fatto agiscono in sostituzione dei mezzi statali che avrebbero il compito di pattugliare le acque per soccorrere persone in pericolo.

A fronte di tale valutazione, emergono le lacune che caratterizzano il quadro giuridico applicabile. Alle criticità generali, la principale delle quali è costituita dalla mancata regolazione dello sbarco delle persone soccorse e dalla necessità di coordinare le norme della SOLAS e della SAR con il divieto di respingimento, vanno aggiunte quelle specificatamente dettate dalle operazioni di ONG. Le norme esaminate in precedenza, infatti, non tengono debitamente conto del fatto che l'attività svolta dalle navi delle ONG non è occasionale, ma è continuativa e coordinata e mira a contribuire ad una situazione di sicurezza della navigazione che dovrebbero essere gli Stati stessi ad assicurare. Inoltre, le norme attuali non aiutano a trarre il massimo beneficio dai mezzi offerti dalle ONG, che, come dimostrano le statistiche⁸⁸ servono non solo ad aumentare il numero di imbarcazioni complessivamente a disposizione dello Stato costiero per effettuare operazioni di soccorso in mare, ma anche ad alleviare l'onere che altrimenti graverebbe sulle imbarcazioni commerciali e di pesca che attraversano il Mediterraneo.

6. I Codici di condotta

A fronte di tale vuoto normativo, in quest'anno sono avvenuti alcuni tentativi di predisporre delle regole che dovrebbero guidare l'azione delle ONG nell'effettuare salvataggi di migranti in mare. Due tentativi sono risultati nella redazione di Codici di condotta, uno preparato da alcune ONG attive in questo settore e l'altro predisposto dal Governo italiano.

6.1. *Il Codice di condotta volontario*

Un primo documento che intende regolare le operazioni di ricerca e soccorso svolte dalle ONG nel Mediterraneo è stato redatto da alcune ONG all'inizio del 2017. Si tratta del «Codice di condotta volontario per operazioni di ricerca e soccorso intraprese da organizzazioni non governative della società civile nel Mare Mediterraneo» (Codice di

87. Per una discussione si veda D. Irrera, *op.cit.*

88. *Supra*, par. 1.

condotta ONG)⁸⁹. Lo scopo di questo documento, come identificato nello stesso, è di creare un'intesa condivisa sull'attuazione operativa dei principi umanitari che guidano le operazioni di ricerca e soccorso e di stabilire delle pratiche di lavoro condivise.

Il Codice di condotta ONG identifica cinque principi guida, che dovrebbero caratterizzare tutte le operazioni di ricerca e soccorso effettuate da ONG: l'umanità, l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza e la trasparenza. I quattro primi principi rispecchiano alcuni dei principi fondamentali del Movimento della Croce rossa⁹⁰, mentre il principio della trasparenza si è recentemente affermato a livello internazionale⁹¹. Il Codice inoltre identifica i diritti dell'individuo che queste operazioni si propongono di tutelare: il diritto alla vita, il diritto a ricevere assistenza umanitaria, il diritto alla protezione e sicurezza e il diritto di asilo. Mentre il diritto alla vita, il diritto all'asilo e, in una certa misura, il diritto alla sicurezza sono affermati in vari strumenti di diritto internazionale, il diritto a ricevere assistenza umanitaria sembra essere fatto derivare da altri diritti. Alla luce di questi principi e dei diritti in esso menzionati, il Codice di condotta ONG procede poi a proporre una serie di azioni operative che le ONG dovrebbero porre in essere prima e durante le operazioni di ricerca e soccorso al fine di raggiungere l'obiettivo del Codice stesso. Una rilevanza particolare è riservata all'impegno a cooperare, al fine di assicurare la massima efficienza nelle operazioni svolte⁹².

In conclusione, il Codice di condotta ONG si posiziona a metà strada tra un documento che intende codificare le norme applicabili alle ONG e un documento interno che regola le loro operazioni. In esso non si trovano accenni (salvo una nota) a norme di diritto del mare e di diritto marittimo che pure regolano la navigazione e il soccorso in mare. Non essendo esso il prodotto dei processi di creazione delle norme di diritto internazionale, il suo contenuto non è vincolante di per sé, ma solo nella misura in cui esso riprende norme giuridicamente vincolanti del diritto internazionale. Esso è tuttavia rilevante nella misura in cui identifica i principi che dovrebbero guidare tutte le operazioni di soccorso svolte da

89. *Code of Conduct for Search and Rescue Operations undertaken by civil society Non-Governmental Organisations in the Mediterranean Sea*, disponibile all'indirizzo <https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2017/03/20170302-NGO-Code-of-Conduct-FINAL-SECURED.pdf>.

90. Si veda *Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement* (adottati dalla 25a Conferenza internazionale della Croce rossa nel 1986, come emendati nel 1995 e nel 2006), Preambolo.

91. Il principio di trasparenza si è affermato riguardo sia agli Stati, sia alle organizzazioni, governative e non governative; sul tema in generale si veda A. Bianchi e A. Peters (eds), *Transparency in International Law*, Cambridge, CUP, 2013.

92. Il Codice di condotta ONG prevede in particolare la condivisione delle considerazioni che guidano la pianificazione delle missioni; la conduzione di operazioni congiunte nel caso di ONG che operano all'interno della stessa zona SAR; la condivisione di informazioni relative a potenziali o attuali minacce alla sicurezza, ai loro movimenti e ad altre questioni logistiche.

ONG e, soprattutto, nell'affermare in maniera forte l'impegno ad una collaborazione che renda più efficienti queste operazioni.

6.2. *Il Codice di condotta del Governo italiano*

Anche l'Italia ha cercato di chiarire il quadro normativo applicabile alle operazioni di ricerca e soccorso condotte da ONG attraverso la predisposizione di un «Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare» (Codice di condotta italiano)⁹³ alla cui sottoscrizione sono state invitate tutte le ONG operanti nel Mediterraneo. Come affermato dallo stesso Codice, il suo scopo è «anche [di] salvaguardare la sicurezza dei migranti e degli operatori», mentre ulteriori scopi non sono menzionati.

Il Codice di condotta italiano contiene una serie di impegni che le ONG dovrebbero assumere volontariamente con la sua sottoscrizione. Questi impegni in parte rispecchiano analoghi impegni contenuti in norme di diritto internazionale⁹⁴ e di fatto sembrano riconoscere la funzione pubblica svolta da queste ONG⁹⁵, demandando loro funzioni che si avvicinano a quelle di polizia⁹⁶. Una parte significativa degli impegni previsti nel Codice, tuttavia, solleva il fianco a critiche, sia perché sembrano voler attribuire all'Italia competenze che, in base al diritto del mare, appartengono allo Stato di bandiera⁹⁷, sia

93. Il testo del Codice di condotta è disponibile all'indirizzo http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf. Per un commento critico al Codice si veda ASGI, *Posizione sulla bozza di «Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare»* disponibile sul sito ASGI all'indirizzo https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_IT.pdf.

94. Si vedano, per esempio, l'impegno «a rispettare l'obbligo di non spegnere o ritardare la regolare trasmissione dei segnali AIS (Automatic Identification System) e LRIT (Long Range Identification and Tracking), qualora installati a bordo (Cap. V SOLAS)» e l'impegno «ad osservare l'obbligo previsto dalle norme internazionali di tenere costantemente aggiornato il competente MRCC o l'OSC (On Scene Coordinator) designato da quest'ultimo in merito allo scenario in atto ed all'andamento delle operazioni di soccorso, nonché di tutte le informazioni che abbiano rilievo ai fini SAR o della sicurezza della navigazione».

95. Si veda, per esempio, l'impegno di «dotarsi di mezzi e di personale di cui siano accertate l'idoneità e le capacità tecniche nelle attività di ricerca e soccorso di un gran numero di persone (mass rescue operations) in ogni condizione». Vale la pena notare come tali condizioni non siano previste nei Trattati internazionali applicabili alle navi commerciali che prestano soccorso in mare.

96. Si veda per esempio l'impegno «a recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'ICC (International Coordination Centre) dell'operazione TRITON».

97. Si veda per esempio l'impegno «a dichiarare, conformemente alla legislazione dello Stato di bandiera, alle autorità competenti dello Stato in cui l'ONG è registrata tutte le fonti di finanziamento per la loro attività di soccorso in mare e a comunicare, su richiesta, tali informazioni alle autorità italiane nel rispetto dei principi di trasparenza».

perché sembrano andare contro il contenuto delle norme applicabili⁹⁸. Il Codice di condotta italiano non prevede delle sanzioni specifiche per il suo mancato rispetto, ma prevede genericamente che «[l]a mancata sottoscrizione di questo Codice di condotta o l'inosservanza degli impegni in esso previsti può comportare l'adozione di misure da parte delle autorità italiane nei confronti delle relative navi»⁹⁹.

Una prima considerazione sugli impegni previsti nel Codice di condotta italiano riguarda la natura giuridica di tale Codice, che non è affatto chiara, e la sua impostazione unilaterale, che prevede vincoli ed obblighi soltanto per una parte. Sicuramente non si tratta di atto normativo, non essendo esso stato adottato mediante le forme previste dall'ordinamento italiano. Non si tratta neppure di un atto di diritto internazionale, in quanto non è riconducibile a nessuna delle tipologie di atti previste da esso. Non è sicuramente un Trattato internazionale, sia perché è stato firmato da una parte soltanto (le ONG) e non dall'altra (l'Italia), sia perché contiene obblighi solo per una parte (le ONG) e non per l'altra (l'Italia). Esso potrebbe quindi essere visto come un impegno unilaterale delle ONG firmatarie, a fronte del quale, tuttavia, non sembra derivino conseguenze giuridiche per l'Italia, che lo ha proposto.

Un ulteriore rilievo che è stato mosso al Codice di condotta italiano riguarda l'effetto che questo potrebbe avere sulle operazioni di salvataggio ad opera di ONG, riducendone la portata. Infatti, nonostante il Codice di condotta italiano affermi all'inizio che «l'obiettivo principale delle autorità italiane nel soccorso dei migranti è la tutela della vita umana e dei diritti delle persone», alcune delle sue disposizioni sembrano andare contro gli obblighi internazionali degli Stati e dei comandanti in materia di salvataggio. Invero, il testo del Codice è piuttosto contorto a questo riguardo, in quanto richiede alle ONG di impegnarsi «a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata». Questa disposizione, se presa alla lettera, limiterebbe illegalmente il diritto di passaggio inoffensivo di cui godono tutte le navi nel mare territoriale altrui, comprese le navi delle ONG impegnate in operazioni di salvataggio. Se invece questa disposizione intende impedire che navi di ONG stazionino nel mare territoriale libico al fine di prestare soccorso, allora sarebbe contraria a quanto previsto dall'art. 18, par. 2, CNUDM. Inoltre, non è affatto chiaro in base a quale titolo

98. Si vedano, per esempio, l'impegno «a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata», nonché l'impegno «a non trasferire le persone soccorse su altre navi».

99. Il Governo italiano ha invero minacciato la chiusura dei propri porti per le navi delle ONG che non avessero firmato il Codice; l'illiceità di tale misura è discussa da P. De Sena e F. De Vittor, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog* (1.7.2017) <http://www.sidiblog.org/2017/07/01/la-minaccia-italiana-di-bloccare-gli-sbarchi-di-migranti-e-il-diritto-internazionale>.

l'Italia possa imporre ad una nave che batte bandiera di uno Stato diverso di astenersi dall'entrare nelle acque territoriali della Libia. In aggiunta, in nessun caso può l'Italia impedire a qualsiasi nave di ottemperare all'obbligo di salvare le persone in pericolo, sancito dall'art. 98 CNUDM, come la stessa eccezione contenuta nel Codice di condotta italiano sembra riconoscere.

Un discorso analogo può essere fatto per l'impegno «a non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente MRCC [Maritime Rescue Coordination Centre, il centro che accoglie le richieste di soccorso] e sotto il suo coordinamento». Una simile limitazione non è contenuta in alcuno dei Trattati che regolano le operazioni di soccorso in mare e, anzi, potrebbe andare contro gli obblighi che gravano sui comandanti di mettere al sicuro le persone soccorse e di trattare queste persone con umanità nel rispetto dei loro diritti. Il trasporto di persone su altre navi potrebbe infatti facilitare la loro conduzione in luogo sicuro e potrebbe permettere a queste persone di beneficiare di condizioni migliori dal punto di vista umanitario.

In conclusione, le disposizioni in questione sono irrilevanti da un punto giuridico, in quanto esse sono ridondanti nella parte in cui permettono di accedere alle acque territoriali libiche per effettuare salvataggi e sono illegali nella parte in cui vorrebbero impedire il passaggio inoffensivo di navi nelle acque territoriali libiche o limitare il trasferimento di persone da un'imbarcazione ad un'altra. Esse sembrerebbero voler quindi perseguire il fine pratico di "intimorire" le ONG, che di conseguenza potrebbero diminuire i propri sforzi in materia di ricerca e soccorso.

Un ultimo punto su cui vale la pena soffermarsi concerne l'impegno previsto dal Codice «a cooperare con l'MRCC [Maritime Rescue Coordination Centre], eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti». Il Codice non precisa di quale MRCC si tratti, ma questo potrebbe essere sia quello italiano con sede a Roma, sia quello libico¹⁰⁰. Per quanto riguarda la cooperazione con il MRCC italiano, la disposizione appare ridondante, in quanto questa è di fatto la prassi seguita dalle ONG, che spesso agivano proprio dietro invito del MRCC di Roma. La collaborazione con il MRCC libico, invece, potrebbe porre problemi di rispetto delle norme internazionali in materia di diritti umani e diritto dei rifugiati poiché è verosimile che il MRCC libico avrebbe richiesto alle ONG di sbarcare le persone soccorse nei porti libici. Nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, la Corte europea dei diritti umani ha considerato che il respingimento di migranti verso la Libia costituiva una doppia violazione del divieto di *refoulement* da parte dell'Italia. In primo

100. Occorre in proposito tenere conto del fatto che, alla luce delle condizioni tuttora presenti in Libia, non è certo che il MRCC libico sia operativo.

luogo, perché i migranti correvano il pericolo di essere sottoposti a tortura e trattamenti inumani e degradanti in Libia¹⁰¹; in secondo luogo, perché, una volta consegnati i migranti alle autorità libiche, queste avrebbero potuto respingere i migranti stessi verso i loro Stati di origine, dove avrebbero potuto nuovamente essere sottoposti a tortura, trattamenti inumani e degradanti e persecuzioni, in violazione alle norme sulla tutela dei diritti umani e dei diritti dei rifugiati¹⁰². In conclusione, imponendo alle ONG di cooperare con il MRCC libico, l'Italia potrebbe finire per imporre alle ONG di adottare comportamenti che violerebbero le norme internazionali sui diritti umani e sui rifugiati cui essa stessa è vincolata¹⁰³.

7. Verso una regolazione della partecipazione di attori non statali in attività di ricerca e soccorso?

I due Codici di condotta esaminati nei precedenti paragrafi testimoniano la consapevolezza della comunità internazionale, o almeno di una parte di essa, che è necessario chiarire le norme che si applicano alle ONG che svolgono attività di soccorso in mare nei confronti di migranti. Se si tralasciano gli aspetti più criticabili del Codice di condotta italiano, discussi in precedenza, si può affermare che i due strumenti sono complementari, in quanto essi riguardano aspetti diversi della stessa attività. L'affermazione dei principi che dovrebbero guidare le ONG operanti in questo settore non può infatti prescindere dalla menzione di quei principi di umanità e indipendenza che il Codice di condotta ONG fa propri. Allo stesso tempo, è importante ribadire il rispetto delle norme internazionali in materia di sicurezza della navigazione e di soccorso in mare, come fanno alcuni degli impegni contenuti nel Codice di condotta italiano.

Oltre alle norme esistenti, emerge tuttavia la necessità di ulteriormente regolare quegli aspetti che esulano dalla regolazione attuale, a causa della natura degli attori coinvolti e delle funzioni “quasi-pubbliche” che le ONG sono state chiamate a svolgere stante l'inerzia degli Stati. Due aspetti, in particolare, meritano attenzione. Il primo, che viene in parte affrontato dal Codice di condotta ONG, riguarda l'opportunità di regolare i rapporti tra ONG, al fine di evitare duplicazioni e lo spreco di risorse. Il principio di

101. *Hirsi Jamaa c. Italia*, par. 137.

102. *Hirsi Jamaa c. Italia*, par. 156.

103. Il coinvolgimento dell'Italia continua a destare preoccupazione; si veda a questo riguardo la lettera del Commissario dei diritti umani del Consiglio d'Europa al Ministro degli interni italiano del 28.9.2017 (disponibile su <https://rm.coe.int/letter-to-the-minister-of-interior-of-italy-regarding-government-s-res/168075baea>) e la risposta del Ministro italiano (disponibile su <https://rm.coe.int/rma/drl/objectId/090000168075da5b>). Per una critica delle recenti attività italiane che mirano a riportare i migranti soccorsi in Libia si veda J.P. Gauci, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, in *EjilTalk!* (6.6.2017) <https://www.ejiltalk.org/back-to-old-tricks-italian-responsibility-for-returning-people-to-libya>.

collaborazione e di condivisione delle informazioni dovrebbe essere attuato da tutte le ONG operanti in una specifica area geografica. A tale riguardo, l'obbligo di cooperazione tra ONG potrebbe trarre spunto dall'obbligo di cooperazione tra Stati previsto dalla SAR.

Il secondo aspetto, che riveste importanza ancora maggiore, riguarda la necessità di prevedere l'obbligo di collaborazione tra Stati e ONG che operano nella stessa area. A questo riguardo, entrambi i Codici costituiscono opportunità mancate. Mentre il Codice di condotta ONG non affronta la questione, il Codice di condotta italiano, con la sua impostazione unilaterale e la previsione di impegni che provengono dall'alto, non dà il giusto spazio alla necessità di instaurare un rapporto bilanciato tra Stato e ONG. Tuttavia, è un dato di fatto che le operazioni di soccorso che sono state effettuate dalle ONG in questi anni hanno spesso visto la collaborazione tra le ONG stesse e il MRCC di Roma, raggiungendo il doppio obiettivo di salvare delle vite umane in pericolo e di permettere all'Italia di adempiere ai propri obblighi di Stato costiero senza dover fare ricorso alle proprie imbarcazioni.

Qualsiasi regolazione futura dovrà tenere conto di un significativo limite che incontra l'obbligo di cooperazione, e che è dato dal divieto di respingimento, affermato dalle norme dei diritti umani e dal diritto dei rifugiati. La cooperazione, infatti, non può in alcun modo essere imposta, allorché conduca al respingimento di migranti irregolari verso il territorio di Stati dove questi potrebbero subire torture, trattamenti inumani o degradanti, o altre violazioni dei loro diritti fondamentali. Questo principio è stato affermato con forza dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Hirsi Jamaa*. In quel caso, infatti, l'Italia aveva addotto a giustificazione del fatto che avesse condotto i migranti intercettati in Libia, il fatto che essa aveva degli obblighi di cooperazione con la Libia discendenti da Trattati bilaterali¹⁰⁴. A fronte di tale argomentazione, la Corte di Strasburgo ha affermato che «l'Italia non può liberarsi della sua responsabilità invocando gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali con la Libia. Infatti, anche ammesso che tali accordi prevedessero espressamente il respingimento in Libia dei migranti intercettati in alto mare, gli Stati membri rimangono responsabili anche quando, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione e dei suoi Protocolli nei loro confronti, essi abbiano assunto impegni derivanti da Trattati»¹⁰⁵.

In conclusione, pur essendo state sospese per il momento, appare probabile che le attività di soccorso di migranti irregolari in mare da parte delle ONG riprenderanno, nel Mare Mediterraneo o in altri contesti geografici. L'immigrazione irregolare, infatti, non sembra diminuire, e la chiusura di una rotta prelude solitamente all'individuazione di una

104. *Hirsi Jamaa e altri c Italia*, par. 93.

105. *Hirsi Jamaa e altri c Italia*, par. 129.

nuova rotta, come dimostra l'aumento nel numero di persone che cercano di raggiungere la Spagna via mare¹⁰⁶. In questo contesto, appare opportuno procedere alla redazione di uno strumento che indichi i diritti e i doveri di ONG e Stati coinvolti nelle operazioni di soccorso e che possa costituire la base per una migliore cooperazione, mirante sempre alla maggior tutela della vita umana e al rispetto dei diritti umani, incluso il divieto di respingimento.

I tentativi che si sono finora avuti dimostrano le limitazioni dell'approccio unilaterale, sia da parte delle ONG che da parte statale. Un migliore risultato si potrebbe raggiungere se la codificazione delle regole applicabili e lo sviluppo di eventuali regole apposite fossero demandati ad un'organizzazione intergovernativa, all'interno della quale possano esprimere le loro esigenze sia gli Stati che le ONG. Un utile precedente a tale riguardo è costituito dalla collaborazione tra l'Organizzazione marittima internazionale e l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, che ha prodotto un manuale ad uso di coloro che sono coinvolti in attività di soccorso in mare¹⁰⁷. Un'ulteriore collaborazione avente ad oggetto la definizione del regime giuridico applicabile alle operazioni di ricerca e soccorso operate da ONG sarebbe auspicabile. Nell'attesa che questo avvenga, è comunque necessario ribadire che l'obbligo di salvare la vita umana in mare, il dovere di tutelare i diritti umani e il divieto di respingimento regolano le attività poste in essere sia dagli Stati, sia dalle ONG.

106. Si veda ANSA, *Migranti, quadruplicato numero arrivi in Spagna* (11.8.2017) http://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2017/08/11/migranti-quadruplicati-arrivi-in-spagna_7b911198-7387-468c-bcad-46a6fea25dee.html.

107. IMO, UNHCR, ICS, *Rescue at Sea. A Guide to Principles and Practice as Applied to Refugees and Migrants* (2015) http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/seamigration/Documents/UNHCR-Rescue_at_Sea-Guide-ENG-screen.pdf. Sull'opportunità di una cooperazione internazionale al fine di meglio proteggere i migranti irregolari via mare si veda A. Klug, *Strengthening the Protection of Migrants and Refugees in Distress at Sea Through International Cooperation and Burden-Sharing*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, p. 48.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

SOLIDARITY, SMUGGLING AND THE EUROPEAN REFUGEE CRISIS: CIVIL SOCIETY AND ITS DISCONTENTS

di Jennifer Allsopp

Abstract: *This article considers how civil society actors assisting migrants and refugees over the course of 2015-2017 ‘European refugee crisis’ have been impacted by, and fought against, aspects of the anti-smuggling agenda of the EU and its Member States. It explores how, in resisting accusations of ‘colluding’ with smugglers and of being a ‘pull factor’ for irregular migration, civil society actors have variably framed their right to act as a form of immanent critique, as civil disobedience, or as a principled humanitarian stand against an increasingly nontransparent and militarized EU border apparatus which is justified in the name of countering the organised crime of human smuggling. The article argues that the tension between the communitarian logic of deterrence and exclusion expounded by EU institutions during the crisis on the one hand, and the will to assist and include migrants among a significant part of European civil society on the other, can be understood as part of a fundamental tension in liberal democracy writ large at the EU level.*

Abstract: *Gli attori della società civile che tra il 2015 e il 2017 hanno fornito assistenza a migranti e rifugiati, durante la cosiddetta “crisi dei rifugiati” in Europa, si sono trovati a dover contrastare o si sono dovuti confrontare con le misure previste a livello europeo e nazionale contro il favoreggiamento del traffico di migranti e con le loro conseguenze. Di fronte alle accuse di “collusione” con gli scafisti o di essere fattori di attrazione per l’immigrazione irregolare, tali attori hanno variamente inteso le proprie condotte come una forma di critica immanente, come disobbedienza civile o come un presidio umanitario di fronte a un apparato dei confini europeo sempre più militarizzato e poco trasparente, giustificato in nome della lotta al crimine organizzato e al traffico di essere umani. L’articolo interpreta le tensioni tra la logica di deterrenza e esclusione, che ha guidato l’azione istituzionale dell’Europa durante la crisi, e la determinazione di parte della società civile a fornire assistenza e includere i migranti come una tensione fondamentale della democrazia liberale che attraversa oggi anche il livello dell’Unione europea.*

SOLIDARITY, SMUGGLING AND THE EUROPEAN REFUGEE CRISIS: CIVIL SOCIETY AND ITS DISCONTENTS

di Jennifer Allsopp*

SUMMARY: 1. Introduction. – 1.1. Structure. – 1.2. Methodology. – 2. Anti-smuggling and the European Refugee Crisis. – 2.1. EU Agencies and Anti-Migrant Smuggling. – 2.2. Defining Smuggling at the EU level: The Facilitation Directive. – 3. The Impacts of EU Anti-smuggling Policies on Civil Society. – 3.1. Phase 1 - Unintended Consequences of Ambiguous Legislation? – 3.2. Phase 2 - The Debate Intensifies: NGOs as ‘Collaborators’. – 4. EU Civil Society Response. – 4.1. Narrative Frames – 4.1.1. Opposition to Smuggling – 4.1.2. Question the ‘Effectiveness’ of Laws. – 4.1.3. Immanent Critique and Civil Disobedience. – 4.1.4. Universalism. – 4.1.5. Combination of Reasons. – 5. Discussion and Conclusion - Liberal Democracy, Refugees and the Crisis of Inclusion and Exclusion.

1. Introduction



Picture credit: Author, Warsaw, 2015.

* Jennifer Allsopp is a DPhil student at the Department of Social Policy and Intervention at the University of Oxford. She has conducted research at the universities of Exeter, Birmingham, Queen Mary's University of London and Oxford on topics including EU migration and asylum policy, anti-smuggling policies and the criminalisation of humanitarian assistance, poverty, gender and youth transitions.

On a research visit to the European Border and Coast Guard (Frontex) in Warsaw in 2015, I was struck by a piece of street art near to their offices. The image shows a robot wielding guns and surveillance equipment, chasing a family. The family is carrying a bag of belongings, suggesting that they are refugees. The robot is labelled FRONTEX; meanwhile the family is anonymous but assigned the identity of a heart, identifying them as human. The image (which I assumed to be the work of European activists) captured an evolving tension that was starting to be recognized and documented at the time, between the will of certain European citizens and civil society actors to assist – and by default to *include* – individuals fleeing the conflicts in North Africa and the Middle East between 2015-2017; and the perceived will of the European Union (EU) institutions and its Member States to deter – and by default to *exclude* – them.

The policing, disciplining and criminalisation¹ of citizens who act to include non-citizens into the polity (i.e. into the nation-state or, in the context of the European refugee crisis, into the EU polity) is not a new phenomenon. Indeed, it has long historical precedent. John Parks, for example, has demonstrated that the ethical and practical dilemmas concerning the citizen's right to help 'outsiders' in the context of irregular migration to the United States, has historic parallels in the evolution of liberal democracy with the criminalisation of slaves escaping from their captors and in the depiction by state authorities of those mobilizing to help fugitive slaves as 'traitors'². So while it is not new that the movement of refugees sparks a dual response of humanitarianism and securitization which often come into conflict³, the expanded mandate and activities of the EU and its Home Affairs institutions in policing irregular migration on behalf of Member States throughout the recent refugee crisis has expanded the realm, and the jurisdiction, within which this tension finds expression.

This article documents the tension between the communitarian logic of deterrence and exclusion expounded by EU Home Affairs agencies and institutions during the European refugee crisis on the one hand, and the will to assist and include migrants among a significant part of European civil society on the other⁴. It argues that this dynamic can be

1. For further explanation and examples of these dynamics, see S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosiylūtē (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

2. J.S. Park, *Illegal migrations and the Huckleberry Finn problem*, Chicago, Temple University Press, 2013.

3. A. Hammerstad, *UNHCR and the Securitization of Forced Migration*, in A. Betts and G. Loescher, eds. *Refugees in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 237-260.

4. A range of ethnographic studies of civil society groups and activist movements have been published in recent years documenting these dynamics. These have mostly focused on the local and national level and framed debates in terms of access to and transformation of citizenship. See e.g. I. Stock, *Daring to care? How volunteers and civil society organisations are shaping*

understood as a fundamental tension in liberal democracy writ large at the EU level. In recent clashes between civil society actors responding to the refugee crisis and the increasingly centralized and nontransparent EU anti-smuggling apparatus, the article concludes, we may be witnessing a relatively new and poorly studied phenomenon of pan-national European citizen mobilization⁵. This development has consequences for European civil society as a whole, raising new possibilities and challenges for democratic accountability within the Union.

1.1. *Structure*

The next part of this article, Part 2, begins with an overview of the EU anti-smuggling framework and some of the criticisms that have been levelled against it. Part 3 then considers how ambiguity surrounding the legislation has led to intimidating and dissuasive policing practices vis-a-vis the work of civil society groups supporting migrants in Europe; it also details some cases of explicit criminalisation. Part 4. explores the narrative lens through which civil society actors have framed their response to policing and criminalisation and sought to counter criticisms levelled at them through appeals to both national tropes and universal values. Part 5 considers the theoretical implications of the debate in relation to solidarity and citizenship towards migrants and refugees in Europe. It highlights an escalation of the normally nationally located liberal/communitarian challenge to the EU level and argues that this is a consequence of the increasingly powerful role of EU institutions in matters of controlling irregular migration, including the fight against smuggling.

1.2. *Methodology*

The article draws on a body of research on the policing and criminalisation of the provision of humanitarian assistance to migrants and refugees within the EU conducted between 2011 and 2017 by the author and colleagues⁶ in a range of contexts including in: France, the UK, Hungary and Italy. It includes analysis of survey data gathered as part of a study commissioned by the European Parliament LIBE Committee in 2015, and of

asylum seekers access to citizenship through social support, COMCAD Arbeitspapiere, Working Papers no. 156, Germany, Bielefeld University, 2017; and the 2016 Special Issue of *Citizenship Studies* on *The Contentious Politics of Refugee and Migrant Protest and Solidarity Movements: Remaking Citizenship from the Margins* 5(20).

5. For one example of a study of supranational civil society action in context of the 'European Refugee Crisis', see M. Stierl, *A sea of struggle – activist border interventions in the Mediterranean Sea*, in *Citizenship Studies*, 2016, 20(5), pp. 561-578.

6. With special thanks to Dr Sergio Carrera and Lina Vosyliūtė for their collaboration in this research.

interviews conducted as part of an ongoing research project on social trust and the criminalisation and policing of humanitarian assistance to irregular migrants in Europe led by Dr Sergio Carrera at the Centre of European Policy Studies⁷.

2. Anti-smuggling and the European Refugee Crisis

Blocking individuals from irregularly arriving to the EU (where they are entitled under the 1951 UN Geneva Convention to seek asylum⁸) has been a priority response by EU institutions to the 2015-2017 European refugee crisis. The 2017 EU-Turkey Deal⁹ (which, among other measures, introduced new closed detention ‘hotspots’ for asylum arrivals with the condition that those refused protection will be sent back to Turkey); the growing militarisation of the Mediterranean Sea (including the deployment of NATO military vessels¹⁰ and EU-funded training of the Libyan coastguard to receive fleeing vessels back to their shores¹¹); and the erection of a border wall and posting of 20 Frontex officers on the Hungarian-Serbia external Schengen border¹² (where reports of violence and *refoulement* are among human rights investigations currently being investigated in national and international courts¹³), are just three of the most recent and controversial

7. Three research projects have contributed to the analysis presented in this article: (i) an historical study of the criminalisation of humanitarian assistance in France conducted by the author – see J. Allsopp, *Contesting Fraternité: Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2012. (ii) a study of the impacts of EU anti-smuggling laws on civil society commissioned for the European Parliament’s LIBE Committee – see S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>; and (iii) An ESRC-funded one year research project on *Anti-Smuggling Policies and their Intersection with Humanitarian Assistance and Social Trust* conducted by the Centre for European Policy Studies (CEPS) in cooperation with Queen Mary University London and PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) – ongoing.

8. UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28th July 1951, United Nations, Treaty Series. Volume 189, p. 137. Available at: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>.

9. Council of the EU, *EU-Turkey statement*, 18 March 2016, Press Release, 18 March. <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

10. NATO, *Factsheet: NATO’s Deployment in the Aegean Sea* October 2016. http://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2016_05/20160519_1605-factsheet-aegean-sea.pdf.

11. UN Security Council, *Security Council resolution 2291 (2016) [on extension of the mandate of the UN Support Mission in Libya (UNSMIL) until 15 December 2016]*, 13 June 2016, S/RES/2291 (2016), available at: <http://www.refworld.org/docid/5761536c4.html>.

12. J.C. Juncker, Letter to Victor Orban. Obtained by Politico. September 5th 2017. Published by Politico. Available at: <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/09/JunckerOrbansignedletter.pdf>.

13. Oxfam, Belgrade Centre for Human Rights and Macedonian Young Lawyers Association, A dangerous ‘game’ the pushback of migrants, including refugees, at Europe’s borders, April 2017, Joint Agency Briefing Paper <https://www.oxfam.org/en/research/dangerous-game-pushback-migrants-including-refugees-europes-borders>.

acts in a raft of deterrence measures which have raised wide-ranging human rights concerns from both within and outside of the EU¹⁴.

The erection of new borders both within and around the EU (a dynamic that has come to be known as ‘Fortress Europe’¹⁵) has also been justified through the lens of combatting organised crime i.e. cracking down on migrant smuggling. The targeting of criminal networks of smugglers was a key item in the 2015 European Agenda on Migration¹⁶. Meanwhile, a body of EU policies, laws and agencies have been developed to prevent, investigate and prosecute smuggling¹⁷. Through the lens of the fight against organised crime, combatting smuggling is often framed as an end in itself¹⁸. This article nevertheless interrogates some of the humanitarian consequences of this approach.

2.1. *EU Agencies and Anti-Migrant Smuggling*

Over the last three years, various EU Home Affairs agencies have been granted extended powers to prevent human smuggling. These include Frontex (the European Border and Coast Guard Agency), Europol (the EU’s law enforcement agency), Eurojust (The EU’s judicial cooperation unit) and EASO (European Asylum Support Office). Their new mandates have been consolidated in a range of instruments including the EU Commission’s May 2015 Action Plan against Migrant Smuggling¹⁹. Among other innovations, this plan introduced a ‘multi-agency approach’ and granted EU agencies more capacity to support Member States in the investigation and prosecution of migrant smuggling networks. Meanwhile, Europol established a new European Migrant Smuggling Centre in February 2016. A range of Joint Sea and Land Operations involving diverse national and EU agencies have also taken place with the aim of combatting smuggling. These operations – including Operation Mare Nostrum which was launched in the Mediterranean Sea in 2013 and its controversial replacement by Operation Triton JO in

14. L. Pitel and L. Cendrowicz *EU-Turkey refugee deal: UN and Amnesty attack “short-sighted and inhumane” plan*, *Independent*, 6 March 2016. Available at: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/eu-turkey-refugee-deal-un-and-amnesty-attack-short-sighted-and-inhumane-plan-a6919966.html>.

15. M. Carr, *Fortress Europe, Dispatches from a Gated Community*, London, Hurst and Company, 2012.

16. European Commission, A European Agenda on Migration, Communication, COM(2015) 240 final, 13.5.2015, Brussels.

17. For a detailed account of these developments, see S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

18. See S. Carrera and J. Allsopp, *The Irregular Immigration Policy Conundrum: The Ineffectiveness of Expulsion and Criminalization Policies*, in F. Trauner and A. Ripoll Servent, (Eds.) *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2018, pp. 70-82.

19. European Commission, Communication (2015), EU Action Plan against migrant smuggling (2015-2020), COM(2015) 285 final, 27.5.2017.

2014 and Operation Sophia in May 2015 – have been criticised in terms of their commitment to human rights and prioritisation of deterring arrivals over saving lives²⁰.

Frontex has emerged as a key player in this field. The 2016 European Border and Coast Guard Regulation gives Frontex new powers to prevent and detect ‘cross-border crimes’ of migrant smuggling²¹; and Frontex officers and border guards from Member States coordinated by Frontex are deployed in certain external Schengen land and sea borders including in Greece, Italy and Hungary²².

Some EU representatives and Member States have argued that this hard-line approach to migrant smuggling is just one side of a progressive migration management strategy outlined in the 2015 European Agenda on Migration. This agenda also foresees the concentration of more resources in the ‘affected’ (refugee producing) regions through economic development programmes, coupled with the opening of ‘safe routes’ through increased resettlement programmes for individuals most vulnerable in need of international protection²³. Many NGOs have nevertheless been quick to point out the lack of progress in relation to the development of safe and legal channels²⁴. The reluctance of certain Member States to participate in proposals of a new EU resettlement programme, including the UK and Hungary among others, is a case in point²⁵.

20. See e.g. G. Bevilacqua, *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*, in G. Andreone (eds) *The Future of the Law of the Sea*, Cham, Switzerland, Springer International Publishing, 2017, pp. 165-189; G. Butler and M. Ratcovich, *Operation Sophia in uncharted waters: European and international law challenges for the EU Naval Mission in the Mediterranean Sea*, in *Nordic Journal of International Law*, 2016, 85(3), pp. 235-259.

21. Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC.

22. J.C. Juncker, Letter to Victor Orban. Obtained by Politico. September 5th 2017. Published by Politico. Available at: <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/09/JunckerOrbansignedletter.pdf>.

23. See European Commission, A European Agenda on Migration, Communication, COM(2015) 240 final, 13.5.2015, Brussels. See also UN General Assembly, *New York Declaration for Refugees and Migrants: resolution / adopted by the General Assembly*, 3 October 2016, A/RES/71/1, available at: <http://www.refworld.org/docid/57ceb74a4.html>.

24. Amnesty International European Institutions Office et al. *No Time to Waste: NGOs Call Upon EU Institutions and Member States to Expand the Use of Safe and Legal Channels for Refugees*, 2017. Joint statement by NGOs. Brussels, 25 January 2017. Available at: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2017/01/Joint-Statement-safe-channels-25-January-2017-final.pdf>.

25. M. Dejevsky, *Think Hungary's shock 98 per cent vote to reject EU refugee quotas makes it the exception? Think again*, *Independent*, 3 October 2016. Available at: <http://www.independent.co.uk/voices/hungary-refugee-quota-referendum-eu-europe-turning-back-on-refugee-quotas-a7343106.html>.

Another important challenge to such policies, highlighted in the 2015 EU Action Plan against Migrant Smuggling²⁶, concerns the risk of criminalising individuals and groups who provide humanitarian assistance to vulnerable migrants. In other words, the EU anti-smuggling apparatus raises and fails to resolve a fundamental tension: how do you discern a Schindler from a smuggler, or a Good Samaritan from a criminal?

2.2. *Defining Smuggling at the EU level: The Facilitation Directive*

In law, the opacity between the criminalisation of people smuggling on the one hand, and the criminalisation of those providing humanitarian assistance on the other, is a by-product of the EU ‘Facilitator’s Package’. This legal instrument is composed of Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (the Facilitation Directive)²⁷ and the Council Framework Decision 2002/946/JHA²⁸ on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorized entry, transit and residence.

The Directive gives a common definition of the «facilitation of illegal immigration» and defines the following as infringements (own italics): (i) assisting intentionally a non-EU country national to *enter or transit* through the territory of an EU country, in breach of laws – Article 1(a); (ii) assisting intentionally, and *for financial gain*, a non-EU country national to *reside* in the territory of an EU country, in breach of laws – Article 1(b) ; and (iii) instigating, assisting in or attempting to commit the above acts – (Article 2). EU Member States are required to «adopt effective, proportionate and dissuasive sanctions» for these infringements in their national laws (Article 3).

Article 1(2) of the Directive contains an optional clause for Member States to explicitly exclude humanitarian actors from criminal sanctions. It states that:

«Any Member State may decide not to impose sanctions with regard to the behaviour defined in paragraph 1(a) by applying its national law and practice for cases where the aim of the behaviour is to provide *humanitarian assistance* to the person concerned» (own Italics).

26. European Commission, Communication (2015b), EU Action Plan against migrant smuggling (2015-2020), COM(2015) 285 final, 27.5.2017.

27. Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, OJ L 328, 5.12.2002.

28. Council Framework Decision [2002/946/JHA](#) of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, OJ L 328, 5.12.2002.

However, exempting humanitarian acts from criminalisation is not part of EU law. Consequently, Member States have variably transposed this Directive into national legal frameworks²⁹. Currently, facilitating irregular entry is punished in all 28 EU Member States, yet only a quarter have a form of humanitarian safeguard in accordance with Article 1(2) including Greece, Spain and France, among other countries³⁰. Those that do employ safeguards employ different definitions. In Sweden, for example, consideration is given to whether the crime was committed for reasons of «strong human compassion»³¹. Although when it comes to those seeking asylum, the Framework Decision includes a safeguard for international protection, this has also been variably adopted by states in practice.

The Directive also does not include the requirement that there be financial or material gain in the case of facilitation of entry for the act to constitute a criminal offence. Over a quarter of Member States do not exempt non-profit acts or humanitarian assistance from criminalisation under facilitation of residence³². The nature and scope of ‘what’ humanitarian assistance actually involves is also not defined by the Directive. Neither are the potential relationships between the facilitator and the irregular migrant, which may include family members or private relationships. It has been highlighted that in placing special emphasis on imposing criminal sanctions for facilitators of stay who act «for financial gain»³³, the Directive puts at greater risk of prosecution and conviction service providers to irregular migrants and other members of society such as landlords³⁴. These legal uncertainties are exacerbated by the omission in the Facilitators’ Package of its relationship with other relevant human rights instruments at the international and regional levels which impose legal obligations on individuals and States to provide

29. S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

30. See European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of persons engaging with them*, March, FRA, Vienna, 2014.

Available at: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

31. *Ibid.* p. 15.

32. *Ibid.* p. 16.

33. Article 1.1.b of the Directive stipulates that «any person who, for financial gain, intentionally assists a person who is not a national of a Member State to reside within the territory of a Member State [is] in breach of the laws of the State concerned on the residence of aliens».

34. See Section 4 *Effects of the Facilitation Directive as Implemented in Member States*, in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, pp. 45-61. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

assistance to those in need, including people facing destitution or whose lives are at risk at sea³⁵.

Of particular relevance here is the substantial ‘implementation gap’ between the 2000 UN Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air³⁶ and international and EU legal frameworks on people smuggling. The UN Protocol differs from the EU legal framework in three main ways: i) the extent of the inclusion and definition of an element of «financial gain» in the description of facilitation of irregular entry, transit and stay; ii) the inclusion of an exemption of punishment for those providing humanitarian assistance; and iii) specifying safeguards for victims of smuggling.

The differences between the UN anti-smuggling framework and the EU ‘Facilitator’ Package’ on the one hand, coupled with the inconsistencies in how Member States have transposed the laws into national legislation on the other, has produced significant inconsistencies among domestic laws in relation to both the definition of the specific conduct to be criminalised and the requirement of an element of profit or financial gain for facilitation of irregular stay to be punished³⁷. This results in legal uncertainty and inconsistency. As one civil society organisation put it, «we work in a grey area»³⁸. Previous studies have demonstrated that fear of sanction in itself can have a deterrent effect, contributing to «collective indifference»³⁹. The large scale and importance of civil society work in protecting the rights of migrants and asylum seekers – which led in recent years, among others accolades, to civil society groups in Greek islands to be nominated for the Nobel Peace Prize – demonstrates the potentially devastating consequences of any perceived or real ‘chilling effect’ on this work in terms of impacting on migrants’ access to their fundamental rights.

35. See Section 2 *EU and International Legal Frameworks* in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, pp. 21-37. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

36. United Nations General Assembly, *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15th November 2000. Available at: <http://www.refworld.org/docid/479dee062.html>.

37. See Section 2 *EU and International Legal Frameworks* in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, pp. 21-37. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

38. Focus group discussion with civil society actors, CEPS, Brussels, 11 May 2017.

39. T. Basaran, *The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security*, in *Security Dialogue*, 2015, 46(3), pp. 205-220; see Section 4 *Effects of the Facilitation Directive as Implemented in Member States* in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, pp. 45-61. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

The limited transposition of the voluntary humanitarian exemption requirement and for profit motive has been the subject of ongoing criticism from scholars, international organisations and NGOs⁴⁰, European officials⁴¹, and EU institutions such as the Fundamental Rights Agency⁴². Informal civil society groups and individuals have also mobilized around the issue at the national and EU level: a recent petition launched by WeMove.eu calling for the decriminalisation of assistance was signed by 164,166 individuals⁴³.

3. The Impacts of EU Anti-smuggling Policies on Civil Society

Civil society groups were often the first and sometimes the sole actors responding to the scenes of humanitarian need at Europe's external and international borders during the crisis of 2015-17. This work was, and is, conducted by an expanding group of volunteers and professional service providers, many of whom came to work together for the first time – from reputed international NGOs such as Oxfam or Médecins Sans Frontières, to grass-roots informal collectives and activist groups (both more political groups such as No Borders groups and less explicitly political Refugees Welcome groups) which sprung up in towns across the continent. As one Hungarian civil society actor put it in 2017:

«We are the only ones still doing any kind of work for these people. So there is practically nothing or bare minimum provided by the state and its institutions and authorities...[If] these organisations would shut down now these people would be left with nothing [...]»⁴⁴.

Civil society groups expressed concerns that heightened efforts to combat the smuggling of migrants and refugees during this period were affecting irregular migrants' access to fundamental rights, including healthcare, education and housing. Recent research has corroborated this claim, demonstrating that the anti-smuggling apparatus at

40. E.g. L. Fekete, *Europe: Crimes of Solidarity*, in *Race & Class*, 2009, 50(4), pp. 83-97; F. Webber, *Border wars and asylum crimes*, London, Institute of Race Relations, 2008.

41. In his 2010 report *The Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, the Council of Europe Commissioner for Human Rights raises the criminalisation of persons engaging with foreign nationals with irregular immigration status as a key concern. See: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605>.

42. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of persons engaging with them*, March, FRA, Vienna, 2014.

Available at: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

43. WeMove, *Criminalising Humanity: Petition to the European Commission*, 2016. Available at: <https://act.wemove.eu/campaigns/criminalising-humanity>.

44. Interview with civil society organisation providing legal assistance in Hungary over Skype, 16 August 2017.

the EU and national level – and most importantly a widespread confusion among actors regarding what is legal and what is not – has led to some NGO workers being legally criminalised for smuggling or related offences when acting to save migrants’ lives. Another pervasive and well documented effect of anti-smuggling laws concerns the ‘chilling effect’ on humanitarian interventions on land and at sea⁴⁵.

3.1. Phase 1 – Unintended Consequences of Ambiguous Legislation?

As the European refugee crisis unfolded, the position of NGOs and civil society groups providing assistance to irregular migrants and asylum seekers became more controversial. Early on, civil society groups highlighted a series of so-called ‘unintended consequences’ of the anti-smuggling apparatus on their work. The results of a questionnaire of 69 civil society organisations and 13 cities across approximately 20 Member States for a 2016 study for the European Parliament⁴⁶ give an indication of the range of material, direct and perceived effects of the Facilitators’ Package on irregular migrants and on individuals and organisations providing humanitarian assistance to them. Almost all of those surveyed considered their work to be humanitarian in nature; claiming to provide services that help migrants to access their fundamental rights (including to health care, shelter, hygiene and legal assistance) and to live with dignity.

Just a handful of survey respondents reported direct experience of proceedings, prosecution or sanction for their work supporting asylum seekers and irregular migrants. Criminal acts included fundraising for the medical bill of a migrant domestic worker without licence, protesting, and misusing public funds. Yet one fifth of respondents from a range of Member States reported that their organisation or a member of their organisation had *feared sanction* for their work assisting an irregular migrant – both for work related to the transit of migrants, and supporting them during their stay in a Member State. The chilling effect of anti-human smuggling laws was confirmed by a recent European Commission evaluation⁴⁷ which corroborated the effects on civil society and private actors

45. J. Allsopp and M-G. Manieri, *The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, in E. Guild, S. Carrera, (Eds.) *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*. CEPS Paperback, 2016, pp. 81-93; T. Basaran, *The saved and the drowned: Governing indifference in the name of security*, *Security Dialogue*, 46(3), 2015, pp. 205-220.

46. S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2016, pp. 45-61. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purposethe-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>.

47. European Commission (2017) REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: The Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework

(such as ship-owners and fishermen). Those assisting irregular migrants also reported a significant margin of manoeuvre and degree of arbitrariness in the way the Facilitation Directive is implemented in their Member State, and there is also widespread confusion among civil society actors around how the Facilitation Directive *should* be implemented in their Member State, leading to misinformation and ‘erring on the side of caution’, thereby compromising migrants’ access to vital services. This is especially true in the context of the significant increase in the number of people migrating to Europe and seeking asylum, where everyday citizens are obliged to volunteer vital services without full training in the absence of sufficient state provision.

Data from the surveys suggests that while in some Member States, such as France, Spain and Belgium, the fear of sanction for assisting the irregular entry, transit or stay of an irregular migrant under the grounds of the Facilitation Directive has decreased, in part due to reformed national legislation informed by civil society activism⁴⁸; in other Member States, civil society organisations increasingly fear sanction for their work supporting irregular migrants. This appears to be especially true in EU external border states which have seen large and unprecedented influxes of migrants, such as Hungary, Italy and Greece. This finding is confirmed by ongoing research. Reported incidents of criminalisation in Italy and France include administrative fines for distributing food and erecting shelter. Meanwhile, policing measures include intimidating acts such as the parking of police vans outside service provision spots and disciplining measures such as repeated ID checks of volunteers⁴⁹.

3.2. Phase 2 – *The Debate Intensifies: NGOs as ‘Collaborators’*

Previous analysis has framed both the real and normative tensions between anti-smuggling laws in Europe on the one hand, and the safeguarding of the independence of humanitarian actors on the other, in terms of ‘unintended’ or ‘indirect’ policy consequences. Another body of work has seen this tension as reflective of a more

Decision 2002/946/JHA). Available at: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/EN/SWD-2017-120-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

48. See Section 4 *Effects of the Facilitation Directive as Implemented in Member States* in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, pp. 45-61. Available at: <https://www.ceps.eu/publications/fit-purpose-the-facilitation-directive-and-criminalisation-humanitarian-assistance>; for analysis of the civil society movement and legal changes in France, see J. Allsopp, *Contesting fraternité: Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2012.

49. See S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

fundamental tension in liberal democracy between communitarianism and universalism; and as evidence of the important role of civil society in protecting society's 'core principles'⁵⁰. These effects can be mitigated but never fully resolved. Indeed, an element of social mistrust or respectful conflict between civil society and statutory actors is fundamental feature of a healthy democracy.

During 2016 and 2017, in some parts of the EU, attacks on civil society organisations under the guise of anti-smuggling measures nevertheless became more confrontational, leading some actors to consider that the counter effects of anti-smuggling measures on their work were intentional after all: intended to reduce the monitoring role of civil society and reduce scrutiny of statutory actors as well as creating a hostile environment for migrants by reducing access to services. Attacks on civil society actors came from national, local and EU actors.

Frontex provoked the ire of civil society groups from across the EU by alleging a link between humanitarian assistance and people smuggling, claiming that NGOs' proximity to Libyan waters and the increasing number of people rescued monthly suggested a 'pull factor' for irregular migration⁵¹. The labelling of Search and Rescue NGOs as a 'pull factor' for irregular immigration and smuggling networks was unsubstantiated (more migrants were rescued by Italian authorities than NGOs), but it nevertheless had the effect of increasing the policing of the activities of civil society organisations at sea and of creating a more controlled and 'hostile' environment for their operations. The accusation of collusion has also been leveled at civil society groups by a number of prominent figures including a public prosecutor in Catania⁵². In an increasingly toxic debate between Hungarian civil society and the Orbán government, NGOs (especially foreign funded NGOs) have also been accused of being a 'pull factor'⁵³ for irregular migration and human smuggling. As a consequence, they have been subjected to controversial new monitoring laws that have been challenged at the EU level⁵⁴.

50. J. Allsopp, *Contesting Fraternité: Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2012.

51. Financial Times, *EU border force flags concerns over charities' interaction with migrant smugglers*, (2016) article by Duncan Robinson, December 15. Available at: <https://www.ft.com/content/3e6b6450-c1f7-11e6-9bca-2b93a6856354>; Frontex (2017) Annual Risk Analysis of 2017. Available at: http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf.

52. K. Loftin, *Collusion or compassion? Accusations levied against Mediterranean rescue NGOs*, The World Weekly, 27 April 2017. Available at: <https://www.theworldweekly.com/reader/view/storyline/2017-04-27/collusion-or-compassion-accusations-levied-against-mediterranean-rescue-ngos/9972>.

53. Interview with UN agency, Budapest, 31 August, 2017; Interview with government affiliated research centre on migration, Budapest, 30 August 2017.

54. A. Byrne, *EU escalates legal action against Hungary over NGO law*, (2017). Financial Times, 4 October 2017. Available at: <https://www.ft.com/content/c148694d-685f-3405-ba9d-7c4fda603054?mhq5j=e7>.

Meanwhile, local and national actors in countries including Italy justified more stringent checks on the activities of civil society groups with direct reference to terrorist incidences in Europe. Following the Bataclan terror attack in Paris on 13 November 2015, for example, Baobab Experience, a service provider in Rome which provided shelter and food to some 55,000 irregular migrants and asylum seekers between Summer 2015 and Spring 2016, was raided by police and migrants without identification were rounded up in riot vans to be fingerprinted⁵⁵. This demonstrates that the work of CSOs assisting migrants and refugees is impacted not just by the anti-smuggling agenda, but by a broader set of securitisation and anti-terrorism priorities which justify the involvement of a wide range of EU Home Affairs Agencies.

In another development with parallels across the Union in countries including the Netherlands and Belgium⁵⁶, CSOs in the UK have complained that the work of border control is increasingly becoming co-opted into their activities, threatening, on a practical level, the bonds of trust between service providers and the migrants, but also the independence of civil society⁵⁷. The effect of dissuading migrants from accessing services also has broader consequences for society as a whole. As a representative from an international medical NGO based in the UK put it:

«[W]hat we're seeing is a normalisation of civil society being expected to play a role in immigration. Even if it's not explicit that it's a policing event, it's your responsibility to be concerned as well about someone's immigration status. Whereas the doctors we speak to would say actually it's not, I'm not interested in the person's immigration status, I want to treat the patient. And [...] that's been replicated [...] with landlords, in schools to a certain extent as well [...] [A]lthough what you might hear from a politician is that the intended impact is to dissuade, about making it a hostile environment, from our perspective the hostile environment isn't persuading people from staying in

55. Interview with representative of civil society organisation, Rome, Italy, 31 January 2017. See also Repubblica, *Blitz nel centro di accoglienza "Baobab" a Roma: migranti perquisiti e identificati*, article by Viola Giannoli and Salvatore Lucente, 24 November 2015. Available at:

http://roma.repubblica.it/cronaca/2015/11/24/news/blitz_nel_centro_di_accoglienza_baobab_a_roma_controlli_e_perquisizioni-128026444/.

56. See Section 4 *Effects of the Facilitation Directive as Implemented in Member States*, in S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015.

57. Interview with representative of civil society organisation providing medical assistance, London, 6 July 2017; Interview with representative of civil society organisation providing social, medical and legal assistance, London, 10 July 2017; Interview with representative of civil society organisation providing educational assistance, London, 7 July 2017; Interview with government organisation providing legal and social assistance, 12 July 2017.

the UK or from not coming to the UK, what it's doing is making sure you have greater health inequalities because people are getting more sick and not accessing any care [...] it increases the risk of exploitation [...] criminals taking advantage of marginalised people and thriving off this niche area which has been created»⁵⁸.

Previous studies have shown that a degree of trust is important for compliance with enforcement on the part of irregular migrants and those who assist them⁵⁹. In the Netherlands, it is reported that Local Authorities' obligation to report irregular migrants who make use of the new special night shelters has dissuaded them from accessing the service and left them sleeping rough⁶⁰. A representative of an NGO that provides health and social care in London reported that concerns about potential obligations to share data with government officials regarding clients meant they were less likely to collect the data in the first place which has consequences for funding and for monitoring their work⁶¹.

4. EU Civil Society Response

Civil society actors have responded in numerous ways to the increased monitoring and attacks on their operations and reputations. Some – in particular pursuant to the introduction of the EU-Turkey deal – chose to leave the arena of humanitarian assistance in the EU, not wishing to be complicit or 'instrumentalised' in the anti-smuggling agenda. Others continue to operate but «with our heads down»⁶², avoiding unnecessary scrutiny and attention so as to continue to receive statutory funding to provide their crucial services and/or – in the context of the UK, Hungary, Greece and Italy – to maintain government-controlled access to hotspots, transit zones and detention centres where migrants are held⁶³. New scrutiny of their work is thus reportedly having a disconcerting 'silencing effect' on some NGOs⁶⁴. Other civil society groups are taking a more vocal stance and framing their work as an immanent critique of national or European values or,

58. Interview with civil society organisation providing medical assistance, London, 6 July 2017.

59. See e.g. A. Ellermann, *Street-level democracy: how immigration bureaucrats manage public opinion*, in *West European Politics*, 2006, 29(2), pp. 293-309.

60. S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015, p. 57.

61. Interview with civil society organisation providing social, medical and legal assistance, London, 10 July 2017.

62. Interview with civil society organisation providing medical assistance, London, via Skype, 7 July 2017.

63. See S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

64. *Ibid.*

in extreme cases, as civil disobedience against unjust laws. Some NGO Search and Rescue boats in the Mediterranean have responded to recent accusations of colluding with smugglers and new obligations to cooperate with state authorities by leaving the arena, for example, whereas others have refused to sign the new mandatory Italian Mediterranean Code of Conduct and defiantly continue operations⁶⁵.

4.1. *Narrative Frames*

CSOs have defended themselves from accusations of creating a ‘pull factor’ or colluding with smugglers over the past two years in numerous ways. Four main strategies are common: i) they rebut the accusation, stressing that their efforts actually displace and replace those of smugglers; ii) they question the intent of the allegation – pointing to a real lack of effort from States to evidence their allegation as indicative of a different motive; iii) they reframe the discussion from one of migrants’ rights to that of the citizen’s right to assist, thus wielding their national and European citizenship privilege to assist migrants in need; they iv) argue from a universalist, humanitarian or political perspective. Some actors use a combination of the four framings.

4.1.1. *Opposition to Smuggling*

Some civil society groups have been careful to specifically frame their work as existing *in opposition* to smuggling. A respondent from Italy interviewed for ongoing research, for example, stressed that the intimidation they undergo from police to stop their provision of food and services to migrants serves to encourage, not discourage smuggling networks:

«[W]here the collective is prevented from providing these services, the migrants either end up in the street or are forced to turn back to smugglers for assistance. [...] bringing it into the public sphere is a form of protection».

A respondent from the Netherlands similarly commented in the 2015 survey that the difficulties in accessing assistance caused by criminalisation caused vulnerable migrants to «stay in isolation, vulnerable to exploitation». Among these migrants are the ‘most

65. News Deeply, *Expert Opinion: Should Search and Rescue NGOs Sign Mediterranean Code of Conduct?*, article by Daniel Howden and Kim Bode, 16 August 2017. <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2017/08/16/expert-views-should-rescue-ngos-sign-mediterranean-code-of-conduct>.

vulnerable' a Belgium respondent stressed, including pregnant women, trafficking victims and sex workers in need of psychological and health support⁶⁶.

The grounds that providing safe and legal resettlement routes for asylum seeking children in the EU is also a 'pull factor' has also come under fire from politicians. After accepting a small number of unaccompanied minors from France following the demolishing of the 'Jungle camp' in Calais⁶⁷, the UK government shut down the so-called 'Dubs scheme' and refused to work with NGOs to provide 'safe and legal routes' for unaccompanied minors from Calais to come to the UK on the grounds that it constituted a 'pull factor'. Opposition MP Yvette Cooper, Chair of the UK's Home Affairs Select Committee, explicitly stressed that far from stopping a 'pull factor' for irregular migration, in abandoning the scheme the government was reopening a market for traffickers and smugglers to transport children illegally from Calais to the UK. Referring to the then ongoing parliamentary inquiry into the issue, she insisted on the need to listen to and work with NGOs on the ground:

«There is a big gap between what the government has said, and the evidence we heard from local councils and from organisations like Unicef who are working with child refugees. This is too important to get wrong when children's lives and futures are at risk. [...] Ministers have said that they need to end the Dubs scheme in order to prevent trafficking, but Save the Children and others have said this will make child trafficking, abuse and exploitation worse»⁶⁸.

4.1.2. *Question the 'Effectiveness' of Laws*

Some civil society groups have suggested that in increasing their scrutiny of NGOs, certain government and EU actors are trying to distract attention away from policy failures and find a common 'scapegoat'. Common critiques levelled in this regard include: i) EU and statutory actors lack standards for effective policy delivery; ii) statutory actors have no standardized frameworks for measuring the effectiveness of their policies; iii) there is therefore a lack of evidence regarding the impacts of policies and standards being met.

66. S. Carrera, E. Guild, A. Aliverti, J. Allsopp, M-G. Manieri, M. Levoy, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Brussels, European Parliament, 2015.

67. Guardian, *Home Office decision to end Dubs scheme 'not backed by evidence'*, (2016), article by J. Jackson, 6 March 2017. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/06/home-office-decision-to-end-dubs-scheme-not-backed-by-evidence>.

68. *Ibid.*

CSOs, like governments, have different ideas about what makes ‘effective’ policy and what these minimum standards *should* be. In a radio debate on the BBC’s “Moral Maze” a representative of an NGO working to operationalize Dublin III’s family reunion provisions in Calais challenged that with four children having died between 2015 and 2017 trying to cross to the UK illegally (all of whom had a full right to lawful family reunion), and thousands more perishing in the Mediterranean, the obligation to evidence the claimed humanitarian justification for deterrence (‘pull factor’) is both extremely heavy and unmet⁶⁹. In his words, «in our logic, no child should die to deter others from coming». This position was echoed by submissions from UNICEF UK, Save the Children, and the International Rescue Committee to the aforementioned UK Home Affairs Select Committee Inquiry into the situation of Unaccompanied Minors in Europe⁷⁰. Meanwhile, the UK House of Lords recently concluded the Frontex-led joint Operation Sophia to be a failure, it having not «in any meaningful way deterred the flow of migrants, disrupted the smugglers’ networks or impeded the business of people smuggling on the central Mediterranean route.»⁷¹.

As Sergio Carrera and I have previously argued, the lack of knowledge and consensus regarding the impacts and minimum standards for such policies on the ground stems in part from a lack of agreement about what constitutes an ‘effective’ anti-smuggling policy and of the relative importance of different outcomes (security or humanitarian based) in this regard. What is more effective: a fall in the numbers of arrivals, or a fall in the number of migrant deaths at sea? Ambiguity over such questions leads to an ‘ineffectiveness conundrum’: a rhetorical stalemate and opaque EU policy framework in terms of formation, monitoring and evaluation⁷².

Increasingly civic actors contend that the failure to evidence the claimed efficacy of deterrent based interventions reveals the anti-smuggling agenda as principally politically and rhetorically motivated.

69. BBC, *The Morality of Empathy*, The Moral Maze, 18 February 2017. Available at: <http://www.bbc.co.uk/programmes/b08dnwrv>; Interview with a representative of a civil society organisation providing legal assistance in Calais, France, 4 July 2017.

70. UK House of Lord’s European Union Committee (2016) *Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU*, 26 July 2016. Available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldeucom/34/34.pdf>.

71. UK House of Lords (2017) European Union Committee, *Operation Sophia: a failed mission*, 2nd Report of Session 2017-19 HL Paper 5, London, 12 July, p. 14.

72. See S. Carrera and J. Allsopp, *The Irregular Immigration Policy Conundrum: The Ineffectiveness of Expulsion and Criminalisation Policies*, in F. Trauner and A. Ripoll Servent, (Eds.) *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2018, p. 79.

4.1.3. *Immanent Critique and Civil Disobedience*

A third argument used by civil society organisations in rebutting accusations of smuggling is immanent critique. This is an important function of liberal democracy – holding a government or institution accountable to its own professed principles. Immanent critique starts with narrative at one end and ends with civil disobedience at the other end of the continuum. Civil disobedience can be defined as an illegal action committed by a citizen or a group of citizens in order to change a law and remedy a common injustice which they feel to be contrary to what the liberal legal theorist Steven Macedo has called a society’s fundamental «principles of justice»⁷³. It also raises the issue of democratic legitimacy or «the ideal of public justification»⁷⁴.

Immanent critique arguments are not new as justification for circumventing or disobeying real or perceived anti-smuggling laws and their impacts. Prior to the 2015-2017 European refugee crisis, following the introduction of the UN Smuggling Protocol and the EU Facilitators Package in 2002, debates had already arisen in several Member States over the impact of anti-smuggling and migration control policies on the provision of social services to migrants in countries, including in France, Spain, Greece. In these debates, proponents of a more communitarian migration control logic on the one hand, and those advocating more universal hospitality on the other, often drew on national tropes to frame their non-compliance or resistance as a form of civil disobedience. During the public debate about the so-called ‘crime of solidarity’ in France in 2011 for example, both sides claimed their actions sought to defend the Republican principle of *Fraternité*⁷⁵. Meanwhile, in Greece, while the government named an operation to control irregular migration beginning in 2012 after the Ancient Greek god of hospitality, ‘Xenios Zeus’ opponents of the measures and critics of the Greek state’s immigration detention apparatus used the same trope to argue against such deterrence⁷⁶.

In the context of the recent ‘European’ refugee crisis, we are starting to see the emergence of immanent critiques of policy at the EU level. Several civil society groups have appropriated the frame of European values to justify their actions in solidarity with migrants and refugees, appealing - as with the aforementioned WeMove.eu petition – to a common sense a European citizenship. Many civil society Remain groups in the UK also

73. S. Macedo, *Liberal virtues: Citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 79.

74. *Ibid.*, p. 85.

75. J. Allsopp, *Contesting fraternite: Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2012.

76. E. Cossé, *Xenios Zeus: hard times in Greece*, openDemocracy, 9 July 2013. Available at: <https://www.opendemocracy.net/eva-cossé/xenios-zeus-hard-times-in-greece>.

made the case for staying in the EU on the basis of common enlightenment values of human rights, for example. Indeed, it was a common sight at UK Remain rallies to see ‘Refugees Welcome’ placards alongside EU flags as part of a progressive narrative about staying in Europe. Other civil society actors have argued that the EU community’s «basic principles» include assisting vulnerable migrants on the basis of its common history of receiving refugees (and a common shame regarding the episodes in European history where States have not ‘done their bit’). UK efforts to resettle children from Calais to the UK were framed, for example, as a modern-day following of the Kindertransport which sought to honour Europe’s past tradition and learn from mistakes. Lord Alf Dubs, a former Kindertransport refugee himself and former British Member of Parliament lent his own name to the Bill seeking to facilitate the safe passage to more unaccompanied minors from Europe to Britain. As Heidi Allen, the Conservative MP that tabled the amendment stressed in Parliament, the amendment was not just about helping child refugees, but also about the principle of «European solidarity»⁷⁷.

Significantly, thousands and thousands of EU citizens voted with their feet, travelling freely across EU Member States to volunteer at the height of the crisis. Some European citizen activists and volunteers have stated that being European citizen helped them in their work, meaning that they could mobilize their own «citizen privilege» to assist less fortunate migrants⁷⁸. Other civil society volunteers (such as one of a group of Spanish fireman currently on trial for migrant smuggling in the Mediterranean Sea for their work with the Search and Rescue charity PROEM-AID⁷⁹, and some European activists in Ventimiglia who were issued cautions banning them from the border territory) claim that they were targeted regardless of, or specifically because of their European citizenship by way of ‘being made an example’ to dissuade others⁸⁰.

This rooting of universal values and obligations towards outsiders within the European tradition expands the breadth of the movement to a broader spectrum of citizens. The frame adopted exemplifies a combination of ideology and strategy theorized

77. J. Allsopp, *A Very British Tug of War Over Europe’s Child Refugees*, openDemocracy, article published 9 March 2017. Available at: <https://www.opendemocracy.net/5050/jennifer-allsopp/very-british-tug-of-war-over-europe-s-child-refugees>.

78. Interview with civil society activist providing social assistance in Ventimiglia, Italy, via Skype, 20 February 2017.

79. Discussion with Spanish firefighter currently on trial for migrant smuggling, 21 November 2016, European Parliament. For more information on the event see: <http://www.socialplatform.org/blog/round-table-meeting-in-the-european-parliament-on-the-eu-facilitation-directive/>.

80. Interview with civil society activist providing social assistance in Ventimiglia, Italy, via Skype, 20 February 2017. See also ‘G’, G., *Chronology of Incidents against migrants and activists in Ventimiglia 2015-2016*, published in *Q Code Magazine*, 2016. Available at: <http://www.qcodemag.it/2016/12/09/ventimiglia-migranti-repressione/>.

by Westby whereby framing «strategically appropriates hegemonic ideology»⁸¹. This strategy, common in democratic polities and among social movements involving civil disobedience, «displays the ideology and its lived contradictions in collective actions that affirm rather than deny the basic legitimacy of the system». Matringe has commented that the same logic was used by French protesters who used the frame of *Fraternité* to defend their right to assist irregular migrants. In doing so, they sought «the modification of the rule or institution, not the throwing into doubt of the entire system»⁸².

In some areas of civil society – and in particular among the newer more informal civil society groups –, European citizens have thus replicated and sought to transform the solidarity dynamics at the EU institutional level through activism and volunteering: just as EU institutions have positioned themselves in regional solidarity, such as posting Frontex officers pooled from EU Member States at certain EU external borders, EU civil society actors and activists are also present at these borders serving a protective, safeguarding and monitoring function.

4.1.4. *Universalism*

Meanwhile, as NGOs and activists across Europe have faced increasing policing and criminalisation of their work, some frame their solidarity as a religious, humanitarian or political universal moral obligation which is diametrically opposed to traditional ideas of citizenship, including the idea of European citizenship and its associated bias or privilege. There is evidence that this universalist framing nevertheless has its own consequences.

Some international NGOs like Médecins Sans Frontières invoke universalist values with reference to international humanitarian law while also appealing to rights guaranteed by the European project and national laws. In contrast, as explained by a No Borders activist in Calais in 2011, some CSOs (especially more informal activist groups) frame their work as in strict opposition to the international nation-state order altogether:

«My identity as an anarchist promoting no borders comes before any critique of the government qua citizen. Yes, nation states are significant, they impact hugely on people's lives, they are responsible for deaths, tens of thousands of deaths worldwide, but it is for me, in another sense they are wholly

81. D.L. Westby, *Strategic imperative, ideology, and frame*, in *Mobilization: An International Quarterly*, 2002, 7(3), pp. 287-304.

82. J. Matringe, *Le délit de solidarité et la résistance à l'oppression*, Paper delivered at the Observatoire Juridique de la vie politique on September, 24th, 2009.

insignificant [...] in the way I engage with people, borders are not there at all»⁸³.

One of the observations reported across the research is that the more political mobilization is associated with the humanitarian assistance provided to migrants, the more authorities police and seek to discipline a group's operations⁸⁴. Some CSOs interviewed in our research were, for example, keen to disassociate themselves with activist groups, and in particular with internationalist No Borders groups operational in border areas, for fear of reputational harm, even where they shared common purposes or aims in areas of humanitarian assistance⁸⁵. One interviewee who works for a well-established UK NGO which has direct dialogue channels with the government also belongs to an informal activist group. They were very cautious in the interview to separate the two roles out of concern that their association with the activist group could negatively impact on the formal NGO's ongoing dialogue with government. She went so far as to ask that the interviews be conducted as two separate interviews⁸⁶. A civil society volunteer in Rome, Italy, similarly explained how their organisation sought to position itself strategically as 'politically engaged but not too much', so as to avoid excessive scrutiny:

«We organized marches to support migrants' human rights but we know such actions come with a cost. Overall we tried to find a balance so that we could stand up against the injustice but also carry on with our work»⁸⁷.

Across Hungary, the UK, Italy and Greece, CSOs reported cases where their work had been made more difficult after they had spoken out against certain government practices in a way that was perceived to be overly political and in conflict with their service delivery role. Penalties included having statutory funding sources stopped or not renewed, or having their access barred to certain spaces such as detention centres (in the UK)⁸⁸ and transit zones for migrants (in Hungary)⁸⁹. An element of self-censoring thus

83. Interview with civil society activist providing social assistance in Calais, France, 31 March 2011.

84. See S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

85. Interview with CSO providing social assistance in Calais, 11 July 2017.

86. Interview with CSO providing legal assistance, 7 July 2017; Interview with non-formal group (activist), 7 July 2017.

87. Interview with CSO providing social assistance, 31 January, 2017, Rome, Italy.

88. Interview with CSO providing social and legal assistance, London, UK, 7 July 2017.

appears required in certain contexts for CSOs to maintain good working relations with national authorities and continue their service delivery. In some contexts, additional policing is explicitly targeted at CSOs with an international ethos. In Hungary, a controversial new law of June 2017 ('Law on the Transparency of Organisations Receiving Support from Abroad') which has been challenged by the UN⁹⁰ and European Parliament⁹¹, requires 'foreign funded' NGOs to declare sources of international funding and state this in all public outputs. This is experienced by some NGOs as intentional stigmatization or as a «smear campaign against NGO's and organisations working with migrants»⁹². As one interviewee commented, «foreign-funded NGOs are seen as working *against* the national interest»⁹³. Again, this debate is indicative of a wider communitarian/universalist tension which finds expression in the norms and practice of providing assistance (or not) to irregular migrants and asylum seekers in need.

4.1.5. *Combination of Reasons*

In reality, most civil society groups have sought to defend their actions from anti-smuggling accusations through appealing to a range of the aforementioned arguments. After being prosecuted for facilitating irregular entry of migrants, for example, French farmer Cedric Herrou explained that he «has no regrets» for performing his a «citizen's duty» and would not stop helping migrants (indeed, a new investigation was recently opened after he was arrested again for smuggling activities). Herrou explained that he acted to help migrants cross into France from Italy in the aftermath of migrants being run over trying to cross unsafely. «I picked up kids who tried to cross the border 12 times», he explained. «There were four deaths on the highway. My inaction and my silence would make me an accomplice. I do not want to be an accomplice.». Herrou defended his actions as a response to the inefficiency of EU policies and operations in terms of their failure to save lives (see 4.1.2), as a humanitarian obligation (see 4.1.4) and an act of civil disobedience stemming from his duty as French (and European) citizen (see 4.1.3). The word 'accomplice' is especially rhetorically charged, evoking the collective European

89. Interview with CSO providing social and medical assistance, Budapest, Hungary, 30 August 2017.

90. The Independent, *UN condemns Hungary's new law targeting foreign-funded NGOs for "chilling effect" on freedoms and scrutiny*, article by Lizzie Dearden, 16 May 2017.

91. European Commission, *Hungary: Commission launches infringement procedure for law on foreign-funded NGOs*, Press release, Brussels, 13th July 2017.

92. Interview with CSO providing legal assistance, 16 August 2017, via Skype.

93. Interview with non-formal group (activist) providing social assistance, 31 August 2017.

historic memory of the Vichy collaboration with Nazi occupation during the Second World War⁹⁴.

5. Discussion and Conclusion - Liberal Democracy, Refugees and the Crisis of Inclusion and Exclusion

This article has argued that the phenomenon of increased policing and criminalisation of NGOs that has accompanied the EU response to the refugee crisis can be understood as part of a fundamental tension of liberal democracy and nation states writ large at the EU level. This tension is encapsulated by the questions: (i) *who* has the power to include and to exclude; (ii) under *what* conditions; and (iii) *how* is his power policed.

It is recognized in international humanitarian law that we all have a duty to act to save fellow human beings in need, and that human rights are universal. Other protections are included for example in the 1999 UN Declaration on Human Rights Defenders. Yet the boundaries of where this duty begins and ends are often contested. Meanwhile, as Feldman and Ticktin have argued, and as this article has shown, «human rights and humanitarian perspectives on how best to protect human life can mandate conflicting courses of action.»⁹⁵. We have seen that in the fight against migrant smuggling in the EU, the rhetoric of ‘humanitarian reason’⁹⁶ has been used by states and EU agencies to justify stringent anti-smuggling laws and the increased policing of NGOs in the Mediterranean and across the EU to avoid the risk of ‘collaboration’ or ‘pull factors’. Anti-smuggling operations are justified as necessary to protect EU Member States from terrorism and organised crime, but also as a form of ‘saving migrants from themselves’ by deterring them from taking unsafe journeys and risking their lives. The ongoing deaths of migrants seeking safe passage both to and within the Union in real time is a price that many statutory actors appear willing to pay to deter future migrants. Meanwhile, NGOs assert the humanitarian nature of their acts as justification for critiquing and in some cases, for disobeying increased policing and new anti-smuggling regulations and laws. To repeat the words of the NGO worker in Calais: «no child should die to deter others from coming».

The unprecedented new concentration of powers to deter migrants and control the actions of civil society actors at the level of the EU (discussed in Section 2), coupled with

94. See J. Allsopp, *Contesting Fraternité: Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, 2012. Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford for a discussion of how this frame has been employed in the ‘crime of solidarity’ debate in France.

95. I. Feldman, and M. Ticktin, (eds.) *In the Name of Humanity: The Government of Threat and Care*, Duke University Press, Durham and London, 2010, pp. 12.

96. D. Fassin, *Humanitarian reason: a moral history of the present*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2010.

a lack of clear protection for citizens to provide humanitarian assistance to irregular migrants and asylum seekers at the same level (explored in Section 3), has made the Union for one of the first times an arena of democratic deliberation (see Section 4). Parts of civil society have awoken across borders to contest policies and laws that they believe to be contrary to the ‘core principles’ of both the EU and its Member States, as well as contrary to broader humanitarian or political principles. Sergio Carrera and I have argued elsewhere that «the increasing involvement of the EU and its actors in irregular immigration is likely to displace mistrust on the effectiveness of irregular immigration policies from domestic actors towards the EU»⁹⁷. As with mistrust on the effectiveness of policies to control irregular migration, mistrust for policies’ *fairness* or democratic legitimacy has also emerged from across the political spectrum over the course of the refugee crisis. It is important to stress this has led to civil society mobilization to open and close borders and both to welcome and deter migrants. It is beyond the scope of this article to explore civil society actors’ mobilizations to close borders and exclude migrants and refugees, but it must be noted that anti-migrant and xenophobic movements are also on the rise in the EU⁹⁸. Still, efforts to include migrants and asylum seekers have largely been the domain of parts of European civil society; while, with some exceptions⁹⁹, the policies and activities of the EU, its Home Affairs agencies and Member States, have largely followed the populist logic of exclusion.

In a context where the EU is increasingly joining individual nation-states’ efforts to determine the boundaries of inclusion and exclusion and where civil society – the natural counterpart in such discussions – is increasingly the subject of such boundaries and their enforcement, the development of a pan-European civil society is more important than ever for holding EU and Member State institutions to account to a liberal, democratic and humanitarian agenda. The debate poses new questions in an increasingly interconnected world to what a European civil society looks like. Some initial observations are clear.

97. S. Carrera and J. Allsopp, *The Irregular Immigration Policy Conundrum: The Ineffectiveness of Expulsion and Criminalisation Policies*, in F. Trauner and A. Ripoll Servent, (Eds.) *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2018, p. 79.

98. A group of activists crowdfunded more than £67,000 in 2017, for example, to hire the boat as part of a mission to ‘Defend Europe’. See The Independent, *Mayor aims to stop ‘vigilante’ anti-immigrant activists from docking in Sicily*, article by Rachel Roberts, 22 July 2017. Available at: <http://www.independent.co.uk/news/world/sicily-catania-enzo-bianco-defend-europe-libya-migrants-refugee-crisis-mediterranean-a7854301.html>.

99. For example, Germany’s 2015 commitment to assisting Syrian refugees. See e.g. The Independent, *Germany opens its gates: Berlin says all Syrian asylum-seekers are welcome to remain, as Britain is urged to make a ‘similar statement*, article by Allan Hall and John Lichfield, 24 August 2015. Available at: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/germany-opens-its-gates-berlin-says-all-syrian-asylum-seekers-are-welcome-to-remain-as-britain-is-10470062.html>.

Firstly, the state of ‘emergency’ introduced in parts of the EU in response to the ‘refugee crisis’ has brought in a raft of illiberal measures and allowed for unprecedented restrictions on civil society in a number of Member States including the UK, Italy and Hungary. Where civil society actors were often the first to respond to the refugee crisis they are now being forced out, often through measures of policing including intimidation, disciplining and criminalisation¹⁰⁰. In this context, it is crucial that civil society remains connected to preserve the important monitoring and service space it occupies at the national and Europe-wide level.

Secondly, the nature of civil society groups and the work of NGOs in the EU has changed during the refugee crisis. Our ongoing research suggests that the main concerns of practitioners continues to be how to deliver their assistance tasks and responsibilities without being penalised, and how to avoid social exclusion, maintain social cohesion and cater for the needs of all these populations. Meanwhile, organisations used to providing shelter and food have leant into new areas such as legal assistance in recognition of shortcomings in avenues for justice¹⁰¹. The space for civil society groups supporting migrants and refugees in Europe has also expanded to include more informal and loose networks and activist groups who are increasingly connected across borders¹⁰². Many such groups are working with migrants and refugees for the first time. It is yet to be seen how this new arrangement will develop and how these diverse threads will work together, although current research suggests there are examples of tensions as well as fruitful collaborations. More research is needed to explore how different types of civil society groups position themselves strategically according to different frames – from international humanitarian law, religious values, national ethics, political stances and personal ethics which must all be accommodated for civil society actors to operate. And also, crucially, civil society must create space for the voices of affected migrants themselves.

Thirdly, it is important to note that the stakes of maintaining an independent civil society have impacts far beyond the response to the 2015-2017 refugee crisis. Policies which criminalise migration have been shown to have broader impacts on the population as a whole, including making life more difficult for other minority groups in society and

100. See S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

101. Interview with international civil society organisation, London, via Skype, 13 July 2017.

102. We propose the term ‘mobility society’ to capture this demographic of those who move and those who mobilize to support migrants in the EU. See S. Carrera, J. Allsopp and L. Vosyliūtė, (forthcoming), *Policing the Mobility Society: The Effects of Anti-Human Smuggling Policies on Humanitarian Assistance in the EU*, *International Journal of Migration and Border Studies*.

negatively impacting social trust in society¹⁰³. It is hypothesized that policies that criminalise contact with irregular migrants may lead to widespread feelings of subjective insecurity as well as stigma, ill trust and prejudice towards migrants¹⁰⁴. Speaking of the recent deployment of 3,000 new ‘border hunters’ and enhanced policing and reports of violence at the external Schengen border between Hungary and Serbia, one civil society interviewee commented,

«I wonder what is going to happen in a few years time, when those officers who have taken part in these acts of violence will go back to their original postings and community [...], if it will normalize that violence? ... [I]t’s a very serious issue, not to do with migrants and asylum seekers. These police officers will be the ones who stop me on the road or anyone else so that’s very problematic»¹⁰⁵.

Fourthly, and finally, in this emerging arena of pan-European civil society activism, caution must be taken to recognize the specificity of each national context. One Hungarian civil society volunteer highlighted the problems that arose in this regard when activists came to show solidarity with migrants in Szeged at the external Schengen border in 2015:

«There’s EU and German money involved so I get they felt they had a stake in it and it was cool that they came to show solidarity and were helpful, but some had a political mission [...] the other ones would come to Eastern Europe and the Balkans with a very certain type of rhetoric going on nationality. They had their own idea of what political organisation means, not understanding what it looks like here. No Borders struggles in the West have a strong anti-capitalist focus, but you don’t say that here because of the past traumas of communism. So this new European solidarity is great, we were calling people ahead in different countries and coordinating between service

103. J. Allsopp, *The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community*, in E. Guild, S. Carrera, (Eds.) *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU. CEPS Paperback*, 2016, pp. 47-57.

104. See e.g. F. Webber, *Border wars and asylum crimes*, London: Institute of Race Relations, 2008; and Fundamental Rights Agency, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014. See also 2010 report on the Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications by the Council of Europe Commissioner for Human Rights on the risk of hate crime and xenophobia.

105. Interview with representative of a civil society organisation providing legal services, Budapest, via Skype, 16 August 2017.

providers and activist groups. [...] [B]ut there's also a problem in this idea of facilitating only the transit on migrants from East to West, not challenging ideas of East and West *within* the Union»¹⁰⁶.

106. Interview with representative of a civil society organisation providing social services, Budapest, 30 August 2017.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

LE NUOVE DISPOSIZIONI URGENTI PER L'ACCELERAZIONE DEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE, NONCHÉ PER IL CONTRASTO DELL'IMMIGRAZIONE ILLEGALE: UNA (CONTRO)RIFORMA ANNUNCIATA

di Guido Savio

Abstract: Il saggio intende proporre una prima analisi delle principali novità introdotte dalla legge 46/2017, meglio nota come «legge Minniti». La novella è stata subito criticata in riferimento a numerose disposizioni, in particolare con riferimento alla modifica del processo di protezione internazionale ed all'abolizione dell'appello. L'articolo oltre a dare conto di tali critiche, pur nella consapevolezza della recente entrata in vigore e conseguente assenza di giurisprudenza, propone una lettura critica di altre disposizioni, solo apparentemente secondarie, come la riforma del sistema delle notificazioni, la videoconferenza, il non auspicato ritorno in voga della detenzione amministrativa e altre ancora. Le disposizioni disegnano un quadro complessivo di carattere nettamente regressivo quanto alla tutela di migranti e richiedenti asilo.

Abstract: The article presents an initial analysis of the content of the law no.46/2017, so called "Minniti law". The law has been criticized on several aspects, in particular on the changes to the international protection procedure and on the abolition of the appeal. The article outlines those critical aspects, taking into account the recent entry into force and the lack of case law, and provides a critical overview of other rules, apparently of secondary importance, such as the notifications, the video conferences and the undesired renewed importance of the administration detention, etc. The new rules define a regressive legal framework as regards the protection of migrants and asylum seekers.

LE NUOVE DISPOSIZIONI URGENTI PER L'ACCELERAZIONE DEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE, NONCHÉ PER IL CONTRASTO DELL'IMMIGRAZIONE ILLEGALE: UNA (CONTRO)RIFORMA ANNUNCIATA

di Guido Savio*

SOMMARIO: 1. Note introduttive – 2. Le nuove disposizioni relative all'identificazione degli stranieri rintracciati in condizioni di irregolarità o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare – 3. Le modifiche relative alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale: incremento dei commissari, videoregistrazione del colloquio e notificazioni – 4. Le nuove sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea – 5. Il nuovo rito applicato alle controversie in materia di protezione internazionale (ed a quelle relative alla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di protezione) – 6. Le controversie in materia di protezione umanitaria: quale rito? – 7. Le modifiche alla disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo (e non solo). – 8. L'ordine delle cose.

1. Note introduttive

Nel corso dell'audizione innanzi alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, tenutasi il 21 giugno 2016, il Ministro della giustizia Andrea Orlando affermava che «l'esponenziale aumento delle domande di asilo dirette alle Commissioni territoriali si è tradotto in un altrettanto esponenziale incremento del numero delle impugnazioni in sede giurisdizionale [...]» con ciò evidenziando quel che era noto a tutti, ma che una non appropriata rilevazione statistica nei vari uffici giudiziari stentava a definire sia in relazione al numero delle cause pendenti che a quello della loro definizione. L'incremento degli sbarchi (e conseguentemente delle domande di protezione) a partire almeno dal 2014, produceva i suoi effetti – com'era inevitabile – anche sul carico di lavoro dei Tribunali, sicché sempre

* Avvocato del Foro di Torino; socio ASGI.

il Guardasigilli, nella stessa audizione, significava che «il Ministero della giustizia ha infine assunto l’iniziativa di presentare ulteriori interventi normativi per una gestione più efficiente del fenomeno e una riduzione del tempo di esame delle domande di asilo attraverso un disegno di legge delega attualmente al vaglio del Governo [...]». Dopodiché, per circa otto mesi non se ne seppe più nulla, nessuna delega legislativa venne emanata, anzi, il Governo, com’è noto, ricorse alla decretazione d’urgenza con il d.l. 17.2.2017, n. 13 cui conseguì – a causa del contingentamento dei tempi di conversione – un sostanziale esautoramento del Parlamento. Infatti, il decreto legge n. 13, dopo un esame congiunto delle Commissioni affari costituzionali e giustizia del Senato che apportò alcune modifiche al testo originario, recepite con un unico emendamento, approdò alla Camera per essere velocemente convertito con voto di fiducia nella legge 13.4.2017, n. 46.

Ricostruire, seppur sommariamente, la dinamica della legge in commento è utile perché evidenzia come il Governo abbia inteso chiudere velocemente la partita, presumibilmente perché gli obiettivi prefissati non sarebbero stati raggiunti seguendo l’*iter* parlamentare ordinario. Eppure in una materia così articolata che incide sul destino di decine di migliaia di persone in un contesto migratorio complesso e problematico rinunciare all’apporto di tutte le componenti parlamentari e degli addetti ai lavori (magistrati, avvocati, operatori, studiosi del diritto d’asilo e dell’immigrazione) ha evidenziato la volontà di dare un segnale politico forte, indipendentemente dalla concreta utilità del risultato, che ha indubbiamente rafforzato il Governo – e il Ministro dell’interno in particolare – rispetto alla maggioranza dell’opinione pubblica italiana e soprattutto europea, anche alla luce dei successivi avvenimenti che hanno caratterizzato l’estate del corrente anno (codice di condotta per le ONG, sequestro di una nave umanitaria, aiuto alla guardia costiera libica, riduzione del numero di sbarchi [...]). Insomma, pare di potere affermare che l’urgenza della definizione più rapida delle procedure di protezione internazionale è stata solo l’occasione che il Governo ha colto per mettere in atto una politica di forte riduzione dei diritti e delle garanzie per i richiedenti asilo in un quadro complessivo di esternalizzazione verso la Libia del controllo delle migrazioni. Il tempo dirà se effettivamente le misure adottate serviranno a ridurre i tempi di decisione, nel frattempo, però, si è cercato di lavorare a monte, riducendo le possibilità di accesso alle frontiere meridionali dell’UE e poco importa se nei Centri di detenzione libici o alla frontiera nigerina i diritti umani fondamentali sono calpestati.

È in questo contesto che vanno letti e analizzati gli istituti di nuovo conio.

Prescindendo dalle ragioni di opportunità politica contingente, il ricorso alla decretazione d’urgenza ha suscitato notevoli perplessità quantomeno per due ordini di ragioni:

a) l'incremento delle domande di protezione internazionale è stato in costante crescita dal 2011 e ancor di più dal 2014¹, sicché non pare possa ritenersi questione imprevista e straordinaria tale da giustificare una situazione di straordinaria necessità ed urgenza che costituisce il presupposto costituzionale del decreto legge;

b) ai sensi dell'art. 21 l. 46/17 (disposizioni transitorie) le norme recanti importanti modifiche procedurali si applicano alle cause ed ai procedimenti giudiziari sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del decreto, così come le nuove disposizioni relative alla videoregistrazione del colloquio avanti le Commissioni territoriali si applicano alle domande di protezione internazionale presentate dopo il 17 agosto 2017. Quindi, trattandosi di norme di non immediata applicazione, è evidente il difetto dell'urgenza. Pure ammettendo la necessità di decreti attuativi e di strumenti organizzativi, la posticipazione di ben sei mesi dell'applicazione delle principali novità rispetto all'entrata in vigore del decreto legge non pare idonea a risolvere il problema dell'elevato contenzioso giudiziario, posto che le cause introiettate fino al 17 agosto continuano seguendo il vecchio rito e viene così a determinarsi un duplice sistema parallelo che perdurerà ancora per anni, fino all'esaurimento dell'arretrato che non verrà affatto smaltito più velocemente. Anche sotto tale profilo, dunque, la scelta della decretazione d'urgenza non pare conforme rispetto al fine conclamato.

Nelle pagine che seguono si cercherà di dar conto delle principali novità introdotte dalla legge 46/2017, secondo un ordine che vorrebbe idealmente seguire il percorso del migrante che intende presentare domanda di protezione internazionale: dal momento del suo rintraccio in condizioni di irregolarità sul territorio ovvero di soccorso in mare, all'esame della richiesta da parte delle competenti Commissioni territoriali ed alle nuove modalità di notificazione delle loro decisioni, fino alle importanti modifiche procedurali relative alla (ridotta) tutela giurisdizionale, non senza tralasciare gli "incidenti di percorso" eventuali come il trattenimento nei nuovi Centri di permanenza per i rimpatri.

2. Le nuove disposizioni relative all'identificazione degli stranieri rintracciati in condizioni di irregolarità o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare

L'art. 17, l. 46/17 introduce il nuovo art. 10 *ter* nel d.lgs. 286/98 (che segue così l'art. 10 dedicato alla disciplina dei respingimenti e l'art. 10 *bis* inerente la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale) inserito nel Capo II del TU relativo proprio al controllo delle frontiere, al respingimento ed alla disciplina delle espulsioni.

1. L'incremento delle domande di protezione internazionale ha avuto il seguente sviluppo: anno 2013: 26.660; anno 2014: 63.456; anno 2015: 83.970; anno 2016: 123.600 (fonte Dossier del servizio studi del Senato sull'A.S. 2705, marzo 2017 n. 469, p. 56).

Ai sensi degli artt. 9 e 14 del regolamento UE 603/2013 (Eurodac) è fatto obbligo agli Stati membri, ai fini dell'efficace applicazione del regolamento UE 604/2013 (Dublino III), di prelevare le impronte digitali di tutte le dita dei cittadini di Paesi terzi o apolidi di età non inferiore ai quattordici anni sia che presentino domanda di protezione internazionale, sia se vengono fermati all'atto dell'attraversamento irregolare della frontiera in provenienza da Paesi terzi sempre che non siano stati respinti e, pertanto, abbiano fatto ingresso nel territorio di uno Stato membro. È un obbligo comunitario che l'Italia negli anni passati faticò a rispettare a causa del rifiuto ostinato di alcuni soccorsi in mare che intendevano sottrarsi all'identificazione dattiloscopica al fine di non precludersi la possibilità di presentare domanda di protezione nei Paesi del nord Europa, sottraendosi così al regolamento Dublino in tema di determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda stessa². Nonostante ormai l'Italia abbia raggiunto quasi il 100% di effettuazione di tali rilievi (e quindi la questione abbia perso i requisiti di attualità ed urgenza), il Governo ha ritenuto di rafforzare l'attuazione degli obblighi comunitari con la specifica disposizione in commento relativa proprio all'identificazione.

Si prevede che, allo scopo di procedere ai predetti rilievi, chi viene rintracciato all'atto dell'attraversamento irregolare delle frontiere tanto interne che esterne, oppure è condotto nel territorio nazionale in occasione delle operazioni di soccorso e salvataggio in mare debba essere condotto presso «appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al d.l. 30.10.1995 n. 451, convertito, con modificazioni, dalla l. 29.12.1995 n. 563 e delle strutture di cui all'art. 9 d.lgs. 142/2015». Ad analoghe operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico debbono essere sottoposti tutti gli stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale (art. 10 *ter*, co. 2, l. 46/2017). Questi «punti di crisi» non son altro che gli hotspot – nella terminologia dell'Unione europea – già previsti nella Roadmap italiana (e definiti come Centri chiusi³) resa nota dal Ministero dell'interno con comunicazione del 28 settembre 2015 in esecuzione dell'impegno dell'Italia per il sistema comune di asilo e regolamentati da una circolare dello stesso dicastero del 6 ottobre 2015 in cui si dava atto che «il meccanismo – a regime – prevede 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

2. I lettori ricorderanno che si prospettò il ricorso ad un uso moderato della forza per superare tali resistenze: a tal proposito si rinvia alla scheda pratica dell'ASGI *L'identificazione dei cittadini stranieri da parte delle forze di polizia e il divieto dell'uso della forza per i rilievi fotodattiloscopici* del 14 dicembre 2014, reperibile sul sito www.asgi.it. Recentemente il tema è stato ripreso ne *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea* a cura di M. Savino, Editoriale scientifica, 2017, capitolo 1, *La prima accoglienza* di L. Masera e G. Savio, p. 58, ss.

3. Cfr. Roadmap italiana p. 6.

(con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria Eurodac 2)».

Si tratta di Centri chiusi che sono privi di base legale perché la legge n. 563/1995⁴, cui rinvia il testo in esame, nulla prevede circa le condizioni e la durata del trattenimento presso questi luoghi, ove si perpetra una restrizione della libertà personale senza le garanzie previste dall'art. 13 Cost.

Senza dubbio è questa la violazione più evidente dell'*habeas corpus* della nuova legge.

Gli hotspot sono strutture chiuse, dalle quali non è possibile allontanarsi, la stessa circolare ministeriale prevede un tempo medio di permanenza di 24-48 ore. Benché sia finalizzato esclusivamente al primo soccorso medico e alla pre-identificazione, il trattenimento in tali strutture – soprattutto in periodo di elevato afflusso di migranti – dura ben oltre le 48 ore, come documentato anche da indagini parlamentari (Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Roma, 2016, p. 22 ss.).

Ma, indipendentemente dalla durata della permanenza necessaria allo svolgimento delle attività previste, il punto è che qualsiasi limitazione della libertà personale e/o della circolazione non può, evidentemente, essere normata da una circolare. La nota sentenza Khlaifia (Corte EDU, G.C. 15.12.2016) ha stabilito che il trattenimento degli stranieri in strutture chiuse (come quello che si è praticato a Lampedusa nel 2011), 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, oltre che – secondo il diritto interno – con gli artt. 10, co. 2 e 13, co. 2 e 3, Cost.

Ciononostante, il Governo italiano ha fatto orecchie da mercante, come se la vicenda che diede origine alla citata sentenza della Grande Chambre fosse acqua passata, superata dalle attuali contingenze, quando, invece, negli hotspot possono riprodursi le medesime condizioni fattuali verificatesi a Lampedusa nel 2011.

S'è detto come la necessità di effettuare il rilievi fotodattiloscopici e segnaletici risponda ad un preciso obbligo comunitario derivante dal regolamento UE n. 603/ 2013. All'art. 29 di tale regolamento sono definiti i diritti della persona i cui dati sono inseriti in Eurodac⁵ e, segnatamente, l'obbligo di essere informata per iscritto, e dove necessario oralmente, in una lingua a lei comprensibile:

4. Si rammenta che la legge 563/1995, nota come «legge Puglia», nulla dice in ordine alla natura di tali Centri limitandosi a prevederne l'installazione per far fronte all'afflusso di migranti dall'Albania a metà degli anni '90, e, in particolare non specifica se si tratti di Centri aperti o chiusi.

5. Per una approfondita disamina del sistema informatico Eurodac, cfr. V. Ferraris *Eurodac e i limiti della legge: quando il diritto alla protezione dei dati personali non esiste*, in questa *Rivista* n. 2.2017.

1. dell'identità del responsabile del trattamento;
2. dello scopo per cui i suoi dati saranno conservati in Eurodac, compresa una descrizione delle finalità del regolamento 604/2013 (Dublino III);
3. dei destinatari dei dati;
4. dell'esistenza di un obbligo di rilevamento delle impronte digitali;
5. del diritto di accesso ai dati che la riguardano e del diritto di chiedere che i dati inesatti siano rettificati o che quelli trattati illecitamente siano cancellati, nonché del diritto di ottenere informazioni sulle procedure da seguire per esercitare tali diritti.

La norma conclude precisando che queste informazioni debbono essere fornite all'atto del rilevamento delle impronte digitali per le persone appartenenti alle categorie CAT 1 (richiedenti protezione internazionale maggiori di quattordici anni) e CAT 2 (cittadini di Paesi terzi o apolidi di età non inferiore a quattordici anni, sorpresi nell'atto dell'attraversamento irregolare delle frontiere), tuttavia l'art. 10 *ter* in commento non fa alcun cenno all'obbligo di dare piena attuazione al citato art. 29, limitandosi a prescrivere che nei «punti di crisi» è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione, sul programma di ricollocazione e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito. È pertanto assai dubbio che tali informazioni vengano correttamente effettuate negli hotspot e, soprattutto, alcun controllo al riguardo potrà mai essere esperito, vanificando così l'effettività del diritto alla protezione dei dati personali.

Ma, se il diritto alla protezione dei dati personali testè descritto può passare in secondo piano, altrettanto non può dirsi per quanto concerne l'obbligo di rilevamento dei dati fotodattiloscopici: pur essendo entrambi obblighi comunitari, la primazia del secondo emerge a chiare lettere dal testo del comma 3 dell'art. 10 *ter* TU. Invero, si prevede che il rifiuto reiterato dello straniero a sottoporsi ai rilievi in questione configuri rischio di fuga ai fini del trattenimento nei nuovi Centri di permanenza per i rimpatri di cui all'art. 14, TU. La detenzione amministrativa è disposta con decreto questorile e conserva la sua efficacia per un periodo massimo di trenta giorni, salvo che le esigenze per cui è stata disposta cessino prima, come nel caso in cui lo straniero – fiaccato dalla prospettiva della restrizione della libertà personale per un mese – abbandoni la condotta refrattaria e giunga a più miti consigli. Nel caso di persistente resistenza, nulla si prevede se non la verosimile espulsione per ingresso o soggiorno irregolare. Se questa nuova forma di trattenimento è disposta nei confronti di un richiedente protezione internazionale, la convalida compete al Tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione in composizione monocratica, viceversa spetta al Giudice di pace. Non si applicano le misure alternative al trattenimento di cui all'art. 14, co. 1 *bis*, TU atteso che presupposto per la loro applicazione è il possesso di passaporto in corso di validità da parte dello straniero, situazione questa incompatibile con chi ancora deve essere identificato.

Viene così delineata una nuova figura di trattenimento, ulteriore sia rispetto a quello pre-espulsivo di cui al citato art. 14 TU che a quello finalizzato all'esame della procedura prioritaria disciplinato all'art. 6, d.lgs. 142/2015, e, parallelamente, si introduce una nuova nozione di rischio di fuga idonea a giustificare il trattenimento a fini identificativi. La peculiarità di questa tipologia di restrizione amministrativa della libertà personale è nell'esser del tutto svincolata da qualsivoglia provvedimento ablativo. Infatti, mentre ordinariamente il trattenimento ha come presupposto l'esistenza di un decreto di espulsione o di respingimento differito⁶, essendo misura esecutiva degli stessi, nel caso in esame si configura una restrizione della libertà finalizzata esclusivamente a sanzionare la condotta di chi si rifiuta di esser sottoposto al rilevamento fotodattiloscopico: si tratta pertanto di una vera e propria sanzione – comminabile sempre ed esclusivamente dal questore – consistente nella restrizione della libertà personale di assai dubbia costituzionalità⁷. A nulla vale l'osservazione che ben potrebbe essere adottato un provvedimento ablativo nei confronti di chi persiste a non sottoporsi ai rilievi dattiloscopici, decorsi i trenta giorni, perché tale provvedimento sarebbe successivo alla iniziale limitazione della libertà, cui potrebbe aggiungersi un nuovo trattenimento finalizzato all'espulsione. A questo proposito, occorre rilevare che, siccome l'art. 10 *ter*, co. 3, TU non chiarisce se i termini massimi del trattenimento in parola (trenta giorni) possano essere detratti dai termini massimi di trattenimento eventualmente disposto ai sensi dell'art. 14, co. 1, TU (novanta giorni) in esecuzione di un decreto espulsivo nelle more adottato, c'è il concreto rischio che detti termini possano cumularsi, sicché i termini massimi del trattenimento finalizzato all'esecuzione dell'espulsione potrebbero incrementarsi di ulteriori trenta giorni qualora lo straniero si sia precedentemente rifiutato reiteratamente – a detta della sola questura – di farsi identificare tramite la sottoposizione ai citati rilievi. Vero è che anche il trattenimento a fini identificativi è soggetto a convalida giurisdizionale, ma è altrettanto vero che risultano incerti i poteri del giudice della convalida se solo si considera che mentre il giudice della convalida del trattenimento pre-espulsivo può sindacare la manifesta illegittimità dell'atto presupposto⁸ (sia esso un decreto di espulsione o di respingimento differito), ovvero la sussistenza di cause d'inespellibilità *ex art. 19 TU*, il giudice chiamato a convalidare questa nuova e peculiare

6. Anche nei casi di trattenimento di richiedenti protezione internazionale *ex art. 6, d.lgs. 142/2015*.

7. Non è dato rinvenire, nel nostro ordinamento, sanzioni privative della libertà personale sempre e solo disposte dall'autorità di pubblica sicurezza e mai dall'autorità giudiziaria. La stessa autorità che accerta l'infrazione – il rifiuto reiterato di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici – commina la sanzione.

8. Cass., ord. n. 12069 del 5.6.2014; *idem* 11.7.2014 n. 17407. Per un commento a questi approdi sia consentito il rinvio a G. Savio *I trattenimenti nei CIE alla prova delle giurisdizioni nazionale ed europea: poteri del giudice della convalida e condizioni per la proroga del trattenimento*, in questa *Rivista* n. 2.2014.

misura potrà sindacare ben poco – difettando qualsivoglia atto presupposto ed essendo indifferenti le cause di protezione dall'espulsione, posto che questa non è (ancora) stata disposta. In questi casi la funzione giurisdizionale preposta a tutela della restrizione della libertà personale, di fatto è vanificata, limitandosi il giudice a prendere atto della dichiarazione dell'autorità di pubblica sicurezza relativa alla ostinata condotta omissiva dello straniero, salvo verificare direttamente dall'interessato se sia stato rispettato l'obbligo d'informativa previsto dall'art. 29, regolamento UE n. 603/2013 perché, in difetto, il trattenimento non dovrebbe essere convalidato.

3. Le modifiche relative alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale: incremento dei commissari, videoregistrazione del colloquio e notificazioni⁹

Al fine di accelerare la fase dei colloqui dei richiedenti protezione internazionale, l'art. 12 della nuova legge autorizza il Ministero dell'interno – relativamente al biennio 2017-2018 – a bandire procedure concorsuali per l'assunzione a tempo indeterminato, in misura non superiore a 250 unità, di personale altamente qualificato per garantire la continuità e l'efficienza sia della Commissione nazionale che di quelle territoriali. Trattasi di previsione indubbiamente positiva, anche se sarebbe stato opportuno precisare meglio che, tra i requisiti di ammissione, fosse richiesta la documentata preparazione ed esperienza in materia di diritto di asilo, di diritti umani e di diritti degli stranieri e la documentata conoscenza delle lingue straniere. L'attività dei membri delle Commissioni è particolarmente complessa¹⁰ e richiede attitudini specifiche che non si improvvisano, la loro formazione deve essere costantemente aggiornata ma, diversamente da quanto previsto per i magistrati addetti alle nuove sezioni specializzate, la norma in esame non prevede l'obbligo di frequentazione di corsi di aggiornamento.

L'art. 6, l. 46/2017 ha significativamente modificato l'art. 14, d.lgs. 25/2008 relativo alla verbalizzazione del colloquio personale del richiedente protezione avanti le Commissioni territoriali.

La novità consiste nella videoregistrazione con mezzi audiovisivi del colloquio personale e la sua trascrizione con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale¹¹.

9. Tali disposizioni si applicano alle cause ed ai procedimenti sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del d.l. 13/2017, quindi a partire dal 17 agosto 2017.

10. Per un'eccellente analisi delle problematiche relative all'audizione dei richiedenti protezione, si rinvia a M. Veglio *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in questa *Rivista* n. 2.2017.

11. Peraltro, a settembre del corrente anno nessuna Commissione territoriale è ancora dotata dell'attrezzatura necessaria per la videoregistrazione del colloquio.

Sono poi previsti opportuni mezzi di correzione o integrazione della trascrizione. È infatti prescritto che della trascrizione venga data lettura all'interessato, con l'ausilio di un interprete, in lingua a lui comprensibile; il commissario che ha condotto il colloquio, all'esito della lettura, verifica la correttezza della trascrizione ed apporta le correzioni necessarie. Di eventuali errori di trascrizione o traduzione così come di ogni osservazione dell'interessato o dell'interprete è dato atto in calce al verbale qualora questi non siano stati direttamente recepiti all'atto della correzione del testo.

Si tratta di novità di segno indubbiamente positivo perché cristallizzano con strumenti tecnici le dichiarazioni del richiedente e tendono ad evitare o superare eventuali incomprensioni con l'interprete, così come evidenziano possibili atteggiamenti inidonei e poco consoni rispetto a questa delicata e fondamentale fase della procedura amministrativa da parte dell'intervistatore o dell'interprete. Infatti, non solo il colloquio personale è decisivo ai fini della valutazione della domanda di protezione da parte della Commissione, ma lo è pure nella eventuale fase giurisdizionale, posto che, come si vedrà, il verbale ed il file contenente la videoregistrazione sono trasmessi al Tribunale adito e sono destinati ad essere la prova regina della decisione giudiziaria, posto che l'udienza di comparizione e l'audizione del ricorrente sono solo eventuali.

È pure norma di garanzia la possibilità offerta al richiedente di formulare istanza motivata di non volersi avvalere del supporto della videoregistrazione, per motivi religiosi, personali, o per il timore di divulgazione del contenuto (attesa la possibile permeabilità degli archivi informatici ministeriali in cui sono conservati per tre anni tali documenti): su tale istanza decide la Commissione con provvedimento non impugnabile.

È, invece, criticabile la previsione per cui al termine dell'audizione al richiedente è consegnata la sola copia della trascrizione in lingua italiana, e non anche copia del file contenente la videoregistrazione che sarà disponibile solo a seguito dell'eventuale ricorso al Tribunale quando, invece, sarebbe utile proprio ai fini della predisposizione del ricorso giurisdizionale, quindi prima – e non dopo – l'esercizio dell'azione giudiziale. Al fine di sopperire a tale limitazione del diritto di difesa è possibile esperire il diritto d'accesso agli atti previsto dalla l. 241/90, espressamente richiamato – quanto alla materia della protezione – dall'art. 18, d.lgs. 25/2008, anche se la brevità dei termini per impugnare le decisioni delle Commissioni (30 o 15 giorni) potrebbe costituire un serio ostacolo all'esercizio del diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi previsto dall'art. 22 della legge 241/1990.

La legge 46/17 ha apportato significative modifiche al sistema delle notificazioni degli atti e provvedimenti del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale (con esclusione, quindi, dei provvedimenti di revoca dell'accoglienza) di competenza sia delle Commissioni territoriali che di quella nazionale. Si tratta di una novella che ha

riscontrato forti critiche, soprattutto da parte degli operatori delle strutture di accoglienza che, come si dirà, assumono in talune circostanze la funzione di pubblici ufficiali essendo loro stessi incaricati di effettuare le notifiche, in luogo degli appartenenti agli uffici immigrazione delle questure.

In particolare, sono stati introdotti i commi da tre a tre *sexies* nell'art. 11, d.lgs. 25/2008, rubricato «obblighi del richiedente». Pur essendo la disciplina delle notificazioni argomento notoriamente arido, occorre sia pur sinteticamente darne conto per poter formulare le conseguenti analisi e valutare la fondatezza delle critiche emerse in prima battuta.

Schematizzando, la disciplina varia a seconda che il richiedente sia accolto o trattenuto presso i Centri o le strutture di cui agli artt. 6 (CPR, *ex* CIE), 9 (strutture di prima accoglienza), 11 (misure di accoglienza straordinaria – CAS) e 14 (centri SPRAR) del d.lgs. 142/2015, oppure se non beneficia né di misure di accoglienza né è sottoposto a detenzione amministrativa nei Centri di permanenza per i rimpatri. In questo secondo caso, ai sensi dell'art. 11, co. 3 *bis*, d.lgs. 25/2008, gli atti e i provvedimenti sono notificati, a cura della Commissione territoriale, tramite il servizio postale, presso l'ultimo domicilio comunicato dal richiedente su cui grava l'obbligo di informare l'autorità competente circa ogni suo mutamento di residenza o domicilio, ai sensi dell'art. 11, co. 2, d.lgs. 25/2008. Trattasi, quindi, di una conoscenza legale cui non necessariamente corrisponde una conoscenza reale dell'atto, sia nei casi in cui il richiedente abbia omesso – magari per negligenza o ignoranza incolpevole – la predetta comunicazione di mutamento del domicilio, sia in quelli – nella prassi purtroppo assai frequenti – nei quali l'accesso agli uffici immigrazione delle questure preposti alla protezione sia fisicamente assai arduo se non impossibile a causa degli elevati numeri di persone in attesa e della difficoltà di prenotare appuntamenti.

È opportuno precisare che, ai sensi del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 33, d.lgs. 25/2008, anche per la notificazione dei provvedimenti di revoca o cessazione della protezione internazionale riconosciuta, assunti dalla Commissione nazionale asilo, si procede con le modalità di cui al citato art. 11, nonostante che, a rigore, questi non siano qualificabili come *atti e provvedimenti del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale* che, come è evidente, è già concluso.

Orbene, se si considera che tali provvedimenti possono ben essere adottati a distanza di anni dal momento del riconoscimento della protezione, consegue il forte rischio che alla persona cui era stata accordata la protezione, essendosi ormai emancipata dalle misure di accoglienza ed avendo mutato il domicilio comunicato in pendenza della domanda, sia revocata la misura a sua insaputa.

Invece, nelle ipotesi in cui il richiedente sia accolto o trattenuto, le notificazioni sono validamente effettuate presso il Centro in cui si trova il destinatario a mezzo posta elettronica certificata: questa è la novità. L'atto da notificare, che può essere tanto un documento informatico con firma digitale quanto una copia informatica per immagine del documento cartaceo (in sostanza una fotografia), viene spedito dalla Commissione via PEC all'indirizzo di posta informatica certificata del responsabile del Centro o della struttura di accoglienza, che deve munirsi di un indirizzo PEC dedicato, il quale dovrà estrarne copia e consegnarlo al destinatario, facendolo sottoscrivere per ricevuta. Quindi la PEC è lo strumento con cui si effettua la notificazione che ovviamente si perfeziona non al momento di ricezione dell'atto da parte del responsabile, ma da quando il documento è fisicamente in mano del destinatario. Qualora il destinatario rifiuti di ricevere l'atto o di sottoscriverne la ricevuta, la notifica si intende perfezionata nel giorno e nell'ora in cui perviene nella casella PEC della Commissione la comunicazione del responsabile in cui si dà atto del rifiuto. Analogamente, il responsabile ha l'obbligo di comunicare l'avvenuta notifica qualora sia stata regolarmente effettuata.

Il sistema così sommariamente delineato pone dubbi ed incertezze a causa di alcune lacune delle disposizioni di nuovo conio.

In particolare:

1. la legge nulla dice circa i tempi entro i quali la notifica debba esser effettuata ad opera del responsabile del Centro che, ricoprendo all'uopo la qualifica di pubblico ufficiale, potrebbe esporsi al rischio di sanzioni penali per omissione d'atti d'ufficio, in caso di ritardo non giustificato;

2. non sono chiari i criteri con cui si individua la figura del «responsabile» del Centro, anzi, dei vari «Centri» (CPR, CAS, SPRAR). Mentre non dovrebbero esserci problemi per individuare il responsabile dei CPR posto che l'art. 22, co. 3, d.p.r. 394/99 prescrive che spetti al prefetto individuare il responsabile della gestione del Centro, per i Centri SPRAR potrebbero essere i Comuni titolari del progetto ad individuare il responsabile. Più complessa pare l'individuazione dell'agente notificatore per i CAS, in assenza di criteri di determinazione desumibili da altri testi normativi;

3. altra questione aperta – di grande impatto sul piano operativo – è la possibilità del responsabile di delegare a terzi l'attività di notificazione, non solo nelle possibili ipotesi di impedimento temporaneo, ma soprattutto per i Centri di grandi dimensioni o dislocati in differenti strutture, dove un unico responsabile non potrebbe essere sufficiente. Mentre pare pacifico che, una volta individuata la persona fisica responsabile per le notificazioni, questa non possa spogliarsi della qualifica di pubblico ufficiale conferita dalla legge, salvo dimettersi dal ruolo di responsabile.

È forse proprio a causa di tali incertezze che la Commissione nazionale per il diritto d'asilo il 10 agosto scorso (quindi una settimana prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia di notificazioni) ha diramato una nota secondo cui «l'esigenza di effettuare ulteriori approfondimenti, anche di carattere tecnico-organizzativo, ha indotto il sig. Ministro [dell'interno] a disporre la sospensione – sino a nuovo avviso – dell'attuazione delle cennate nuove procedure [...] nelle more, gli atti ed i provvedimenti adottati dalle Commissioni territoriali e da codesta Commissione nazionale continueranno ad essere notificati secondo le previgenti disposizioni». La soluzione provvisoriamente attuata costituisce ulteriore conferma della carenza del requisito della straordinaria urgenza del decreto legge 13 (perché dopo ben sei mesi dall'emanazione del decreto l'amministrazione non è stata in grado nemmeno di dare indicazioni precise sul piano organizzativo su una questione non particolarmente complessa), e, pur non determinando alcuna nullità delle notificazioni, rappresenta un notevole salto di qualità al ribasso, se si considera che con una circolare si posticipa *sine die* l'applicazione di una norma di legge, in attesa di generici approfondimenti non meglio specificati.

Nelle ipotesi in cui la notificazione da parte del responsabile del Centro diventi impossibile per irreperibilità del richiedente, e in quelle in cui alla Commissione territoriale (ed a quella nazionale) pervenga l'avviso di ricevimento da cui risulti impossibile la notificazione per inidoneità del domicilio dichiarato, il nuovo comma 3 *ter* dell'art. 11, d.lgs. 25/2008 prevede che l'atto sia reso disponibile al richiedente presso la questura del luogo in cui ha sede la Commissione: decorsi venti giorni dalla trasmissione dell'atto alla questura da parte della Commissione via PEC, la notifica si intende perfezionata. Si consolida così una presunzione legale di conoscenza dell'atto da cui decorrono i termini per l'impugnazione. Al fine di scongiurare l'inutile decorso dei termini per l'impugnazione, il successivo comma 3 *quinquies* impone alla questura ed ai responsabili dei Centri l'obbligo di dare adeguate informazioni agli utenti circa le conseguenze cui si espongono in caso di inidoneità del domicilio dichiarato o in caso di ingiustificato allontanamento: va da sé, però, che solo l'elevata professionalità e capacità di comunicazione con l'utenza straniera – sovente culturalmente non avvezza alla comprensione di meccanismi burocratici – da parte del personale delle questure e dei responsabili dei Centri può impedire l'inconsapevole mancato ricorso alla tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo avverso le decisioni negative delle Commissioni territoriali.

Infine, sul piano dell'opportunità della riforma del sistema delle notificazioni vanno registrate due considerazioni sollevate fin da subito dagli operatori di settore:

- da un lato s'è segnalato come l'attribuzione indiscriminata della qualifica di pubblico ufficiale a privati cittadini, sia pur limitata ai fini in questione, sia disposizione di dubbia saggezza¹², anche in considerazione di recenti fatti di cronaca giudiziaria che hanno visto indagati soggetti responsabili delle strutture di accoglienza per fatti inerenti le loro funzioni;

- d'altro canto, gli stessi operatori delle strutture di accoglienza hanno evidenziato come le nuove disposizioni possano sminuire la loro posizione di terzietà rispetto ai richiedenti asilo, ponendoli in una luce collaborativa nei confronti dell'autorità idonea a minare legami personali di fiducia faticosamente costruiti durante la lunga fase di accoglienza che, frequentemente, si sono rivelati utili nella ricostruzione ed elaborazione di vissuti personali drammatici.

4. Le nuove sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea¹³

Una delle principali novità introdotte dalla l. 46/17 è l'istituzione, presso i Tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello¹⁴, delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. I giudici che le compongono sono scelti, preferibilmente, tra i magistrati dotati di specifiche competenze sia perché già addetti alla trattazione delle controversie di cui si occupano le nuove sezioni da almeno due anni, sia per avere frequentato appositi corsi di formazione, con preferenza per chi conosce la lingua inglese o quella francese. È comunque obbligatoria la frequentazione di specifici corsi formativi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, in collaborazione con l'EASO e l'UNHCR.

L'art. 1 della nuova legge pone tuttavia la clausola d'invarianza finanziaria: nessun onere ulteriore per la finanza pubblica, né tantomeno incrementi di organico, tant'è che l'art. 11 precisa che, per fronteggiare l'incremento del numero di procedimenti, si ricorre all'applicazione straordinaria di magistrati, in deroga alle norme sull'ordinamento giudiziario, da parte del Consiglio superiore della magistratura tramite la predisposizione di un piano straordinario di applicazioni extradistrettuali. Il che significa che,

12. Cfr. dichiarazioni rese dal Cons. A. Cosentino, presidente della sezione ANM della Corte di cassazione, in sede di audizione davanti alle Commissioni riunite affari costituzionali e giustizia del Senato il 7 marzo 2017, in *Questione giustizia* on line 8.3.2017.

13. Tali disposizioni si applicano alle cause ed ai procedimenti sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del d.l. 13/2017, quindi a partire dal 17 agosto 2017.

14. Originariamente, nella versione del decreto legge 13/17, le sezioni specializzate erano solo 14, l'estensione ad ogni sede di Corte d'appello consegue all'emendamento accolto dal Senato.

inevitabilmente, si lascia scoperto l'organico di altre sedi, secondo il noto principio della "coperta corta".

Una delle questioni dubbie che erano sorte all'indomani della pubblicazione del decreto legge era relativa alla possibilità di utilizzare i giudici onorari nelle nuove sezioni¹⁵, nel silenzio della legge. Il quesito è stato risolto non dal legislatore (come sarebbe stato auspicabile), ma da una circolare del CSM emanata lo scorso 1° giugno secondo cui è ammesso il ricorso alla magistratura onoraria per i ricorsi introiettati prima del 17 agosto (il c.d. «vecchio rito») e per i procedimenti monocratici, mentre per i procedimenti trattati collegialmente i magistrati onorari «possono essere inseriti nell'ambito di una struttura di supporto funzionale ad una pronta decisione dei procedimenti» e, comunque, possono compiere «tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giurisdizionale, provvedendo tra l'altro allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale e alla predisposizione delle minute dei provvedimenti»; inoltre, si prevede che «ai fini di assicurare la ragionevole durata del processo, il giudice professionale può delegare a quello onorario compiti e attività anche a carattere istruttorio ritenuta dal magistrato togato utile alla decisione dei procedimenti».

La competenza per materia è disciplinata dall'art. 3, l. 46/17¹⁶.

La complessità del diritto dell'immigrazione, soggetto a continui mutamenti ad opera del legislatore, comunitario e nazionale, nonché della giurisprudenza interna e sovranazionale, richiede indubbiamente attori professionali e competenti, soprattutto tra gli organi decisorii. Pertanto, l'intento di assicurare una giurisdizione unica e specializzata in capo al giudice ordinario per la cognizione di tutte le controversie in materia di diritto degli stranieri sarebbe auspicabile¹⁷.

15. Cfr. audizione Cons. Cosentino *supra* nota n. 13.

16. Ai sensi dell'art. 3, l. 46/17 le sezioni specializzate sono competenti a conoscere:

- a) le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno dei cittadini di Stati membri dell'UE e dei loro familiari, in composizione monocratica;
- b) le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di allontanamento dei cittadini UE e dei loro familiari, in composizione monocratica;
- c) le controversie in materia di protezione internazionale in composizione collegiale, nonché le udienze in tema di convalida e proroga del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, in composizione monocratica;
- d) le controversie in materia di protezione umanitaria, in composizione monocratica;
- e) le controversie in materia di diniego del nulla osta per ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, in composizione monocratica;
- f) le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale (reg. Dublino), in composizione collegiale;
- g) le controversie in materia di apolidia e cittadinanza, in composizione monocratica.

17. In tal senso cfr. *ASGI Programma di riforma legislativa su immigrazione, asilo e cittadinanza febbraio 2017*, p. 42 ss. reperibile sul sito www.asgi.it.

Tuttavia, l'attribuzione di solo alcune delle competenze in materia di immigrazione alle sezioni specializzate di nuovo conio, non soddisfa questa esigenza. Anzi, il permanere di numerose competenze in capo ai giudici di pace (espulsioni) e ai giudici amministrativi (permessi di soggiorno), indebolisce il ruolo del giudice specializzato che non ha giurisdizione su tutta la materia del diritto degli stranieri.

Non si tratta di competenze di poco momento perché, a ben vedere, ingresso, soggiorno e allontanamento costituiscono il cuore della disciplina dell'immigrazione, sicché una sezione specializzata «in materia di immigrazione» non può prescindere da tali competenze. Il risultato è una specializzazione monca ed assai parziale. Tale scelta sembra condurre ad una vera e propria «ghettizzazione processuale» delle materie indicate, di fatto rendendo ufficiale ciò che spesso volte già avviene nelle prassi, ovvero la marginalizzazione delle questioni giuridiche attinenti le persone straniere.

Il modello che ne è uscito continua ad essere irrazionale.

Si pensi agli istituti – tra loro affini – dei respingimenti alla frontiera e delle espulsioni prefettizie: i primi soggetti al sindacato del Tribunale (secondo l'indicazione delle SU sent. 17.6.2013, n. 15115 quanto ai respingimenti differiti, e del Cons. St., sez. III, sent. 13.9.2013, n. 4543 quanto a quelli immediati, senza tuttavia che la nuova legge si sia peritata di stabilire se le relative controversie siano attribuite alle sezioni specializzate, come sarebbe logico), le seconde soggette alla cognizione del Giudice di pace.

Si pensi, ancora, alle udienze di convalida e proroga dei trattenimenti, ove, se il trattenuto presenta richiesta di protezione la competenza trasmigra al Tribunale, per ritornare poi al Giudice di pace dopo il rigetto della domanda o del ricorso, salvo sospensiva.

Sfugge la *ratio* per cui i Tribunali si occupano degli allontanamenti dei cittadini dell'Unione europea, mentre i Giudici di pace sono competenti per gli allontanamenti dei cittadini di Paesi terzi, sempre che costoro non abbiano instaurato procedimenti pendenti in materia di tutela del diritto all'unità familiare (art. 30, co. 6, d.lgs. 286/98) o richieste di autorizzazione al soggiorno nell'interesse del minore (art. 31, co. 3, d.lgs. 286/98), perché in tali casi persiste la competenza del Tribunale ai sensi dell'art. 1, co. 2 *bis*, d.l. 241/2004.

Infine, si pensi alle numerosissime ipotesi in cui il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno costituisca atto presupposto della successiva espulsione: in questi casi il rigoroso riparto di giurisdizione inibisce al giudice ordinario di sindacare, anche solo in via incidentale, la legittimità del provvedimento presupposto pena l'usurpazione di funzioni da parte del giudice ordinario rispetto a quello amministrativo (Cass. SU 16.10.2006 n. 22217).

È pertanto palese che l'istituzione delle «sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea» riguarda solo alcune competenze e, quindi, il Governo ha perso una buona occasione per mettere mano ad un serio riordino delle competenze giurisdizionali relative a tutte le controversie inerenti il diritto degli stranieri: una riforma organica sarebbe stata auspicabile, ma, forse, poco compatibile con le premure contingenti che hanno indotto il Governo alla decretazione d'urgenza.

5. Il nuovo rito applicato alle controversie in materia di protezione internazionale (ed a quelle relative alla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di protezione)¹⁸

Le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti di cui all'art. 35, d.lgs. 25/2008 (quelle avverso la decisione della Commissione territoriale o di quella nazionale), a partire da quelle introiettate dopo il 17 agosto, sono disciplinate dal nuovo art. 35 *bis*, d.lgs. 25/2008, introdotto dall'art. 6, l. 46/17, e sono regolate dagli artt. 737 ss. c.p.c. (rito camerale), mentre quelle già pendenti prima di tale data continuano ad essere regolate dall'art. 19, d.lgs. 150/2011 secondo il rito sommario di cognizione.

Un sistema a doppio binario destinato a durare fino all'esaurimento delle vecchie cause che non pare essere la soluzione più razionale, secondo una legislazione ondivaga per cui in questa materia si è passati dal rito camerale in vigore fino all'entrata in vigore del d.lgs. 150/11, che ha introdotto il rito sommario, per riapprodare ora a quello precedente.

Oggi come ieri la causa è introdotta con ricorso proposto, a pena d'inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento emesso dalla Commissione territoriale (sessanta se il ricorrente risiede all'estero), con possibilità di deposito a mezzo posta per il tramite della Rappresentanza consolare o diplomatica italiana. I termini sono ridotti a quindici giorni nelle ipotesi dettate dall'art. 28 *bis*, d.lgs. 25/2008¹⁹ esattamente come in precedenza.

L'efficacia sospensiva dell'atto impugnato è automatica a seguito della tempestiva proposizione del ricorso ad eccezione dell'impugnazione proposta da soggetto trattenuto nei CPR, di impugnazione di un provvedimento che dichiara l'inammissibilità della domanda di protezione ovvero che la dichiara affetta da manifesta infondatezza, e, infine,

18. Anche queste disposizioni si applicano alle cause ed ai procedimenti sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del d.l. 13/2017, quindi a partire dal 17 agosto 2017.

19. Domanda manifestamente infondata; domanda reiterata senza addurre nuovi elementi; domanda presentata dopo essere stato fermato per avere escluso o tentato di eludere i controlli alla frontiera, ovvero fermato in condizioni di soggiorno illegale, al solo scopo di impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento; nei casi di trattenimento *ex* art. 6, d.lgs. 142/2015 (a sua volta modificato dagli artt. 8 e 17, l. 46/17).

se la domanda è presentata dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli alla frontiera, ovvero fermato in condizioni di soggiorno illegale, al solo scopo di impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento. Insomma, tutte ipotesi in cui si presume *ex lege* la strumentalità della domanda, salva comunque la possibilità di chiedere la tutela cautelare che può essere accordata dal giudice – in presenza di gravi e circostanziate ragioni – con decreto motivato pronunciato entro cinque giorni dalla presentazione dell'istanza di sospensiva *inaudita altera parte*. E qui inizia una sorta di balletto cartolare che svela il cuore della riforma del processo della protezione: evitare il più possibile l'udienza. Infatti, il decreto con il quale è riconosciuta o negata la sospensione del provvedimento amministrativo oggetto d'impugnazione è notificato, a cura della Cancelleria, unitamente alla domanda di sospensione alle parti le quali, nei cinque giorni successivi, hanno facoltà di depositare note difensive, e, nei cinque giorni ancora successivi possono depositare note di replica. Ove tali note siano state depositate, il giudice nei successivi cinque giorni, conclude il *sub* procedimento cautelare *ante causam* con un nuovo decreto che conferma, modifica o revoca il provvedimento già emanato. Si instaura pertanto un contraddittorio meramente cartolare all'esito del quale il giudice decide definitivamente circa la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento della Commissione territoriale nei casi in cui la sospensione non sia automatica. A ben vedere il carico di lavoro per le parti, le Cancellerie ed i giudici sarebbe minore e più dinamico se si fissasse un'udienza *ad hoc* per la definizione del *sub* procedimento cautelare, invece che prevedere cinque giorni per la prima decisione, cinque per le note difensive, altri cinque per le note di replica e gli ultimi cinque per la decisione definitiva. In ogni caso non può essere sospesa l'efficacia esecutiva del provvedimento della Commissione che dichiara, per la seconda volta, la domanda di protezione inammissibile.

Venendo a trattare sinteticamente del procedimento principale, il ricorso, come nella pregressa disciplina è notificato, a cura della Cancelleria, al Ministero dell'interno presso la Commissione che ha adottato l'atto impugnato ed è trasmesso entro venti giorni al P.M. che stende le sue conclusioni, segnalando l'eventuale esistenza di cause ostative al riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria. La parte convenuta può stare in giudizio avvalendosi di suoi dipendenti o di un rappresentante della Commissione che ha adottato l'atto (quindi il Ministero non è tenuto alla difesa ad opera dell'avvocatura erariale), e può depositare una nota difensiva entro venti giorni dalla notificazione del ricorso, cui può replicare il ricorrente nei venti giorni successivi. Ma la reale integrazione del contraddittorio avviene ad opera della Commissione che ha adottato l'atto impugnato che, entro venti giorni dalla notifica del ricorso, rende disponibili al Tribunale tutti gli atti posti a fondamento della decisione stessa e, segnatamente, la copia

della domanda di protezione internazionale, copia della videoregistrazione e del verbale di trascrizione della videoregistrazione, nonché copia di tutta la documentazione comunque acquisita nel corso della procedura amministrativa e, soprattutto, la documentazione sulla situazione socio-politica-economica²⁰ del Paese di provenienza del richiedente che è stata utilizzata per la decisione impugnata. È pertanto evidente che, ove si apra il *sub* procedimento cautelare *ante causam*, nei casi in cui la sospensione automatica non operi *ex lege*, il giudice decide prima di avere acquisito tutta la documentazione pertinente. Analogamente, anche parte ricorrente è costretta a redigere il ricorso senza avere tutti gli atti della Commissione a disposizione perché, come s'è visto, questi vengono trasmessi al giudice (e quindi sono acquisibili anche dal difensore) solo dopo il deposito e la notifica del ricorso, il che rappresenta un evidente *vulnus* al pieno esercizio del diritto di difesa, colmabile solo con la procedura di accesso agli atti amministrativi esperibile ai sensi della l. 241/90, peraltro di difficile pratica esperibilità data la ristrettezza dei termini per impugnare.

Esperita, nei termini descritti, la fase introduttiva, si passa a quella decisionale ove maggiori sono le novità introdotte dalla l. 46/17.

Il procedimento è trattato in Camera di Consiglio e per la decisione il giudice si avvale anche delle C.O.I. costantemente aggiornate dalla Commissione nazionale asilo che le deve rendere disponibili, il che comporta che dovrà darne atto nel decreto decisorio. Qui si pone una delicata questione relativa all'utilizzabilità, da parte del giudice, di C.O.I. estranee al dibattito processuale perché non utilizzate dalla Commissione e non note alle parti. Infatti, le informazioni aggiornate sulla situazione socio-politica-economica del Paese di origine del ricorrente sono, a tutti gli effetti, elementi di prova che non possono – in quanto tali – essere acquisiti solitariamente dal giudice: debbono essere acquisiti formalmente e sottoposti al contraddittorio della parti. Secondo un'autorevole opinione, in questi casi il giudice deve fissare udienza nel corso della quale evidenzia alle parti le nuove C.O.I. che ritiene di utilizzare per la decisione²¹.

20. Le c.d. C.O.I. Country origin information.

21. Questa tesi, condivisa pienamente da chi scrive, è stata oggetto di confronto nell'incontro di studi tenutosi a Roma il 19 aprile u.s. ed organizzato dalla S.S.M in collaborazione con la Scuola superiore dell'amministrazione dell'interno, cui anche chi scrive partecipò, su sollecitazione del Cons. De Chiara della Suprema Corte. Per comodità, si riporta integralmente parte del suo intervento. «La necessità di sottoporre al contraddittorio le C.O.I. acquisite d'ufficio dal giudice era, a mio parere, un principio preesistente alla novella di cui al d.l. n. 13/2017, ma che fino ad ora era rimasto “sotto traccia”, coperto dal doppio grado di giurisdizione di merito: le C.O.I. eventualmente utilizzate di ufficio dal Tribunale erano sottoposte al contraddittorio in appello e il giudice di secondo grado poteva tenerne conto grazie ai suoi poteri sostitutivi del giudice di prima istanza. Con la soppressione del secondo grado di giurisdizione di merito, invece, la violazione del contraddittorio in primo grado non potrà essere sanata in sede di impugnazione, perché rimane il solo ricorso per cassazione, il giudice del quale non è investito dei poteri sostitutivi propri del giudice di appello; con la

Di norma (almeno nelle intenzioni del Legislatore) non è fissata l'udienza di comparizione delle parti, e questo rappresenta uno degli aspetti di maggior criticità della disciplina di nuovo conio, come tra poco si dirà.

Sono tuttavia previste alcune eccezioni che, come sovente accade, potrebbero esser destinate a sovvertire la regola. È infatti previsto che il giudice fissi udienza di comparizione esclusivamente quando:

- visionata la videoregistrazione, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato, il che si verificherà quando il colloquio in Commissione sia stato carente o poco approfondito, sicché alcuni aspetti della narrazione debbano essere chiariti. È evidente, quindi, come la qualità dell'audizione del richiedente nella fase amministrativa sia desinata ad incidere sulla durata della procedura giudiziale;

- ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti: è una sorta di clausola di salvaguardia che può rivelarsi di grande utilità pratica ma che dipende – forse troppo – da fattori esterni alla stretta procedura, quali il carico di lavoro del giudice, la sua maggiore o minore sensibilità e, diciamolo con franchezza, anche dall'impegno e serietà con cui si dedica a queste specifiche procedure che, anche per la loro peculiarità, possono essere studiate e vissute con approcci culturali differenti;

- dispone consulenza tecnica o l'assunzione di nuove prove, anche d'ufficio (e tra le prove vi sono pure le C.O.I.).

Inoltre, l'udienza è altresì disposta quando:

- la videoregistrazione non è disponibile (ad oggi, sempre, posto che la strumentazione non pare ancora nemmeno acquistata);

- il ricorrente ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo ed il giudice ritenga essenziale la trattazione in udienza della causa; a questo proposito giova sottolineare che, se la richiesta di celebrazione dell'udienza è ben motivata, il suo rigetto immotivato è censurabile in Cassazione;

- l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della fase amministrativa²². Questa situazione può verificarsi in molteplici casi, sia per la sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi idonei a supportare la domanda di protezione, come il peggioramento delle condizioni politiche o sociali del Paese di origine, sia in ragione della superficialità con cui può essere stata condotta l'audizione in Commissione che ha indotto il richiedente a non raccontare fatti rilevanti per timore di non essere

conseguenza che la violazione del contraddittorio sulle C.O.I. non potrà che portare alla cassazione della decisione (decreto) di primo grado».

22. Occorre rimarcare che la legge definisce, in modo assai poco felice, l'audizione in Commissione come «procedura amministrativa di primo grado», quasi a voler significare che la fase giurisdizionale sia una sorta di giudizio di secondo grado, e, quindi, che la fase amministrativa sia equiparabile ad un giudizio.

ritenuto credibile (orientamento sessuale, credo e pratiche religiose, sottoposizione a riti, mutilazioni, grave sfruttamento sessuale o lavorativo [...]).

Il Tribunale in composizione collegiale decide la controversia entro quattro mesi dalla presentazione del ricorso (termine ordinatorio) con decreto ricorribile per Cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto a cura della Cancelleria.

Al fine di evitare che difensori con pochi scrupoli facciano preventiva incetta di procure, la legge prescrive che la procura alle liti per la proposizione del ricorso per Cassazione debba essere conferita, a pena d'inammissibilità del ricorso stesso, in data successiva alla comunicazione del decreto impugnato ed il difensore certifica la data di rilascio in suo favore della procura medesima (con ogni conseguenza penale in caso di falsa certificazione). Tale previsione pare positiva laddove tende ad arginare il malcostume, talvolta tristemente accertato, di proporre impugnazioni sempre e comunque, magari palesemente infondate o redatte con seriale superficialità nell'aspettativa di lucrare la liquidazione della parcella conseguente all'ammissione del ricorrente al patrocinio a spese dello Stato. Va però evidenziato che, a differenza della procura alle liti per il giudizio di primo grado (art. 35 *bis*, co. 2, d.lgs. 25/2008) ove espressamente si riconosce la possibilità di rilascio della procura consolare nel caso di ricorrente che si trovi all'estero, analoga previsione non è indicata nel comma 13 dello stesso articolo per quanto concerne il giudizio di legittimità. Conseguenza che se il ricorrente, nei casi in cui la sospensiva non è prevista automaticamente, ovvero non è stata concessa, è stato espulso oppure si è allontanato dall'Italia, non può rilasciare la procura al difensore per il ricorso in Cassazione (a meno che il difensore lo raggiunga nel Paese in cui si trova).

La Corte di cassazione decide sull'impugnazione entro il termine ordinatorio di sei mesi.

La presentazione del ricorso per Cassazione è priva di effetti sospensivi automatici della pronuncia di primo grado. Solo in presenza di fondati motivi il giudice che ha deciso la controversia di merito può disporre la sospensione degli effetti del proprio decreto, con conseguente ripristino, in caso di sospensione del decreto di rigetto, della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione territoriale. In tal caso si apre un *sub* procedimento cautelare *post causam* che inizia con il deposito dell'istanza cautelare entro cinque giorni dalla proposizione del ricorso per Cassazione che deve essere comunicata, a cura della Cancelleria, alla controparte la quale ha facoltà di depositare una nota difensiva nei cinque giorni successivi. Lo stesso Collegio che ha deciso la causa decide sull'istanza cautelare con decreto non impugnabile entro il termine dei successivi cinque giorni.

Per i procedimenti *ex art. 35 bis*, d.lgs. 25/2008 non opera la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale.

Questo lo schema procedimentale dei processi di protezione internazionale che, con qualche piccola differenza, è utilizzato anche per le controversie (fino ad ora piuttosto rare) aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale. Infatti, ai sensi del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 3, d.lgs. 25/2008 le sezioni specializzate sono altresì competenti a conoscere queste controversie in composizione collegiale. Fino ad ora la normativa interna non disciplinava competenza e giurisdizione di queste cause, solo l'art. 27 reg. (CE) n. 604/2013 – rubricato mezzi di impugnazione – prevedeva il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale. Com'è noto, in Italia inizialmente si riteneva che dette controversie fossero attribuite alla giurisdizione amministrativa, mentre solo recentemente è invalso un diverso orientamento che attribuisce al giudice ordinario la relativa cognizione. La legge di nuovo conio va dunque nella stessa direzione cui si era orientata la più recente giurisprudenza.

Le modifiche apportate dalla legge 46/2017 alle controversie in esame sono caratterizzate, come s'è visto, dal ritorno al rito camerale, da un contraddittorio tendenzialmente scritto in cui l'udienza di comparizione dovrebbe essere residuale e dall'abolizione del secondo grado di merito, il tutto nell'ottica della semplificazione e velocizzazione della procedura. Abbattere i tempi di decisione, e con questi l'arretrato, costituisce lo scopo dichiarato della novella.

Quanto all'idoneità del rito camerale è opportuno rammentare che la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 35/2002, ritenne infondata la questione di legittimità sollevata relativamente all'applicazione di tale rito ai procedimenti di convalida del trattenimento disposto dal questore negli allora CPTA (Centri di permanenza temporanea ed assistenza). Pur trattandosi di controversie inerenti diritti soggettivi, alcuna limitazione alla pienezza del contraddittorio si verificherebbe in relazione al rito perché «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte la procedura camerale, quando sia prevista senza l'imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa, e l'adottarla in vista della esigenza di speditezza e semplificazione delle forme processuali è una scelta che solo il Legislatore, avuto riguardo agli interessi coinvolti, può compiere e che sfugge al sindacato di questa Corte salvo che non si risolva nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza (sentenze n. 573 e 543 del 1989; ordinanza n. 121 del 1994)». Tanto considerato, occorre domandarsi se le modalità specifiche con cui si attua il contraddittorio nel nuovo processo siano idonee a garantirne la pienezza. Quindi, la valutazione circa l'idoneità della procedura non dipende tanto dal rito in sé e per sé considerato, quanto piuttosto dalle modalità concrete con cui si attua il contraddittorio. Orbene, pur considerando la stretta cadenza temporale con cui le parti integrano il contraddittorio, sulla carta la procedura pare idonea. Però, occorre

calare questa procedura nella realtà fattuale e dinamica della materia della protezione internazionale e domandarsi se la cartolarizzazione del processo – conseguente alla previsione dell’udienza meramente eventuale – sia idonea a garantire la pienezza del contraddittorio e la piena esplicazione delle difese. Occorre invero considerare che il processo di protezione internazionale non è un giudizio sull’atto amministrativo – la decisione della Commissione territoriale – ma un giudizio che ha ad oggetto l’accertamento di un diritto soggettivo – la domanda di protezione – la cui sussistenza deve essere valutata dal giudice che, in un regime di attenuazione dell’onere della prova e del principio dispositivo è (almeno parzialmente) svincolato dal principio della domanda ed è soggetto all’obbligo di cooperazione istruttoria²³, cui corrisponde l’obbligo di piena e leale cooperazione del ricorrente.

In estrema sintesi, può osservarsi come il giudice debba fundamentalmente svolgere un accertamento sulla credibilità della narrazione del richiedente (sia pure tenendo in debito conto la sua peculiare situazione soggettiva, ivi compresa ogni situazione di vulnerabilità che può incidere sul ricordo del vissuto pregresso) alla luce delle informazioni aggiornate relative alla situazione socio-politica-economica del Paese (o della zona del Paese) di provenienza. Il racconto del richiedente, la sua «storia personale» costituisce la «prova regina» della decisione che oggi, grazie alla videoregistrazione dell’audizione in sede amministrativa si vorrebbe riversare nel giudizio, in sostituzione dell’audizione giudiziale. È questo, a parere di chi scrive, il vero punto cruciale della nuova procedura che ci consente di valutarne in concreto l’idoneità rispetto alla specificità ed alla peculiarità di queste controversie. La trasposizione della «prova regina» assunta nella fase amministrativa (peraltro senza che sia necessaria l’assistenza legale, che è solo eventuale) direttamente nel giudizio esalta la funzione bifasica della procedura (amministrativa necessariamente, giudiziale eventualmente) fino a considerare la seconda come una sorta di prosecuzione della prima. Escludere, in linea di principio, l’udienza di comparizione e conseguentemente il diritto del ricorrente di incontrare il suo giudice naturale, comporta una tendenziale amministrativizzazione della procedura; in mancanza del contatto diretto con la parte, cioè con la fonte della narrazione, il giudice deciderà sulle carte. È proprio questo aspetto della nuova procedura cartolare che stride con la natura degli interessi in gioco la cui valutazione è destinata ad incidere irreparabilmente sulla vita delle persone. Volendo fare un paragone – forse azzardato ma calzante – è la stessa distinzione tra processo inquisitorio e processo accusatorio. La formazione della prova avviene lontano dal giudice. È ben vero che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione

23. Si veda *Il dovere di collaborazione del giudice nell’acquisizione e nella valutazione della prova* di M. Acierno e M. Flamini, in questa *Rivista*, n. 1.2017.

europea²⁴ ha precisato che «la direttiva procedure deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito del ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente, qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione» ma la stessa sentenza ha precisato che si prescinde dall'audizione a due condizioni «[...] che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione e che il verbale [...] sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo [...], e dall'altra parte che il giudice adito [...] possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto [...]»: la seconda di tali condizioni lascia sempre aperta al giudice la possibilità di disporre l'audizione, ove necessario, con tutti i limiti insiti in una previsione così generica e soggetta ad interpretazioni soggettive differenti tra loro.

L'altro profilo rilevante delle novità procedurali in commento è rappresentato dall'abolizione del giudizio di appello. Pur essendo fuori discussione che il doppio grado di giudizio di merito è privo di copertura costituzionale, e che un'analisi comparata dimostri come i sistemi d'impugnazione nei diversi Stati membri dell'UE prevedano, in prevalenza, un solo grado di giudizio²⁵, resta il fatto che ordinariamente il nostro sistema processuale conosce tre gradi di giudizio, anche per cause bagatellari, invece, paradossalmente, le stesse garanzie previste per una violazione del codice della strada – magari commessa dallo stesso richiedente – non sono più previste in materia di protezione internazionale. Chiunque può apprezzare la discrasia, che determina un'irragionevole disparità di trattamento proprio perché prescinde dalla rilevanza del rapporto sottostante la controversia: la controversia avente ad oggetto la tutela di diritti umani fondamentali gode di minori garanzie rispetto a quella, intentata magari dalla stessa persona fisica, ma avente ad oggetto l'accertamento di diritti di minor rilievo per la vita della medesima persona.

6. Le controversie in materia di protezione umanitaria: quale rito?²⁶

L'art. 3, co. 1, lett. d), l. 46/17 attribuisce alle sezioni specializzate la competenza per le controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria *ex art.* 32, co. 3, d.lgs. 25/2008. Però, il nuovo art. 35 *bis*, d.lgs. 25/2008, (rubricato «delle controversie

24. CGUE sent. 26.7.2017, causa C-348/16.

25. Fonte: Dossier del servizio studi del Senato sull'A.s. 2705, marzo 2017 n. 469, p. 41.

26. Anche queste disposizioni si applicano alle cause ed ai procedimenti sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del d.l. 13/2017, quindi a partire dal 17 agosto 2017.

in materia di protezione internazionale»), stabilisce che solo le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'art. 35 sono regolate dal nuovo rito (quelle relative alle forme di protezione tipiche: *status* di rifugiato e protezione sussidiaria), mentre pacificamente esulano da quella disposizione quelle previste dall'art. 32, d.lgs. 25/2008, relative, appunto, alla protezione c.d. umanitaria (che è misura di protezione atipica), consegue pertanto, stando al dato letterale della norma, che alle controversie aventi ad oggetto la domanda di protezione umanitaria non si applichi il nuovo rito dettato dall'art. 35 *bis*, d.lgs. 25/2008 (rito camerale, decisione collegiale e decreto solo ricorribile per Cassazione) e, nel silenzio della legge, la causa verrà introdotta con ricorso o citazione, ferma restando la competenza alle sezioni specializzate che decideranno la controversia in composizione monocratica con sentenza od ordinanza appellabile. Evidentemente, la differenza sostanziale sta nel fatto che l'impugnazione autonoma del diniego di riconoscimento della domanda di protezione umanitaria – che, non dimentichiamo, rappresenta la forma di protezione maggiormente riconosciuta – non preclude il secondo grado di giudizio di merito, il che obiettivamente non è cosa di poco conto ed è ovvio che i difensori propendano per la totale autonomia delle cause relative al riconoscimento della c.d. «protezione atipica», rispetto quelle relative alle altre forme di protezione internazionale.

Senonché, spesso e volentieri si impugna la decisione amministrativa della Commissione territoriale chiedendo, in via graduata, il riconoscimento di tutte le forme di protezione: da quella maggiore (lo *status* di rifugiato) a quella intermedia (la protezione sussidiaria) fino, in estremo subordine, a quella umanitaria. In tal caso, il giudizio non potrebbe che essere uno solo, perché se fossero introdotte due cause, una per le protezioni tipiche, ed un'altra per quella atipica, evidente sarebbe il rischio di un contrasto di giudicati²⁷, senza considerare che la *ratio* della riforma sta nella rapida definizione di queste controversie, obiettivo evidentemente contrastato dall'instaurazione di una pluralità di controversie, tutte riconducibili alla materia della protezione.

Nelle prime settimane di sperimentazione (è proprio il caso di dirlo) della nuova legge, si è verificata in vari Tribunali la presentazione di cosiddetti «ricorsi gemelli» o «doppi ricorsi» (uno per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria)

27. Tale rischio è stato opportunamente segnalato da M. Acierno in *Il dovere di collaborazione del giudice nell'acquisizione e nella valutazione della prova* cit. di cui si riporta, per comodità di lettura, il passaggio «Si deve, tuttavia, preferire un'interpretazione sistematica che, anche alla luce della qualificazione giuridica dei permessi per motivi umanitari indicata dalla giurisprudenza di legittimità, e, tenuto conto dell'omogeneità dell'accertamento da svolgere, consenta d'impugnare il provvedimento della Commissione territoriale anche per il diniego o la mancata presa di posizione sul permesso umanitario da parte della Commissione territoriale, risultando qualsiasi altra soluzione processuale incoerente».

ed un altro – *ex art. 702 bis c.p.c.* – per la protezione umanitaria. Secondo un primo orientamento, si prospetterebbe la possibilità di riunione dei procedimenti, previa trasmissione di entrambi i ricorsi allo stesso giudice relatore da parte del presidente della sezione. In tal caso la domanda di protezione umanitaria è ritenuta connessa con quelle principali e rientra sotto il regime del nuovo rito.

Meno lineare è la soluzione prospettabile nel caso in cui il ricorrente impugni la decisione della Commissione territoriale limitatamente alla omessa (o reietta) valutazione della protezione umanitaria, in assenza, quindi, di connessione con altre domande. Qui parrebbe legittima la proposizione della controversia – con atto di citazione o con ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* – in via autonoma: la competenza è della sezione specializzata in composizione monocratica e non vi sono preclusioni ad un secondo grado di giudizio di merito.

Sennonché tale soluzione, ovvia a prima vista, non tiene conto della peculiarità del processo di protezione internazionale che non è un'impugnazione dell'atto amministrativo, ma ha ad oggetto il riconoscimento di un diritto soggettivo, tant'è il giudice della protezione, oltre ad essere soggetto all'obbligo di cooperazione istruttoria, è (almeno parzialmente) svincolato dal principio della domanda e, in ipotesi astratta, potrebbe riconoscere una misura tipica anche a chi si limita a chiedere il riconoscimento di quella atipica; inoltre ormai da anni la giurisprudenza della Cassazione ha statuito che la tripartizione delle misure di protezione contiene in sé la previsione dell'asilo costituzionale, sicché parrebbe evidente che anche la protezione umanitaria rientri nell'ambito del più generale «sistema asilo». Proprio per questo motivo è stata sottolineata «l'esigenza di una trattazione unitaria davanti alla sezione specializzata in composizione collegiale anche delle domande rivolte ad ottenere il permesso di soggiorno per motivi umanitari essendo la situazione giuridica soggettiva sottesa a tale domanda riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. e 3 CEDU (così da ultimo Cass. SU 5059 del 2017) da assoggettare allo speciale regime probatorio proprio delle cause relative alle domande di protezione internazionale».²⁸ Occorrerà attendere l'evoluzione giurisprudenziale che si prevede, proprio per la peculiarità e rilevanza della questione, particolarmente intensa e tutt'altro che univoca.

Infine, non dovrebbero sussistere dubbi circa la competenza delle sezioni specializzate in composizione monocratica, senza preclusioni per la proposizione dell'appello, nei (rari) casi in cui si impugni una decisione di rigetto del permesso di soggiorno per motivi

28. Così M. Acierno *Le novità introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 convertito nelle l. n. 46 del 2017 nei giudizi riguardanti la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri* in *giudicedonna.it*, n. 1/2017, p. 5.

umanitari adottato non dalla Commissione territoriale ma direttamente dal questore: qui in effetti la domanda è del tutto svincolata dalla fase amministrativa delle Commissioni e si è al di fuori del «sistema asilo».

In questa fase di primissima applicazione della novella pare di potere affermare sensatamente che il criterio scriminante da seguire per orientare la scelta del rito consista nella valutazione, caso per caso, dell'autonomia della domanda di permesso di soggiorno per motivi umanitari rispetto al riconoscimento della protezione internazionale, ovvero della sua diretta o indiretta connessione.

7. Le modifiche alla disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo (e non solo)

Come da tradizione, ogniqualevolta si mette mano a qualche novella in materia di diritto degli stranieri un ritocco, anche solo di facciata, alla disciplina del trattenimento, non manca mai.

A parte il maldestro tentativo di dare una base di legittimazione normativa all'approccio hotspot, propedeutico alla possibile detenzione amministrativa ed alla nuova figura del trattenimento finalizzato all'identificazione di cui s'è detto in precedenza²⁹, la novella in esame dispone ulteriori modifiche alla disciplina del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale:

- il cambio del nome dei Centri e la prospettiva della loro futura collocazione;
- un sensibile ritocco dei termini massimi di trattenimento per gli ex detenuti;
- una modifica all'art. 6, d.lgs. 142/2015 includente la prosecuzione del trattenimento dei richiedenti che siano stati attinti da provvedimenti di respingimento e
- l'introduzione della videoconferenza nei procedimenti di convalida dei trattenimenti dei richiedenti la protezione internazionale.

I Centri di detenzione amministrativa furono originariamente denominati Centri di permanenza temporanea ed assistenza (CPTA), successivamente vennero chiamati, con sano realismo posto che di assistenza ve n'era ben poca, Centri di identificazione ed espulsione (CIE), per approdare ora ai nuovi Centri di permanenza per i rimpatri (CPR). Parrebbe a prima vista una mera operazione di restyling come la precedente, se non fosse che all'indomani della presentazione del d.l. n. 13/2017 la vulgata mediatica salutò con favore le nuove norme dando quasi esclusivo rilievo alla proclamata abolizione dei CIE.

L'insistenza con cui si è dato risalto all'abolizione dei CIE trova una giustificazione parziale nell'audizione del Ministro Minniti alle Commissioni affari costituzionali riunite di Camera e Senato (tenutasi l'8.2.2017), il quale ha specificato che, per colmare il vuoto

29. V. *supra*, § 2.

temporale intercorrente tra l'accertamento della condizione che richiede il rimpatrio e la sua concreta attuazione, si rende necessario attivare i Centri di permanenza per il rimpatrio, molto diversi dai CIE, caratterizzati da piccole dimensioni, fuori dai Centri urbani, vicini alle infrastrutture di trasporto, con una *governance* trasparente (evidentemente quella dei CIE non lo era) e con una possibilità illimitata di accesso da parte del garante delle libertà personali: insomma, una galera trasparente, o almeno traslucida.

Nella relazione tecnica allegata al disegno di legge di conversione del d.l. si legge che la capienza degli attuali CIE – che è di circa 360 posti – sarà portata a 1.600 posti con un incremento, quindi, di 1.240 posti, per una spesa complessiva stimata di 13 milioni di euro, cui si aggiungono le spese di gestione stimate in 3,84 milioni di euro per il 2017, 12,4 per il 2018 e 18,22 per il 2019.

È dunque vero che i CIE non esistono più: ma cambia solo il nome, ora si chiamano Centri di permanenza per i rimpatri. È quindi evidente che si tratta di una truffa delle etichette, volta a tranquillizzare gli enti locali che sovente hanno opposto forti resistenze alla costruzione di questi Centri di detenzione, assicurandoli che saranno dislocati fuori dai Centri urbani, vicini agli aeroporti, in modo da non deteriorare il valore degli immobili, insomma, non daranno alcun fastidio. Peraltro, alla data in cui si termina la stesura di quest'analisi – settembre 2017 – di questi nuovi Centri non c'è nemmeno l'ombra.

Inoltre, è stato da subito aumentato il termine massimo di trattenimento per quanti fossero già stati detenuti in carcere, intervenendo a modificare l'art. 14, co. 5, d.lgs. 286/98 che ora consente che il termine massimo di trattenimento dell'ex detenuto possa essere prorogato di ulteriori quindici giorni – oltre i primi trenta già previsti – nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio, previa «convalida» del Giudice di pace. Orbene, a prescindere dall'evidente errore per cui non di convalida si tratta (ché questa è già intervenuta entro le prime novantasei ore dall'inizio dell'applicazione della misura restrittiva della libertà personale, pena l'illegittimità della stessa), ma semmai di proroga, va sottolineata l'assoluta indeterminatezza, svincolata da ogni parametro interpretativo normativamente previsto, della nozione di «particolare complessità», demandata esclusivamente alla libera interpretazione dell'autorità amministrativa, sicché è legittimo chiedersi quale sindacato potrà essere attuato dai Giudici di pace chiamati a prorogare questi trattenimenti, in assenza di criteri normativamente previsti idonei a delimitare l'ambito del dato legittimante la proroga della detenzione amministrativa.

Peraltro, se lo straniero non è stato identificato durante il periodo di detenzione in carcere, come la legge vorrebbe, se nemmeno trenta giorni di successiva privazione della

libertà son serviti, è lecito dubitare che ulteriori quindi giorni possano essere risolutivi per superare la «particolare complessità» dell'identificazione.

Sia detto per inciso: anche qui sfugge la straordinaria necessità ed urgenza di provvedere.

Ai sensi dell'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015 il richiedente protezione che si trova in un Centro di trattenimento in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione, ivi rimane quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione. Questa previsione impediva la prosecuzione del trattenimento del respinto, limitandolo solo all'espulso, tuttavia molte questure avevano tentato di emettere decreti di trattenimento anche per i respinti, ma i Tribunali non avevano convalidato questi provvedimenti amministrativi perché le misure limitative della libertà personale sono soggette a stretta interpretazione, e non è ammissibile una loro estensione analogica³⁰.

La novella in commento supera le considerazioni della attenta giurisprudenza citata, estendendo la possibilità di mantenere il trattenimento anche al richiedente asilo che si trova in un CPR in attesa dell'esecuzione di un respingimento differito. Di per sé parrebbe cosa di poco conto, non è così se si riflette sulla stretta connessione operativa tra approccio hotspot e respingimento: lo straniero frettolosamente individuato come migrante economico è sovente destinatario di un decreto di respingimento differito perché soccorso in mare mentre tentava di fare ingresso illegale in Italia, costui potrà restare in regime di detenzione amministrativa anche se successivamente all'adozione del provvedimento ablativo ha presentato domanda di protezione, sul presupposto, quasi sempre apodittico, che la sua richiesta sia finalizzata a ritardare l'esecuzione del decreto di respingimento.

Si tratta di un evidente disincentivo alla presentazione della domanda di protezione: anche questo è un modo per ridurre il carico di lavoro di Commissioni e Tribunali.

Infine, viene introdotta la novità della videoconferenza per quanto concerne la partecipazione alle udienze di convalida (ma non anche per quelle di proroga) del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale (modificando l'art. 6, co. 5, d.lgs. 142/2015) e per le convalide dell'accompagnamento dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari (modificando l'art. 20 *ter*, d.lgs. 30/2007).

Se si considera che la partecipazione a distanza alle udienze mediante un collegamento video tra aula d'udienza e luogo di detenzione era misura prevista solo per i procedimenti penali in materia di criminalità organizzata e per imputati di reati gravissimi o sottoposti al regime previsto dall'art. 41 *bis* o.p., si converrà che l'estensione di queste procedure a

30. Cfr. Tribunale di Torino, sez. I civ., ord. 22.10.2015, est. Scotti in questa *Rivista*, n. 1.2017, rassegna giurisprudenza italiana: allontanamento e trattenimento.

migranti non sottoposti a procedimento penale pare quantomeno inopportuna, idonea veicolare ulteriormente (anche a livello simbolico) la diffusa percezione del migrante irregolare come persona di per sé pericolosa, posto che la durata di queste udienze è in genere assai contenuta nel tempo, a differenza dei lunghi e complessi procedimenti penali per cui questa misura eccezionale è prevista. Né può sostenersi che la partecipazione in videoconferenza alle udienze sia determinata da oggettive difficoltà di traduzione del trattenuto all'aula d'udienza, cui non può provvedersi per il tramite della polizia penitenziaria che, nell'ambito della detenzione amministrativa, non svolge alcun ruolo: se così fosse, non si spiegherebbe perché la videoconferenza sia prevista solo per i richiedenti asilo ed i cittadini comunitari e non anche per tutti gli altri trattenuti nei CPR per i quali – e costituiscono di gran lunga la maggioranza – le udienze di convalida rientrano sotto la competenza dei Giudici di pace. Quindi, mentre gli stranieri trattenuti in attesa dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento hanno il pieno diritto di essere sentiti dal Giudice di pace personalmente, senza alcuna intermediazione tecnologica ed in presenza fisica del loro difensore, viceversa, i richiedenti asilo debbono accontentarsi della partecipazione virtuale. Con la conseguenza che chi dovrebbe avere maggior tutela, perché esercita un diritto costituzionalmente protetto – quello d'asilo – in realtà gode di minor tutela.

La questione è ancor più grave se si considera che non è garantita, per queste procedure, alcuna possibilità di consultazione diretta e riservata tra il trattenuto ristretto al CPR ed il suo legale, ove questi opti per la presenza nella stanza del giudice. È ben vero che la legge consente al difensore di poter nominare un sostituto, superando così il problema dell'impossibile sdoppiamento della sua presenza contestuale nell'aula ove siede il giudice ed in quella dov'è ristretto il trattenuto, ma ci si dimentica che quasi sempre i trattenuti sono assistiti da un difensore d'ufficio e che l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti consente la retribuzione di un solo difensore.

Infine, non sfuggirà che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 342/99, pronunciandosi sulla legittimità dell'art. 146 *bis* disp.att. c.p.p. (è la norma che prevede la videoconferenza in ambito penale), ha escluso che venisse intaccato il nucleo fondamentale del diritto di difesa perché «al difensore e all'imputato sono posti a disposizione strumenti tecnici idonei che assicurano la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente», il che ci consente di dubitare della legittimità rispetto all'art. 24 Cost. di una partecipazione in videoconferenza che non assicuri la possibilità di comunicazione riservata tra difensore e richiedente asilo trattenuto.

8. L'ordine delle cose

L'analisi di un complesso testo normativo, peraltro redatto con tecnica e chiarezza non sempre cristallina, entrato nel pieno vigore a metà agosto, risente, necessariamente, dei numerosi dubbi interpretativi dovuti al fatto che alcuna giurisprudenza è consolidata, nessuna prassi è sperimentata e condivisa: è un testo normativo su cui ci si interroga e confronta, con tutte le incertezze che conseguono. La scelta del Legislatore di posticipare di sei mesi l'applicazione delle disposizioni più rilevanti, così come quella ministeriale di posticipare *sine die* la riforma in tema di notificazione degli atti ed il ritardo nell'acquisto e installazione delle apparecchiature necessarie per la video registrazione e la video conferenza, ci consente di dubitare della effettiva necessità di questa riforma. Anche la scelta di abrogare la sospensione feriale dei termini processuali, prevedendone l'entrata in vigore proprio nel bel mezzo del periodo feriale, non è stata delle più felici, avendo originato notevole confusione nel periodo transitorio.

Insomma, una riforma presentata come la soluzione necessaria per far fronte all'incremento delle domande di protezione internazionale e del carico di lavoro degli uffici giudiziari che però stenta a decollare.

Nel frattempo, l'ordine delle cose³¹ parrebbe parzialmente ripristinato, non tanto dalla novella in esame, quanto piuttosto dagli accordi con la Libia affinché blocchi le partenze dei migranti, tant'è che in effetti i numeri degli sbarchi sono drasticamente diminuiti. La politica ha anticipato, nei fatti, le riforme legislative che pure aveva prodotto, che comunque resteranno. Resta non solo una grave regressione nella tutela dei diritti dei migranti e dei richiedenti asilo in particolare, ma resta – e si consolida – la costruzione di un diritto speciale per le persone straniere, quasi una riedizione delle politiche della Bossi-Fini e del Ministro Maroni che parevano scemate negli ultimi anni, di cui francamente non se ne avvertiva la mancanza.

31. *L'ordine delle cose* è il titolo di un film di A. Segre, nelle sale proprio contemporaneamente alla stesura finale di questo scritto, che narra la vicenda di un alto funzionario di polizia inviato in Libia per “contrattare” la collaborazione della guardia costiera libica nell'intercettare i natanti che da quelle sponde partono, riconducendo nei campi di detenzione il loro carico umano.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

LA POLITICA EUROPEA DELLA MIGRAZIONE NEL PERIODO 2017-2019: SVILUPPI E PERPLESSITÀ

di Marco Borraccetti

Abstract: Il mandato 2014-2019 della Commissione europea è stato caratterizzato anche dalla cosiddetta crisi dei rifugiati, meglio definibile come una crisi sulla gestione europea della migrazione a causa di limiti di natura politica e/o riconducibili ai rapporti tra gli Stati membri. A fronte di tale situazione, la reazione delle Istituzioni e degli Stati membri è risultata più focalizzata sui controlli di polizia e di frontiera che su di un'efficace organizzazione che andasse incontro tanto alle reali necessità delle persone coinvolte che a quelle degli Stati maggiormente coinvolti.

In tale contesto la Commissione europea ha recentemente pubblicato comunicazioni e proposte su quelle che dovrebbero essere le misure idonee a rendere più gestibile tali situazioni in futuro, oltre che a diminuire la pressione verso lo Spazio Schengen, agendo su quattro assi quali: solidarietà tra Stati; legalità negli accessi; aumento dei rimpatri; sviluppo di una dimensione esterna. Ad essi va aggiunta la proposta di modifica relativa alle regole e procedure che riguardano il ripristino dei controlli di frontiera all'interno dell'area Schengen. Scopo dell'articolo è analizzare posizioni e proposte espresse dalla Commissione e valutarne l'eventuale novità e, con riferimento alla proposta di modifica del Codice frontiere Schengen, l'impatto sul funzionamento dello Spazio Schengen.

Abstract: The so-called refugee crisis characterised the Commission mandate 2014-2019. It was, and it still is, more a crisis on the European management of migration, due to the lack of solidarity between the Member States. The Institutions and the Member States faced this crisis more on implementing police and border controls than developing an efficient management of the situation focused on human beings and on the interests of the concerned Member States, as for example the ones on the front line.

The Commission issued recently communications and proposals on how to develop and implement new measures to better manage similar future situation and to guarantee a better management of the Schengen Area. The action would be developed on four axes: solidarity between the Member States; legal routes to the EU; strengthen of the return policy; better development of the external dimension. Furthermore, the Commission issued a new proposal on new rules and procedure about border controls in the Schengen Area. The article aims to analyse those Commission proposals and positions and to evaluate their elements of novelty and impact on the Schengen area.

LA POLITICA EUROPEA DELLA MIGRAZIONE NEL PERIODO 2017-2019: SVILUPPI E PERPLESSITÀ

di Marco Borraccetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il discorso sullo Stato dell’Unione 2017. – 3. I quattro assi: solidarietà, legalità, rimpatri, dimensione esterna. – 3.1. Solidarietà. – 3.2. Legalità. – 3.3. Rimpatri. – 3.4. Dimensione esterna. – 4. La modifica del Codice frontiere Schengen. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il mandato 2014-2019 della Commissione europea è stato caratterizzato, tra gli altri, dalla cosiddetta crisi dei rifugiati, con questa espressione volendo individuare in verità quella che può essere meglio definita come una crisi sulla gestione della migrazione che ha rivelato tutti i limiti dell’attuale Unione europea; limiti, in verità, più politici, che di altra natura, e riconducibili ai rapporti tra gli Stati membri.

A fronte di tale situazione, peraltro enfatizzata molto dai media rispetto alla realtà, la reazione delle Istituzioni e degli Stati membri è risultata più focalizzata sui controlli di polizia e di frontiera – e misure ad essi relativi – che su di un’efficace organizzazione che andasse incontro tanto alle reali necessità delle persone coinvolte che a quelle degli Stati maggiormente interessati, come quelli di cd. prima linea o di maggiore accoglienza.

In tale contesto la Commissione europea ha recentemente pubblicato comunicazioni e proposte su quelle che dovrebbero essere le misure idonee a rendere più gestibile nel prossimo futuro situazioni paragonabili a quelle vissute in questi ultimi anni e, al contempo, a diminuire la pressione non solamente alle frontiere esterne bensì anche verso lo Spazio Schengen e la sua principale peculiarità, l’assenza di frontiere interne tra gli Stati parte, in più occasioni posta in discussione.

Sin d’ora si può affermare che, per l’ennesima volta, l’attenzione è stata riservata in prevalenza a misure di polizia e controllo di frontiera, quasi che i problemi fino ad oggi emersi siano risolvibili grazie ad esse.

2. Il discorso sullo Stato dell’Unione 2017

Un’utile base di partenza nell’analisi che si andrà a compiere può essere l’annuale discorso del Presidente Juncker sullo Stato dell’Unione, con particolare attenzione alla

* Ricercatore di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Bologna.

parte relativa alla politica della migrazione e dell'asilo che, negli auspici presidenziali, si assume come «più forte, più efficace e più equa»¹.

Un discorso ripreso ampiamente nella Comunicazione sull'attuazione dell'Agenda della migrazione, che provvede innanzitutto ad individuare quelli che sono ritenuti come i risultati di maggiore successo. Appare d'interesse notare che, l'analisi di tale bilancio porta a leggere i risultati presentati non sempre in modo corrispondente all'interpretazione fornita dall'Istituzione e dal suo Presidente. Ciò, a titolo di esempio, ma comunque indicativo, appare evidente nelle parti dedicate a solidarietà e condivisione di responsabilità tra Stati, oltre che nelle ragioni che hanno portato alla diminuzione degli arrivi attraverso la rotta mediterranea.

Va ricordato che tanto la guerra in Siria, che i vari focolai di instabilità e povertà in Africa hanno nell'Unione europea l'area più sicura, ricca e di forte prossimità geografica. Sin dall'inizio, tuttavia, la gestione della cosa ha destato perplessità, essendo stata ritenuta inizialmente come limitata alla gestione delle frontiere esterne da lasciare agli Stati membri mediterranei.

Infatti, solo dal 2015 in poi – al verificarsi di ennesimi naufragi in mare – l'Unione europea decise di farsene carico, pur se attraversata da notevoli fremiti dati dalle diverse posizioni dei governi europei. Sono così considerati passi importanti e progressi rilevanti, atti, da ritenersi *a posteriori* poco più che modesti, quali il «Piano d'azione in dieci punti sulla migrazione» della Commissione e l'ennesima Agenda sulla migrazione che aveva il compito e l'aspirazione di affrontare sia le sfide immediate che le carenze strutturali dell'attuale politica dell'UE in materia di migrazione e asilo. E ancora, l'accordo/dichiarazione con la Turchia e il quadro di partenariato e le azioni congiunte intraprese sulla rotta del Mediterraneo centrale², che hanno indubbiamente ridotto in modo sensibile il numero di arrivi irregolari.

Ad essi si devono aggiungere il modello *hotspot*, per la registrazione e il rilevamento delle impronte digitali di tutti i migranti al loro arrivo e il fatto che le azioni unilaterali da parte degli Stati membri sono state sostituite con una risposta coordinata a livello europeo.

Tutte misure caratterizzate da un approccio focalizzato più sull'ordine pubblico che sulle necessità delle persone coinvolte, dei loro diritti fondamentali, oltre che delle difficoltà dei territori interessati. Questo lo si è visto nell'assenza di solidarietà tra Stati membri, pur risultando attivati, per la prima volta, meccanismi di ricollocazione, di natura

1. Comunicato Stampa IP/17/3406 del 27.9.2017.

2. Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3091_it.htm.

obbligatoria e attuativi dell'art. 80 TFUE. Va valutato in senso positivo che tra reinsediamenti e ricollocamenti siano state accolte 720.000 persone, un numero tuttavia inferiore a tutti gli Stati dell'area mediterranea maggiormente coinvolti.

Parallelamente alla risposta immediata sono stati proposti cambiamenti strutturali per organizzare meglio la gestione della migrazione e dell'asilo. Particolarmente significative sono state le proposte di istituzione della guardia di frontiera e costiera europea, ora operativa, e di riforma del sistema europeo comune di asilo, su cui il Parlamento europeo e il Consiglio dovranno nei prossimi mesi trovare un accordo che appare, tuttavia, lontano dall'essere raggiunto.

L'unico risultato conseguito di un certo rilievo è stato l'aver trasformato Frontex nell'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea. Se si considera che altri innovazioni di pari portata non hanno avuto luogo, si può certo definire il bilancio quasi fallimentare.

A conferma di ciò, la consapevolezza di dovere intervenire, di dovere ancora una volta sviluppare un approccio globale alla gestione delle migrazioni, cosa sino ad ora ben lontana dall'essere compiuta. Su questo punto, anche la Comunicazione del settembre 2017 dedica ampia parte a ciò che si dovrebbe fare e non è stato ancora compiuto.

La valutazione intermedia dell'Agenda europea sulla migrazione compiuta dalla Commissione³ conferma la visione di tale Istituzione circa il fenomeno che si è sviluppato in questi anni: non può, dunque, che avere rilievo il fatto che sia diminuito il flusso di persone giunte sul territorio europeo, evidenziando come questo abbia contribuito a rafforzare le frontiere esterne, a garantire la debita assistenza ai rifugiati e a rafforzare i percorsi legali verso la stessa Europa. Tuttavia risalta l'omissione di come si sia arrivati a tali risultati: basti pensare alle note e manifestate criticità del controverso accordo-non accordo con la Turchia; a come alcuni dei punti menzionati siano marginali, si pensi ai cosiddetti percorsi legali, invero limitati e comunque per la stragrande maggioranza nella disponibilità e dipendenti dalle scelte nazionali; infine, si pensi al reale impatto dei flussi migratori sull'area Schengen, che ha portato a una reazione per la verità irrazionale di alcuni governi, più interessati a ripristinare i controlli alle frontiere interne per inseguire le volontà dei propri elettori, piuttosto che per reali esigenze riconducibili all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica.

Le proposte presentate dalla Commissione, che sono suddivisibili in quattro assi o «settori strategici», hanno l'elevata aspirazione di contribuire a raggiungere soluzioni più stabili e strutturali e, allo stesso tempo, a porre le Istituzioni e gli Stati nella condizione di

3. Comunicazione della Commissione del 27.9.2017 sull'attuazione dell'Agenda europea sulla migrazione, COM(2017) 558 final.

reagire nel modo più appropriato innanzi a situazioni future, siano o meno impreviste e imprevedibili. Tuttavia, non sempre possono essere così considerati i fatti accaduti sin dal 2011, poiché l'evolversi delle «primavere arabe», unitamente alle successive guerre in Siria e Libia, non poteva che portare ad una grande instabilità nell'area ed alla conseguente fuga di parte della popolazione verso luoghi di maggiore sicurezza.

3. I quattro assi: solidarietà, legalità, rimpatri, dimensione esterna

La comunicazione sull'attuazione dell'Agenda sulla migrazione dettaglia i quattro assi d'azione riconducibili alla solidarietà, con evidente riferimento al sistema d'asilo; alla legalità, individuando percorsi legali di ingresso come uno degli strumenti di contrasto alla migrazione irregolare; allo strumento dei rimpatri, che come visto non erano stati considerati adeguati in numero ed organizzazione, come strumento di equità per «indirizzare le risorse verso chi ne ha realmente bisogno»; infine, la dimensione esterna, individuando meccanismi di collaborazione con gli Stati che sono principalmente d'origine e/o transito dei migranti.

3.1. Solidarietà

La solidarietà rappresenta uno dei punti deboli, se non il punto debole, della politica europea sull'asilo. Questo emerge non solo dall'analisi delle dichiarazioni succedutesi in questi anni da parte dei leader europei e dalle posizioni di alcuni Stati europei in sede istituzionale, ma soprattutto dal dato numerico, che più di ogni altro elemento decreta il fallimento del sistema prefigurato – forse anche per la sua farraginosità – ma anche il ritardo della Commissione nell'utilizzare gli strumenti in suo possesso per contrastare il rifiuto di applicare le disposizioni esistenti, compiendo così un vero e proprio atto di violazione del diritto dell'Unione.

La Commissione osserva che le persone ricollocate sino ad ora sono state 29.000, ponendosi l'obiettivo di arrivare a 37.000, meno di un quarto di quanto inizialmente previsto. Il fallimento è ulteriormente sottolineato dalla disponibilità della Commissione di fornire sostegno finanziario agli Stati membri che si dovessero rendere disponibili a proseguire nel percorso, ma appare più – in sincerità – un'ultima spiaggia.

Per tale ragione emerge la volontà di superare meccanismi temporanei – con chiaro riferimento all'attuale meccanismo di ricollocamento obbligatorio, limitato nel tempo e nella spazialità geografica, oltre che nei potenziali beneficiari – spesso oggetto di ampia discussione e forte opposizione da parte dei governi che ritengono inaccettabile ogni meccanismo differente da misure di natura volontaria, e divenendo per tale ragione anche oggetto di un ricorso alla Corte di giustizia, che recentemente si è pronunciata nel senso

della piena legittimità delle decisioni adottate dal Consiglio, su proposta della Commissione, nel settembre 2015⁴.

L'obiettivo dichiarato è quello della realizzazione di un sistema che abbia la capacità «di resistere alle crisi», riuscendo a gestire situazioni non previste o prevedibili, non solo «avvicinando i sistemi nazionali» ma anche rispettando l'art. 80 TFUE, ossia rendendolo effettivo con un «meccanismo di solidarietà che garantisca un'equa condivisione delle responsabilità». Esattamente ciò che non si è verificato in questi anni.

La proposta della Commissione relativa al regolamento cd. Dublino IV⁵, in questi giorni oggetto di discussione in sede parlamentare europea, ha registrato sino ad ora una forte opposizione – in sede di Consiglio – proprio nella possibile istituzione di un meccanismo di ricollocamento vincolante per gli Stati che, a fronte di rifiuti non motivati, dovrebbero comunque farsi carico dal punto di vista economico finanziario degli sforzi compiuti da altri in loro vece. La possibilità di compromessi non è dunque da escludersi, ma tale apertura sembra limitata alla possibilità di meccanismi che si inseriscano sulla stessa linea e non diminuiscano gli oneri degli Stati membri. La comunicazione tuttavia non lascia prefigurare altro, salvo ricordare il principio generale – ribadito anche in sede di Consiglio europeo⁶ – in forza del quale è necessaria una riforma che deve trovare un equilibrio «tra responsabilità e solidarietà e garantire la resilienza a crisi future».

Solo nelle righe successive della Comunicazione si fa cenno ad uno dei problemi principali, che ha creato molta tensione tra gli Stati di primo arrivo e gli altri, ovvero quello dei movimenti secondari. In tale caso, come noto, i migranti non si fermano nello Stato di primo ingresso ma cercano di raggiungere altre destinazioni; cosa che da molti governi è stata considerata inaccettabile e da imputare al lassismo degli Stati frontalieri. Tuttavia, anche nella nuova proposta non pare emergano disposizioni effettive idonee a disincentivare tali movimenti e, al contempo, non sono previste forme di reale mobilità una volta conseguito lo *status* di rifugiato o altre forme di protezione internazionale⁷.

La riforma del regolamento Dublino non è tuttavia sufficiente, ma dovrebbe essere accompagnata dalla modifica delle altre disposizioni che assieme ad esso costituiscono

4. CG 6.9.2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, Repubblica Slovacca e Ungheria/Consiglio dell'UE, aventi per oggetto il ricorso contro la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22.9.2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, GUUE, L 248, p. 80.

5. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di Paese terzo o da un apolide (rifusione), del 4.5.2016, COM(2016) 270 final.

6. Conclusioni del Consiglio europeo del 22/23.6.2017 – <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/06/23-euco-conclusions/>.

7. La proposta approvata dalla Commissione parlamentare LIBE il 19 ottobre, del resto, non innova su questo punto.

l'*acquis* Dublino sull'asilo. Di questo è evidentemente consapevole anche la Commissione che individua chiaramente anche gli altri ambiti ove è necessario intervenire per giungere ad un sistema il più omogeneo possibile: la proposta di revisione delle condizioni di accoglienza, le proposte relative alle qualifiche per l'asilo e le procedure d'asilo, e la proposta sulla creazione di un quadro dell'UE per il reinsediamento. Cose che peraltro non rappresentano novità ma sono ripetizioni di quanto era già stato ribadito dalla dichiarazione comune delle Istituzioni sulle priorità legislative dell'UE per il 2017⁸, grazie alla quale si evince la volontà di usare strumenti normativi più vincolanti rispetto a quelli impiegati, stante il quadro fattuale attuale che non può essere ritenuto soddisfacente.

Solo nei prossimi mesi, tuttavia, potremmo verificare se effettivamente tali obiettivi verranno raggiunti, sia da un punto di vista quantitativo che da quello dei contenuti, ancora soggetti a possibili cambiamenti.

3.2. Legalità

I «percorsi legali» contemplati dalla Comunicazione sono ridotti e oggettivamente poco ambiziosi; riflettono, dunque, il momento politico del nostro tempo e si limitano ai reinsediamenti e ad ipotetici percorsi di ingresso, da compiersi grazie a sponsor, che potrebbero fungere da buone prassi (cos'altro potrebbero essere i progetti pilota?) ma che non possono essere ritenuti sufficienti nel quadro complessivamente considerato. Le vie di accesso regolari al territorio dell'Unione potrebbero riguardare, dunque, il reinsediamento (ovvero ciò che viene individuato come *resettlement*); la migrazione economica fondata sulle esigenze; infine, la politica dei visti.

Se si pensa ai reinsediamenti, se ne riconosce la natura fondamentale e vengono individuati come strumento di solidarietà globale con i Paesi terzi e della condivisione delle responsabilità verso le persone bisognose di protezione. Tuttavia, i numeri indicati sono a dir poco insufficienti e non adeguati alle dichiarazioni d'intenti formulate dalle Istituzioni europee. Pur se, sul piano teorico, il contributo ai reinsediamenti è funzionale a fornire un'alternativa a forme di immigrazione irregolare che sono – per loro natura – pericolose e spesso in mano alla criminalità organizzata, l'aver individuato 40.000 posti disponibili in tutta l'Unione è traguardo risibile.

Tale palese non sufficienza viene riconosciuta implicitamente dalla Commissione che, se da un lato menziona la necessità di più di un milione di posti di reinsediamento, dall'altro si rende disponibile per altri 50.000 nel corso di due anni. La difficoltà della

8. Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea sulle priorità legislative dell'UE per il 2017 – https://ec.europa.eu/commission/publications/joint-declaration-eus-legislative-priorities-2017_en.

situazione e delle renitenze statali, abbinate al fatto che – diversamente dal ricollocamento nei limiti conosciuti – il reinsediamento avviene su base volontaria, emerge anche dal tentativo di ampliare la platea degli Stati coinvolti attraverso la leva finanziaria, oltre al fatto che a tutt'oggi si sono resi disponibili a livello europeo 14.000 posti. Pur se il reinsediamento sul piano europeo dovrebbe affiancare, ma non sostituire, gli impegni acquisiti sul piano internazionale da ogni singolo Stato membro, appare evidente l'insufficienza dell'azione auspicata dalla Commissione pur tra molte difficoltà⁹.

Per ovviare a ciò, e nel tentativo di stabilizzare anche tali forme di accoglienza nell'ambito della politica europea di asilo, l'approccio prefigurato dalla Commissione coinvolge il settore privato al fine di creare occasioni di reinsediamento e di protezione. Non è chiaro, ma sembra auspicabile, se questi meccanismi debbano aggiungersi a quelli già in essere o se semplicemente si cercherà di coinvolgere altri soggetti, si pensi anche alle organizzazioni non governative, in un quadro che rimarrebbe però immutato. Ecco allora l'importante coinvolgimento dell'Agenzia sull'asilo (EASO), che dovrebbe farsi carico del coordinamento di progetti pilota relativi a meccanismi di patrocinio da parte dei privati, con gli Stati e tutti i soggetti interessati.

La strategia dei progetti pilota viene utilizzata come modello anche per favorire ulteriori ingressi regolari, al di là dunque della possibile protezione di cui potrebbero e dovrebbero beneficiare le persone interessate. Si tratta dunque, di possibili interventi sulle migrazioni cd. economiche, nella consapevolezza che un'ampia parte di coloro che intraprendono veri e propri viaggi della speranza non rientrano nell'ambito di applicazione del quadro normativo sull'asilo e, pur dovendo essere soggetti a rimpatri, vanno invece ad alimentare l'economia sommersa caratterizzata spesso da gravi forme di sfruttamento nei loro confronti.

Risulta interessante la consapevolezza della necessità di creare migliori possibilità di accesso, pur se ancora non viene menzionata l'opportunità di una maggiore armonizzazione e semplicità dei meccanismi di ingresso per ragioni di lavoro, lasciati quasi esclusivamente alle sovranità statali. Un ambito caratterizzato da una certa farraginosità anche per l'esistenza, da questo punto di vista, di soli mercati del lavoro nazionali, in luogo di uno europeo con una reale circolazione delle persone per ragioni di lavoro di cui possano beneficiare a pieno anche i cittadini di Stati terzi.

9. Come affermato a p. 20 della Comunicazione, sulla scia degli accresciuti sforzi profusi negli ultimi due anni, e tenendo conto che le necessità globali di reinsediamento restano al picco storico di 1,2 milioni di posti, l'UE dovrebbe mirare a reinsediare almeno altre 50.000 persone bisognose di protezione internazionale entro ottobre 2019. Per raggiungere tale obiettivo, la Commissione raccomanda oggi il reinsediamento di almeno 50.000 persone bisognose di protezione internazionale e a tal fine metterà a disposizione 500 milioni di euro. Tale raccomandazione segue il ciclo di impegni per il reinsediamento del 4 luglio 2017, da cui sono scaturite finora circa 14.000 offerte.

In tale situazione, ecco dunque la disponibilità al coordinamento di progetti pilota con i Paesi terzi per, anche in tal caso, sostenere economicamente la disponibilità dello Stato ad accogliere (*rectius*: ricevere, secondo la Comunicazione) migranti sulla base di finalità economiche. L'obiettivo dichiarato è quello di avviare cooperazioni tra Stati, ove lo Stato terzo si impegna nel contrasto all'immigrazione irregolare, ottenendo in cambio la possibilità per i propri cittadini di avere canali privilegiati per l'emigrazione per lavoro. Tale modello differirebbe da quello dei partenariati di mobilità, poiché in questi lo scambio è palesemente sbilanciato verso l'UE, posto che ai cittadini dello Stato interessato sono solitamente conferite facilitazioni per visti di breve periodo e per lo svolgimento di attività imprenditoriali. In questo caso, invece, si dovrebbe avere una vera e propria apertura di canali privilegiati di accesso al mercato del lavoro dello Stato membro coinvolto nella cooperazione.

Infine, a completare il sistema, viene manifestata l'intenzione di valutare, e nel caso rivedere, la politica dei visti, al fine di renderla «adeguata alle sfide presenti». L'ipotesi potrebbe essere vista con favore, se in tale azione della Commissione dovessero essere incluse anche ipotesi di visti di soggiorno superiore ai tre mesi e con riferimento ad alcune attività lavorative, sì che si semplifichi e si renda più chiaro il meccanismo di accesso ai mercati del lavoro statali. Diversamente, compiendo riferimento al solo turismo e alle attività imprenditoriali, appare difficile immaginare un impatto positivo sul fenomeno migratorio recente; anzi, il sospetto è che l'eventuale modifica possa andare in senso contrario, con un irrigidimento sul numero e la tipologia dei beneficiari.

3.3. *Rimpatri*

L'accesso regolare al territorio degli Stati membri, ma anche il sistema europeo di asilo, si reggono sulla previsione dei rimpatri di coloro che non hanno titolo per rimanere all'interno dell'Unione. Anzi, la questione rimpatri è estremamente delicata e appare in realtà come uno dei pilastri fondamentali su cui poter reggere non solo l'accoglienza, ma lo stesso funzionamento dell'area Schengen posto che in molteplici occasioni l'irregolarità della presenza di cittadini terzi, protagonisti di movimenti secondari, ha giustificato la posizione di coloro che sostengono la necessità del ripristino oramai sistematico del controllo alle frontiere interne, individuando tale presenza come simbolo del mancato assolvimento dei propri obblighi da parte degli Stati di primo ingresso o di frontiera esterna¹⁰. Timori di natura politica, fatti propri da Commissione e Consiglio hanno

10. L'efficace utilizzo del rimpatrio è sempre stata vista come elemento fondamentale nell'ambito di tutta la politica dell'immigrazione: l'identificazione immediata delle persone dovrebbe consentire l'allontanamento rapido di chi non ha titolo per rimanere negli Stati membri, impedendo così la formazione dei movimenti secondari, ovvero di coloro che – pur

portato, per la prima volta, all'adozione del provvedimento *ex art.* 29 del Codice frontiere Schengen, risultando a rischio il funzionamento dell'intero Spazio Schengen.

Come anticipato in precedenza, la presenza di irregolari sul territorio degli Stati membri non pare irrilevante, ma nemmeno risulta essere pari a ciò che spesso campagne politiche e mediatiche ci possono indurre a pensare.

Secondo la Commissione europea, a fronte di una popolazione di circa 500 milioni di persone, al momento della Comunicazione della Commissione si trovavano all'interno dell'UE circa 1 milione di cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare, con una percentuale pari al 2 per 1000; la metà di essi era destinataria di un provvedimento di allontanamento, prevedendosi innanzitutto l'allontanamento volontario così come disposto dalla direttiva rimpatri¹¹. Tuttavia la Comunicazione non si concentra su tale percentuale, bensì sulla stima del numero futuro di irregolari, fondata sulla base degli accoglimenti delle domande di protezione internazionale, che non raggiunge il 60% delle richieste, pari queste ad un totale di 2,6 milioni. In breve, a detta della Commissione, in un futuro prossimo, ma non chiaramente definito da un punto di vista temporale, le persone da rimpatriare potrebbero crescere sino al numero di 1,5 milioni.

L'intensificazione dei rimpatri, attualmente pari ad una dichiarata percentuale del 36% dei migranti irregolari, è vista quindi come strumento funzionale al garantire a chi ne ha reale bisogno accoglienza e solidarietà necessarie. Un legame che desta perplessità, principalmente per l'associazione con il benessere di coloro che protezione hanno comunque diritto di ottenerla.

Non si discute, infatti, che il rimpatrio possa completare una politica sull'immigrazione e asilo inclusiva, anche fungendo da disincentivo per coloro che – seppur non nello stretto e immediato bisogno – cerchino di entrare nel territorio degli Stati aggirando la disciplina esistente; si individua però il rimpatrio come strumento per garantire che chi ha necessità benefici dei reali diritti che gli devono essere riconosciuti. Una cosa che, in franchezza, desta ben più di una semplice perplessità.

La necessità, dunque, dell'aumento dei rimpatri richiede un'azione coordinata da parte di Istituzioni e Stati membri, con un nuovo ruolo di coordinamento assegnato all'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea al fine di avere un'azione maggiormente efficace, non solo basata sulla richiesta degli Stati ma con attività verosimilmente

arrivati in uno Stato membro – decidono di spostarsi verso un altro Stato membro. Va tuttavia notato che non esiste alcun tipo di vero disincentivo per gli eventuali interessati a compiere tale spostamento.

11. Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, 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, p. 98), cd. direttiva rimpatri.

d’iniziativa¹². Si nota, tuttavia, che gli strumenti finanziari e normativi¹³ sono già a disposizione degli Stati membri che, evidentemente, non sono riusciti ad utilizzarli in modo opportuno¹⁴. A ciò dovrà necessariamente affiancarsi un’opportuna azione sul piano politico con gli Stati terzi di transito ed origine, affinché accettino le riammissioni sul loro territorio non solo dei propri cittadini, ma anche di coloro che provengono da altre zone del mondo.

È dunque lecito attendersi, da parte dell’Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea, l’adozione di piani operativi dell’Agenzia con obiettivi concreti in materia di rimpatri, rapportati alla realtà di ogni Stato membro e fondati principalmente, pur se non solo, sugli accordi di riammissione conclusi con i Paesi terzi, oltre al rispetto del manuale sui rimpatri, di recente adozione e diffusione¹⁵. Si noti che in tal modo potrebbe sì diminuire il numero di cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare sul nostro territorio, ma rimarrebbe possibile la presenza di coloro per i quali non vi sono concrete prospettive di rimpatrio¹⁶.

La delicatezza e la sensibilità del tema, e le correlate difficoltà, sono evidenti, al punto che la Commissione – oltre al ruolo proattivo dell’Agenzia – non esclude di dover ricorrere a misure più vincolanti, idonee a garantire i risultati prefissi¹⁷. Questo per imporre

12. L’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera è incaricata di organizzare, coordinare ed effettuare operazioni di rimpatrio e interventi di rimpatrio, e di fornire agli Stati membri l’assistenza necessaria per organizzare tali operazioni a livello dell’UE. Secondo la Comunicazione (2017)558 final, cit., p. 22, per adempiere a tale mandato «l’attuale unità rimpatri dovrebbe essere trasformata in un apposito Dipartimento per i rimpatri all’interno dell’Agenzia [...]». L’Agenzia deve sviluppare piani operativi con obiettivi concreti in materia di rimpatri entro la metà del 2018 per ciascuno Stato membro secondo le sue necessità e priorità in materia, concentrandosi sui Paesi terzi che hanno concluso accordi di riammissione per massimizzare i risultati».

13. Si pensi al Fondo per l’asilo, la migrazione e l’integrazione (AMIF) 2014-2020 e alla decisione del Consiglio 2004/573/CE, del 29.4.2004, relativa all’organizzazione di voli congiunti per l’allontanamento dei cittadini di Paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri, GUUE L 261, 6.8.2004, pp. 28-35 (cd. decisione sui voli congiunti).

14. La cosa pare confermata dalla stessa Commissione – p. 22 della Comunicazione sull’attuazione dell’Agenda della migrazione, cit. – nell’affermare che «l’Agenzia dovrebbe inoltre elaborare progetti pilota sviluppando e testando soluzioni innovative per una gestione congiunta dei rimpatri, ad esempio predisponendo un meccanismo per la condivisione delle capacità fra Stati membri (compresi la gestione e l’appalto di sviluppo di progetti congiunti, la contrattazione condivisa, anche sui voli commerciali, la condivisione della capacità di trattenimento e della gestione delle strutture di trattenimento, l’assistenza consolare condivisa)». Ovvero, semplificando, dovrebbe utilizzare gli strumenti esistenti per costringere gli Stati alla collaborazione che, allo stato, evidentemente non ha avuto luogo in modo accettabile.

15. Raccomandazione della Commissione del 27.9.2017, *establishing a common “Return Handbook” to be used by the Member States’ competent authorities when carrying out return related tasks*, C(2017)6505. Si noti che, al momento della redazione del presente articolo la sola edizione inglese è disponibile.

16. Sul punto si veda CG, 30.11.2009 causa C-357/09, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741.

17. Osserva, infatti, la Commissione, nella Comunicazione sull’attuazione dell’Agenda della migrazione, cit., p. 21: «Se la frammentarietà e, cosa più importante, i tassi di rimpatrio insoddisfacenti perdurano, potrebbe emergere la necessità di esaminare una maggiore convergenza. Ciò potrebbe implicare: standardizzare tutti gli aspetti della procedura di rimpatrio, dal momento dell’identificazione/del fermo fino all’esecuzione delle operazioni di rimpatrio;

maggiore collaborazione tra gli Stati membri e garantire un'azione efficace sul piano europeo anche in un ambito – quello per l'appunto dei rimpatri – su cui vi è un sostanziale accordo.

3.4. Dimensione esterna

Come si è più volte sottolineato e notato, la dimensione esterna assume una notevole importanza nello sviluppo dell'azione di gestione del fenomeno migratorio. In tale ambito lo strumento del partenariato è visto come strumento essenziale anche per «la gestione congiunta dei flussi migratori con i Paesi di origine e transito».

Sotto il profilo finanziario, si osserva come le risorse del Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa, in scadenza nel 2020, necessitino di un rafforzamento ad opera degli Stati membri; dopo tale anno, e quindi nella discussione del prossimo quadro finanziario pluriennale, risulterà necessario reperire le risorse ritenute necessarie al finanziamento dell'azione esterna dell'UE in ambito migratorio.

Sotto il profilo della collaborazione con gli Stati terzi, invece, ciò che più interessa riguarda invece i rimpatri e gli accordi di riammissione, che vedono comunque alcuni punti critici nella diversa cooperazione di alcuni Stati terzi rispetto ad altri.

La collaborazione non può essere limitata al piano finanziario, ma richiede un'azione politica che copra anche le possibilità di accesso regolare al territorio dell'Unione e non soltanto per breve durata. Per tale ragione si pensa ai cd. progetti pilota col coinvolgimento del settore privato, pur se i numeri in tal caso non potranno essere di straordinarie dimensioni. Al contempo, si dovranno affiancare tanto i sostegni al rientro in patria che una maggiore semplificazione nella legislazione sugli accessi.

Viene tuttavia ipotizzato l'utilizzo della leva dei visti anche in modo contrario, quale strumento di pressione – quasi sanzionatorio – per quegli Stati renitenti alla collaborazione.

Infine, particolare attenzione viene riservata alla rotta del Mediterraneo centrale, che vede principalmente nella Libia il punto di transito verso l'Italia e di permanenza con gravi violazioni dei diritti fondamentali dei migranti. Fatta propria l'azione italiana che ha ottenuto una diminuzione degli arrivi a fronte delle detenzioni e permanenze dei migranti in Libia in condizioni disumane più volte documentate, la Commissione sottolinea la necessità di intensificare la collaborazione con IOM e UNHCR anche per rafforzare «le

ravvicinare le norme riguardanti il rischio di fuga, le ragioni del trattenimento e l'emissione di divieti di ingresso; studiare una maggiore coerenza con le procedure d'asilo; facilitare l'esecuzione delle decisioni di rimpatrio degli Stati membri con validità in tutta l'UE, e condividere la responsabilità della loro esecuzione fra gli Stati membri e l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera».

capacità delle autorità libiche di controllare le frontiere meridionali». Posto che la situazione libica è nota a tutti, tanto nella sua instabilità che nell'assenza di un controllo totale del territorio, verrebbe quasi da chiedersi se non si stia parlando di un qualche Stato omonimo, bisogno di supporto ma in una situazione di quasi normalità statuale.

In particolare, si nota che, oltre a richiamare quanto dedicato sul punto dall'Unione¹⁸, la Commissione dichiara l'intento di voler concentrare le proprie attenzioni ai migranti bloccati in Libia e in particolare «concentrandosi sui loro bisogni più immediati e affrontando in particolare la situazione disperata dei Centri di trattenimento», come – ad esempio – «intensificare i lavori svolti attraverso l'UNHCR e l'Organizzazione internazionale per le migrazioni per proteggere e assistere i migranti; migliorare le condizioni di vita nei Centri di trattenimento; aumentare l'accesso alla protezione per i migranti più vulnerabili; promuovere alternative al trattenimento anche creando alloggi specifici per le persone vulnerabili; sviluppare nuovi progetti nell'ambito del Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa, interpellando le amministrazioni locali e promuovendo opportunità socio-economiche per le comunità locali; intensificare le iniziative per ridurre progressivamente il numero dei migranti bloccati in Libia, accelerando i lavori con l'Organizzazione internazionale per le migrazioni sul rimpatrio volontario assistito e con l'UNHCR sostenendo i piani per un meccanismo temporaneo di evacuazione; rafforzare la capacità delle autorità libiche di controllare la frontiera meridionale del Paese e intensificare la cooperazione con i paesi vicini». Insomma, tutto purchè sia funzionale all'arresto dei flussi migratori in Libia.

La dimensione esterna rileva un importante passaggio circa il ruolo dell'UE nelle Istituzioni internazionali come le Nazioni Unite, vista la grande importanza che viene assegnato al futuro Global Compact sulle migrazioni e l'asilo al fine di garantire una migrazione sicura, ordinata e regolare ed un quadro sicuro per i rifugiati. Solo nel 2018 si potrà capire se tale azione ha portato ad una vera innovazione nel quadro internazionale o se, invece, anche in questo contesto le possibili ambizioni hanno ceduto il passo al pragmatismo di basso cabotaggio.

18. Sul punto si rinvia all'*Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean route and increase solidarity*, del 4.7.2017, SEC(2017)339; alla Comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante per la politica estera e la politica di sicurezza, *Migration on the Central Mediterranean route Managing flows, saving lives*, del 25.1.2017 JOIN(2017)4 final; alla Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale, del 3.2.2017.

4. La modifica del Codice frontiere Schengen

Più volte ricorre, nel testo della Comunicazione sull'attuazione dell'Agenda della migrazione, la necessità di salvaguardare l'area Schengen e la sua caratteristica principale, ovvero l'essere uno spazio di libera circolazione senza frontiere interne. Come noto e più volte ricordato, nel periodo dal 2013 al 2017 il ripristino dei controlli di frontiera tra alcuni Stati, anche solo in alcune parti, si è intensificato, fino a che il Consiglio è giunto a ricorrere all'art. 29 del Codice frontiere Schengen, ripristinando i controlli di frontiera con la Grecia poiché grave era il rischio che incombeva sul funzionamento del sistema nel suo complesso considerato.

Tuttavia, la Comunicazione non contiene disposizioni o riferimenti all'area Schengen diversi da quelli menzionati; questi si trovano in due documenti adottati nello stesso giorno, il 27 settembre, già rispettivamente la Comunicazione sul mantenimento e rafforzamento di Schengen¹⁹ e la proposta di regolamento che modifica il Codice frontiere Schengen circa le norme applicabili per la reintroduzione temporanea di controlli alle frontiere interne²⁰.

Prima di procedere all'analisi dei due documenti, vale la pena riepilogare in termini essenziali modalità e condizioni da rispettare per il ripristino dei controlli alle frontiere interne degli Stati.

Per garantire la funzionalità del sistema, anche al fine di prevenire ogni comportamento abusivo, si è prevista la possibilità di ripristinare controlli alle frontiere interne nel caso di minacce gravi per l'ordine pubblico e la sicurezza: tali provvedimenti hanno natura eccezionale, richiedono una preliminare valutazione di proporzionalità e potranno essere mantenuti solo per il tempo strettamente necessario a far fronte alla minaccia; diversamente, sarebbe evidente il rischio di scelte arbitrarie.

In particolare, due sono le ipotesi che consentono il ripristino dei controlli alle frontiere interne dell'Unione: I. l'esistenza di una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato; II. il verificarsi di circostanze eccezionali tali da mettere a rischio l'intero funzionamento dello spazio senza frontiere interne.

19. Comunicazione della Commissione del 27.9.2017 *on preserving and strengthening Schengen*, COM(2017)570 final.

20. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.9.2017 *amending Regulation (EU) 2016/399 as regards the rules applicable to the temporary reintroduction of border control at internal borders*, COM(2017)571 final.

Nella prima ipotesi²¹, lo Stato potrà ripristinare un controllo di frontiera a condizione che la scelta costituisca *extrema ratio*. La misura resterà in vigore per un massimo di 30 giorni e sarà prorogabile per periodi massimi di pari durata, ma per non più di 6 mesi complessivi. Alla base della decisione dovrà esserci una duplice valutazione di impatto: della minaccia, verso l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale; dei controlli di frontiera, sulla libera circolazione delle persone.

Qualora, tuttavia, sia necessario un intervento immediato, lo Stato interessato informerà Commissione e Stati membri contestualmente al ripristino delle misure di controllo, che potranno però avere durata massima di 10 giorni (art. 28).

Il ripristino del controllo di frontiera può anche derivare dalle necessità di far fronte ad eventi eccezionali di estrema gravità, tali da porre in discussione il funzionamento globale dello spazio senza frontiere interne. L'ipotesi prevista dall'art. 29 collega tali circostanze eccezionali a «carenze gravi e persistenti» nel controllo delle frontiere esterne (art. 21), nella misura in cui ciò costituisca «una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna». Giustificato dall'eccezionalità dell'evento e dai gravi rischi che potrebbero derivarne, il controllo potrà essere ripristinato per un massimo di 6 mesi e, se del caso, prorogato per un massimo di tre volte, se le circostanze perdureranno.

Allo stato attuale, il controllo di frontiera potrebbe essere dunque ripristinato per complessivi due anni, previa verifica semestrale e sostanziale sulla sussistenza della minaccia e sulla presenza di carenze nuove o già individuate come tali.

La gravità ed eccezionalità della situazione è confermata dalla natura politica della scelta, poiché la decisione di ripristino del controllo di frontiera sarà raccomandata dal Consiglio, su proposta della Commissione, nel rispetto dei criteri fissati al successivo art. 30, ovvero assenza di alternative, adeguatezza rispetto alla minaccia per ordine pubblico e sicurezza interna, valutazione di proporzionalità. È a tale disposizione che si è fatto riferimento in tempi recenti, in seguito all'adozione dell'ottavo rapporto semestrale sul funzionamento dell'area Schengen ove – in seguito a ispezioni a sorpresa nel mese di novembre 2015 – sono state ravvisate gravi carenze al confine marittimo greco-turco e si è affermato che la Grecia ha trascurato gravemente i suoi obblighi, «sussistendo quindi gravi carenze nel controllo alle frontiere esterne».

La Comunicazione sulla protezione e il rafforzamento di Schengen inquadra a livello generale la questione, ricordando tra l'altro come la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne debba essere considerata come l'ultima opzione da considerare e, quindi,

21. Reg. (UE) 2016/399 del 9.3.2016, che istituisce un Codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), GUUE L 77 del 23.3.2016, pp. 1-52, cd. Codice frontiere Schengen, art. 25.

un'eccezione necessaria cui si ricorre nel rispetto della proporzionalità. In particolare, la pressione dovuta all'intenso flusso migratorio degli ultimi anni alla migrazione irregolare di massa e quella riconducibile agli attacchi di matrice terrorista vengono affiancati quali elementi che hanno evidenziato alcuni difetti del sistema Schengen cui dover rimediare in nome del rafforzamento di controllo e protezione delle frontiere esterne.

Sul piano dell'appartenenza territoriale allo spazio Schengen, vale la pena notare come si ritenga opportuno includervi al più presto Romania e Bulgaria, oltre che la Croazia.

Sul piano esterno, invece, si richiama la necessità di tracciare in modo più efficace l'attraversamento delle frontiere esterne anche da parte dei cittadini dell'Unione; riguarda perciò un aspetto collegato per lo più al fenomeno del terrorismo e dei *foreign fighters*.

Sul piano interno, legato in prevalenza alla questione migratoria, si riconosce l'adattabilità del sistema Schengen alle situazioni di emergenza, il suo funzionamento efficace «negli ultimi 10 anni» nell'uso delle ipotesi di reintroduzione dei controlli interni e, complessivamente, come sia stato sufficiente per fronteggiare i rischi connessi ai differenti tipi di minacce intercorse.

Non sorprende, dunque, leggere che – nell'indicato periodo di tempo 2006-2015 – tali controlli siano stati reintrodotti 36 volte o leggere che il ricorso all'art. 29 consente di concludere che il sistema è in possesso degli strumenti cui potere ricorrere per far fronte ad ogni situazione critica.

Le conclusioni cui arriverà la Commissione sono, tuttavia, differenti da ciò che ci si sarebbe potuti attendere. In poche righe, infatti, lo scenario cambia: le minacce terroristiche e i movimenti migratori secondari sono posti sullo stesso piano e considerati, parimenti, motivo di preoccupazione per Stati e cittadini europei. Per questo, nonostante le premesse e il riconoscimento dell'efficacia degli strumenti esistenti, per lo meno sul piano della gestione dell'immigrazione, si sottolinea la necessità di avere delle nuove ed aggiornate disposizioni che rafforzino la sicurezza dell'area Schengen. In tal caso il riferimento al terrorismo è prevalente, anche se mancano riferimenti alla necessità di rafforzare tanto il metodo di contrasto e cooperazione, che la cooperazione tra i servizi di intelligence e sicurezza.

A leggere le ragioni alla base della proposta, lo scenario cambia sensibilmente. Se in un primo momento, come citato, si faceva riferimento a 36 richieste di controlli alle frontiere interne in 10 anni, si afferma ora che da settembre 2015 ad oggi tali richieste sono risultate più di 50 a causa di movimenti secondari di migranti irregolari²², tra i quali

22. È di interesse notare come nel computo della Commissione finisca anche il ripristino dei controlli dovuto alla decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio, del 12.5.2016, recante una Raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio

sono verosimilmente inclusi anche richiedenti protezione non autorizzati a spostarsi di Stato in Stato.

I movimenti secondari diventano dunque elemento fondamentale a giustificazione della proposta, e considerati alla stregua delle minacce terroristiche, il che sembra profondamente errato.

Ricordando tanto le caratteristiche del sistema, che la sua idoneità a gestire la maggioranza delle situazioni verificatesi, che l'utilizzo responsabile di queste possibilità da parte degli Stati, la Commissione in realtà sostiene come regole e procedura per il ripristino e il mantenimento dei controlli alle frontiere interne non siano adeguate alla gestione di minacce per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. Inoltre, tale Istituzione sottolinea come il sistema in vigore non favorisca la ricerca e l'utilizzo di meccanismi alternativi idonei a mitigare minacce serie; al tempo stesso, sottolinea come gli Stati debbano valutare meglio l'utilità delle misure utilizzate²³.

Per tali ragioni, la Commissione – con il dichiarato intento di introdurre migliori strumenti procedurali al fine di garantire l'adeguata valutazione del rischio e l'opportuna cooperazione tra Stati alla reintroduzione del controllo di frontiera interno – ha proposto di estendere il termine di durata dai 6 mesi all'anno per i controlli giustificati da minaccia grave e di estendere a 6 mesi il limite al prolungamento negli altri casi, in precedenza fissati a 30 giorni.

Ciò – elemento di novità – sarà subordinato alla preparazione tanto della valutazione che dell'analisi del rischio che includa anche le ragioni in forza delle quali si deduce l'assenza di alternative al ripristino del controllo di frontiera; nel caso di un prolungamento che vada oltre i 6 mesi, vi sarà anche la necessità di precisare quanto i controlli esistenti abbiano fino a quel momento contribuito al contrasto della minaccia di cui si asserisce l'esistenza. Sarà possibile estendere i controlli di frontiera per altri due anni nel caso continuino a persistere rischi per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, a condizione che lo Stato interessato abbia provveduto all'adozione di misure eccezionali di natura interna.

In queste due ultime circostanze, oltre alla Commissione saranno coinvolte anche Europol e l'Agenzia della guardia di frontiera e di costiera europea.

Schengen, GU L 151 del 8.6.2016, pp. 8-11, adottata sulla base dell'art. 29 e rinnovata in tre successive occasioni, cosa non propriamente corretta poiché non risultante come intenzione dello Stato in sé ma come frutto di una valutazione delle Istituzioni interessate.

23. Si pensi, ad esempio, ai controlli di polizia effettuati in prossimità delle frontiere, così come suggerito dalla Raccomandazione del 12.5.2017 relativa a controlli di polizia proporzionati e alla cooperazione di polizia nello spazio Schengen, C(2017)3349 final.

Insomma, un'iniziativa che tende ad andare incontro alle richieste degli Stati membri, che estende i periodi di ripristino dei controlli e che in qualche modo burocratizza la procedura, inserendo la necessità di adempimenti sull'analisi del rischio o sulla valutazione delle misure proposte e già utilizzate, i quali potrebbero costituire un disincentivo a richieste temerarie o poste solo per ragioni di mera natura politica. Anche in tal senso, dovrebbero essere letti il coinvolgimento di Europol e dell'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea, oltre a quello della Commissione, per controlli alle frontiere introdotti per periodi superiori a 6 mesi.

Va notato, tuttavia, che il nuovo art. 27a – dedicato alla procedura specifica quando la minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica sia superiore ad un anno – vede il Consiglio come protagonista, esattamente come nel caso dell'art. 29, quando le decisioni sono assunte per l'esistenza di circostanze eccezionali che mettono a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne; tuttavia, se in questo secondo caso la decisione del Consiglio è assunta su proposta della Commissione, nel caso dell'art. 27a, la Commissione verrà solamente consultata.

5. Conclusioni

La lunga analisi sin qui compiuta ci consente alcune, brevi, conclusioni.

In linea generale si può affermare che il prospetto di lavoro della Commissione non appare particolarmente innovativo nei contenuti; limitatamente alla proposta di modifica del Codice frontiere Schengen, prevale un orientamento che potremmo definire involutivo nel quale risorgono con chiarezza le volontà di quegli Stati membri disposti, al di là del dato reale, a porre in discussione l'essenza stessa dello spazio senza frontiere interne e, quindi, l'intero assetto relativo alla libera circolazione delle persone.

Vengono ribaditi quelli che possiamo considerare gli elementi principali dell'azione europea per la gestione migratoria che sono emersi negli ultimi anni: il rafforzamento dei controlli di frontiera esterni ed interni, la questione dei movimenti secondari e il meccanismo dei rimpatri come fulcro principale della politica migratoria. Al contempo, non emergono particolari innovazioni sul piano degli accessi regolari o delle vie d'accesso legali, salvo ipotizzare l'istituzione di progetti pilota che riguardino anche la cd. migrazione economica. Tali progetti sono un timido tentativo di limitare la sola possibilità di arrivare sul territorio europeo per via irregolare e sono comunque subordinati alla cooperazione degli Stati terzi interessati al contrasto dell'immigrazione irregolare. Rimane comunque un timido passo avanti rispetto ai partenariati di mobilità, che utilizzano la sola leva degli ingressi per affari o per turismo ovvero per breve periodo.

Infine, sul piano della protezione internazionale, si ritorna più volte sulla (mancata, per ora) solidarietà tra Stati nella condivisione della responsabilità, sul piano dei

ricollocamenti che su quello dei reinsediamenti. Appare evidente la difficoltà della Commissione a gestire la riottosità di più d'uno Stato membro, al punto da non escludere la necessità di ricorrere a strumenti maggiormente stringenti anche per i reinsediamenti. Al di là del dato normativo, quello numerico evidenzia in modo a dir poco imbarazzante l'incapacità europea di gestire e affrontare un fenomeno che ha un impatto infinitamente più serio verso altri Stati del Mediterraneo e la cui stabilità è senz'altro più precaria di quella europea.

Sul punto, infine, val la pena di notare che la posizione della Commissione è nei fatti supportata dal Consiglio europeo²⁴, mentre l'idea di un meccanismo europeo di ricollocamento di chi chiede protezione è stata fatta propria dalla Commissione Libertà Civili del Parlamento europeo in sede di voto²⁵: una posizione estremamente ambiziosa che dovrà passare al vaglio del Consiglio per divenire realtà.

24. Conclusioni del Consiglio europeo del 19.10.2017, EUCO 14/17.

25. Voto della Commissione LIBE del Parlamento europeo del 19.10.2017.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA «NUOVA» PROCEDURA DI ACCERTAMENTO DELL'ETÀ DEL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO AI SENSI DELL'ART. 5 DELLA L. 47/2017

di Ester di Napoli

Abstract: *L'accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato costituisce il presupposto essenziale per l'applicazione delle misure volte alla protezione della persona minore di età in quanto tale. La l. 7 aprile 2017, n. 47 recante disposizioni in tema di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (c.d. «legge Zampa»), in vigore dal 6 maggio 2017, costituisce il primo intervento legislativo, in Italia e in Europa, che disciplina (ora modificando norme già esistenti e codificando principi già acquisiti dal nostro ordinamento, ora formulando nuove regole) tutte le misure protettive riferite ai minori stranieri non accompagnati. La nuova legge contiene una procedura uniforme di accertamento dell'età dei minori che giungono in Italia senza adulti di riferimento, da svolgersi solo in caso di «fondati dubbi» sull'età dichiarata (art. 5). Tale procedimento non si prospetta di semplice applicazione, in considerazione, da un lato, del panorama normativo frammentario in cui viene a collocarsi e che si prefigge di ordinare e, dall'altro, a causa dell'assenza di omogeneità delle prassi sino ad oggi sviluppatesi per l'accertamento dell'età nelle diverse realtà territoriali. Questo lavoro si propone di illustrare le novità apportate dalla l. n. 47/2017 in materia di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, di evidenziarne alcune criticità e proporre possibili soluzioni di coordinamento.*

Abstract: *The age assessment of the unaccompanied minor is an essential condition for the application of measures aimed at protecting the child as such. Law n. 47 of 7 April 2017, laying down provisions on protective measures for unaccompanied minors (so-called «legge Zampa»), in force as from 6 May 2017, is the first regulatory intervention, in Italy and in Europe, dealing with all aspects of unaccompanied minors' protection (by modifying existing rules, codifying principles already acquired by our legal system, and introducing new rules). This new law contains a uniform age assessment procedure for minors arriving in Italy without adults of reference, that can be carried out only if «serious doubts» arise around the declared age (Article 5). Such procedure might be difficult to enforce in practice as, on the one hand, it lies in a fragmented regulatory landscape and, on the other, the practices developed so far in the territorial realities lack of uniformity. This paper aims at illustrating the innovations of Law n. 47/2017 on age assessment of unaccompanied minors, highlighting some weaknesses and proposing possible co-ordination solutions.*

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA «NUOVA» PROCEDURA DI ACCERTAMENTO DELL'ETÀ DEL MINORE STRANIERO NON ACCOMPAGNATO AI SENSI DELL'ART. 5 DELLA L. 47/2017

di Ester di Napoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La procedura di accertamento dell'età in Europa. – 3. L'accertamento dell'età in Italia sino all'adozione della l. 7.4.2017, n. 47 in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati. – 4. Il d.p.c.m. 10.11.2016, n. 234 in materia di determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta. – 5. La procedura di accertamento dell'età ai sensi dell'art. 5, l. n. 47/2017. – 6. Difficoltà applicative: conclusioni.

1. Introduzione

Essere identificato come «minore» (o meglio come «persona di minore età»¹) costituisce il presupposto essenziale affinché una persona possa beneficiare delle misure di protezione alle quali ha diritto in quanto minore.

L'identificazione di una persona come minore di età risulta sostanziale, ad esempio, riguardo all'imputabilità, poiché il minore non è imputabile se infra-quattordicenne, ed altresì riguardo alla competenza dell'autorità giurisdizionale adita, dal momento che il minore che abbia commesso un reato sarà giudicato dal Tribunale per i minorenni e dal Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, ovvero, se maggiorenne, dal Tribunale ordinario e dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale dell'Università di Ferrara ed avvocato del foro di Firenze. Svolge la sua ricerca presso l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza. Il presente scritto costituisce l'elaborazione della relazione sul tema *L'accertamento dell'età del presunto minore non accompagnato: dal Protocollo Ascone alla legge del 29 marzo 2017*, tenuta l'8 maggio 2017, in occasione del convegno organizzato dall'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro sul tema *La gestione delle migrazioni: una sfida per l'Europa democratica*.

1. Così F. Albano – Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, *Prefazione*, in *Bambini e violenza. Guerra Terrorismo Scuola Famiglia Web Storia Teoria Pratica*, a cura di L. de Sanctis, Roma, Fefè, 2017, p. 5, per la quale «L'espressione “persona di minore età” è preferita rispetto all'espressione, sia pure più diffusa, di “minore”. Si è “minore”, infatti, rispetto ad un “maggiore”: invece l'espressione “persona di minore età” non reca alcun confronto ed attribuisce al bambino lo *status* di persona indipendente, titolare autonomo di diritti. Questa espressione riflette, d'altronde, la tendenza, di derivazione internazionale ed europea, volta ad attribuire rilievo puerocentrico alla normativa recentemente adottata nel settore della cooperazione giudiziaria in materia di famiglia e, dunque, alla terminologia ivi impiegata (si pensi, una per tutte, all'espressione “responsabilità genitoriale” che ha sostituito quella di “potestà genitoriale”)».

Il processo identificativo, in senso ampio, di un minore e, dunque, anche del suo dato anagrafico, può articolarsi in due fasi (dove la seconda ha carattere eventuale). La prima fase riguarda l'individuazione dell'età attraverso indagini anagrafiche (tale procedimento è denominato «identificazione» in senso stretto). Laddove tali indagini non siano soddisfacenti (ossia in mancanza di certa identificazione o se vi siano ragionevoli o fondati dubbi che l'età sia diversa da quella dichiarata), l'età sarà constatata attraverso una speciale «procedura di accertamento dell'età», diversa, dunque, dalla mera indagine anagrafica. Se la prima delle fasi descritte non crea particolari problemi applicativi, la procedura di accertamento dell'età suscita invece alcune difficoltà in ordine alle condizioni cui farvi ricorso, nonché in ordine ai metodi dell'accertamento: questi ultimi, in particolare, possono destare perplessità in punto di invasività o attendibilità, ad esempio, laddove si faccia ricorso alle scienze biologiche attraverso l'impiego di tecniche afferenti a diversi settori della medicina (quali la pediatria, la psichiatria, la psicoterapia).

La procedura di accertamento dell'età assolve ad un ruolo quanto mai fondamentale nel quadro della protezione dei minori migranti, che spesso giungono nei Paesi di destinazione senza documenti identificativi e, nella specie, dei minori stranieri non accompagnati², per tali intendendosi i minori non aventi cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trovano per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che sono altrimenti sottoposti alla giurisdizione italiana, privi di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per loro legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano³. Ai minori stranieri non accompagnati, infatti, sono applicate misure speciali (si pensi al divieto di respingimento) ed essi godono di un trattamento preferenziale rispetto agli adulti.

Nel 2016 sono giunti in Italia intorno ai 26.000 minori non accompagnati, al 30 giugno 2017 ne risultavano già quasi 18.000⁴: in tale scenario, ove la tutela effettiva dei diritti fondamentali rischia di flettersi dinanzi ad una gestione emergenziale del fenomeno,

2. Sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati, v. in generale, tra gli altri: R. Roskopf (ed.), *Unaccompanied minors in international, European and national law*, Berlin, BWV, 2016; F. Ippolito, G. Biagioni (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and International Law*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; C. Fratea, I. Quadranti (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015; A. Martone, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa nazionale*, in *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, Giappichelli, 2014, p. 297 ss.

3. Così art. 2 della l. 7.4.2017, n. 47 recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (su cui v. *infra* par. 3).

4. Report statistici sui dati dei minori stranieri non accompagnati pubblicati mensilmente dalla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, disponibili a questo indirizzo: <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Pagine/Dati-minori-stranieri-non-accompagnati.aspx>.

l'insieme delle procedure attraverso le quali si cerca di stabilire l'età anagrafica di un individuo acquista un'importanza cruciale. Si impone, dunque, la necessità di garantire il rispetto del superiore interesse del minore sin dalla sua fase identificativa e, in particolare, nel contesto della procedura di accertamento dell'età⁵.

Se condotto attraverso esami medici, l'accertamento dell'età anagrafica o cronologica comporta, inoltre, difficoltà tecniche di non poco conto. Invero, l'età biologica o fisiologica ricavabile dall'esame di caratteristiche mutative individuali, come lo sviluppo puberale o la maturazione scheletrica, non consente di stabilire con esattezza l'età cronologica di una persona priva di documenti⁶: all'esito di un accertamento sanitario, dunque, vi è pressoché sempre un margine di errore che spesso è fondamentale, tenuto conto che i minori non accompagnati che giungono in Italia sono «grandi minori». È questo un chiaro esempio della difficoltà che le scienze biologiche, il cui linguaggio è essenzialmente probabilistico, incontrano nel dialogare con le scienze giuridiche, le quali richiedono invece ragionevoli certezze⁷. Ulteriore elemento di criticità è rappresentato dall'entità dell'indeterminazione, ossia dall'errore medio commesso dall'operatore esperto che esamina i risultati sanitari. A seconda dell'importanza attribuita a certe caratteristiche morfologiche, l'operatore può infatti sottostimare o sovrastimare il grado di maturazione del soggetto: in altri termini, l'imprecisione riflette il grado di discrezionalità dell'operatore nella lettura dei dati scientifici.

Nonostante sia evidente il rilievo da attribuire a tale procedura, l'accertamento dell'età del presunto minore straniero non accompagnato in Italia non è mai stato oggetto di puntuale disciplina a livello nazionale, almeno sino all'entrata in vigore della l. 7 aprile 2017, n. 47 recante disposizioni in tema di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (c.d. «legge Zampa»)⁸. L'art. 5 di tale legge, applicabile dal 6 maggio 2017, prevede un procedimento uniforme di identificazione del minore straniero, articolato in tre fasi: *i*) un colloquio «conoscitivo» preliminare; *ii*) in caso di «dubbio circa l'età dichiarata», l'identificazione avviene, «in via principale», attraverso la verifica di un documento anagrafico (la «identificazione» in senso stretto); *iii*) nel caso in cui permangano «dubbi

5. In questo senso, v. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, p. 10, reperibile a questo indirizzo: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>.

6. Il processo di invecchiamento di una persona dipende da molti fattori, quali l'appartenenza ad un determinato gruppo etnico, l'alimentazione, lo stile di vita: l'accertamento dell'età anagrafica di una persona, che traduce, sul piano giuridico, la sua età biologica, è dunque un processo estremamente complesso, che deve tenere in considerazione plurimi elementi. In questo senso, v. lo studio di F. Bourlière, *The assessment of biological age in man*, in *Public Health Papers*, Geneva, WHO, 1970.

7. L. Benso, S. Milani, *Alcune considerazioni sull'uso forense dell'età biologica*, in *Questione giustizia*, 12.6.2013, reperibile a questo indirizzo: http://www.questionegiustizia.it/doc/Il_documento_Benso-Milani.pdf, con nota di O. Fiore.

8. In G.U. n. 93 del 21.4.2017.

fondati» circa l'età, questa sarà accertata attraverso una procedura complessa e multidisciplinare, che tiene conto di aspetti socio-sanitari.

Il presente lavoro si concentra su quest'ultimo segmento del procedimento identificativo inteso in senso ampio, a cui solo, dunque, si riferirà l'espressione «accertamento dell'età».

L'art. 5 della l. n. 47/2017 si inserisce in un quadro normativo al quale la nuova legge cerca di dare ordine. Essa, invero, rappresenta il primo intervento legislativo a carattere generale, in Italia e in Europa, che disciplina – ora modificando norme già in vigore e codificando principi già esistenti, ora formulando nuove regole – tutti gli aspetti attinenti alla protezione dei minori stranieri non accompagnati. Tuttavia, la ricomposizione di un panorama frammentario, contraddistinto da prassi diversificate a seconda del territorio, non si prospetta di facile realizzazione: per superare le discontinuità che potrebbero emergere nella pratica, sarà infatti necessario un importante sforzo di coordinamento non solo da parte del legislatore, nella fase attuativa della legge, ma anche da parte di tutti gli attori deputati all'accoglienza e alla protezione, in Italia, dei minori stranieri non accompagnati.

2. La procedura di accertamento dell'età in Europa

Non esistono, sia sul piano internazionale che su quello sovranazionale, strumenti normativi specificatamente dedicati alla tutela dei minori stranieri non accompagnati, né esiste, allo stato, una disciplina *ad hoc* in tema di accertamento dell'età.

Alcune Convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali, pur non facendovi espresso riferimento, devono certamente trovare applicazione anche nel contesto di tale procedura. Per menzionarne alcune tra le più importanti, gli Stati parte hanno l'obbligo di rispettare la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 nell'adozione di ogni politica e azione a tutela e promozione dell'infanzia e dell'adolescenza, alla luce del principio del *best interests of the child*⁹. La Convenzione enuclea quattro principi fondamentali: il principio di non discriminazione (art. 2), la preminente considerazione del principio dell'interesse superiore del minore (art. 3), il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6), l'ascolto del minore (art. 12). Altri diritti, generalmente riconosciuti ai minori al di fuori della procedura di accertamento, devono tuttavia essere presi in considerazione anche in questo contesto il diritto alla registrazione, al nome, alla

9. *Ex multis*, sia pure nella prospettiva costituzionale, v. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, 2016, Milano, FrancoAngeli.

cittadinanza e alla cura (art. 7), il diritto di preservare l'identità (art. 8), alla tutela da ogni forma di violenza (art. 19), alla protezione ed all'assistenza umanitaria (art. 22), il divieto di lavoro minorile (art. 32), il divieto di detenzione e di tortura, di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (art. 37), il diritto ad una giustizia *child-friendly* (art. 40). Allo stesso modo vengono in rilievo anche nella procedura di accertamento dell'età alcune disposizioni generali contenute nella Convenzione sui diritti fondamentali dell'uomo del 1950 quali, in particolare, l'art. 3 (proibizione della tortura), l'art. 6 (diritto a un equo processo), l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 13 (diritto a un ricorso effettivo) e l'art. 14 (divieto di discriminazione).

Sul piano del diritto primario dell'Unione europea, oltre all'art. 3, par. 3, del TUE, che contiene esplicitamente la promozione e la protezione dei diritti del minore, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ne articola i contenuti, declinandoli nel diritto alla protezione e alle cure necessarie al suo benessere, il diritto ad esprimere liberamente la propria opinione e a che questa sia tenuta in considerazione in funzione della sua età e del livello di maturità (diritto all'ascolto), nella considerazione preminente del superiore interesse del minore, nonché nel diritto ad intrattenere regolarmente rapporti con entrambi i genitori.

Gli strumenti di diritto dell'Unione adottati nel quadro del sistema europeo comune di asilo (CEAS)¹⁰ dettano il perimetro dell'azione degli Stati membri in relazione all'accoglienza della categoria dei minori stranieri non accompagnati ed enunciano i principi ai quali gli interventi nazionali devono essere informati, lasciando che siano gli Stati membri a prevedere in autonomia la rispettiva procedura di accertamento.

Gli strumenti dell'Unione europea contengono inoltre norme puntuali applicabili ai minori non accompagnati. Ad esempio, sin dal preambolo, la direttiva 2011/95/UE (c.d. «direttiva qualifiche»)¹¹ sancisce che l'esistenza di adeguati dispositivi di accoglienza e

10. Integrano il CEAS: la direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione); la direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione); la direttiva 2011/95/UE 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); il regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione); il regolamento (UE) n. 603/2013 che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali. In generale, sulla riforma del sistema comune europeo d'asilo, v. S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System. Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Heidelberg, Springer, 2014.

11. La direttiva 2011/95/UE del 13.12.2011 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 (c.d. «direttiva qualifiche») definisce minore straniero non accompagnato «il minore che giunga sul territorio dello Stato membro senza

custodia che siano dell'interesse superiore del minore non accompagnato «dovrebbero costituire un elemento per valutare se una protezione sia effettivamente disponibile» (considerando 27) e stabilisce che, «nel dare attuazione alla presente direttiva, gli Stati membri provvedono affinché le esigenze del minore siano debitamente soddisfatte dal tutore o rappresentante designato» (art. 31, par. 2). Il regolamento (UE) n. 604/2013 sui meccanismi di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale¹² prevede che, per agevolare l'esercizio del diritto di informazione, sia redatto un «apposito opuscolo per i minori non accompagnati» contenente le finalità del regolamento, i criteri di determinazione dello Stato membro competente, nonché la possibilità di impugnare una decisione di trasferimento o di chiederne la sospensione (art. 4, par. 3). Ancora, nel caso in cui il richiedente sia un minore non accompagnato, lo stesso regolamento prevede che sia competente lo Stato membro nel quale si trova legalmente un familiare o un fratello, «purché ciò sia nell'interesse superiore del minore».

Alcuni studi¹³ hanno evidenziato come l'approccio variegato alla procedura di accertamento dell'età da parte degli Stati membri pregiudichi l'applicazione uniforme delle norme dell'Unione preposte all'accoglienza dei minori non accompagnati. Da questi è emerso come il «sistema» italiano di accertamento dell'età si riveli spesso inefficiente: a un anno dalla pubblicazione di uno studio sui minori migranti incaricato dalla Commissione europea nel 2016¹⁴, la *Fundamental Rights Agency* (FRA) ha riscontrato come in Italia, almeno sino al 29 maggio 2017, ancora non vi fossero linee guida chiare né adeguato personale qualificato per l'identificazione dei minori stranieri non accompagnati e che le procedure di accertamento dell'età non fossero generalmente applicate nei Centri di prima

essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla normativa o alla prassi dello Stato membro interessato, e fino a quando non sia effettivamente affidato ad un tale adulto; il termine include il minore che venga abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri» (art. 2, lett. f), in GU L337 del 20.12.2011, pp. 9-26).

12. Regolamento (UE) n. 604/2013 del 26.6.2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione), in GU L 180 del 29.6.2013, pp. 31-59.

13. V. European Asylum Support Office (EASO), *Age assessment practice in Europe*, December 2013, reperibile a questo indirizzo: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO-Age-assessment-practice-in-Europe1.pdf> (l'EASO è in procinto di pubblicare l'aggiornamento del report sull'accertamento dell'età pubblicato nel 2013); Separated Children in Europe Programme (SCEP), *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe*, 2012, reperibile a questo indirizzo: <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf>; T. Smith, L. Brownlees (UNICEF), *Age assessment: a technical note*, 2013, reperibile a questo indirizzo: https://www.unicef.org/protection/files/Age_Assessment_Note_final_version_%28English%29.pdf.

14. Fundamental Rights Agency (FRA), *Thematic focus: Children*, marzo 2016, disponibile a questo indirizzo: <http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/overviews/focus-children>.

accoglienza (soprattutto nei Paesi in transito) né fossero adeguatamente spiegate ai presunti minori¹⁵.

Anche la Commissione europea ha recentemente sottolineato che i metodi di accertamento dell'età variano di Stato in Stato e spesso non osservano le linee guida elaborate nel 2013 dallo *European Asylum Support Office* (EASO): in particolare, la Commissione ha evidenziato come, frequentemente, le procedure di accertamento dell'età siano condotte anche in assenza di ragionevoli dubbi, con l'impiego di metodi invasivi, come spesso la nomina dei tutori avvenga solo a seguito dell'accertamento dell'età del presunto minore e le questioni attinenti all'età spesso si risolvano con una detenzione del minore¹⁶.

Le problematiche connesse all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati sono attualmente all'attenzione anche del Consiglio d'Europa¹⁷, in seno al quale, da settembre 2016, è stato istituito un Comitato (*Ad hoc Committee on the Rights of the Child* – CAHENF)¹⁸ per vegliare sull'attuazione della Strategia sui diritti dell'infanzia per il periodo 2016-2021¹⁹: il Comitato si articola in due sottogruppi di redazione composto da esperti – CAHENF-*Safeguards*, dedicato al tema della protezione dei minori nei contesti migratori, e CAHENF-*IT*, dedicato ai diritti dei minori nell'ambiente digitale²⁰ – e ha l'obiettivo di raccogliere *best practice* ed elaborare strumenti (linee guida o

15. Lo studio è reperibile a questo indirizzo: <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/key-migration-issues-one-year-initial-reporting/main-findings>.

16. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, COM(2017)211 final, 12.4.2017.

17. Il 2 marzo 2017, l'ambasciatore Tomáš Boček, rappresentante speciale del Segretario generale per le migrazioni e i rifugiati del Consiglio d'Europa, ha pubblicato un rapporto sulla Commissione d'inchiesta relativa al sistema d'accoglienza italiano (SG/Inf/2017)8). Con riferimento alla procedura di accertamento dell'età, vi si legge che le autorità sanitarie italiane provvedono ad una valutazione preliminare basata sull'aspetto al momento dello sbarco, con il supporto di mediatori culturali, e successivamente, laddove vi siano ragionevoli dubbi, i presunti minori vengono condotti presso la stazione di polizia per l'accertamento dell'età, che può includere anche la radiografia del polso (p. 8).

18. La delegazione italiana in seno al CAHENF è guidata dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza; le attività del Comitato possono seguirsi qui <http://www.coe.int/en/web/children/cahenf> nonché sul sito dell'Autorità garante: www.garanteinfanzia.org.

19. La Strategia, adottata nel marzo 2016, si articola attorno a quattro priorità: la prima consiste nel garantire pari opportunità a tutti i bambini, assicurando a ciascuno, tramite misure sociali ed educative, le condizioni di un sano sviluppo fisico e psichico (particolare attenzione viene rivolta ai minori che vivono in strutture di accoglienza, ai minori con disabilità e ai minori migranti); il secondo asse prioritario riguarda la partecipazione dei giovani all'elaborazione delle decisioni politiche e amministrative che li riguardano, secondo forme che tengano conto del loro grado di maturità e della natura dei problemi da affrontare; la terza priorità punta ad assicurare ai bambini una vita libera da violenze, siano esse fisiche o psicologiche, compresi l'abuso e lo sfruttamento sessuale, nonché gli atti di bullismo, anche praticati attraverso i *social media*; la quarta priorità mira alla costruzione di una giustizia a misura di bambino, capace di rispondere adeguatamente alle loro esigenze e in grado di ascoltare la voce dei bambini nei procedimenti civili, penali o amministrativi che li concernono. La Strategia è reperibile a questo indirizzo: <https://rm.coe.int/168066c8ff8>.

20. Per maggiori informazioni sul gruppo di redazione dedicato ai minori e l'ambiente digitale si veda il seguente indirizzo: <https://rm.coe.int/16806cbf8e>.

raccomandazioni) da indirizzare agli Stati parte, tra gli altri, nei settori della tutela legale e dell'accertamento dell'età²¹.

Con riferimento a quest'ultimo ambito, il lavoro del CAHENF-*Safeguards* si coordina con l'attività condotta in seno all'EASO, che ha preannunciato di pubblicare, entro il 2017, una versione aggiornata delle linee guida emanate nel 2013²². Tali linee guida recano i principi cui gli Stati membri devono informare la procedura di accertamento dell'età dei minori stranieri, con l'auspicio di indirizzare le prassi nazionali verso un approccio uniforme che sia rispettoso dei diritti sanciti a livello internazionale ed europeo.

Le linee guida dell'EASO, che recepiscono le raccomandazioni della FRA del 2010 in tema di *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States*²³ e illustrano le prassi degli Stati membri, individuano dapprima le circostanze nelle quali occorre procedere all'accertamento dell'età, ossia solo in presenza di «seri dubbi» («*serious doubts*») sull'età cronologica del presunto minore: la procedura di accertamento non deve essere avviata automaticamente, bensì come *extrema ratio*. Le linee guida identificano i soggetti preposti all'accertamento (professionisti esperti e indipendenti che non si trovino in situazioni di conflitto con il presunto minore), ne delineano la procedura (caratterizzata da un approccio multidisciplinare) e le cautele da osservare in ragione del principio per cui, durante l'intera procedura di accertamento, la persona si presume di minore età. In particolare, il presunto minore, ove necessario in presenza di un mediatore culturale, deve essere preliminarmente informato circa i motivi e le modalità dell'accertamento, nonché delle conseguenze che potrebbero discendere da un suo possibile rifiuto: l'informazione deve essere resa in maniera comprensibile all'età presunta. Egli deve essere sottoposto a modalità di accertamento, anche sanitarie ove necessario, che siano appropriate ad un minore, in un linguaggio semplice e con l'ausilio di esperti che ne comprendano la storia e le origini culturali, nel rispetto della sua dignità. Anche laddove all'esito della procedura di accertamento persista il dubbio circa l'età anagrafica, il presunto minore deve essere considerato tale. Il beneficio del dubbio trova applicazione sia durante il procedimento sia

21. Il Consiglio d'Europa ha prospettato l'adozione di linee guida in materia di accertamento dell'età a maggio 2017, nell'*Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019)*, p. 12 (reperibile a questo indirizzo: [file:///C:/Users/infanzia/Downloads/081117GBR_Refugee%20and%20Migrant%20Children%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/infanzia/Downloads/081117GBR_Refugee%20and%20Migrant%20Children%20(1).pdf)).

22. V. *The protection of children in migration*, cit., p. 10. Le linee guida adottate dall'EASO contengono principi condivisi anche dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, contenuti nel documento *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati e separati in Italia*, 2014, consultabile a questo indirizzo: <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/accertamento.pdf>.

23. Fundamental Rights Agency, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States*, 2010, spec. p. 53 ss. Lo studio è reperibile a questo indirizzo: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/separated-asylum-seeking-children-european-union-member-states>.

all'esito di questo, laddove non sia consentito stabilire l'età con la precisione consentita dalle scienze biologiche²⁴.

Il presunto minore deve essere altresì informato della possibilità di ricorso della decisione relativa all'attribuzione dell'età. In ogni stadio della procedura di accertamento, sin dalla fase preliminare dell'identificazione alla fase dell'appello della decisione recante l'attribuzione dell'età, le autorità competenti devono agire nel rispetto del principio dell'interesse superiore del minore.

3. L'accertamento dell'età in Italia fino all'adozione della l. 7.4.2017 n. 47 in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati

In Italia, la procedura di accertamento dell'età non è mai stata oggetto di un intervento legislativo organico, almeno sino all'adozione della legge 7.4.2017, n. 47 in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (c.d. «legge Zampa»)²⁵, adottata il 29 marzo ed entrata in vigore il 6 maggio 2017. Tale legge, che affronta tutti gli aspetti della protezione dei minori stranieri non accompagnati, se da un lato introduce nuove regole, tra cui, ad esempio, la norma in tema di tutela volontaria (art. 11), al contempo rafforza gli strumenti di tutela già garantiti dall'ordinamento, anche attraverso la codificazione di alcuni principi, come il divieto di respingimento del minore (art. 3). Al fine di assicurarne l'omogeneità d'applicazione, la l. n. 47/2017 prevede adesso una disciplina uniforme in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio italiano (art. 5): come vedremo nel paragrafo successivo, tuttavia, questo tentativo di uniformazione incontra ostacoli di coordinamento con la disciplina, adottata precedentemente e con atto di rango inferiore, in tema di accertamento dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 47/2017, la disciplina relativa all'accertamento dell'età era distribuita in maniera frammentaria in diverse fonti normative, circoscritta a determinati procedimenti. Tra queste, nel solo contesto dei procedimenti penali, l'art. 349

24. Anche il Comitato sui diritti del fanciullo, nel *General Comment n. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, ha stabilito che «the assessment must be conducted in a scientific, safe, child and gender-sensitive and fair manner, avoiding any risk of violation of the physical integrity of the child; giving due respect to human dignity; and, in the event of remaining uncertainty, should accord the individual the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, s/he should be treated as such». Il documento integrale è reperibile a questo indirizzo: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>.

25. M.L. Tomaselli, *Prime note sulla legge 4 aprile 2017, n. 47, in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Immigrazione.it*, 19.5.2017; C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in *questa Rivista*, n. 1.2017, p. 1 ss.

c.p.p., collocato nella sezione dedicata all'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria e rubricato «Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone» - senza distinguere a seconda che il soggetto identificando si presuma minore o meno - prevede che la polizia giudiziaria proceda alla generale identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini anche attraverso, ove necessario, «rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici, nonché altri accertamenti». Ancora, l'art. 8 del d.p.r. 22.9.1988, n. 448 recante la disciplina del processo penale a carico di imputati minorenni dispone che in caso di incertezza sulla minore età dell'imputato, anche quando vi sia ragione di ritenere che egli sia minore di quattordici anni, il giudice dispone una perizia, anche d'ufficio. In relazione ai minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale, l'art. 28 del d.lgs. 19.11.2007, n. 251²⁶ stabilisce genericamente che essi possono beneficiare dei servizi erogati dall'ente locale nell'ambito del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati di cui all'art. 1 *sexies* del d.l. 30.12.1989, n. 416²⁷, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.2.1990, n. 39, nell'ambito delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, di cui all'art. 1 *septies* dello stesso d.l. n. 416/1989. L'art. 19 del d.lgs. 28.1.2008, n. 25²⁸ di 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 – rubricato «Garanzie per i minori non accompagnati» – prevede che, laddove sussistano «dubbi» in ordine all'età, in ogni fase della procedura di ammissione alla protezione internazionale, il minore può essere sottoposto, «previo consenso del minore stesso o del suo rappresentante legale», ad accertamenti medico-sanitari non invasivi al fine dell'accertamento dell'età. Tuttavia, il rifiuto, da parte del minore, di sottoporsi alla visita medica di accertamento non costituisce motivo di impedimento all'accoglimento della domanda di protezione internazionale, né all'adozione della decisione. Ancora, l'art. 19 del d.lgs. 18.8.2015, n. 142²⁹ attuativo della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, menziona la procedura di accertamento dell'età del presunto minore nel quadro del sistema di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati.

26. Decreto legislativo n. 251/2007 recante 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.

27. In G.U. n. 303 del 30.12.1989.

28. In G.U. n. 40 del 16.2.2008.

29. In G.U. n. 214 del 15.9.2015.

A livello nazionale, nel 2007, il Ministero dell'interno ha adottato una circolare, intitolata «Identificazione di migranti minorenni», con l'obiettivo di sensibilizzare gli uffici competenti (prefetti, questori, Regioni e Province autonome) al rilievo della procedura di accertamento dell'età³⁰. Il 15 maggio 2008, lo stesso Ministero ha indetto dunque una Conferenza dei servizi per rispondere all'esigenza di pervenire ad un procedimento unitario. Per la definizione di un Protocollo uniforme, la Conferenza ha allora costituito, presso il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, un gruppo tecnico *inter-istituzionale* e multidisciplinare, all'esito del quale è stata elaborata una bozza di Protocollo relativo ad un «Approccio multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati» (c.d. «Protocollo Ascone»). Tale Protocollo ha adottato, ai fini dell'accertamento dell'età del presunto minore, il sistema di valutazione integrato dei dati risultanti dagli elementi clinici emergenti dalla valutazione dei parametri auxologici, da una imprescindibile rilevazione radiologica (radiografia del polso e/o dell'arcata dentaria)³¹ e da una valutazione psicologica; l'età cronologica determinata all'esito della procedura deve essere sempre corredata del margine di errore. Il Protocollo dispone altresì che all'*équipe* multidisciplinare di professionisti coinvolti nell'accertamento sia garantita un'apposita preparazione e l'aggiornamento continuo. Niente viene specificato circa l'intervento dell'autorità giurisdizionale.

Il Consiglio superiore della sanità (CSS) ha espresso parere positivo sul Protocollo il 25 febbraio 2009³². In particolare, partendo da una ricognizione a livello europeo delle procedure di accertamento dell'età (la maggior parte di queste ha carattere multidisciplinare), il CSS ha riconosciuto che il percorso olistico indicato dal Protocollo debba svolgersi in strutture sanitarie pubbliche dotate di un reparto di pediatria e che, durante l'accertamento, assuma un ruolo fondamentale la visita pediatrica, nel corso della quale, in presenza di un traduttore o di un mediatore culturale, devono venire rilevati tutti i parametri utili a fornire indicazioni sull'età, «avendo cura di utilizzare le tabelle auxologiche dei diversi Paesi o, in alternativa, quelle dei Paesi più prossimi».

La bozza di Protocollo non è mai stata divulgata. Solo il 3 marzo 2016, in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, è stato adottato il «Protocollo per

30. Circolare 9.7.2007 (prot. n. 17272/7). Il documento è reperibile a questo indirizzo: http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0841_2007_07_10_circolare_identificazione_di_migranti_minorenni.pdf.

31. Come è noto, la valutazione radiologica dell'età è ad oggi fortemente criticata, tanto per l'attendibilità dei risultati quanto per l'invasività del metodo. V. per tutti (sia pure con riferimento all'accertamento dell'età di minori non accompagnati richiedenti asilo) G. Noll, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, p. 234 ss.

32. Il parere del CSS è reperibile a questo indirizzo: <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/03/Parere-Consiglio-Superiore-Sanit%C3%A00.pdf>.

l'identificazione e per l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati»³³: il primo documento a proiezione nazionale (sia pure con carattere di *soft law*) che ha definito una procedura omogenea di accertamento dell'età. Tale documento, in particolare, dopo aver delineato puntualmente i principi e le indicazioni generali cui la procedura di accertamento è informata, descrive nel dettaglio il Protocollo olistico multidisciplinare, la composizione e le modalità operative dell'*équipe* multi-professionale e le fasi della procedura, individuando nelle strutture pubbliche del Servizio sanitario regionale (SSR) il luogo di riferimento per l'accertamento.

Quanto alle modalità e ai tempi di attuazione, il provvedimento prevedeva che entro novanta giorni dall'entrata in vigore ciascuna Regione e Provincia autonoma comunicasse al Ministero della salute il nominativo del referente regionale del SSR con il compito di coordinare e monitorare l'implementazione del Protocollo nel proprio territorio, così come l'elenco dei professionisti del SSR competenti. Il Protocollo prevedeva altresì che, entro lo stesso termine, le Regioni e le Province autonome comunicassero al Ministero della salute, al Ministero dell'interno, alle autorità di pubblica sicurezza, alle autorità giudiziarie territorialmente competenti, ai Centri per la giustizia minorile ed ai servizi minorili, nonché ai garanti per l'infanzia e l'adolescenza delle Regioni e delle Province autonome, i luoghi di operatività e i riferimenti delle *équipe* multidisciplinari ed altresì le modalità di attuazione del Protocollo sui rispettivi territori.

Il modello multidisciplinare disposto dal provvedimento adottato in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, tuttavia, non è stato implementato come previsto. Ben prima della sua entrata in vigore, la procedura di accertamento dell'età era stata disciplinata, a livello locale, attraverso la predisposizione di Protocolli d'intesa³⁴, i quali, pur recependo (alcuni espressamente) i principi delineati dal c.d. Protocollo Ascone, nonché a tratti anche le fasi della procedura multidisciplinare, presentano rilevanti elementi di discontinuità, a partire dal coinvolgimento di soggetti diversi a seconda del territorio (in alcuni casi è stato interessato anche il mondo associativo). In

33. Il documento integrale è reperibile a questo indirizzo: http://www.minori.gov.it/sites/default/files/protocollo_identificazione_msna.pdf.

34. Si veda, ad esempio, il «Protocollo d'intesa per l'accertamento dell'età dei minori migranti non accompagnati del Comune di Napoli nell'ambito dei procedimenti civili e penali», del 19.11.2013 (http://www.prefettura.it/napoli/allegati/Download:Protocollo_d_intesa_per_l_accertamento_dell_eta_di_minori_strani_eri_non_accompagnati-5818104.htm); la «Convenzione per attività rivolta all'accertamento di identità di sedicenti minori» del 17.10.2014 tra l'A.O.U. Città della salute e della scienza di Torino, l'A.S.L. TO2, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta e il Comune di Torino (<http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/03/Protocollo-Procura.pdf>); il «Protocollo d'intesa tra la prefettura di Agrigento e l'A.S.P. di Agrigento per l'attivazione, in via sperimentale, dell'*équipe* multidisciplinare per l'accertamento dell'età dei MSNA» del 21.2.2017 (http://www.prefettura.it/agrigento/allegati/Download:Protocollo_firmato_prefettura_di_agrigento-5764966.htm).

nessuno dei casi analizzati è emerso il coinvolgimento dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza delle Regioni o delle Province autonome, come invece prospettato nel documento adottato dalla Conferenza.

4. Il d.p.c.m. 10.11.2016, n. 234 in materia di determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta

La l. n. 47/2017 è il risultato di un difficile *iter* normativo, avviato nel 2013³⁵, che ha riordinato il quadro esistente in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati. La riconduzione «a sistema» della procedura di accertamento dell'età di cui all'art. 5 della l. 47/2017, tuttavia, era stata preceduta da un ragguardevole, sia pure parziale, tentativo di sistematizzazione a livello normativo: accogliendo l'urgente esigenza di tutela della categoria più vulnerabile di minori migranti³⁶, il 6 gennaio 2017 è entrato in vigore il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10.11.2016, n. 234³⁷, il quale ha definito in maniera puntuale i meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta (a completamento della previsione contenuta nell'art. 4, co. 2, d.lgs. 4.3.2014, n. 24 di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime)³⁸.

Il d.p.c.m. n. 234/2016 stabilisce che l'identificazione del presunto minore vittima di tratta avvenga dapprima attraverso una procedura amministrativa ad opera delle forze di polizia (art. 2) e poi, laddove sussistano ragionevoli dubbi, attraverso una procedura di accertamento dell'età multidisciplinare, che prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria (artt. 3-7). L'identificazione in via amministrativa, per la quale l'art. 2 stabilisce un termine di ventiquattro ore dal primo contatto con il presunto minore, avviene tramite la verifica di «documenti idonei» (passaporto o documento di identità, anche non in corso di validità, ovvero altro documento di riconoscimento munito di fotografia) ed un colloquio preliminare. Nel corso di quest'ultimo, il presunto minore viene informato della possibilità che in caso di ragionevoli dubbi l'autorità giudiziaria possa autorizzare lo svolgimento di accertamenti, anche sanitari, per la determinazione della sua età. La successiva procedura di accertamento dell'età ha natura giurisdizionale: laddove permangano «ragionevoli dubbi», l'art. 3 prescrive che le forze di polizia trasmettano al giudice competente per la

35. La proposta di legge C. 1658-B è stata presentata il 4 ottobre 2013 (l'*iter* legislativo può consultarsi a questo indirizzo: <http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=1658>).

36. «I vulnerabili tra i vulnerabili», così F. Albano, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, il giorno dell'entrata in vigore del d.p.c.m. n. 234/2016 (<http://www.garanteinfanzia.org/news/garante-albano-vigore-il-decreto-determinare-l%E2%80%99et%C3%A0-dei-minori-vittime-di-tratta-passo-avanti>).

37. In G.U. n. 298 del 22.12.2016.

38. In G.U. n. 60 del 13.3.2014.

tutela il resoconto dettagliato dell'attività condotta per l'identificazione e chiedano autorizzazione all'avvio della procedura di accertamento dell'età. Il giudice tutelare decide entro due giorni dalla richiesta con provvedimento motivato; nel caso di rilascio di autorizzazione, egli individua altresì la struttura sanitaria pubblica dotata di *équipe* multidisciplinare presso la quale svolgere l'accertamento dell'età, nel caso attingendo da un elenco di strutture idonee a tal fine indicato dalle Regioni o dalle Province autonome. Laddove il giudice tutelare rilasci un'autorizzazione, la procedura di accertamento deve essere avviata entro tre giorni e conclusa entro i successivi venti. Il presunto minore vittima di tratta, debitamente informato della procedura cui sta per essere sottoposto nonché delle conseguenze che potrebbero derivare da un suo rifiuto (art. 4), viene dunque esposto ad accertamenti sanitari condotti da un'*équipe* multidisciplinare, «secondo un criterio di invasività progressiva» (art. 5), ove necessario con l'ausilio di un mediatore culturale o di un interprete. I professionisti procedono dunque a un colloquio sociale, a una visita pediatrica auxologica e a una valutazione psicologica o neuropsichiatrica. La relazione conclusiva contiene l'indicazione di attribuzione dell'età cronologica, con la specifica del margine di errore insito nella variabilità biologica e nei metodi impiegati, nonché i conseguenti valori minimo e massimo dell'età attribuibile: l'esito dell'accertamento viene dunque trasmesso, oltre che all'interessato, al giudice tutelare, al tutore o alla persona che esercita anche temporaneamente il potere tutelare. Il giudice tutelare emette dunque provvedimento di attribuzione dell'età (pur non specificato, si presume che il provvedimento abbia natura di decreto), dando atto eventualmente dell'impossibilità di attribuirlo; il provvedimento, notificato agli interessati, è reclamabile secondo la disciplina prevista dall'art. 739 c.p.c.

L'Italia è attualmente oggetto di due ricorsi pendenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo a motivo della presunta violazione di alcuni diritti fondamentali dei minori non accompagnati nel contesto della procedura di accertamento dell'età (casi *Darboe et Camara c. Italia*³⁹ e *Bacary c. Italia*⁴⁰). Nel caso *Darboe et Camara*, in particolare, i

39. Ricorso n. 5797/17, introdotto il 18 gennaio 2017 e comunicato il 14 febbraio 2017; la comunicazione della Corte è accessibile a questo indirizzo: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172034>. I ricorrenti – due minori non accompagnati arrivati in Italia a giugno e ottobre 2016, collocati presso il Centro di prima accoglienza per adulti di Cona (Veneto) – avevano dichiarato di essere minori di età e perciò chiesto di essere spostati in altra struttura, in attesa, da molti mesi, che venissero istruite le rispettive pratiche per la concessione della protezione internazionale. I risultati dell'accertamento dell'età, basato, si evince dalla comunicazione della Corte, esclusivamente su esami radiologici del polso, mostravano come i due ricorrenti fossero in realtà maggiorenni. I ricorrenti lamentavano come la procedura di accertamento, tuttavia, avesse violato le disposizioni del d.p.c.m. n. 234/2016 relative a *i*) l'indicazione del margine di errore (art. 5, co. 3); *ii*) la necessaria multidisciplinarietà che deve caratterizzare l'accertamento (art. 5, co. 2); *iii*) la comunicazione dei risultati degli esami (art. 4, co. 4); *iiii*) la presunzione di minore età in pendenza della procedura di accertamento (art. 7). Secondo i ricorrenti, inoltre, l'esame radiologico del polso sarebbe stato effettuato con il metodo

ricorrenti hanno lamentato la violazione degli articoli 3 (proibizione di trattamenti inumani e degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata) della CEDU da parte delle autorità competenti, che non avrebbero rispettato le garanzie disposte dal d.p.c.m. n. 234/2016: la Corte ha già emanato un'ordinanza cautelare in cui ha accolto le doglianze formulate dai ricorrenti relativamente alla non affidabilità del semplice esame radiologico del polso al fine dell'accertamento dell'età.

5. La procedura di accertamento dell'età ai sensi dell'art. 5, l. n. 47/2017

L'art. 5 della legge 7.4.2017, n. 47 modifica il d.lgs. 18.8.2015, n. 142, d'attuazione delle direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE, relative, rispettivamente, all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e alle procedure ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, aggiungendovi un'intera disposizione (l'art. 19 *bis*) dedicata alla «Identificazione dei minori stranieri non accompagnati».

L'art. 19 *bis* individua le condizioni alle quali promuovere l'accertamento dell'età dei presunti minori stranieri non accompagnati presenti in Italia, ne definisce la procedura, attribuendole finalmente valore prescrittivo.

Nonostante il pregevole intento riordinatore, tale disposizione risente dell'ambizioso obiettivo perseguito dalla legge n. 47/2017 nel suo insieme: in alcuni passaggi, invero, la precisione della procedura di accertamento si flette dinanzi all'esigenza di sistematizzazione cui è sottesa l'intera legge. La sua formulazione, infatti, come vedremo immediatamente di seguito, risulta spesso approssimativa, a differenza del d.p.c.m. n. 234/2016 che invece predispone una disciplina puntuale, che non lascia spazio ad interpretazioni e che, dunque, si presta ad essere applicata in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

L'identificazione prende avvio attraverso un colloquio sociale – alla presenza di un mediatore culturale – volto ad approfondire la storia personale e familiare del presunto minore e fare emergere ogni elemento utile alla sua protezione. La disposizione indica, quali soggetti preposti allo svolgimento del colloquio, il personale qualificato della struttura di prima accoglienza, «sotto la direzione dei servizi dell'ente locale competente»,

Greulich-Pyle, piuttosto che con il metodo TW3 – più recente ed affidabile – calibrato su cittadini statunitensi d'origine europea, con caratteristiche, dunque, molto diverse da quelle dei ricorrenti, originari del Gambia e della Guinea.

40. Ricorso n. 36986/17, introdotto il 24 maggio 2017 e comunicato il 5 luglio 2017. La comunicazione della Corte è accessibile a questo indirizzo: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175759>. Il ricorrente, di nazionalità senegalese, aveva dichiarato di avere diciassette anni e di essere stato vittima di tratta. Sottoposto agli esami medici volti all'accertamento dell'età, egli era stato visitato da un pediatra ed un radiologo e, sulla base della tecnica *Greulich-Pyle*, era risultato maggiorenne. Dalla comunicazione della Corte non si evincono ulteriori informazioni.

coadiuvato «ove possibile, da organizzazioni, enti o associazioni con comprovata e specifica esperienza nella tutela dei minori». Il primo comma precisa inoltre che le fasi del colloquio dovranno essere stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri «da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione».

L'indicazione di una pluralità di attori e l'assenza di alcun chiarimento circa il loro coordinamento mette in evidenza l'immanente difficoltà che incontra la procedura di accertamento dell'età dinanzi alla riprova della sua uniforme attuazione a livello nazionale, sollevando altresì problemi applicativi di non poco conto. Affinché tale disposizione trovi effettiva attuazione, invero, sarà necessario realizzare forme di dialogo strutturali tra gli enti locali competenti e le organizzazioni, gli enti e le associazioni.

In presenza di un «dubbio» relativo all'età dichiarata, il presunto minore deve essere sottoposto alla procedura di identificazione, nelle more della quale gli dovrà essere garantita accoglienza nelle apposite strutture di prima accoglienza per minori. L'identificazione in senso ampio viene svolta dalle autorità di pubblica sicurezza coadiuvate dal mediatore culturale e alla presenza del tutore legale (ovvero del tutore provvisorio ove nominato) e si articola in due fasi. In via principale, la prima prevede la verifica di un documento anagrafico (identificazione in senso stretto), anche attraverso la collaborazione delle autorità diplomatico-consolari, il cui intervento non deve essere richiesto laddove il presunto minore abbia espresso la volontà di chiedere protezione internazionale, se emerga l'esigenza di richiedere protezione internazionale a seguito del colloquio sociale, oppure se il minore abbia dichiarato di non volersene avvalere.

In secondo luogo, ove permangano «dubbi fondati» in merito all'età dichiarata dal presunto minore, la disposizione stabilisce che «la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni può disporre esami socio-sanitari volti all'accertamento della stessa» (accertamento dell'età vero e proprio). L'avvio della procedura di accertamento dipende, dunque, da un «doppio grado di discrezionalità». Da un lato, l'espressione «dubbi fondati» ha natura fattuale e si discosta da quella – di carattere giuridico ed impiegata invece dal d.p.c.m. n. 234/2016 – di «ragionevoli dubbi», di cui la giurisprudenza ha delineato i contorni⁴¹; la disposizione non specifica gli indicatori attraverso i quali rilevare i «dubbi fondati» né indica che essi debbano essere debitamente motivati⁴². Spetterà dunque ai soggetti descritti dalla prima parte della norma a decidere se sussistano «dubbi fondati» circa l'età dichiarata dal presunto minore, all'esito del colloquio sociale, presumibilmente motivandone l'esistenza affinché possano essere valutati in sede giurisdizionale. Anche in

41. V. per tutti, Cass. sez. III pen., sentenza 18.7.2016, n. 30382.

42. *Ex multis*, l'esigenza di indicatori specifici e di una debita motivazione del «dubbio fondato» è espressa nel rapporto dell'UNHCR, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati e separati in Italia*, cit., p. 2.

presenza di «dubbi fondati», dall'altro lato, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni non dispone automaticamente la procedura di accertamento. Non sono chiare, dalla lettera della disposizione, le modalità di intervento della Procura minorile, se la «disposizione» dell'accertamento possa avvenire d'ufficio oppure su istanza del personale qualificato (o di organizzazioni, enti o associazioni), attraverso il rilascio di un'autorizzazione.

Il nuovo art. 19 *bis*, co. 5 è dedicato alle garanzie relative alle indicazioni da trasmettere al presunto minore: egli è informato del fatto che la sua età potrà essere determinata mediante l'ausilio di esami socio-sanitari, delle modalità di accertamento e delle conseguenze che potranno derivare anche dal suo eventuale rifiuto di sottoporsi a tali esami. Non è espressamente indicato che il minore (o il suo rappresentante legale) debba prestare il proprio consenso alla disposizione degli accertamenti socio-sanitari (come invece prevede l'art. 19 del d.lgs. n. 25/2008), ma si deduce *a contrario*. Sarà necessario che, come condizione per l'accertamento, il minore sia debitamente informato dei metodi impiegati, delle conseguenze dell'accertamento e del suo eventuale rifiuto, in ossequio alle linee guida predisposte dall'EASO, dalla FRA e dall'UNHCR⁴³. Le informazioni sono trasmesse al minore con modalità *child-friendly*, con l'ausilio del mediatore culturale e in una lingua a lui comprensibile, in considerazione della sua presunta età e del suo grado di alfabetizzazione, nonché al soggetto che ne esercita i poteri tutori, anche provvisori.

La norma abbraccia espressamente l'approccio multidisciplinare dell'accertamento socio-sanitario, impiegando le espressioni già in uso nel c.d. Protocollo Ascone. Pur non specificandone la composizione, vi si evidenzia che l'*équipe* sia composta da «professionisti adeguatamente formati» e che la procedura si svolga «ove necessario, in presenza di un mediatore culturale», mediante ricorso a modalità «meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità fisica e psichica della persona», espressamente vietando che siano condotti esami socio-sanitari che possano comprometterne lo stato psico-fisico. In assenza di qualsivoglia riferimento al dettaglio degli aspetti sociali e medici della procedura di accertamento, né di alcun rinvio a documenti esistenti (si sarebbe potuto fare riferimento al provvedimento adottato nel 2016 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome), è da ritenere che la concreta applicazione della procedura dovrà essere oggetto di successivi «aggiustamenti», che contengano il dettaglio della procedura socio-sanitaria. Tali «aggiustamenti» potranno continuare ad avere proiezione regionale o locale, traducendosi in Protocolli d'intesa (a detrimento, tuttavia di un'applicazione

43. V. *supra* note 13, 14 e 22.

uniforme della norma) oppure – più preferibilmente – respiro nazionale, mediante l'intervento del legislatore.

Il risultato dell'accertamento socio-sanitario viene comunicato al presunto minore, al tutore e all'autorità giudiziaria che lo ha disposto; la relazione finale deve indicare obbligatoriamente il margine di errore (non è precisato se sia comunicata l'intera relazione ovvero esclusivamente la parte recante l'attribuzione dell'età). La procedura di accertamento si conclude finalmente con un «provvedimento di attribuzione dell'età» (ovvero, anche se non è espressamente indicato, un provvedimento contenente motivazione circa l'impossibilità di attribuzione l'età) di cui non si specifica la natura ma che si presume, come dimostrano i primi casi di applicazione della procedura di cui al nuovo art. 19 *bis*, che sia un decreto. Il provvedimento viene notificato allo straniero e all'esercente i poteri tutelari – «ove nominato» – nonché alle autorità di polizia al fine del completamento delle procedure di identificazione. Il provvedimento può essere impugnato in sede di reclamo ai sensi dell'art. 737 ss. c.p.c. Sul reclamo – che presumibilmente dovrà avvenire dinanzi alla Corte d'appello competente – il giudice dovrà decidere entro il termine di dieci giorni.

Tra i primi casi di applicazione della disciplina introdotta dall'art. 5 della l. n. 47/2017 vi è un recente decreto del Tribunale per i minorenni di Trieste⁴⁴; tale decisione traduce sul piano applicativo le difficoltà interpretative di sopra evidenziate, riguardanti, in particolare, il coordinamento tra la Procura minorile e l'autorità giurisdizionale competente. Nel caso di specie, il giudice ha respinto la richiesta del P.M. che chiedeva che l'età venisse accertata mediante consulenza tecnica – di una presunta minore non accompagnata, rimettendo allo stesso «quanto di competenza» in ordine all'attivazione degli esami socio-sanitari di cui all'art. 19 *bis*, co. 4 e ss. del d.lgs. n. 142/2015. Il giudice minorile ha ritenuto che tale disposizione, secondo un'interpretazione letterale e sistematica, sia «allo stato la più convincente fra quelle che si vanno proponendo nelle prime applicazioni della recente legge e nei primi studi e approfondimenti della nuova disciplina». Egli ha tuttavia stabilito che il provvedimento di attribuzione dell'età «è un provvedimento di natura decisoria rimesso al giudice, che si colloca all'esito degli accertamenti demandati dalla norma al P.M. minorile e da emettersi dunque su richiesta del P.M. stesso fondata appunto su quegli esperiti accertamenti». Secondo tale interpretazione, dunque, poiché ad essere investito degli accertamenti è il P.M. minorile, da una parte la competenza per il provvedimento di attribuzione dell'età risulterebbe naturalmente rimessa (mancando ogni indicazione in contrario) al Tribunale per i

44. Tribunale per i minorenni di Trieste, decreto 12.7.2017, reperibile su www.ilcaso.it.

minorenni (e non al giudice tutelare cui il tutore della minore, nel caso di specie, aveva inizialmente indirizzato la domanda di accertamento) e, dall'altra, la richiesta di emissione del provvedimento deve pervenire al giudice solo dopo essere stati svolti, su iniziativa del P.M., gli esami socio-sanitari previsti dall'art. 19 *bis*.

6. Difficoltà applicative: conclusioni

All'art. 5 della l. n. 47/2017, da una parte, spetta il merito di avere istituito una procedura uniforme di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, riordinando il quadro normativo esistente e conferendo forza di legge ad una procedura consegnata, sino a pochi mesi fa, alle prassi territoriali: il nuovo art. 19 *bis* del d.lgs. n. 142/2015 è destinato a sostituire le disposizioni in tema di accertamento dell'età richiamate nei paragrafi precedenti. Dall'altra, tuttavia, oltre a suscitare le questioni interpretative sopra rilevate, tale disposizione si pone dinanzi alla sfida della sua attuazione pratica.

Come è stato evidenziato, la previsione normativa di una procedura complessa come quella relativa all'accertamento dell'età ha dovuto infatti sacrificare importanti dettagli procedurali per cedere il passo ad impellenti esigenze di uniformità. Il particolare, tuttavia, se minimizzato, rischia di pregiudicare non solo i diritti del presunto minore, bensì di scardinare l'intero impianto della l. 47/2017, informata al principio del suo interesse superiore.

Non è necessario andare troppo lontano per constatare quali siano le lacune da colmare affinché la procedura di accertamento dell'età predisposta dalla l. n. 47/2017 si inserisca effettivamente nel quadro del sistema italiano di protezione dei minori stranieri non accompagnati, senza appesantirne ulteriormente gli ingranaggi⁴⁵. Il d.p.c.m. 10.11.2016, n. 234, entrato in vigore solo pochi mesi prima che venisse adottata la l. n. 47/2017 e che istituisce un regolamento recante la definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, delinea in maniera minuziosa la procedura di identificazione del minore, individuando esattamente i soggetti preposti alla fase preliminare del colloquio sociale e all'accertamento dell'età, nonché i termini (sia pure ordinatori) di ciascuna delle due fasi, amministrativa e giurisdizionale, di

45. A tal riguardo, conviene ricordare che nel 2014, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione (2014/2171) nei confronti dell'Italia per la presunta violazione della direttiva 2003/9/CE, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, e 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, nella parte che interessa i minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo.

cui si compone la procedura. È da chiedersi quale sia, dunque, il rapporto tra il d.p.c.m. n. 234/2016 e la l. n. 47/2017, considerando che, se quest'ultima si applica a tutti i minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio italiano, la prima ha invece carattere speciale, essendo rivolta ad una categoria vulnerabile di minori non accompagnati.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 47/2017, la procedura di accertamento prevista dal d.p.c.m. n. 234/2016 dovrebbe essere stata estesa a tutti i minori non accompagnati⁴⁶. Le decisioni della Corte europea sui diritti dell'uomo nei casi *Darboe et Camara* e *Bakary*⁴⁷ potrebbero fornire spunti interessanti: nel primo caso, in particolare, non risulta che i due ricorrenti siano stati vittime di tratta, e ciò nonostante hanno lamentato la violazione delle garanzie previste nella procedura di accertamento di cui al d.p.c.m. n. 234/2016.

Ad avviso di chi scrive, a partire dal 6 maggio 2017 ed in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, la l. n. 47/2017 dovrebbe derogare al d.p.c.m. n. 234/2016. Tuttavia, per plasmare un «sistema» unico ed efficace di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, è necessario che i meccanismi istituiti dalle due norme sopravvivano e si integrino vicendevolmente, attraverso una forma di dialogo strutturale: lasciare che i due metodi di accertamento procedano su binari paralleli significherebbe vanificare l'opera del legislatore nella ricerca di organicità in questo segmento dell'identificazione dei minori stranieri non accompagnati e, al contempo, pregiudicare i diritti dei minori vittime di tratta, che richiedono un trattamento di favore in ragione della loro particolare condizione di vulnerabilità.

Potrebbe costituire idoneo strumento di dialogo il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che, ai sensi dell'art. 5, co. 1, della l. n. 47/2017, dovrà essere adottato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della norma (entro, dunque, il 3 settembre 2017). Tale decreto, volto a definire la procedura del colloquio preliminare all'accertamento, potrebbe ricalcare le fasi del colloquio sociale previsto all'art. 2, co. 4 e 5, del d.p.c.m. n. 234/2016⁴⁸. Quanto al contenuto del colloquio, sarebbe auspicabile che il decreto fornisse una traccia recante indicazioni minime, sulla scorta di esperienza già

46. Tale estensione era stata auspicata, tra gli altri, dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (<http://www.garanteinfanzia.org/news/garante-albano-vigore-il-decreto-determinare-l%E2%80%99et%C3%A0-dei-minori-vittime-di-tratta-passo-avanti>).

47. V. *supra* note 38 e 39.

48. «4. [...] le Forze di polizia, fermi restando gli oneri informativi previsti da altre disposizioni normative, procedono con l'ausilio, ove necessario, di un mediatore culturale e di un interprete ed in un linguaggio comprensibile ed adeguato al presunto minore, ad un colloquio preliminare nel corso del quale rappresentano all'interessato l'importanza di dichiarare corrette generalità e le conseguenze giuridiche di una dichiarazione mendace e lo informano in via generale sulla possibilità che in caso di ragionevoli dubbi l'Autorità giudiziaria autorizzi lo svolgimento di accertamenti anche sanitari per la determinazione della sua età. 5. Gli adempimenti di cui ai commi 2 e 4 sono effettuati entro il termine di ventiquattro ore dal primo contatto con il presunto minore vittima di tratta [...]».

esistenti a livello locale⁴⁹. Se all'esito del colloquio sociale si rendesse evidente che il minore straniero non accompagnato è vittima di tratta, la procedura di accertamento dell'età dovrebbe articolarsi secondo quanto previsto dal d.p.c.m. n. 234/2016, nel rispetto degli stretti termini ivi indicati. Tuttavia, si rende necessario un chiarimento: il decreto dovrà accentrare la competenza per l'accertamento dell'età in via giurisdizionale in capo al Tribunale per i minorenni, piuttosto che dinanzi al giudice competente per la tutela, che il d.p.c.m. n. 234/2016 individua invece quale organo competente. Il giudice tutelare, come recentemente chiarito dalla Cassazione⁵⁰, rimarrebbe competente per la sola nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati, in ossequio alla tendenza assecondata dalla l. n. 47/2017, che potenzia il ruolo dei Tribunali per i minorenni e le rispettive Procure⁵¹.

Il provvedimento del Tribunale per i minorenni di Trieste cui si è fatto riferimento, se da un lato chiarisce correttamente la competenza del giudice minorile nell'adozione del provvedimento di accertamento, dall'altro, tuttavia, non abbraccia la tesi qui prospettata che, proprio all'esito di questo primo esempio applicativo, risulta essere la più prudente. Il giudice triestino, infatti, ha considerato che la Procura minorile debba fare richiesta di tale provvedimento solo dopo avere espletato tutti gli adempimenti socio-sanitari necessari (ossia dopo aver concluso la procedura di «accertamento dell'età» ai sensi dell'art. 19 *bis*, co. 4 ss. del d.lgs. n. 142/2015). Ad avviso di chi scrive, sarebbe stato necessario, piuttosto, che si procedesse, dapprima, al colloquio preliminare della minore nonché alla sua identificazione «in senso stretto»; solo in caso di «dubbi fondati», la Procura avrebbe dunque dovuto chiedere autorizzazione al giudice per procedere all'accertamento vero e

49. V. Protocollo d'intesa tra la prefettura e l'A.S.P. di Agrigento, cit., allegato A) – *Traccia per conduzione procedura olistica multidisciplinare*, p. 7.

50. Cass., sez. VI civ., ordinanza 12.1.2017, n. 685, in *Foro it.*, 2017, pp. 522-529, con nota di B. Polisenò, *La protezione internazionale del minore straniero non accompagnato e il farraginoso sistema di competenza*. La Corte di cassazione ha stabilito che «il minore straniero non accompagnato che sbarca illegalmente in Italia deve ricevere le misure di prima accoglienza secondo quanto stabilito dal d.lgs. n. 142 del 2015 e, per esercitare i suoi diritti nel nostro Paese, ha bisogno nel più breve tempo possibile di una rappresentanza legale da realizzarsi mediante l'apertura della tutela e la nomina di un tutore da parte del giudice tutelare del luogo ove si colloca la struttura di accoglienza». La Corte di legittimità ha deciso sull'attribuzione di competenza al previamente adito Tribunale di Marsala in qualità di giudice tutelare, piuttosto che al Tribunale per i minorenni di Palermo, in favore del quale il Tribunale ordinario aveva declinato la propria competenza. La Corte di legittimità ha considerato che la declinatoria di competenza in favore del Tribunale per i minorenni sia in contrasto con il d.lgs. n. 142 del 2015, che contiene il recepimento delle direttive 2013/33/UE recante norme sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e 2013/33/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

51. L'art. 11 della l. n. 47/2017, ad esempio, istituisce un elenco dei tutori volontari presso ogni Tribunale per i minorenni, cui potranno attingere i giudici tutelari per la nomina. I tutori volontari ivi iscritti sono selezionati e formati attraverso appositi Protocolli d'intesa stipulati tra i garanti per l'infanzia e l'adolescenza delle Regioni e delle Province autonome e i presidenti dei Tribunali per i minorenni.

proprio, attraverso la procedura multidisciplinare prevista nei termini dell'art. 3 del d.p.c.m. n. 234/2016.

Oltre alla definizione della procedura del colloquio sociale, il d.p.c.m. emanando dovrebbe altresì individuare nettamente i soggetti preposti all'accertamento, chiarendone le forme di coordinamento; nel reticolato di tali soggetti dovrebbe essere coinvolto anche il garante per l'infanzia e per l'adolescenza della Regione o della Provincia autonoma interessata e, ove non sia stato nominato, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza⁵².

Lo stesso d.p.c.m. potrebbe altresì orientare gli interpreti fornendo esempi di indicatori specifici per valutare i «dubbi fondati» in presenza dei quali sia possibile procedere alla determinazione dell'età, altresì richiamando i dettagli della procedura di accertamento multidisciplinare nei suoi aspetti socio-sanitari già delineati nel documento adottato in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel 2016. Un intervento preventivo, «a monte», di questo tipo potrebbe prospettarsi, tuttavia, difficile. Per garantire un'applicazione uniforme della procedura, potrebbe risultare più efficace un intervento «a valle» di coordinamento, ad esempio attraverso una specifica «messa in rete» dei Tribunali per i minorenni e delle corrispondenti Procure, attraverso la creazione, ad esempio, di una sezione *online* dedicata. La condivisione delle decisioni di accertamento dell'età consentirebbe di individuare le *best practice* relative alle condizioni alle quali disporre gli esami socio-sanitari previsti per legge.

La procedura di accertamento dell'età prevista dall'art. 5 è uno dei segmenti che compongono il sistema integrato di protezione dei minori stranieri non accompagnati disposto dalla l. n. 47/2017. È necessario, pertanto, che ciascuna misura di protezione venga letta nel quadro in cui si inserisce e che le questioni relative ad una misura tengano conto anche delle problematiche che riguardano altre misure. A tal proposito, va sottolineato come le difficoltà che affiorano dalla lettura della procedura di accertamento dell'età, e che si preannunciano soprattutto nella sua fase di implementazione, sono strettamente collegate alle questioni che ruotano intorno al sistema italiano della tutela legale dei minori non accompagnati. L'art. 11 della l. 47/2017 istituisce un elenco di tutori volontari presso i Tribunali per i minorenni e ne prevede le modalità di selezione e formazione, con l'obiettivo di snellire e potenziare, al contempo, il sistema della tutela in Italia, spesso caratterizzato da ritardi nella nomina, da sovraccarico delle funzioni, da tutori non sufficientemente qualificati, nonché dall'esistenza di conflitti di interessi tra

52. Sulle funzioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, v. per tutti R. Fustaneo, *I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, p. 451 ss.

tutore e minore, soprattutto laddove la nomina sia stata preceduta da disposizioni temporanee relative alla tutela⁵³. La procedura di accertamento del minore non accompagnato deve svolgersi a nomina già avvenuta: l'efficace applicazione dell'art. 5 della l. n. 47/2017, pertanto, dipenderà anche dalla efficace attuazione della disciplina relativa alla tutela di cui all'art. 11 della stessa legge.

53. Il 20 giugno 2017, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha pubblicato sul suo sito le linee guida per la selezione e la formazione, una bozza di Protocollo d'intesa (da sottoscrivere tra i presidenti dei Tribunali per i minorenni e i garanti per l'infanzia e l'adolescenza delle Regioni e delle Province autonome e, dove non vi siano, con l'Autorità garante nazionale) e una bozza di moduli formativi. Tali documenti hanno l'obiettivo di indirizzo a livello nazionale, fermo restando che potranno essere opportunamente implementate alla luce delle esigenze e delle caratteristiche delle singole realtà territoriali. L'obiettivo è di assicurare una tendenziale uniformità per garantire un efficace ed effettivo esercizio della funzione di tutore sul territorio nazionale, anche in vista dei risvolti che la materia della tutela volontaria sta assumendo a livello internazionale (i documenti possono essere consultati a questo indirizzo: <http://www.garanteinfanzia.org/news/nuovo-ruolo-l%E2%80%99autorit%C3%A0-garante-l%E2%80%99infanzia-e-l%E2%80%99adolescenza-pronte-le-linee-guida-la-selezione-la>).



COMMENTI



Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

BREVI RIFLESSIONI SUL VERTICE DI PARIGI DEL 28 AGOSTO 2017: GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI ED “EFFETTI COLLATERALI”

di Alessandra Algostino

Abstract: *L'intervento contestualizza il vertice di Parigi del 28 agosto 2017 sulla gestione dei flussi migratori nell'ambito delle politiche europee, rilevando come esso rappresenti un ulteriore passo sia sotto il profilo dell'utilizzo di processi sempre più informali sia nel perseguire un'esternalizzazione delle frontiere sempre più "spregiudicata" sia in quanto imposta un rapporto sempre più simbiotico fra cooperazione economica e controllo dell'immigrazione irregolare. Vittime della scelta di blindare le frontiere sono le persone, o, meglio, il popolo migrante, oggetto di gross violations che trascinano in genocidio, così come i diritti, che rischiano di essere ridotti a mere formule retoriche, e la democrazia, che, con la restrizione di libertà e diritti, si dissolve.*

Abstract: *This intervention focuses on the Paris Summit of 28 August 2017 on the management of migratory flows in the context of European policies, highlighting how it represents a step forward both in terms of the use of increasingly informal processes and in pursuit of an outsourcing of borders more and more unscrupulous, as well as imposing an increasingly symbiotic relationship between economic cooperation and irregular immigration control. The victims of the choice of arming the borders are the people, or rather the migrant people, subjected to gross violations that lead to genocide, as well as the rights that are likely to be reduced to rhetorical formulas, and democracy, which dissolves with the restriction of freedom and rights.*

BREVI RIFLESSIONI SUL VERTICE DI PARIGI DEL 28 AGOSTO 2017: GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI ED “EFFETTI COLLATERALI”

di Alessandra Algostino*

SOMMARIO: 1. *Governance e soft law*. – 2. Esternalizzazione delle frontiere e cooperazione con i Paesi di origine e/o di transito dei migranti. – 3. Effetti collaterali: genocidio e dissolvimento della democrazia.

1. Governance e soft law

Il 28 agosto 2017, a Parigi, si incontrano il Presidente francese Emmanuel Macron, la Cancelliera tedesca Angela Merkel, il Presidente del Consiglio italiano, Paolo Gentiloni, il Primo ministro spagnolo, Mariano Rajoy, l'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza dell'Unione europea, Federica Mogherini, con la partecipazione altresì del premier libico Fayeze Al Serraj, del Presidente del Niger, Mahamadou Issoufou, e del Presidente del Ciad, Idriss Deby Itno.

È un vertice che ben rappresenta l'approccio in stile governance al tema immigrazione¹: contesti sospesi tra formalità (la riunione si svolge all'Eliseo con la presenza di capi di Stato e di Governo) e informalità. Quest'ultima è ben simboleggiata dalle modalità di coinvolgimento dell'Unione europea, che è presente con un suo organo, l'Alto Rappresentante, ma non nell'ambito di una riunione ufficiale dell'Unione europea.

Il modello² è quello dell'“accordo” con la Turchia³, la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016: atti informali (la Dichiarazione UE-Turchia compare solo sotto la forma di comunicato stampa sul sito istituzionale del Consiglio europeo⁴) e incontri nella nebulosa dei vertici politici e non nelle sedi istituzionali dell'Unione europea. Ad affermare l'estraneità rispetto al contesto comunitario è, nel caso dell'“accordo” fra UE e Turchia, il

* Professore associato di diritto costituzionale, Università di Torino.

1. In tema, si segnala I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

2. La natura di modello della Dichiarazione è, del resto, riconosciuta in numerosi vertici politici e in comunicazioni della Commissione europea (per tutti, cfr. Commissione europea, *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 del 7.6.2016).

3. Per un approccio ampio, cfr. C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. umani e dir. int.*, n. 2/2016, p. 405 ss.

4. <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

Tribunale dell'Unione europea⁵, il quale sostiene che nel comunicato stampa del 18 marzo 2016 sono utilizzate in maniera inappropriata le espressioni «membri del Consiglio europeo» e «Unione europea». Il 17 e il 18 marzo 2016 si sono tenuti in parallelo due incontri distinti: la sessione del Consiglio europeo e un vertice internazionale, ed è nell'ambito di quest'ultimo che i capi di Stato e di Governo, in quanto tali e non in quanto membri del Consiglio europeo, hanno adottato, con i loro omologhi turchi, la Dichiarazione⁶. Dunque, «a prescindere dalla questione se costituisca, come sostenuto dal Consiglio europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, una dichiarazione di natura politica o, al contrario, come sostenuto dal ricorrente, un atto idoneo a produrre effetti giuridici obbligatori, la Dichiarazione UE-Turchia, come diffusa per mezzo del comunicato stampa n. 144/16, non può essere considerata come un atto adottato dal Consiglio europeo, né peraltro da un'altra istituzione, da un organo o da un organismo dell'Unione o come prova dell'esistenza di un simile atto», donde la dichiarazione di incompetenza⁷.

Il percorso argomentativo, invero, pare in tal caso, con lo sdoppiamento di ruolo dei vertici degli esecutivi, che passano senza soluzione di continuità dall'abito comunitario a quello di negoziatori internazionali, alquanto rocambolesco⁸: la strada seguita nel vertice di Parigi recepisce il modello, scegliendo però sin da subito la via di quella che potremmo definire una “ufficiosità istituzionale”.

I vantaggi sono gli stessi: se non vi è una sede e un procedimento codificato a livello di Unione europea, non è necessario attenersi al rispetto del diritto e delle procedure comunitarie⁹.

A beneficiare dell'ampio margine di manovra sono, ça va sans dire, gli esecutivi, i quali, senza misconoscere il ruolo che tradizionalmente esercitano nelle relazioni internazionali, acquistano in tal modo un potere viepiù “libero” da qualsivoglia autorizzazione e/o controllo da parte degli organi parlamentari.

In simbiosi con la *governance* come processo decisionale, gli esiti della riunione sono espressi in un testo ascrivibile alla *soft law*: un atto non giuridicamente vincolante – una

5. *Cause NF, NG e NM/Consiglio europeo* (T-192/16, T-193/16 e T-257/16). Il Tribunale era stato adito, a norma dell'art. 263 TFUE, da due cittadini pakistani e un cittadino afgano, richiedenti asilo in Grecia, che temevano, in ragione dell'accordo, di essere rinvolti in Turchia.

6. Tribunale dell'Unione europea, *NF c. Consiglio europeo*, causa T-192/16, ordinanza del 28.2.2017, ma di identico tenore sono le ordinanze adottate in relazione agli altri due casi.

7. Tribunale UE, ordinanza del 28.2.2017, cit., par. 71.

8. Al momento in cui si scrive (settembre 2017) risulta pendente la causa (C-208/17 P) concernente l'impugnazione proposta il 21 aprile 2017 da NF avverso l'ordinanza del Tribunale del 28.2.2017.

9. Dato l'oggetto in questione (gestione delle frontiere esterne ma anche riconoscimento del diritto di asilo), il diritto comunitario, ai sensi degli artt. 77-78 TFUE, richiede il ricorso alla procedura legislativa ordinaria, ovvero, per la conclusione di un accordo internazionale, di seguire il procedimento di cui all'art. 218 TFUE, con la partecipazione, stante la materia, del Parlamento europeo.

dichiarazione congiunta – che esprime «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»¹⁰.

L’informalità trascina con sé la mancanza di pubblicità, o anche di semplice conoscibilità degli atti, dei quali è difficile reperire una versione “ufficiale” e affidabile. Come spesso accade, è fortunatamente, attraverso un motore di ricerca sul *web* – un metodo che mal si sposa con l’esigenza di muovere da fonti attendibili –, che si incontra una versione del documento. Nel caso del *summit* all’Eliseo, una delle prime fonti a comparire è una pubblicazione dell’*Huffington Post*, che riporta «il testo integrale del documento del vertice di Parigi»¹¹. Cercando invece con le parole «vertice di Parigi agosto 2017», sul sito del Governo italiano¹², compare una scarna annotazione di agenda, dal titolo «Gentiloni a Parigi per vertice quadrilaterale», che si limita ad annunciare che «il Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni, lunedì 28 agosto, alle ore 16.30, sarà a Parigi per il vertice quadrilaterale Francia, Germania, Italia, Spagna, che si terrà presso il Palazzo dell’Eliseo»¹³; peraltro, il documento è presente sul sito del Governo, ma, per trovarlo, occorre inserire il titolo¹⁴ o incontrare la pagina nella quale si dà notizia dell’avvenuta partecipazione del Presidente del Consiglio al vertice¹⁵.

Come anticipato, tuttavia, a dispetto della difficoltà di reperire la dichiarazione ufficiale del vertice, essa è destinata ad avere effetti pratici e giuridici tutt’altro che irrilevanti.

2. Esternalizzazione delle frontiere e cooperazione con i Paesi di origine e/o di transito dei migranti

L’oggetto del *summit*, come è facile arguire scorrendo l’elenco dei partecipanti, è la gestione dei flussi migratori.

10. La definizione – ricorrente nei contributi dedicati alla *soft law* – si deve a F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32.

11. L. Annunziata, *Il documento integrale del vertice di Parigi. Sull’immigrazione primo importante riconoscimento del nuovo approccio del governo italiano*, 27.8.2017, in <http://www.huffingtonpost.it>.

12. <http://www.governo.it> (consultato il 15.9.2017).

13. <http://www.governo.it/agenda/2017-08-28t000000/gentiloni-parigi-vertice-quadrilaterale/7982> (consultato il 15.9.2017).

14. Il documento, cercando con la stringa *Joint Statement – Addressing the Challenge of Migration and Asylum* o *Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell’asilo politico*, compare all’indirizzo <http://www.governo.it/articolo/dichiarazione-congiunta/7984> così come all’indirizzo http://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Notizie-allegati/governo/Parigi_20170828/Joint_Statement-20170828.pdf (ottobre 2017). Il testo compare altresì nella sezione «Press Release» sul sito dell’Unione europea (http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-2981_fr.htm).

15. <http://www.governo.it/articolo/gentiloni-parigi/7983> (ottobre 2017).

L'approccio che emerge nel vertice di Parigi, nonostante l'enfasi posta sulla convergenza dei partners europei e dell'Unione rispetto alla strategia italiana, ovvero al piano Minniti¹⁶, non si discosta dal solco di un binario tracciato da tempo, che vede le politiche nazionali ed europee in tema di immigrazione ruotare attorno al controllo delle frontiere. L'obiettivo viene perseguito attraverso due percorsi convergenti: il rimpatrio dei migranti irregolari e l'esternalizzazione delle frontiere. In entrambe le ipotesi sempre più essenziale diviene la cooperazione con gli Stati di origine e/o di transito dei migranti attraverso la stipulazione di accordi di riammissione e di accordi che delocalizzano le procedure di identificazione e fermo dei migranti; accordi invero sempre più spesso informali, ovvero *soft*¹⁷.

Ci si può limitare in questa sede a richiamare il *Global Approach to Migration and Mobility* del 2005¹⁸, che, a sua volta, aveva annunciato non tanto un cambiamento di rotta quanto un mutamento di stile e di intensità delle politiche europee¹⁹, con un sempre maggior affidamento sui «partenariati per la mobilità», nella convinzione, ribadita negli anni successivi, che «senza controlli efficaci alle frontiere, senza una riduzione dell'immigrazione irregolare e un'efficace politica di rimpatrio, l'UE non sarà in grado di offrire maggiori opportunità di migrazione legale e mobilità»²⁰.

Non si discosta dalla prospettiva delineata l'*Agenda europea sulla migrazione*, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015, dove «gestire le frontiere» è uno dei quattro «livelli di azione» individuati ed attraversa anche gli altri tre livelli («ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare», «onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte», «una nuova politica di migrazione legale»)²¹; così come sulla stessa linea si pongono due atti adottati nel marzo 2017 dalla Commissione europea, dai titoli evocativi: Per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea

16. Per limitarsi ad un esempio, nel sottotitolo dell'articolo di *Repubblica.it* (www.repubblica.it) dedicato all'argomento (*Migranti, Gentiloni alla Ue: «Primi risultati ma serve una strategia comune»*, 28.8.2017), si evidenzia: «Macron e Merkel: «Lavoro Italia in Libia esempio perfetto»».

17. In senso critico sull'esternalizzazione *soft* delle frontiere, e per ulteriori riferimenti bibliografici, ci si permette di rinviare a A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017.

18. In argomento, per un primo approccio, cfr. D. Vitiello, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in questa *Rivista*, nn. 3-4/2016, p. 9 ss.; I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 68 ss.

19. Cfr. I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 70, che, individuata nel *Global Approach to Migration* la terza fase delle politiche migratorie dell'Unione europea, osserva come il nuovo approccio «adotta certamente nuovi strumenti, i quali però servono soprattutto a potenziare il tradizionale approccio, ovvero le misure di riammissione, controllo e repressione dei movimenti migratori, prefigurando come unico canale d'ingresso regolare il modello della migrazione circolare».

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

21. Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles.

– Un piano d'azione rinnovato²² e Raccomandazione per rendere i rimpatri più efficaci nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio²³. Ugualmente, il tema del controllo delle frontiere è ricorrente nei vari scenari prospettati nel Libro bianco sul futuro dell'Europa del primo marzo 2017²⁴.

Quanto al coinvolgimento dei Paesi africani di origine e di transito dei migranti, il vertice di Parigi si inserisce nella linea tracciata con il Processo di Khartoum del 2014 e con il vertice de La Valletta del 2015, un processo connotato da un'alta informalità, che coniuga cooperazione allo sviluppo e controllo dei flussi migratori²⁵.

Non stupisce dunque leggere nella Dichiarazione congiunta del vertice di Parigi che i capi di Stato e di Governo «convengono di lavorare insieme per tentare di rafforzare la cooperazione con i Paesi d'origine al fine di affrontare le cause profonde, prevenire le partenze e migliorare la capacità di permettere il ritorno dei migranti clandestini nel loro Paese d'origine»²⁶.

A mutare è il metodo (che registra una informalità crescente) e la “spregiudicatezza” degli accordi.

Aumenta, da un lato, l'esternalizzazione: «la Germania, la Spagna, la Francia e l'Italia, così come l'UE ribadiscono la loro determinazione a contenere i flussi d'immigrazione irregolare molto prima che essi raggiungano le coste mediterranee» e, dunque, «esprimono la loro soddisfazione riguardante la cooperazione del Ciad e del Niger»²⁷. Dapprima, con l'*hotspot approach*, si sponsorizza la creazione di luoghi di fermo e identificazione alle frontiere dell'Europa²⁸, quindi si delegano Paesi come la Libia o la Turchia, e, infine, si crea una nuova frontiera ancora più a Sud: «è inoltre importante rafforzare le capacità di controllo delle frontiere al sud della Libia», si legge nella dichiarazione congiunta del vertice di Parigi.

Dall'altro lato, si stringe il legame fra cooperazione economica e collaborazione nella gestione dei flussi migratori: gli Stati europei partecipanti al *summit*, «in partenariato con l'Unione europea», «continueranno a migliorare la cooperazione economica con le comunità locali che si trovano sulle rotte migratorie in Libia»; «l'Unione europea proseguirà l'applicazione di un approccio politico coerente e integrato presso i Paesi vicini del sud

22. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM(2017) 200 final, 2.3.2017.

23. Raccomandazione della Commissione, C(2017) 1600 final, 7.3.2017.

24. Commissione europea, *Libro bianco sul futuro dell'Europa*, COM2017(2025) dell'1.3.2017.

25. Cfr. Commissione europea, *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 del 7.6.2016.

26. *Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico*, Parigi, 28.8.2017 (citato da <http://www.governo.it/articolo/dichiarazione-congiunta/7984>).

27. *Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico*, cit.

28. Cfr. Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles.

della Libia, al fine di rafforzare le iniziative esistenti nell'ambito della gestione delle frontiere e dei flussi migratori, mobilitando tutti gli strumenti a sua disposizione (diplomazia, sviluppo e sicurezza)»²⁹.

La cooperazione allo sviluppo, senza misconoscere i vantaggi che essa arreca anche ai Paesi che governano gli aiuti economici e senza scordare come essa, comunque, non compensa l'estrazione di ricchezza dai Paesi destinatari degli aiuti³⁰, diviene merce di scambio per ottenere il controllo delle frontiere³¹. Il (neo)colonialismo assume una declinazione nuova, dai contorni paradossali: i Paesi europei – alcuni di essi – non di rado hanno contribuito, per utilizzare un eufemismo, alla devastazione in termini di povertà e guerre che attraversano il continente africano ed ora chiedono che siano gli Stati di quello stesso continente ad affrontare gli esodi che ciò comporta, esponendo le vittime di disastri economici e ambientali e di conflitti armati ad una ulteriore violazione dei propri diritti.

Tornando al *summit* dell'Eliseo, quanto agli aspetti economici, non manca anche la previsione di finanziamenti diretti, laddove ad esempio si afferma l'importanza di «dotare e formare in modo adeguato le guardie costiere libiche». E qui, senza dubbio, vi è un avallo della politica italiana³², la quale è segnata da una lunga storia di accordi con la Libia nella prospettiva di un controllo dell'immigrazione³³.

29. *Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico*, cit.

30. Riferimenti in termini quantitativi si leggono nel *report*, a cura di alcune organizzazioni non governative, *Honest Accounts 2017: How the world profits from Africa's wealth* (il *report* è reperibile sul sito www.globaljustice.org.uk).

31. In tema, cfr. F. Ferri, *Convergenza delle politiche migratorie e di cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea e accordi con Stati terzi*, in questa *Rivista*, nn. 3-4/2016, p. 39 ss.; per un esempio concreto, cfr. la creazione (nel vertice euro-africano del novembre 2015 a La Valletta) di un fondo apposito, il Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa, anche chiamato «Trust Fund», gestito dalla Commissione europea, verso il quale sono stati dirottati fondi destinati alla cooperazione e agli aiuti umanitari; si veda Parlamento europeo, *Risoluzione sul Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa: le implicazioni per lo sviluppo e gli aiuti umanitari*, 13.9.2016, P8_TA(2016)0337 (per una sintesi della vicenda, cfr. L. Jona, *I fondi destinati a combattere la povertà usati in Africa per controllare i migranti*, in *La Stampa*, 24.5.2017).

32. Per inciso – non è questa la sede, perché richiama altri temi controversi, come quelli dei salvataggi in mare e dei c.d. reati di solidarietà (per un primo riferimento sul tema, cfr. F. Vassallo Paleologo, *Il reato di solidarietà non esiste*, in *Comune-info* (<https://comune-info.net/>), 4.8.2017) – si può ricordare, a titolo di completezza, come nel vertice venga anche “premiata” l'idea italiana del codice di condotta in materia di operazioni di salvataggio in mare, con l'invito da parte dei capi di Stato e di Governo a «tutte le ONG che operano nella zona a firmare il codice di condotta e a rispettarlo» (così la *Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico*, cit.) e “accontentata” l'Italia con l'impegno di Germania, Spagna e Francia a intensificare i ricollocamenti.

33. Per una ricostruzione e un commento agli accordi bilaterali Italia-Libia in tema di immigrazione, cfr. G. Battista, *La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011; I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 114 ss.; N. Ronzitti, *Il futuro dei Trattati tra Italia e Libia*, in *Affari internazionali*, 2.2.2012; in relazione agli ultimi sviluppi, ovvero al «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana», sottoscritto dal Governo di riconciliazione nazionale dello Stato di Libia e il Governo della Repubblica italiana il 2.2.2017, ci si permette di richiamare A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere*, cit.

La “spregiudicatezza” non consiste, peraltro, solo nell’assegnare un prezzo alle persone (aiuti economici in cambio del loro trattenimento lontano dai confini europei), ma è aggravata laddove si consideri il grado di democrazia – di non-democrazia – dei Paesi coinvolti³⁴: al di là dei rapporti di organizzazioni come Amnesty International³⁵, si può citare la classifica stilata da The Economist (Intelligence Unit), che, nel Democracy Index 2016³⁶, include il Chad, la Libia e il Niger, rispettivamente con un punteggio di 1.5, 2.25 e 3.96 (su 10), fra gli «authoritarian regime», e il Mali (con un indice del 5.7) fra gli «hybrid regime»³⁷. Quale garanzia del rispetto dei diritti umani dei migranti forniscono tali Stati?

La risposta è nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*³⁸, laddove condanna la politica dei respingimenti italiani, rilevando, fra le altre, una doppia violazione dell’art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, in quanto, da un lato, con il trasferimento, nel caso di specie in Libia, le autorità italiane hanno esposto i ricorrenti «con piena cognizione di causa a trattamenti contrari alla Convenzione»³⁹, data l’esistenza di «fonti affidabili» che mostrano come in Libia «tutte le persone entrate nel Paese con mezzi irregolari erano considerate clandestine, senza alcuna distinzione tra i migranti irregolari e i richiedenti asilo» ed «erano sistematicamente arrestate e detenute in condizioni [...] inumane»⁴⁰, sia in quanto «è lo Stato che procede al respingimento a doversi assicurare che il Paese intermedio offra garanzie sufficienti che permettano di evitare che la persona interessata venga espulsa verso il suo Paese di origine senza valutare il rischio cui va incontro»⁴¹ e «le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinviati arbitrariamente nei loro Paesi di origine»⁴².

34. Anche in questo la Dichiarazione UE-Turchia del 2016 funge da apripista; per un’analisi della situazione turca, al di là dei rapporti sui diritti umani, si segnala, dal punto di vista del costituzionalista, T. Groppi, *Turchia 2017: l’attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017; in specifico, sull’applicazione dell’accordo UE-Grecia, cfr. Amnesty International, *A blueprint for despair. Human rights impact of the EU-Turkey deal*, London, 2017.

35. <https://www.amnesty.org/en/countries>.

36. https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2016.

37. <https://infographics.economist.com/2017/DemocracyIndex/>.

38. CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza 23.2.2012, par. 128; per una sintesi e una prima analisi della sentenza, cfr. V. Maccioni, *Respingimenti in mare e diritti umani dei migranti*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. II/2012, p. 740 ss.

39. CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 126 e 137.

40. CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 128 e 125.

41. Così, CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 147, che riprende una giurisprudenza consolidata.

42. CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 156.

3. Effetti collaterali: genocidio e dissolvimento della democrazia

Nella dichiarazione congiunta del vertice di Parigi, invero, vi sono alcuni richiami al rispetto dei diritti umani, ma sono già nella formulazione di una debolezza sconcertante: «gli sforzi volti a scoraggiare le migrazioni irregolari in mare devono accompagnarsi a misure destinate a *migliorare* la protezione dei diritti dell'uomo e delle condizioni di vita dei migranti in Libia»⁴³ (corsivo mio).

In un, non ipotetico, ma reale bilanciamento fra le ragioni (di Stato ed economiche) che presiedono al controllo delle frontiere e i diritti della persona, questi ultimi soccombono: diritto alla vita, dignità umana, divieto di tortura, diritto di asilo, principio di *non-refoulement* restano solo come affermazioni di rito, formule retoriche.

Resta inascoltata la voce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, da tempo, ricorda come i diritti sono sanciti non come «theoretical or illusory but rights that are practical and effective»⁴⁴.

Esternalizzare le frontiere in Libia, così come in Sudan o in Niger, se si vuole ragionare su un piano di realtà e di effettività nella tutela dei diritti, significa sostituire per alcuni la morte in mare con quella nel deserto e per altri prevedere la condanna – senza nemmeno più la speranza di un fine pena – ad una vita di violenze e privazioni.

Il controllo delle frontiere, quantomeno per come oggi è gestito, causa *gross violations*, che costituiscono crimini contro l'umanità, tracimando in un vero e proprio genocidio, laddove si raffigurino i migranti, per condizioni oggettive e soggettive, come un popolo.

Di crimini contro l'umanità – crimini contemplati nell'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998 (in vigore dal 1 luglio 2002) – sono senza dubbio responsabili i soggetti che direttamente li commettono, così come i governi di Stati autoritari, ma non sono esenti da responsabilità i governi degli Stati europei o gli esecutivi dell'UE, che, nel compiere determinate scelte politiche, non possono non raffigurarsi lo scenario che ne consegue: come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione alla situazione libica, «le autorità italiane sapevano o dovevano sapere»⁴⁵.

43. Dichiarazione congiunta – Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico, cit.

44. CEDU, *Artico c. Italia*, sent. 13.5.1980, par. 33.

45. CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit. ante; da ultimo, cfr. la Lettera aperta di Medici Senza Frontiere agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione europea (*I governi europei aumentano il business della sofferenza in Libia*, 7.9.2017, in <http://www.medicisenzafrontiere.it>).

La domanda successiva è: Stati responsabili di crimini contro l'umanità, nonché – per inciso – della violazione di numerose norme delle loro Costituzioni⁴⁶, possono ancora definirsi democratici?

Non sono certo i migranti a minacciare la democrazia, ma è l'atteggiamento che i governi scelgono di tenere di fronte alle persone, alla loro dignità, ai loro diritti. Così come a minare la democrazia è l'utilizzo dei migranti in chiave di "emergenza" e di "minaccia" per legittimare l'adozione di politiche restrittive delle libertà⁴⁷ e/o per convogliare il malessere sociale verso un nemico, con il "vantaggio" di trasformare un potenziale conflitto sociale legato alle crescenti diseguaglianze economiche nella classica "guerra fra poveri" e di dotarsi di strumenti utili a reprimere il dissenso.

Fra le vittime degli effetti collaterali della scelta di blindare ed esternalizzare le frontiere, scelta che con il vertice di Parigi compie un passo in avanti, vi sono, dunque, il popolo migrante, l'esistenza di diritti universali e la democrazia. E – si può aggiungere – il diritto, sia in quanto ne vengono aggirati i modi di produzione prestabiliti, quelli che lo inseriscono in un quadro democratico, evitando che esso sia un semplice strumento al servizio del "più forte", sia in quanto si assiste ad una violazione delle norme vigenti, a partire da quelle costituzionali.

Fra gli effetti collaterali, vi è il dilagare dell'«inumano», il quale, come ricorda Marco Revelli, citando Carlo Galli, è «il presentarsi attuale della possibilità che l'uomo sia nulla per l'altro uomo»⁴⁸.

46. Per un approfondimento in relazione alla Costituzione italiana, sia consentito rinviare nuovamente a A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere*, cit.

47. Il «piano Minniti» è emblematico: al decreto in tema di immigrazione (d.l. 17.2.2017, n. 13, convertito in l. 13.4.2017, n. 46) si affianca quello in tema di sicurezza urbana (d.l. 20.2.2017, n. 14, convertito in l. 18.4.2017, n. 48).

48. M. Revelli, *Migranti, chi infligge colpi mortali al codice morale*, in *il manifesto*, 8.8.2017.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

IL COLTELLO *KIRPAN*, I VALORI OCCIDENTALI E GLI ARCIPELAGHI CULTURALI CONFLIGGENTI

A PROPOSITO DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE

di Fabio Basile e Mariarosa Giannoccoli

Abstract: *La pronuncia in esame, al pari di alcuni precedenti di legittimità, esclude che l'indiano sikh possa portare impunemente in pubblico un simbolo della sua religione, il coltello kirpan. A differenza degli altri precedenti, tuttavia, la sentenza in esame, nei passaggi motivazionali, opera un richiamo ai «valori occidentali» e agli «arcipelaghi culturali confliggenti». Tale richiamo ha suscitato, nei commenti politici e massmediali che sono subito seguiti, entusiastici apprezzamenti o severe censure: a ben vedere, tuttavia, tale richiamo non solo è del tutto ininfluenza ai fini della decisione finale, ma risulta estremamente vago e ambiguo, oltre a fornire maldestramente un pretesto per evocare uno «scontro di culture», in realtà del tutto fuori luogo in relazione al caso di specie, di rilevanza poco più che bagatellare.*

Abstract: *The decision of the Court of Cassation here reviewed, is in line with the previous case law of the same court in excluding that Sikhs can wear in public their traditional dagger, the “Kirpan”, notwithstanding its nature of religious symbol. Unlike the previous decisions, the reasoning used in this case makes reference to «Western values» and «conflicting cultural islands». Such references caused in the media and among political actors a flood of comments, expressing either unconditional appreciation or severe criticism. The analysis of the decision shows, however, that such references are only vague and misleading obiter dicta, that without any necessity bring into the debate an alleged «clash of cultures» which is definitely out of place considering the facts of the case, involving a petty offence.*

IL COLTELLO *KIRPAN*, I VALORI OCCIDENTALI E GLI ARCIPELAGHI CULTURALI CONFLIGGENTI

A PROPOSITO DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE

di Fabio Basile e Mariarosa Giannoccoli*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il caso. – 3. L'argomentazione non pertinente alla base della condanna in primo grado. – 4. Il richiamo ai «valori occidentali» e agli «arcipelaghi culturali confliggenti» nella sentenza della Cassazione. – 5. Il prevalente rilievo della «sicurezza pubblica».

1. Considerazioni introduttive

Prima di analizzare nel dettaglio la sentenza in esame (Cass., sez. I, ud. 31 marzo 2017 - dep. 15 maggio 2017, n. 24084), risulta utile precisare preliminarmente quale reato sia stato contestato all'agente. Trattasi del porto pubblico d'armi, una contravvenzione disciplinata dall'art. 4 della l. 110/1975, il quale così dispone: «senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa [...] strumenti da punta o da taglio atti ad offendere [...] nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona [...]».

Due precedenti vicende del tutto simile a quelle della pronuncia in esame (porto del *kirpan* da parte di un indiano di religione *sikh*) si erano chiuse, rispettivamente, con l'archiviazione e con l'assoluzione¹:

- Tribunale di Vicenza 23.1.2009²: un immigrato indiano di religione *sikh* viene trovato in possesso, mentre si trova presso gli uffici amministrativi del suo Comune di

* Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano. Cultrice della materia - diritto penale, presso l'Università degli Studi di Milano.

1. In proposito v. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 240 ss.; *ivi* v. pure (p. 305 ss.) la descrizione di due casi simili, affrontati dalla giurisprudenza statunitense.

residenza, di un coltellino in metallo con punta ricurva della lunghezza complessiva di cm 18 (di cui cm 10 di lama), con fodero recante iscrizioni in lingua indiana dal significato religioso e con annessa cordina in stoffa di colore nero.

Ricevuta la notizia di reato, il P.M. valuta, prima di tutto, la possibile rilevanza di tale condotta alla luce dell'art. 4, co. 2, l. 18.4.1975 n. 110 (porto ingiustificato di strumenti da punta o da taglio atti ad offendere), ma esclude la sussistenza di tale contravvenzione, in quanto ritiene che il soggetto agente indossasse il controverso coltellino *per un giustificato motivo*. Si trattava, infatti, di un *kirpan*, che costituisce un simbolo della religione *sikh*, e che pertanto era indossato dall'indiano esclusivamente in ossequio alla fede professata.

Il P.M. valuta, altresì, la possibile rilevanza del fatto contestato alla luce dell'art. 699, co. 2, c.p., che punisce il porto delle c.d. armi proprie bianche (cioè non da sparo), a prescindere dalla sussistenza di un giustificato motivo. Il P.M., tuttavia, esclude che il *kirpan* in questione possa essere qualificato come «arma bianca», in considerazione sia delle modeste dimensioni dello stesso, sia dell'assenza di filo nella lama.

Ciò considerato, il P.M. chiede l'archiviazione del procedimento, accordata dal G.I.P. che condivide tale valutazione dei fatti.

- Tribunale di Cremona 19.2.2009³: un immigrato indiano di religione *sikh*, in occasione di un controllo dei carabinieri all'interno di un Centro commerciale, viene trovato con indosso un coltellino, avente lama ricurva di cm 10 ed impugnatura di cm 5, calzato in un fodero, appeso a tracolla, riportante simboli indiani in rilievo. Per tale fatto viene imputato della predetta contravvenzione di porto ingiustificato di strumenti da punta o da taglio atti ad offendere (art. 4, co. 2, l. 110/1975).

Dalle risultanze processuali (comprehensive di documentazione trasmessa dal Consolato generale d'India) emerge, tuttavia, in modo univoco che il coltello in questione era indossato esclusivamente in ossequio alla fede professata dall'imputato. Questi, quindi, portava tale coltello come segno distintivo di adesione ad una religione e, in ultima analisi, come peculiare modalità di espressione della sua fede religiosa. Poiché la libertà di professare la propria religione è un valore costituzionalmente tutelato (art. 19 Cost.), che trova riscontro anche nell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 nonché nell'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ad avviso del giudicante ricorre, nel caso di specie, un «giustificato motivo» del porto del coltellino. Proprio la sussistenza di tale «giustificato

2. Decreto di archiviazione del G.I.P. del 23.1.2009, e richiesta di archiviazione del P.M. del 12.1.2009, entrambi leggibili in www.olir.it.

3. Udienza 13.1.2009, in *Corr. Merito*, 2009, p. 399 ss.

motivo» consente di escludere l'integrazione del fatto tipico: l'imputato viene quindi assolto «perché il fatto non sussiste».

Questo orientamento espresso dai giudici di merito, tuttavia, è stato smentito dalla successiva giurisprudenza della Cassazione⁴. Anche la recentissima pronuncia della Cassazione, oggetto del presente commento, si allinea a questo secondo, più rigoroso, orientamento, ma essa, rispetto ai suoi precedenti conformi, ha suscitato un maggiore clamore mediatico, per i motivi che vedremo subito appresso.

2. Il caso

Questa la breve descrizione del caso di specie: a seguito del controllo della polizia locale di Goito, un uomo viene trovato in possesso di un coltello, portato con disinvoltura alla cintola, la cui lama risulta lunga circa diciotto centimetri: è il c.d. *kirpan*, un simbolo religioso che contraddistingue l'appartenente alla religione dei *sikh*. Alla richiesta degli operanti di consegnare l'oggetto, egli oppone un netto rifiuto, che motiva con la necessità di prestar fede ai precetti della religione di appartenenza. In effetti, il sikhismo impone come dovere di indossare un abbigliamento rituale che serve a manifestare all'esterno con segni tangibili la missione dei suoi seguaci⁵. Tale abbigliamento comprende anche il *kirpan*, simbolo della lotta contro il male⁶.

3. L'argomentazione non pertinente alla base della condanna in primo grado

Il ricorrente, imputato della contravvenzione in esame, veniva condannato in primo grado dal Tribunale di Mantova alla pena dell'ammenda.

Secondo il giudice di merito, le usanze religiose integrano una mera consuetudine e non possono, pertanto, avere come effetto l'abrogazione di una norma penale dettata a fini di sicurezza pubblica, come nel caso della contravvenzione *de qua*.

La motivazione del giudice di merito sull'irrelevanza del fattore religioso non coglie, tuttavia, nel segno: la questione giuridica di fondo da affrontare nel caso di specie non concerneva, infatti, la capacità di una consuetudine (nella specie, religiosa) di abrogare la legge, bensì la possibilità che l'adesione ad una determinata religione integri la scriminante speciale («giustificato motivo»), prevista dall'art. 4 della l. 110/1975. Il

4. Cass., sez. I, 1.3.2016 (dep. 14.6.2016) n. 24739, in banca dati *DeJure*; Cass., sez. I, 24.2.2016 (dep. 16.6.2016) n. 25163, in banca dati *DeJure*.

5. V., per una descrizione degli oggetti simbolici usualmente indossati dai *sikh*, A. Provera, *Il «giustificato motivo»: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 965.

6. La parola *kirpan* deriva da *kirpa* e *aan*, che significano rispettivamente «atto di bontà», «benevolenza», «favore», «compassione», e «onore», «dignità», «rispetto».

quesito che il giudice di primo grado avrebbe dovuto porsi nell'esercizio dei poteri attribuitegli dalla legge era, dunque, il seguente: le motivazioni religiose dell'indiano sikh possono integrare il «giustificato motivo» previsto dalla legge?

A fronte della scarna, e poco pertinente, argomentazione del giudice di *prime cure*, l'imputato ricorre in Cassazione, invocando, tra l'altro, la norma costituzionale che fa da presidio alla libertà dei singoli di manifestare la propria fede, l'art. 19 Cost.: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

4. Il richiamo ai «valori occidentali» e agli «arcipelaghi culturali confliggenti» nella sentenza della Cassazione

Orbene, nel suo argomentare, il Giudice di legittimità parte dall'analisi dell'art. 4 l. 110/1975, rilevando che l'assenza di giustificato motivo è stata eletta dal legislatore a elemento costitutivo della fattispecie contravvenzionale⁷. La Cassazione menziona, a titolo esemplificativo, alcune situazioni che possono integrare il «giustificato motivo»: le «regole relazionali lecite» e le «condizioni soggettive del portatore» da mettere in relazione ai luoghi e alla «normale funzione dell'oggetto».

Dopo questa premessa, la Corte formula quello che è stato fin dai primi commenti additato come il passaggio più controverso dell'*iter* argomentativo seguito: «è essenziale per l'immigrato l'obbligo di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi».

Secondo la sentenza in esame, infatti, «se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante».

La Cassazione evoca poi, tramite l'immagine icastica degli «arcipelaghi culturali confliggenti», una sorta di scontro tra culture capace di mettere seriamente a rischio il tessuto sociale e l'identità del nostro Stato.

Sulla base di queste premesse, la sentenza in esame ritiene, quindi, che il diritto di professare liberamente la propria fede non abbia carattere di per sé assoluto, essendone invece consentita una limitazione in presenza di interessi che siano a loro volta meritevoli di tutela.

7. Giurisprudenza pacifica: v., per tutte, Cass., SU, 9.7.1997 n. 7739.

Gli interessi che, nel caso di specie, consentirebbero la limitazione della libertà religiosa, vengono individuati dalla Cassazione con la vaga formula di «valori occidentali»: ed è proprio su questa formula che si è acceso un vivo dibattito⁸.

In precedenti sentenze, infatti, la Cassazione, per imporre all'imputato straniero limitazioni alla libertà di vivere secondo la propria religione o, più in generale, alla propria cultura, era ricorsa alla teoria del c.d. «sbarramento invalicabile», dove tale sbarramento veniva individuato nei diritti fondamentali della persona, riconosciuti e tutelati dalla Costituzione. Si trattava, tuttavia, di casi in cui il bene giuridico offeso aveva ben diversa consistenza: casi di maltrattamenti fondati su concezioni patriarcali della famiglia⁹, di violenza sessuale commessa per asseriti motivi culturali (primo fra tutti, il completo asservimento della moglie al marito, anche nella sfera più intima)¹⁰, fino ad arrivare – in una scala di gravità crescente – alle ipotesi di omicidio per cause attinenti l'onore sessuale o la reputazione personale¹¹.

Nel caso in esame, invece, il bene giuridico offeso è un bene collettivo e spersonalizzato, la «sicurezza pubblica», il quale, peraltro, dalla condotta incriminata viene esposto solo ad un pericolo (pericolo che parrebbe, stando all'interpretazione più diffusa dell'art. 4 l. 110/1975, solo astratto).

La sentenza in esame rischia, pertanto, di operare una sorta di ribaltamento della logica dello «sbarramento invalicabile»: se in precedenti casi tale «sbarramento» è valso a salvaguardare diritti fondamentali della persona, qui si rischia di pregiudicare proprio un diritto siffatto, vale a dire il diritto a manifestare liberamente il proprio credo (art. 19 Cost.)¹².

Opinabile risulta, altresì, la sottolineatura, operata forse con eccessiva enfasi dalla sentenza in esame, di un divario incolmabile tra culture e religioni (gli evocati «arcipelaghi culturali confliggenti»): un divario probabilmente più ipotizzato che reale, dal momento che

8. Il dibattito si è aperto, fin da subito, sui quotidiani e sugli altri *massmedia*. Per alcuni primi commenti giornalistici alla sentenza, v. I. Sacchettoni, *Cassazione: i migranti devono conformarsi a nostri valori*, Corriere della Sera, 16.5.2017; S. Marzioletti, *Cassazione: i migranti devono rispettare i nostri valori*, Sole 24 Ore, 16.5.2017; C. Melzi d'Eril, G.E. Vigevari, *Se un pugnale compromette i valori occidentali*, Sole 24 Ore, 19.5.2017. Volendo, v. pure l'intervista rilasciata da F. Basile a *L'Asterisco*, *Valori occidentali o paure occidentali?*, luglio 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=vBkMORgMJrk>.

9. V., *ex pluris*, Cass., sez. III, 14.4.2016 (dep. 26.8.2016) n. 35482 in banca dati *DeJure*; Cass., sez. VI, 26.11.2008 (dep. 16.12.2008) n. 46300, in Banca dati *DeJure*.

10. V., *ex pluris*, Cass., sez. III, 26.6.2007 (dep. 17.9.2007) n. 34909 in banca dati *DeJure*; Cass., sez. III, 29.1.2015 (dep. 13.4.2015) n. 14960, in banca dati *DeJure*.

11. V., *ex pluris*, Cass., sez. V, 18.6.2014 (dep. 27.11.2014) n. 49569 in banca dati *DeJure*; Cass., sez. I, 2.7.2008 (dep. 1.8.2008) n. 32436, in banca dati *DeJure*.

12. Per tale annotazione, v. A. Simoni, *La sentenza della Cassazione sul kirpan*, in questa *Rivista*, n. 2.2017, il quale, proprio riferendosi ad un siffatto ribaltamento, ha ritenuto la presa di posizione della Cassazione una «voce del sèn fuggita».

esistono principi e valori, quali la tolleranza e il rispetto reciproco, condivisi da molte religioni e culture, anche non «occidentali». Quindi, se è ben possibile rinvenire specifiche divergenze in singole manifestazioni cultuali o culturali (come accade in questo caso, in cui il fedele *sikh* porta con sé un oggetto, solitamente ritenuto atto ad offendere), è forse eccessivo prospettare uno scenario di frammentazione insanabile: e ciò soprattutto all'interno di un ordinamento che accoglie il principio del pluralismo religioso e della laicità dello Stato¹³.

5. Il prevalente rilievo della «sicurezza pubblica»

A parte queste parole *dal sen fuggite*, i successivi passaggi argomentativi della sentenza in esame si concentrano, giustamente (e finalmente), sull'unica, vera questione giuridica rilevante: se la tutela della sicurezza pubblica possa prevalere, nel caso di specie, rispetto ad una manifestazione del proprio culto. A questo proposito la sentenza richiama un precedente della Corte costituzionale¹⁴, in base al quale è possibile porre delle limitazioni alla libertà religiosa proclamata dall'art. 19 Cost., qualora ciò sia necessario per proteggere altrettanti validi diritti di libertà, quali «la sicurezza, l'ordine pubblico e la pacifica convivenza»: e questo è tutto ciò che bastava dire – senza evocare valori occidentali e arcipelaghi culturali – per escludere che, nel caso di specie, la motivazione religiosa potesse integrare il «giustificato motivo» di cui all'art. 4 l. 110/1975.

13. Sul punto v. anche i pertinenti rilievi di A. Negri, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e «valori del mondo occidentale»*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3.7.2017.

14. V., Corte cost., 24.3.2016 n. 63.

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2017

DIRITTO PERSONALE V. DIRITTO STATALE

RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA INDIANA
DEL 22 AGOSTO 2017 SUL TRIPLICE RIPUDIO

di Deborah Scolart

Abstract: *La sentenza della Corte Suprema indiana sul triplice ripudio islamico simultaneo (talaq-e biddat) affronta il problema della compatibilità di alcuni istituti giuridici disciplinati dalla legge religiosa con i principi espressi da una Carta costituzionale ispirata al secolarismo, all'eguaglianza e al divieto di discriminazioni. L'indeterminatezza dello status giuridico della sharia in un ordinamento non islamico, qual è quello indiano, condiziona la risposta dei giudici. La Sharia, anche non codificata, è legge dello Stato e quindi soggetta al sindacato di costituzionalità come tutte le altre leggi? O, al contrario, non può essere considerata legge statale e allora, perché sia possibile riformarne gli istituti, occorre che prima sia oggetto di codificazione? La sentenza della Corte Suprema indiana dimostra quanto può essere difficile giungere a una soluzione condivisa su questioni di tali portata.*

Abstract: *The Indian Supreme Court sentence on simultaneous triple talaq (talaq-e biddat) opens the doors to some reflections on the status of religious personal laws in a multi-confessional State whose Constitution is inspired to secularism, equality before the law and prohibition of discrimination. The uncertainty on the legal status of the religious personal laws makes it difficult for the Supreme Court to give a final decision on the acceptability of talaq. Can Sharia, even if not codified, be considered a "law" and, as such, subject to the constitutional validity test? Or must a religious personal law be first codified in order to see its rules discussed by the Supreme Court? The Indian Supreme Court judgement shows us how hard it could be to reach a shared opinion on such an important topic.*

DIRITTO PERSONALE V. DIRITTO STATALE

RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA INDIANA DEL 22 AGOSTO 2017 SUL TRIPLICE RIPUDIO*

di Deborah Scolart**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il tema della discordia. – 3. Il contesto normativo indiano. Cenni. – 4. I problemi di incostituzionalità. – 4.1. Il dibattito interno alla Corte: la *legal sacity* del *talaq-e-biddat*. – 4.2. *Segue*: il *talaq-e-biddat* è «matter of faith»? – 4.3. *Segue*: la presunta violazione degli artt. 14, 15 e 21 Cost. – 4.4. *Segue*: diritti personali, riforme legislative e l'art. 25 Cost. sulla libertà di religione. – 5. La decisione della Corte Suprema e qualche osservazione conclusiva.

1. Premessa

La sentenza della Corte Suprema indiana pubblicata il 22 agosto 2017, celebrata dai media¹ e dal Presidente indiano Modi² come una storica pronuncia a favore dei diritti delle donne musulmane, riveste qualche interesse anche per i giuristi italiani ed europei perché si interroga sul rapporto tra diritti personali (che in India sono principalmente quelli confessionali delle comunità hindu, musulmana, cristiana, parsi ed ebraica) e principi costituzionali a tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Se è vero che le specificità del contesto giuridico indiano rendono difficilmente replicabile nel nostro Paese alcune delle osservazioni svolte dalla Corte Suprema indiana, è anche vero che l'indeterminatezza dello *status* giuridico del diritto islamico e l'oggettiva incompatibilità di alcuni suoi istituti con il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazioni basate sul

* Judgement WP (C) No. 118 of 2016 (Triple talaq), disponibile online sul sito della Corte Suprema <http://supremecourtindia.nic.in/>

** Ricercatrice di diritto musulmano e dei Paesi islamici, Università di Roma Tor Vergata.

1. *Triple talaq: India court bans Islamic instant divorce*, <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-41008802>, consultato il 23.8.2017; *Triple talaq: India's top court bans Islamic practice of instant divorce*, <http://edition.cnn.com/2017/05/18/asia/triple-talaq-supreme-court/index.html>; *Triple talaq verdict updates: Jaitley says SC judgment a great victory and welcome step*, <http://indianexpress.com/article/india/triple-talaq-verdict-judgment-live-updates-supreme-court-all-india-muslim-board-instant-divorce-centre-polygamy-4807803/>; *What is "triple talaq" or instant divorce? India's top court bans the controversial law that allowed Muslim men to end marriage by uttering talaq three times*, <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2017/05/triple-talaq-triple-divorce-170511160557346.html>; e i quotidiani italiani: *Divorzio istantaneo, ora l'India lo vieta*, La Repubblica, 23.8.2017; *Parità di genere. La sentenza. La gioia delle donne indiane, la Corte Suprema vieta il divorzio islamico istantaneo*, Corriere della sera, 23.8.2017.

2. Su Twitter @narendramodi: *Judgment of the Hon'ble SC on Triple Talaq is historic. It grants equality to Muslim women and is a powerful measure for women empowerment*, 22.8.2017.

sempre sollevano problemi che rendono consigliabile la lettura della sentenza anche solo in una mera prospettiva di confronto con quanto avviene in altre realtà giuridiche.

Il diritto musulmano in Italia è ancora e solo il diritto di cittadini stranieri e il suo ingresso nell'ordinamento italiano è regolato dalle norme del diritto internazionale privato³. Altrove, tuttavia, già si discute da tempo a proposito dell'efficacia da riconoscere alle cosiddette sentenze arbitrali pronunciate da organi quali gli *Sharia Councils* in tema di diritto di famiglia islamico⁴. Familiarizzare con il tipo di sollecitazioni poste dalla *šarī'a* in ordinamenti non islamici può essere un utile esercizio per prevenire futuri improbabili, ma non impossibili, problemi.

2. Il tema della discordia

Il caso da cui la sentenza trae origine riguarda lo scioglimento del matrimonio tramite pronuncia del ripudio da parte del marito; nello specifico, si tratta di quello che in India è noto come *talaq-e-biddat*, un tipo di ripudio nel quale il marito pronuncia la formula del *talāq* (ripudio) per tre volte e immediatamente, e irrevocabilmente, si producono gli effetti interruttivi del matrimonio.

Il triplice ripudio (ar. *ṭalāq ṭulāṭī*) è disciplinato dal Corano e sembra nascere con il fine di porre un limite all'altrimenti eccessivo arbitrio del marito in merito alle sorti del

3. Il tema delle relazioni tra ordinamento statale e istituti giuridici islamici è da qualche anno oggetto di attenzione tra gli studiosi italiani e anche questa *Rivista* se ne è occupata; si vedano i contributi di: F. Corbetta, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, n. 3.2000, p. 18; G. Silva, *Ripudio marocchino e diritto di famiglia francese*, n. 2.2003, p. 34; F. Belvisi, *Una riflessione normativa per la società multiculturale. Il caso del matrimonio islamico*, n. 4.2003, p. 28; R. Guolo, *La sharia in Italia. Il diritto parallelo nelle comunità islamiche*, n. 1.2009, p. 15. Numerosi sono gli interventi sul tema della *kafāla*: A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, n. 2.2004, p. 75; J. Long, *Kafala e ricongiungimento familiare*, n. 1.2008, p. 73; J. Long, *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, n. 2.2009, p. 112; A. Lang, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, n. 2.2011, p. 52; Y. Rocchini, *La Kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, n. 4.2011, p. 80; A. Di Pascale, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, n. 4.2012, p. 113; A. Lang, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, n. 3.2013, p. 91.

4. Negli ordinamenti di *Common Law* è vivo il dibattito sui cosiddetti *sharia councils* e l'efficacia delle loro pronunce; senza alcuna pretesa di completezza, si vedano: F. Sona, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shariah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 34 (2016); J.R. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 7, 3 (2010), pp. 411-435; F. Kutty, *The Myth and Reality of Shari'a Courts in Canada: A Delayed Opportunity for the Indigenization of Islamic Legal Rulings*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 7, 3 (2010), pp. 559-602; L. Blackstone, *Courting Islam: Practical Alternatives to a Muslim Family Court in Ontario*, in *Brook. J. Int'l L.* 31 (2005), Available at: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol31/iss1/6>; E. Sisson, *The Future of Sharia Law in American Arbitration*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48 (2015), pp. 891-920; M. Zee, *Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils. Untangling the Debate on Sharia Councils and Women's Rights in the United Kingdom*, in *Journal of Religion & Society*, 16 (2014), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2380066>.

matrimonio. Dice, infatti, il Corano che dopo il terzo di una serie di ripudi semplici⁵, gli effetti interruttivi del matrimonio si producono immediatamente senza aspettare il decorso della *'idda* (ritiro legale), vale a dire che il terzo di una serie di ripudi semplici è, a prescindere dall'avvenuta o meno consumazione del matrimonio, da subito irrevocabile. Non solo. Il Corano aggiunge che, qualora il marito volesse riprendere in moglie la donna da lui ripudiata per la terza volta, dovrebbe prima aspettare che ella contragga, consumi e sciogla un vincolo coniugale con un altro uomo (detto in arabo *muḥallil*, colui che rende lecito)⁶. Non vi è chi non veda che questa previsione ha un evidente fine deterrente funzionale alla stabilità della famiglia: lo scopo è di evitare che il marito abusi dello strumento del ripudio per tenere sotto scacco la moglie, lasciandola e riprendendola come fosse un secchio in un pozzo, a suo pieno e insindacabile arbitrio. Al contrario, agendo sulla leva del sentimento di possesso, il Corano segnala al marito che egli non può fare del matrimonio e della moglie ciò che vuole e che, ove scelga di ripudiarla con ripudio irrevocabile (il terzo, appunto), ella non gli apparterrà più se non dopo che un altro uomo (ecco la leva) l'avrà avuta come moglie e il legame sarà stato sciolto (per ripudio, morte o divorzio).

Nella visione coranica l'irrevocabilità è collegata al terzo di una serie di ripudi semplici. La dottrina ha però lavorato nel senso di ricondurre l'immediata irrevocabilità del ripudio anche all'ipotesi, non prevista dal Corano, in cui il marito dia un solo ripudio, ma pronunciando tre volte la formula *ṭalāq* o affermando l'intenzione di dare ripudio irrevocabile. Questa è appunto un'innovazione, che la dottrina stessa non esita a definire riprovevole (*bidʿ*, da cui il nome indiano *talāq-e-biddat*), ma non proibita e che è all'origine del caso trattato dalla Corte Suprema indiana.

3. Il contesto normativo indiano. Cenni

Il sistema giuridico dell'India moderna è il risultato di una storia millenaria che ha visto sovrapporsi e stratificarsi i diritti confessionali e/o consuetudinari delle diverse popolazioni residenti sul territorio, gli imponenti lasciti coloniali frutto dell'attività

5. Il ripudio (*ṭalāq*) è l'atto unilaterale con il quale il marito, senza necessità di giustificare la sua decisione, interrompe il legame coniugale: esso è immediatamente efficace in caso di matrimonio non consumato; se invece vi è stata consumazione, alla pronuncia del *ṭalāq* segue un periodo di tempo detto *'idda* (ritiro legale) che il Corano (II, 228) identifica in tre cicli mestruali e che è funzionale a evitare la *commixtio sanguinis*. Durante la *'idda* il marito può revocare il ripudio; se non lo fa, alla scadenza del termine il ripudio diviene definitivo.

6. Cor. II, 229-230: «Il ripudio v'è concesso due volte: poi dovete o ritenerla con gentilezza presso di voi, o rimandarla con dolcezza [...]. Dunque se uno ripudia per la terza volta la moglie essa non potrà più lecitamente tornare da lui se non sposa prima un altro marito; il quale se a sua volta la divorzia, non sarà peccato se i due coniugi si ricongiungano, se pensano di poter osservare le leggi di Dio. Questi sono i termini di Dio che Egli dichiara a uomini che comprendono».

legislativa e giudiziaria della Corona britannica e, infine, il diritto statale dell'India indipendente. Il pluralismo etnico, linguistico e religioso è espresso, ad esempio, dalla scelta dello hindi come lingua ufficiale dell'Unione, affiancata da due o tre lingue regionali in ciascuno Stato, mentre la lingua del diritto è l'inglese che è infatti usato anche dalla Corte Suprema indiana. In termini giuridici, il pluralismo si traduce nell'adozione, da un canto, di una Carta costituzionale (1950, più volte emendata), redatta in inglese e in seguito tradotta in hindi, comune a tutta la nazione che disegna nel preambolo una «repubblica sovrana socialista aconfessionale (*secular*)⁷ e democratica»; e dall'altro canto, nella conservazione dei diritti particolari (leggi personali) delle comunità induista (nella quale rientrano buddhisti, giaini e sikh), musulmana⁸, cristiana, parsi ed ebraica. Nonostante la Costituzione all'art. 44 inviti il legislatore all'adozione di un codice civile uniforme per la nazione, ciò a distanza di 67 non è ancora avvenuto, in ragione della strenua opposizione esercitata soprattutto dai partiti di ispirazione islamica⁹, ma non solo.

7. Questo carattere è stato introdotto con il XLII emendamento; scrive Francavilla che «questo principio viene inteso costituzionalmente come neutralità e imparzialità nei confronti di tutte le religioni. Non esiste in India una religione di Stato, come invece in Pakistan o in Bangladesh [dove la religione di Stato è l'islam], e la separazione tra Stato e religioni sul piano formale è netta, fino al punto che nella Costituzione è vietato l'insegnamento della religione nelle scuole statali. Contemporaneamente è garantito il diritto di libertà religiosa sia agli individui sia ai gruppi ed è riconosciuta la possibilità di creare scuole private con ispirazione religiosa»; D. Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 67-68. Sul diritto indiano si veda anche R. Lingat, *La tradizione giuridica dell'India. Dharma, diritto e interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2003; D. Amirante, *India*, Bologna, il Mulino, 2007; W. Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, New Delhi, Oxford University Press, 2008; W. Menski, *Modern Indian Family Law*, Richmond, Curzon Press, 2000.

8. Secondo il censimento del 2011 l'islam in India è professato dal 14,2% della popolazione, pari a circa 171 milioni di musulmani su un totale di più di un miliardo e duecento milioni di cittadini indiani; la comunità musulmana indiana è attualmente la terza più popolosa al mondo dopo quella indonesiana e quella pakistana.

9. Emblematico della resistenza da parte dei musulmani a essere sottoposti a disposizioni comuni in materia di famiglia fu il celebre caso *Shah Bano* del 1985. La signora Shah Bano agiva in giudizio per vedersi riconosciuto il mantenimento da parte del marito Ahmad Khan che l'aveva ripudiata con triplice ripudio dopo quarant'anni di matrimonio; il marito, avvocato, negava di essere tenuto a mantenere la moglie ripudiata perché lo scioglimento del matrimonio era avvenuto utilizzando un istituto del diritto islamico (il triplice ripudio) cui la legge islamica non ricollega questo effetto. La Corte Suprema aveva dato ragione alla signora Shah Bano in applicazione dell'art. 125 c.p.p. del 1973 il quale prevede il mantenimento della moglie (anche divorziata) che non sia in grado di provvedere a sé stessa e che si applica a tutti i cittadini indipendentemente dall'appartenenza religiosa. Dovendo scegliere tra il diritto personale dei soggetti e il diritto territoriale (nazionale), la Corte Suprema, al fine di tutelare la parte indigente della causa, scelse il diritto territoriale, affermando che non sussisteva alcun motivo per escludere le donne musulmane (in ragione della loro religione) da una tutela che la legge offre a tutti i cittadini bisognosi. Va, però, chiarito che nella sentenza *Shah Bano* la Corte Suprema prese posizione esclusivamente con riferimento alla donna divorziata indigente e non affrontò il più generale problema del mancato mantenimento (scaduta la *'idda*) della divorziata in grado di provvedere a sé stessa. Ciononostante, la sentenza provocò una reazione furibonda da parte della comunità musulmana, che lesse la sentenza come una minaccia alla propria identità e alla conservazione del diritto personale. Il risultato fu che nel 1986 venne approvata una legge, il *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act* il cui art. 3 afferma che, nonostante altre diverse disposizioni contenute nelle leggi in vigore, una donna divorziata avrà diritto a un giusto e ragionevole mantenimento che le sarà versato dal marito *solo* durante il periodo della *'idda*, con il che il legislatore fa piazza pulita dell'art. 125 c.p.p. escludendone l'applicazione ai musulmani. L'art. 4 precisa che, se dopo la scadenza della *'idda*, la

Il risultato è che le questioni dello statuto personale sono ancora oggi rette dalle leggi personali, in parte codificate (così è stato per il diritto hindu e in certa misura per il diritto dei cristiani e dei parsi) e in parte no, come per il diritto musulmano i cui istituti sono al centro della sentenza in esame.

Con particolare riferimento al diritto musulmano, il suo *status* in India è regolato da una legge risalente al periodo coloniale, il *Muslim Personal Law (Shariat) Act* del 1937 (di seguito: *Shariat Act*) il cui art. 2 afferma il primato della *šarī'a*, abolendo la possibilità di ricorrere agli usi e alle consuetudini locali «in tutte le questioni (eccettuate quelle relative alle terre agricole) relative alle successioni intestate, alle proprietà delle donne, incluse le proprietà personali ereditate o ottenute per contratto, donazione o ai sensi di ogni altra disposizione dello statuto personale, al matrimonio, alla dissoluzione del matrimonio inclusi *talaq*, *ila'*, *zihar*, *li'an*, *khul'* e *mubara'a*, al mantenimento, alla dote, alla tutela, alle donazioni, ai *trust* e ai *waqf* (diversi da quelli caritatevoli, dagli istituti di beneficenza e dalle donazioni caritatevoli e religiose)»: in questi ambiti, la *rule of decision* nelle controversie tra musulmani dovrà appunto essere la legge personale islamica. Sul significato e valore di questa disposizione legislativa discutono, come ora vedremo, le parti in causa perché da esso dipende la possibilità o meno di adire la Corte Suprema affinché si pronunci sulla conformità del diritto personale ai principi della Costituzione.

4. I problemi di incostituzionalità

La ricorrente Shayara Bano e l'Attorney General sollevano davanti alla Corte Suprema diverse questioni di grande interesse: innanzitutto, escludono che il *talaq-e-biddat* possa essere considerato a tutti gli effetti un istituto del diritto musulmano in ragione del suo non essere previsto dalle fonti principali della *šarī'a*, e cioè il Corano e la Sunna del Profeta Muḥammad; poi ne contestano la conformità ai principi costituzionali laddove, essendo un modo unilaterale e irrevocabile di scioglimento del matrimonio, viola gli artt. 14 (sull'uguaglianza dinanzi alla legge¹⁰), 15 (sul divieto di discriminazioni

donna è incapace di provvedere a sé stessa, matura il diritto al mantenimento che però, attenzione, non grava sul marito bensì sui di lei parenti e, se questi non possono adempiervi, su una fondazione pia (*waqf*). Questa legge è stata a sua volta oggetto di ricorso davanti alla Corte Suprema nel caso *Latifi* del 2001 che ne ha però riconosciuto la conformità ai principi costituzionali. Per ulteriori approfondimenti sul caso *Latifi* si veda Francavilla, *Il diritto nell'India contemporanea*, cit., pp. 153-157. Sul caso *Shah Bano*, oltre al citato Francavilla, si veda: Vijay Pal Singh, *Shah Bano Begum and after*, in *Indian Constitutional Law Review*, Edition I (January 2017) <http://iclrq.in/editions/jan/2.pdf>; S. Mullally, *Feminism and Multicultural Dilemmas in India: Revisiting the Shah Bano Case*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 4 (2004), pp. 671-692.

10. Art. 14 Cost.: «Equality before law. – The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India».

fondate sulla religione, razza, casta, sesso o luogo di nascita¹¹) e 21 (sulla tutela della vita e della libertà individuale¹²) della Costituzione; dalla circostanza che l'art. 2 dello *Shariat Act* fa del diritto musulmano la *rule of decision* inferiscono che le questioni di diritto di famiglia non possono essere considerate questioni private tra le parti, ma, al contrario, debbano essere ritenute «*matters of public law*» e come tali assoggettabili al controllo di costituzionalità; fanno riferimento alle riforme intervenute in Paesi a maggioranza islamica finalizzate all'abrogazione legislativa del triplice ripudio per rafforzare l'idea che si tratta di pratica contraria all'islam; e, infine, richiamano le Convenzioni internazionali sui diritti umani di cui l'India fa parte¹³ e che insistono sull'uguaglianza di genere e sul divieto di discriminazioni.

Le controparti (All India Muslim Personal Law Board -AIMPLB, organizzazione non governativa avente lo scopo di tutelare l'applicazione del diritto personale musulmano in India; e l'organizzazione religiosa Jamiatul-Ulema-i-Hind) sollevano all'attenzione della Corte Suprema il problema della tutela del sentimento religioso così come offerta dall'art. 25 Cost.; riflettono sul dibattito alla Costituente circa il contenuto dell'art. 44 Cost. relativo all'opportunità di emanare un codice civile uniforme per la nazione per sostenere che scopo del legislatore costituente fosse quello di proteggere i diritti personali delle diverse comunità religiose elevandoli al rango di diritti fondamentali; puntualizzano che l'art. 2 dello *Shariat Act* 1937 si apre con una clausola «*non obstante*»¹⁴ il cui fine sarebbe

11. Art. 15 Cost.: «Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth. (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to: (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public. (3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children. (4) Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes. (5) Nothing in this article or in sub-clause (g) of clause (1) of article 19 shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30».

12. Art. 21 Cost.: «Protection of life and personal liberty. – No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law».

13. I ricorrenti citano la Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo (firmata dall'India nel 1948), il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (ratificato dall'India nel 1979) e la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (firmata nel 1980 e ratificata nel 1993); si noti, però, che quest'ultimo Trattato è accompagnato da una dichiarazione ai sensi della quale il Governo dell'India si impegna a rispettare e assicurare l'applicazione delle disposizioni della Convenzione conformemente alla sua politica di non interferenza negli affari personali di ciascuna comunità senza l'iniziativa e il consenso della stessa.

14. «Notwithstanding any custom or usage to the contrary, in all questions [...] the rule of decision in cases where the parties are Muslims shall be the Muslim Personal law (Shariat)».

solo quello di escludere l'applicazione di quegli usi e consuetudini che, pur essendo contrari alla *ṣarī'a*, hanno trovato straordinaria diffusione e applicazione tra i musulmani e nelle aule dei Tribunali.

La questione della (in)validità islamica del *talaq-e-biddat* o triplice ripudio simultaneo non può essere in queste pagine approfondita pur essendo decisamente interessanti gli argomenti utilizzati dalle parti. Basti però dire che sulla mancata conformità del *talaq-e-biddat* alla *ṣarī'a* ricorrenti e controparti si trovano d'accordo, pur derivando da questa affermazione esiti diversi: per i ricorrenti, la mancata esplicita disciplina coranica consente di abrogare l'istituto senza incertezze; per le controparti, nonostante l'emanazione da parte dell'AIMPLB di un *affidavit* in cui si raccomanda alle parti che concludono un matrimonio di inserire nel *nikah-nama* (atto di matrimonio) una clausola atta a escludere che il marito possa pronunciare contro la moglie un triplice ripudio simultaneo (*talaq-e-biddat*), non va sottovalutato il ruolo svolto da 1400 anni di prassi che hanno concorso a generare nei musulmani il ferreo convincimento della liceità islamica dell'istituto.

4.1. *Il dibattito interno alla Corte: la legal sanctity del talaq-e-biddat*

I cinque giudici della Corte Suprema non condividono le stesse opinioni sui molti aspetti del caso in esame. Iniziamo segnalando la posizione isolata del giudice Joseph Kurian per il quale la questione della «*legal sanctity*» del triplice ripudio simultaneo è l'unico, vero, tema in discussione. Secondo Kurian è centrale in materia la sentenza resa dalla Corte Suprema nel caso *Shamin Ara v. State of UP and Another* [(2002) 7 scc 518] in cui i giudici fanno propria l'interpretazione offerta dal giudice Baharul Islam in due decisioni della Gauhati High Court del 1981. In sostanza il giudice Baharul Islam affermava che, nonostante il matrimonio sia nel diritto islamico un contratto civile, ad esso può essere riconosciuto un certo grado di santità; l'islam ammette che il matrimonio possa essere sciolto in circostanze eccezionali, ma per il giudice non è possibile sostenere che un ripudio dato per capriccio possa essere giustificato dal motto «*good in law, though bad in theology*» quando è invece richiesto dal Corano che il *ṭalāq* avvenga per un motivo ragionevole e sia preceduto da un tentativo di conciliazione. La sentenza *Shamin Ara* afferma quindi che il triplice ripudio simultaneo manca di «*legal sanctity*», ma, si noti bene, non lo dichiara esplicitamente incostituzionale. Kurian, tuttavia, anche riferendosi a successive sentenze di diverse High Courts, utilizza ugualmente la sentenza *Shamin Ara*

per affermare che il *talaq-e-biddat* è stato sostanzialmente abrogato e che questa decisione è, ai sensi dell'art. 141 Cost., «the law applicable in India»¹⁵.

4.2. segue: il *talaq-e-biddat* è «matter of faith»?

La Corte Suprema deve affrontare la questione se il *talaq-e-biddat* vada considerato come una questione di fede (*matter of faith*): il Chief Justice Jagdish Singh Khehar e il giudice S. Abdul Nazeer osservano che «it would not be incorrect to conclude that an overwhelming majority of Muslims in India have had recourse to the severance of their matrimonial ties by way of “talaq-e-biddat” – as a matter of their religious belief – as a matter of their faith. [...]. We are of the view that the practice of “talaq-e-biddat” has had the sanction and approval of the religious denomination which practised it, and as such there can be no doubt that the practice is a part of their “personal law”» (parr. 144 e 145 della sentenza).

Si tratta di un passaggio di non poco conto liquidato, a mio giudizio, un po' troppo frettolosamente. È, infatti, curioso che il Chief Justice Khehar non esiti a definire «questione di fede» un istituto come il ripudio che ha il solo scopo di interrompere un legame coniugale e in nessun modo incide sui rapporti tra Dio e gli uomini né ha riflessi devozionali o culturali di alcun tipo. Si potrebbe anzi sostenere che, di tutti gli istituti propri del diritto musulmano, il ripudio (in tutte le sue forme) è l'ultimo che dovrebbe meritare l'appellativo di «questione di fede» dal momento che, come recita un *ḥadīṭ* del Profeta, «tra le cose lecite, il ripudio è la più odiosa al cospetto di Dio»¹⁶ talché un devoto musulmano dovrebbe, in teoria, ben guardarsi dallo sciogliere il matrimonio in questo modo¹⁷. Il Chief Justice, nel fare riferimento alla lunga tradizione storica e alle generazioni di musulmani che hanno praticato il *talaq-e-biddat*, non cita espressamente il concetto di *iḡmā'* (consenso), che è fonte del diritto musulmano. Astrattamente si può anche sostenere che abbia ragione nell'attribuire significativa rilevanza al fatto che una prassi è stata seguita per millenni, non fosse che in questo modo si finisce per legittimare moltissime condotte

15. Art. 141 Cost.: «The law declared by the Supreme Court shall be binding on all courts within the territory of India».

16. Abū Dāwūd, *k. al-ṭalāq*, b. 3; ibn Māḡa, *k. al-ṭalāq*, b. 1; cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, A. Ferrari, A.M. Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 219.

17. Nulla per un marito musulmano è più facile del ripudio per sciogliere il matrimonio e si capisce la fortuna dell'istituto lungo i secoli. Tuttavia, il diritto prevede altre possibilità: è possibile sciogliere il matrimonio per disaccordo (*ṣiqāq*, di cui parla il Corano IV, 35) attraverso una procedura che prevede l'intervento di arbitri nominati dalle parti; si possono far valere i vizi (tipicamente, quelli che impediscono il rapporto sessuale e quelli che rendono ardua la convivenza); in assenza di vizi, il marito potrebbe attuare quelle strategie che consentono alla moglie di agire per chiedere lo scioglimento, come negarle il mantenimento o sparire senza dare notizie e senza provvedere alla moglie. È evidente, però, che si tratta di meccanismi complessi e farraginosi, soprattutto se confrontati alla semplicità e rapidità del ripudio.

che oggi sono messe in discussione nello stesso mondo musulmano. Il consenso è nel diritto musulmano fonte che opera su due livelli distinti: quando si tratta di credo (unicità divina, missione profetica di Muḥammad, rivelazione coranica) il consenso è della intera comunità (*iğmāʿ al-umma*) sulla base dello *ḥadīṭ* profetico: «la mia comunità non consentirà mai in un errore»¹⁸. Al contrario, sulle questioni giuridiche, il consenso è ristretto a coloro che hanno la capacità di comprendere (*iğmāʿ al-aʿimma*). Che poi un comportamento venga avallato in via di prassi dalla comunità è un fatto noto: ne sono esempi terribili in alcune parti del mondo islamico le mutilazioni genitali femminili, per secoli erroneamente ammesse sulla base di fonti dubbie, e, più in generale, le violenze contro le donne giustificate opportunisticamente sulla base del versetto IV,34 in spregio alla Sunna del Profeta e alla coerenza interna del testo coranico.

4.3. segue: la presunta violazione degli artt. 14, 15 e 21 Cost.

Definire il *talaq-e-biddat* una questione di fede (*matter of faith*) consente al Chief Justice di non accogliere l'istanza dei ricorrenti secondo la quale tale istituto violerebbe gli artt. 14, 15 e 21 Cost.

Il controllo di costituzionalità per presunta violazione delle disposizioni sui diritti fondamentali è, infatti, previsto dall'art. 13 Cost. ai sensi del quale le leggi in vigore in India prima dell'emanazione della Costituzione devono essere dichiarate nulle nella misura in cui siano in contrasto con le disposizioni della Parte III della Costituzione relative appunto ai diritti fondamentali. Lo stesso articolo (comma 1) chiarisce che per legge in vigore (*law in force*) si intende ogni legge emanata dal Parlamento o altra competente autorità prima dell'entrata in vigore della Carta¹⁹. Il comma 3 (a) dell'art. 13 precisa che nel concetto di legge (*law*) rientrano «*ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage*», mentre non cita esplicitamente i diritti personali. Certo il costituente compie una scelta peculiare nel permettere che siano soggetti a controllo di costituzionalità usi e consuetudini e non i diritti personali, ma si potrebbe ritenere non

18. Cfr. D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, A.R.E., Roma, 1932, vol. I, p. 32.

19. Art. 13 Cost.: «Laws inconsistent with or in derogation of the fundamental rights. (1) All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void. (2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void. (3) In this article, unless the context otherwise requires, (a) "law" includes any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law; (b) "laws in force" includes laws passed or made by a Legislature or other competent authority in the territory of India before the commencement of this Constitution and not previously repealed, notwithstanding that any such law or any part thereof may not be then in operation either at all or in particular areas. (4) Nothing in this article shall apply to any amendment of this Constitution made under article 368».

tassativa l'elencazione di cui al suddetto comma. Tuttavia, il Chief Justice, rifacendosi anche a risalente giurisprudenza della High Court di Bombay nel caso *Narasu Appa*²⁰, conclude che l'elencazione dell'art. 13 Cost. è tassativa e pertanto non si applica ai diritti personali. I ricorrenti, dunque, per poter contestare la violazione degli artt. 14, 15 e 21 Cost. devono prima dimostrare che il diritto personale musulmano rientri nella categoria di *law in force*; per farlo sostengono che l'art. 2 dello *Shariat Act* 1937, nel definire la legge personale *rule of decision* nelle questioni relative al matrimonio e al suo scioglimento, ha di fatto conferito all'intero *corpus* del diritto personale musulmano lo *status* di legge statale.

Il Chief Justice Khehar e il giudice Nazeer scelgono, invece, di appoggiare l'interpretazione delle controparti secondo cui scopo dello *Shariat Act* del 1937 è unicamente quello di contrastare quegli usi e consuetudini che prevalevano sul diritto musulmano; inoltre, lo *Shariat Act* non definisce cosa sia, o non sia, la *šarī'a*, né codifica alcuna delle sue norme applicabili a sunniti e sciiti, ma si limita a un mero rinvio in bianco. Se, dunque, nel diritto personale non può essere riconosciuta la mano dello Stato, ne consegue che non può esserci violazione degli artt. 14, 15 e 21 che servono a proteggere il cittadino da iniziative lesive dei suoi diritti da parte dello Stato e non di altri soggetti. Personalmente ritengo che se tale conclusione può politicamente essere di buon senso nel particolare contesto indiano, essa non sia del tutto corretta dal punto di vista giuridico. I diritti personali, infatti, disciplinano rapporti giuridici che hanno piena efficacia per lo Stato: si occupano di successioni, che incidono sui modi di trasmissione della proprietà privata; regolano il matrimonio e il suo scioglimento, con effetti circa i diritti e i doveri patrimoniali e, soprattutto, la legittimità della prole. A questi effetti lo Stato riconosce la stessa pienezza che deriva da norme di rango indubitabilmente statale, come, ad esempio, quelle che dettano la disciplina dei contratti. Si può allora seriamente sostenere che lo Stato non abbia alcuna responsabilità per la violazione dei diritti umani frutto di norme giuridiche che, sì, non ha prodotto, ma alle quali riconosce piena efficacia?

Khehar e Nazeer, come abbiamo visto, non si pongono esplicitamente questo problema, né a dire il vero lo fanno gli altri tre giudici che pure riflettono sul significato da attribuire allo *Shariat Act*. I giudici Kurian, Nariman e Lalit non approfondiscono neanche (come invece fanno, per respingerla, Khehar e Nazeer) la teoria dei ricorrenti secondo la quale lo *Shariat Act* conferirebbe alla *šarī'a* il rango di legge statale, rendendola così passibile di verifica di costituzionalità. Ritengo che si sia così persa un'importante occasione per riflettere e fare il punto sul rapporto tra il diritto musulmano e il diritto statale indiano, fondamentale ove si pensi a quanti altri dei temi coperti dalla *section 2*

20. *The State of Bombay vs Narasu Appa Mali*, 24.7.1951, AIR 1952 Bom 84, (1951) 53.

dello *Shariat Act* sono suscettibili di contestazione per violazione, almeno, del diritto di uguaglianza: successioni, diversi aspetti del contratto matrimoniale (capacità delle parti, scelta del coniuge), tutti i tipi di ripudio citati, amministrazione del *waqf*.

Il giudice Kurian se la cava con un semplice sillogismo: il triplice ripudio simultaneo non può essere considerato una parte integrante della pratica religiosa²¹; lo *Shariat Act* ha lo scopo di fare della *šarī'a* la *rule of decision* e impedire le pratiche anti-sciaraitiche nelle materie di cui alla *section 2* della legge (tra cui figura il ripudio); pertanto non possono pertanto essere ammesse pratiche contrarie al Corano come il *talaq-e-biddat*.

Anche i giudici Nariman e Lalit riflettono sulla qualificazione del triplice ripudio simultaneo come «elemento essenziale del credo islamico»; i due giudici citano precedenti sentenze della Corte Suprema per le quali ciò che è permesso o non vietato da una religione non assurge per ciò solo a rango di pratica religiosa o cardine di una religione²²; il concetto di «elemento essenziale della religione» fa riferimento al cuore del credo su cui essa si fonda e il modo migliore per determinare se si è o meno in presenza di una «pratica essenziale» consiste nel verificare se la natura della religione cambia senza quella particolare pratica²³. Su queste basi Nariman e Lalit escludono che il *talaq-e-biddat* sia elemento essenziale della religione islamica. I due giudici si concentrano poi sullo *Shariat Act* del 1937: al termine di un lungo ragionamento sul significato delle clausole *non-obstante* presenti in altre leggi, affermano che lo *Shariat Act*, in quanto «misura legislativa pre-costituzionale», ricade nel concetto di *law in force* di cui all'art. 13 (3)(b) e, pertanto, ai sensi dell'art. 13(1) può essere dichiarato nullo nelle parti in cui sia in contrasto con i diritti fondamentali tutelati dalla Parte III della Costituzione. Delle tre disposizioni costituzionali richiamate dai ricorrenti (artt. 14, 15 e 21) i giudici esaminano il solo art. 14 sull'uguaglianza davanti alla legge, concentrandosi in particolare sulla possibilità di usarlo per contestare arbitrarietà e irragionevolezza di una norma o di una condotta. Giurisprudenza costante della Corte Suprema afferma che vi è un *vulnus* costituzionale ai sensi dell'art. 14 ogni qualvolta una legge o norma sia manifestamente arbitraria nel senso che sia, ad esempio, ingiusta, irragionevole, discriminatoria, non trasparente, incostante, faziosa, con elementi di favoritismo o nepotismo e non funzionale alla promozione di una sana competizione ed equo trattamento delle parti²⁴; Nariman e Lalit ritengono che il triplice ripudio simultaneo sia manifestamente arbitrario nella misura in cui permette che il

21. Scrive Kurian: «On the statement that triple talaq is an integral part of the religious practice, I respectfully disagree. Merely because a practice has continued for long, that by itself cannot make it valid if it has been expressly declared to be impermissible»; v. p. 297 ss. della sentenza in esame.

22. *Javed v. State of Haryana*, (2003) 8 SCC 369.

23. *Commissioner of Police v. Acharya Jagdishwarananda Avadhuta*, (2004) 12 SCC 770.

24. *Natural Resources Allocation, In re, Special Reference No. 1 of 2012*, (2012) 10 SCC 1.

legame coniugale possa essere “capricciosamente” sciolto da un marito musulmano senza previamente esperire un tentativo di conciliazione e che, pertanto, violi l’art. 14 Cost.

4.4. segue: diritti personali, riforme legislative e l’art. 25 Cost. sulla libertà di religione

Dato che il *talaq-e-biddat* è unanimemente riconosciuto peccaminoso («good in law, though bad in theology»), alla Corte è richiesto di verificare se ad esso possa toccare un destino analogo a quello venuto in sorte ad alcune pratiche hindu (*sati*, *devadasi* e poligamia²⁵) ritenute incompatibili con il moderno stato di diritto indiano e abrogate per legge. Le controparti (AIMPLB e Jamiatul-Ulema-i-Hind) colgono l’opportunità del riferimento al diritto hindu per introdurre un tema affrontato direttamente solo da alcuni giudici, e cioè che le riforme in materia di diritti personali è bene che avvengano per via legislativa e non giudiziaria²⁶. Il Chief Justice e il giudice Nazeer, pur avendo bocciato tutte le ipotesi di incompatibilità costituzionale sollevate dalla ricorrente, affermano che il caso rappresenta un’opportunità da non perdere per sostenere la causa delle donne musulmane. Se è, infatti, vero che le richieste della ricorrente non sono ammissibili sul piano giudiziario, nondimeno è possibile per la Corte agire ai sensi dell’art. 142 Cost. «per rendere completa giustizia»²⁷; tale intervento si giustifica con il fatto che, al di là dell’arbitrarietà propria del *talaq-e-biddat*, esso costituisce anche una indubbia discriminazione di genere. Il Chief Justice ritiene che la Corte possa esercitare i poteri attribuiti dall’art. 142 Cost. per sollecitare l’emanazione di una legge appropriata in

25. Il *sati* era il rogo delle vedove sulla pira funebre del marito, bandito una prima volta dal governo (coloniale) del Bengala nel 1829 con atto legislativo, poi seguito da altri Stati indiani; nel 1988 l’*Indian Sati Prevention Act* ha incriminato ogni condotta finalizzata a realizzare, supportare o incensare il *sati*. Il *devadasi* consiste nel dedicare la vita di una fanciulla al culto e al servizio di un tempio; non di rado tra le attività svolte dalle fanciulle e donne del tempio vi era la prostituzione. Diverse leggi sono intervenute a limitarne la diffusione: il *Madras Devadasi’s (Prevention of Dedication) Act* del 1947, il *Bombay Devadasi Protection Act* del 1934, il *Bombay Protection (Extension) Act* del 1957 e lo *Andhra Pradesh Devadasi (Prohibition of Dedication) Act* del 1988. Quanto alla poligamia, rileva lo *Hindu Marriage Act* del 1955 il cui art. 5 stabilisce tra le condizioni per contrarre valido matrimonio che nessuno dei nubendi abbia uno sposo vivente al momento del matrimonio.

26. La fonte di questo principio sarebbe da rintracciare nel Seventh Schedule allegato alla Costituzione e relativo alle competenze legislative dell’Unione e dei singoli Stati. L’item 5 della Concurrent List elenca come materie soggette alla competenza concorrente dell’Unione e degli Stati: «marriage and divorce; infants and minors; adoption; wills, intestacy and succession; jointly family and partition; all matters in respect of which parties in judicial proceedings were immediately before the commencement of this Constitution subject to their personal law».

27. Art. 142 Cost.: «Enforcement of decrees and orders of Supreme Court and orders as to discovery, etc.—(1) The Supreme Court in the exercise of its jurisdiction may pass such decree or make such order as is necessary for doing complete justice in any cause or matter pending before it, and any decree so passed or order so made shall be enforceable throughout the territory of India in such manner as may be prescribed by or under any law made by Parliament and, until provision in that behalf is so made, in such manner as the President may by order prescribe.(2) Subject to the provisions of any law made in this behalf by Parliament, the Supreme Court shall, as respects the whole of the territory of India, have all and every power to make any order for the purpose of securing the attendance of any person, the discovery or production of any documents, or the investigation or punishment of any contempt of itself».

materia di *talaq-e-biddat* e, con una *injunction*, diffida i mariti musulmani dal pronunciare *talaq-e-biddat* per sciogliere il matrimonio nei sei mesi successivi alla sentenza; se in questo intervallo inizierà l'iter legislativo ed emergerà un atteggiamento costruttivo verso la riforma o abrogazione dell'istituto del *talaq-e-biddat*, l'*injunction* continuerà ad essere efficace sino a emanazione della legge; in caso contrario, cesserà di avere effetto. Il giudice Kurian, al contrario, pur sostenendo l'opportunità che il processo di armonizzazione tra la religione e gli altri diritti costituzionali sia lasciato al potere legislativo, esclude che sia compito dei giudici impartire istruzioni sulla politica legislativa.

Si noti, però, che sempre l'AIMPLB e il Jamiatul-Ulema-i-Hind avevano collegato alla nozione di *talaq-e-biddat* come elemento costitutivo della fede islamica la protezione offerta dall'art. 25 Cost. sulla libertà di religione²⁸, atteggiamento curioso se si pensa che gli stessi soggetti richiedono che a occuparsi dello status dei diritti personali sia il Parlamento e non la Corte Suprema, forse confidando nella impossibilità politica per il primo di arrivare ad alcuna reale soluzione. Il punto è comunque preso in esame dai giudici, e ancora una volta si evidenziano posizioni diverse: il Chief Justice Khehar e il giudice Nazeer, avendo stabilito che il diritto personale è una manifestazione della fede, affermano che esso beneficia della tutela offerta dall'art. 25 Cost. sulla libertà di coscienza e religione. Ritengono quindi che sia protetto da interferenze da parte dello Stato salvo nei casi previsti dallo stesso art. 25 e cioè per violazione dell'ordine pubblico, della salute o della morale. È evidente che il *talaq-e-biddat* non configura nessuna di queste tre ipotesi e dunque a loro avviso non è possibile agire per dichiararne l'invalidità neanche sulla base dell'art. 25 Cost.

Al contrario, i giudici Kurian, Nariman e Lalit, ponendo l'accento sulla contrarietà alla *šarī'a* del triplice ripudio e sull'impossibilità di considerarlo un elemento essenziale

28. Art. 25 Cost.: «Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion.—(1) Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion. (2) Nothing in this article shall affect the operation of any existing law or prevent the State from making any law: (a) regulating or restricting any economic, financial, political or other secular activity which may be associated with religious practice; (b) providing for social welfare and reform or the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus. Explanation I. The wearing and carrying of kirpans shall be deemed to be included in the profession of the Sikh religion. Explanation II. In sub-clause (b) of clause (2), the reference to Hindus shall be construed as including a reference to persons professing the Sikh, Jaina or Buddhist religion, and the reference to Hindu religious institutions shall be construed accordingly». Si noti, seppur fuori tema rispetto all'oggetto di queste pagine, il contenuto della *explanation I*: il costituente indiano specifica che indossare il *kirpan* è un elemento della religione sikh di tale rilevanza da meritare la tutela costituzionale dell'art. 25, tutela che non è così esplicitamente riconosciuta ad alcun altro simbolo religioso. Sulla questione della portabilità del *kirpan* si è recentemente pronunciata, esprimendo parere negativo, la Corte di Cassazione italiana (Cass. pen. 24084/2017); si veda il commento di A. Simoni: *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita?" Brevi note comparatistiche sull'adesione della Suprema Corte all'ideologia della "diversità culturale degli immigrati"*, su questa Rivista, n. 2.2017.

della fede, escludono che il *talaq-e-biddat* abbia alcuna protezione costituzionale, meno che meno quella offerta dall'art. 25 Cost.

5. La decisione della Corte Suprema e qualche osservazione conclusiva

«In view of the different opinion recorded, by a majority of 3:2 the practice of *talaq-e-biddat* – triple *talaq* is set aside»: questo è l'*order* della Corte celebrato dai media. La sentenza, importante, presenta nondimeno qualche margine di ambiguità già a partire dallo stile e dal linguaggio scelti dai diversi giudici per esprimere le proprie opinioni. Inoltre, il fatto che mai i cinque giudici della Corte si trovino tutti d'accordo su un singolo argomento offre immaginabili spunti per ulteriori, futuri dibattiti e contestazioni sulla natura del diritto personale islamico e sulla misura in cui istituti (stavolta coranici) citati dallo *Shariat Act* possono essere tacciati di incostituzionalità per violazione della Parte III della Carta sui diritti fondamentali.

Il diritto musulmano è un diritto casistico: se è vero che i suoi principi generali e alcuni istituti sono previsti dal Corano, è altrettanto vero, e il caso discusso in questa sentenza lo dimostra, che la maggior parte delle sue regole di dettaglio è frutto della stratificazione di secoli di interpretazioni a opera di scuole giuridiche e giuristi che non di rado, sullo stesso punto, hanno raggiunto conclusioni diametralmente opposte. In molte parti del mondo islamico contemporaneo lo statuto personale è stato oggetto di codificazione che, spesso, ha significato semplificazione delle regole e occasione di riforma almeno parziale delle stesse. In India, il diritto musulmano è codificato in misura minimale con riferimento ai modi di scioglimento del matrimonio a disposizione della moglie²⁹: il resto è ricavabile, per chi ne abbia le competenze, da una combinazione della *living tradition* indo-musulmana e delle regole contenute in manuali che o sono in arabo o persiano (e quindi inaccessibili alla maggior parte degli stessi musulmani indiani) o sono stati tradotti, spesso in epoca coloniale, in inglese (e rimane in piedi anche in questo caso il problema della lingua, almeno tra le classi meno colte)³⁰. Anche per questo era stato emanato lo *Shariat Act*: per impedire che, nella oggettiva difficoltà se non impossibilità

29. *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939*; *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986*.

30. Tale è il problema dell'accesso alle fonti che la sentenza ne dà conto fin dalle prime pagine, indicando a quale traduzione inglese del Corano (*The Holy Quran: Text Translation and Commentary* di Abdullah Yusuf Ali, Kitab Bhawan, 2016) le parti concordano di fare riferimento; gli *hadīth* sono tratti da diverse opere: Dinshaw Fardunji Mulla, *Principles of Mohomedan Law*, Butterworths Wadhwa, Nagpur, 20th ed.; Al-Hafiz Zakiuddin Abdul-Azim Al-Mundhiri, *Summarized Sahih Muslim*, Dar-us-Salam Publications (2000), compendio in inglese del *Ṣaḥīḥ* di Muslim b. al-Ḥaǧǧāǧ; Yusuf al-Qaradawi, *The Lawful and the Prohibited in Islam (Al-Halal Wal Haram Fil Islam)*, Islamic Book Trust, Malaysia, 2009; Maulana Wahiduddin Khan, *Women in Islamic Sharia*, Goodword Books, 2014; A. Rahman, *Marriage and Family Life in Islam*, Adam Publishers and Distributors, 2013; una non meglio precisata edizione di un'opera del XIX secolo di Allamah Shibli Nomani dal titolo *Imam Abu Hanifa – Life and Work*.

per i musulmani indiani di accedere direttamente alle fonti, finissero per prevalere usi e costumi di natura etno-tribale o comunque non religiosa sulle regole della *šarīʿa*. Cosa sia o non sia conforme a *šarīʿa* non è però facile da dire, a tanta maggior ragione per chi, come la Corte Suprema indiana, può non avere tutte le competenze tecniche e linguistiche necessarie a districarsi nel complesso mondo delle sue fonti e dei suoi contenuti. La Corte ha potuto bocciare il *talaq-e-biddat* perché, al di là di ogni altra considerazione, vi era convergenza sul fatto che non fosse un istituto coranico. Cosa avverrà quando saranno contestate le quote ereditarie coraniche, o il ruolo del tutore matrimoniale, o l'impossibilità per la donna musulmana di sposare un non musulmano? Questi sono principi coranici. Vedremo in futuro se da questa sentenza emergerà inequivocabile un indirizzo interpretativo sul rapporto tra diritto personale e diritto statale o se questa sarà stata una grande occasione perduta.

RASSEGNE

MARCO BALBONI E CARMELO DANISI, MARCO BORRACCETTI E FEDERICO FERRI

Rassegna di giurisprudenza europea

Corte europea dei diritti umani¹

Artt. 2 e 3: Diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Il caso *N.A. c. Svizzera* (Corte EDU, sentenza del 30.05.2017) riguarda un richiedente asilo sudanese che dichiarava di essersi allontanato legalmente dal suo Paese d'origine dopo aver subito maltrattamenti per il presunto supporto fornito al *Mouvement pour la justice et l'égalité* (JEM).

Per sostenere la sua domanda, il ricorrente forniva documenti relativi alla sua attività politica dopo l'arrivo in Svizzera come, ad esempio, una fotografia che lo ritraeva con il leader del JEM in occasione del *Geneva Summit for Human Rights and Democracy*. Le autorità svizzere rigettavano la richiesta di protezione per mancanza di credibilità e ne ordinavano l'allontanamento. Secondo la Corte, se è vero che tutti coloro che appartengono o sostengono, anche solo in modo presunto, movimenti ribelli come il JEM continuano a essere arrestati e torturati dalle autorità sudanesi (cfr. Corte EDU, *A.A. c. Francia*, 7.01.2014, in questa *Rivista*, XVI, n. 2, 2014, p. 91, e *A.F. c. Francia*, 15.01.2015, in questa *Rivista*, XVII, n. 2, 2015, p. 125), è anche vero che il sig. N.A. non ha prodotto alcuna prova a dimostrazione dei maltrattamenti subiti o di avere relazioni strette con qualche membro di spicco del JEM. Considerato il basso profilo politico del ricorrente, il quale non ha mai rappresentato o ha avuto un ruolo significativo all'interno del movimento, che le autorità sudanesi non controllano in modo sistematico tutti coloro che, al di fuori del Paese, si oppongono al Governo in carica e che l'origine etnica del sig. N.A. non lo espone a specifiche persecuzioni, l'allontanamento di quest'ultimo non dà luogo a una violazione degli artt. 2 e 3 Cedu.

Art. 3: Divieto di divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti

Il caso *M.O. c. Svizzera* (Corte EDU, sentenza del 20.06.2017) è relativo a un cittadino eritreo che, dopo essere scappato dal suo Paese per non aver prestato servizio militare, vedeva rigettata la sua domanda di protezione internazionale per forti dubbi in merito alla credibilità del suo racconto. Secondo la Corte Edu, se il rispetto dei diritti fondamentali in Eritrea appare tuttora problematico, esso non può essere considerato così grave da dare luogo a una situazione di estrema violenza che impedisca qualsiasi trasferimento in quel Paese (Corte Edu, 27.06.2013, *S.A. c. Svezia*, in questa *Rivista*, XV, n. 2, 2013, p. 89). Per quanto riguarda la specifica condizione del ricorrente, la Corte Edu riconosce che in Eritrea i disertori, soprattutto quando si allontanano illegalmente dal Paese, sono ancora puniti duramente. Tuttavia, pur tenendo conto dell'esigenza di concedergli il beneficio del dubbio, il sig. M.O. non aveva fornito

documenti sufficienti che potessero confermare la sua appartenenza a tale categoria. Inoltre, nonostante le sollecitazioni delle autorità svizzere che avevano ricostruito in modo plausibile le reali circostanze del suo allontanamento dall'Eritrea, il ricorrente non era stato in grado di chiarire le contraddizioni su aspetti centrali dei maltrattamenti subiti, come la durata e le condizioni della detenzione, o su come aveva attraversato il confine con l'Etiopia senza essere stato catturato. Pertanto, sulla base dell'esame condotto dalle autorità svizzere, ritenuto attento, ragionato e basato su fonti obiettive, la Corte conclude per la non violazione dell'art. 3 Cedu qualora il sig. M.O. venisse allontanato in Eritrea.

In *S.G. c. Grecia* (Corte EDU, sentenza del 18.05.2017) la Corte Edu è chiamata a pronunciarsi ancora una volta sulla presunta violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti subita da un richiedente asilo iraniano a causa delle carenze generali del sistema di asilo greco. Il sig. S.G. dichiarava, da un lato, di non aver visto prontamente registrata la sua domanda di protezione correndo il rischio di essere rinviato indirettamente in Iran attraverso la Turchia e, dall'altro, di essere stato costretto a vivere in condizioni degradanti in attesa che il ricorso contro il rigetto della sua domanda venisse esaminato nonostante le richieste di sostegno presentate alle autorità greche. Rigettando come manifestamente infondate le parti del ricorso relative al rischio di *refoulement*, poichè il ricorrente ha infine ottenuto lo *status* di rifugiato nel Regno Unito, la Corte Edu concentra il suo esame sulla compatibilità con l'art. 3 Cedu delle condizioni di vita del ricorrente dopo la fine del periodo di trattenimento (cfr. Corte EDU, Grande Camera, 21.01.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in questa *Rivista*, XIII, n. 2, 2011, p. 111). Proprio tenendo conto che il Ministero competente non aveva risposto alla richiesta di alloggio e supporto finanziario presentata formalmente dal ricorrente e che le autorità greche erano comunque a conoscenza della sua condizione di estrema precarietà, aggravata dall'impossibilità di accedere al mercato del lavoro, la Corte Edu ritiene che il sig. S.G. ha subito un trattamento degradante per via delle privazioni materiali cui è stato costretto quantomeno dal momento della presentazione della domanda di supporto alla data in cui si è recato nel Regno Unito. Vi è quindi stata una violazione dell'art. 3 Cedu.

Il caso *E.T. e N.T. v. Svizzera e Italia* (Corte EDU, decisione del 22.06.2017) riguarda due cittadini eritrei (madre e figlio) che lamentavano l'eventuale violazione dell'art. 3 in caso di rinvio in Italia, dove la prima ricorrente aveva ottenuto lo *status* di rifugiata, a causa delle carenze del sistema di accoglienza. La Corte Edu nota come, diversamente dai casi esaminati in precedenza (Corte Edu, Grande Camera, 4.11.2014, *Tarakhel c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154), la prima ricorrente ha già ottenuto la protezione richiesta e che l'art. 3 Cedu non obbliga gli Stati parte a garantire uno specifico *standard* di vita ai rifugiati, salvo i casi in cui un rifugiato dipenda totalmente dall'aiuto statale. Considerato che in Italia coloro che hanno ottenuto lo *status* di rifugiato possono accedere al mercato del lavoro e a misure di assistenza sociale, che il Governo italiano ha fornito garanzie sul collocamento dei ricorrenti in una struttura SPRAR dedicata a madri con minori e che le

autorità svizzere organizzerebbero il trasferimento in stretto coordinamento con le controparti italiane e in modo appropriato all'età del minore e all'esigenza di mantenere unito il loro nucleo familiare, la Corte ritiene che le eventuali sofferenze che i ricorrenti potrebbero comunque subire non raggiungono un livello di severità tale da rientrare tra i trattamenti vietati dall'art. 3 Cedu. Pertanto, il ricorso è stato rigettato per manifesta infondatezza.

In linea con la giurisprudenza precedente (Corte Edu, 12.01.2016, *A.G.R. c. Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, XVIII, n. 1, 2017), la Corte Edu ha ritenuto inammissibili una serie di ricorsi contro i Paesi Bassi avanzati da cittadini afgani che rischiavano l'allontanamento in seguito all'applicazione della causa di esclusione prevista all'art. 1F della Convenzione sullo *status* di rifugiato (*M.M. e altri c. Paesi Bassi*, decisione dell'8.06.2017; *E.K. c. Paesi Bassi*, *E.P. e A.R. c. Paesi Bassi*, *G.R.S. c. Paesi Bassi*, *Soleimankheel e altri c. Paesi Bassi*, decisioni del 3.08.2017). Per le autorità olandesi i ricorrenti risultavano, a vario titolo, coinvolti nelle gravi violazioni dei diritti umani commesse dal regime comunista afgano. La Corte Edu osserva, da un lato, come tutti i ricorrenti fossero rimasti in Afghanistan dopo la caduta del regime comunista senza correre alcun rischio di persecuzione e, dall'altro, che l'UNCHR non include coloro che avevano collaborato con quel governo tra i gruppi tuttora vulnerabili in Afghanistan. Ora, poichè non esiste in quel Paese neppure una situazione di violenza generale tale da subire, per il fatto stesso di ritornare a viverci, un trattamento vietato dall'art. 3 Cedu e che, in considerazione della particolare gravità dei crimini commessi, i ricorrenti che lamentavano anche un'eventuale violazione del diritto al rispetto della vita familiare non possono comunque utilizzare il diritto di cui all'art. 8 Cedu per ottenere protezione (cfr le linee guida dell'UNHCR: *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003), tutti i ricorsi sono stati rigettati come manifestamente infondati.

Art. 5: Diritto alla libertà e alla sicurezza

In *S.M.M. c. Regno Unito* (Corte EDU, sentenza del 22.06.2017) un richiedente asilo dello Zimbabwe, affetto da problemi mentali e già detenuto per varie condanne, lamentava una violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza a causa del trattenimento subito in vista del suo allontanamento. Tale trattenimento si era protratto per oltre due anni e mezzo non solo per ritardi attribuibili alle autorità competenti ma anche perchè lo stesso ricorrente aveva chiesto di usufruire di tempi più lunghi per raccogliere tutta la documentazione medica al fine di supportare meglio la sua seconda domanda di asilo, poi rigettata. Rilasciato su cauzione, il sig. S.M.M. rimaneva infine nel Regno Unito per motivi umanitari. La Corte Edu ribadisce come, in via di principio, il sistema inglese di trattenimento dei migranti soggetti ad allontanamento, caratterizzato dall'assenza di tempi massimi e del riesame periodico della decisione di trattenimento, sia compatibile con la Cedu (cfr. Corte EDU, 19.05.2016, *J.M. c. Regno Unito*, in questa *Rivista*, XIX, 2017, n. 1). In effetti, il ricorrente poteva rivolgersi in qualsiasi momento a un giudice, il quale sarebbe stato chiamato a valutare, tra l'altro, la

lunghezza della detenzione alla luce delle specifiche circostanze individuali. Ora, se è vero che i giudici interni avevano condotto un esame siffatto e stabilito che non erano praticabili misure alternative alla detenzione, è anche vero che le autorità accertanti lo *status* di rifugiato non avevano agito con la dovuta diligenza. Infatti, per quanto il ricorrente abbia contribuito all'allungamento dei tempi, la sua condizione di vulnerabilità imponeva di accelerare l'esame della domanda di asilo e porre fine a una lunga detenzione (diversamente da Corte EDU, 2.03.2017, *Ahmed c. Regno Unito*, in questa *Rivista*, XIX, 2017, n. 2). Pertanto, nel caso del sig. S.M.M., vi è stata una violazione dell'art. 5, par. 1, Cedu.

Art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare

Il caso *Külekcı c. Austria* (Corte EDU, sentenza del 1.06.2017) riguarda un cittadino turco che aveva soggiornato regolarmente in Austria per gran parte della sua vita ma dalla quale, in seguito ad alcune condanne, veniva allontanato con un contestuale divieto di reingresso. Nonostante la sua giovane età, diciannove anni, le autorità interne giustificavano l'interferenza nel godimento del suo diritto al rispetto della vita familiare ritenendo prevalente l'interesse generale di prevenzione del crimine. Nel suo esame, la Corte Edu pone l'attenzione proprio sulla giovane età del ricorrente e se questo elemento possa o meno giocare un ruolo significativo nel bilanciamento di interessi tipico della giurisprudenza in materia di allontanamenti di stranieri lungo soggiornanti (Corte Edu, 6.6.2013, *Uner c. Svizzera*, in questa *Rivista*, XV, 2013, n. 2, p. 89). A tal fine, occorre verificare la natura e la serietà dei reati commessi dal minore poichè, anche a fronte dell'obbligo degli Stati parte di reintegrare il minore autore di reati in linea con il principio del *best interests*, la condanna per reati gravi a carattere violento può giustificare comunque l'allontanamento. Così, considerati il suo coinvolgimento in organizzazioni criminali, le varie condanne subite già in età adolescenziale, la possibilità di mantenere i suoi legami familiari dalla Turchia anche tramite mezzi informatici, nonchè la breve durata del divieto di reingresso (5 anni), la Corte Edu ritiene che il bilanciamento effettuato dalle autorità austriache nel caso del sig. Külekcı risulta corretto. Pertanto, non vi è stata violazione dell'art. 8 Cedu.

Seguendo un ragionamento analogo in merito al bilanciamento degli interessi in gioco, in *Alam c. Danimarca* (Corte EDU, decisione del 6.06.2017) la Corte ritiene inammissibile il ricorso di una cittadina pakistana, lungo soggiornante, che lamentava una violazione dell'art. 8 Cedu in caso di allontanamento nel suo Paese di origine come conseguenza, tra l'altro, di una condanna per omicidio. Per la Corte Edu, l'interferenza nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare della ricorrente risulta giustificata dalla gravità dei reati commessi e dalla possibilità di ricollocazione in Pakistan. Tale conclusione non può essere messa in discussione dalla presenza di figli in Danimarca poichè, oltre a essere stati già affidati alla cura di un familiare, questi utimi raggiungeranno presto la maggiore età venendo meno il legame familiare protetto dall'art. 8 Cedu. Il ricorso è stato quindi rigettato come manifestamente infondato.

In *Barnea e Caldararu c. Italia* (Corte EDU, sentenza del 22.06.2017) i ricorrenti, dopo essersi installati in un campo Rom nei pressi di Torino, vedevano allontanata dalle autorità italiane la loro figlia minore per un periodo di oltre sette anni. Dopo aver dato la minore in affido, il Tribunale per i minorenni di Torino ne dichiarava lo stato di adottabilità non ritenendo possibile il rientro nel suo ambiente familiare per la presunta incapacità genitoriale dei ricorrenti. Ritenendo, invece, che ai ricorrenti non era stata data la possibilità di provare le loro capacità genitoriali e che la loro situazione era aggravata dallo stato di povertà, la Corte d'appello ordinava l'avvio di un percorso di reintegrazione nella famiglia di origine con l'aiuto dei servizi sociali. Questi ultimi, opponendosi a tale decisione, avviavano un'ulteriore procedura dinanzi al Tribunale per i minorenni che congelava, di fatto, la situazione fino al rientro definitivo della minore in famiglia in uno stato di salute precario. La Corte Edu ricorda come, ai sensi dell'art. 8 Cedu, gli Stati parte siano obbligati a adottare in tempi rapidi tutte le misure necessarie per riunire un minore con la sua famiglia e a prevedere la separazione solo nelle situazioni più estreme, come in presenza di abusi (cfr. Corte Edu, 16.07.2015, *Akinnibosun c. Italia*, in questa *Rivista*, XVII, n. 3-4, 2015, p. 178). Nel caso dei ricorrenti, pur non essendo presenti tali gravi motivi, le autorità italiane non hanno tentato alcun percorso di reintegrazione della minore nel suo ambiente familiare prima di dichiararne lo stato di adottabilità. Tale posizione era erroneamente basata sulle privazioni materiali cui era soggetta nel campo Rom e, peraltro, contraria al parere degli esperti. Inoltre, nell'ostacolare il rientro in famiglia anche in seguito alla decisione della Corte d'appello, le autorità competenti hanno dimostrato un atteggiamento ostile nei confronti dei sigg. Barnea e Caldararu e contribuito esse stesse a rafforzare il legame della minore con la famiglia affidataria. Ora, poichè tali nuovi legami non possono costituire una ragione eccezionale per mantenere separati un minore e la sua famiglia, nel caso dei ricorrenti vi è stata una violazione dell'art. 8 Cedu.

Art. 9: Libertà di religione

Con il caso *Belcacemi e Oussar c. Belgio* (Corte Edu, sentenza dell'11.07.2017), la Corte Edu torna a pronunciarsi su una lamentata violazione della libertà di religione per via del divieto di utilizzare in pubblico indumenti posti a copertura integrale del viso. Entrambe le ricorrenti sostenevano di indossare liberamente il cd. *niqab* e di essere sempre state disponibili a toglierlo per agevolare il loro riconoscimento. Per rispettare le nuove disposizioni, invece, erano costrette ad andare contro la loro religione oppure a limitare considerevolmente i loro movimenti in luoghi pubblici con pesanti conseguenze sulla loro vita privata e sociale. Tutti i ricorsi intentati contro la legge controversa risultavano inefficaci. Ravvisando un'interferenza nella libertà di religione delle ricorrenti, la Corte Edu verifica se essa sia giustificata ai sensi dell'art. 9, par. 2, Cedu e, in particolare, se sia volta a perseguire un obiettivo legittimo e risulti necessaria in una società democratica. A tal fine, la Corte ripropone i principi espressi nella giurisprudenza precedente (Corte Edu, Grande Camera, 1.07.2014, *S.A.S. c. Francia*, in questa *Rivista*, XVI, n. 3-4, 2014, p. 154) per affermare che nell'imporre il divieto

controverso il legislatore belga, al pari di quello francese, abbia voluto porre in essere le condizioni per lo sviluppo della vita sociale (il cd. “*vivre ensemble*”) quale elemento del più generale obiettivo della “protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Quanto alla necessità della misura, la Corte richiama come di consueto l’ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati parte in materia e la necessità che certe questioni trovino una soluzione attraverso il dibattito parlamentare interno ove, auspicabilmente, tutti i punti di vista vengono presi in considerazione. Pertanto, se è vero che possa in qualche modo fomentare l’intolleranza religiosa e abbia un effetto prevalente su una categoria specifica di persone alle quali appartengono le ricorrenti, la legge belga rappresenta la manifestazione di una precisa scelta della società interna sul modo di intendere le interazioni sociali. Tenuto anche conto dell’entità della pena nel caso di violazione del divieto, ritenuta proporzionale rispetto allo scopo perseguito, la Corte Edu conclude per la non violazione dell’art. 9 Cedu. Per le stesse ragioni, non vi è nemmeno una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto all’art. 8 Cedu, o del divieto di discriminazione nel godimento dei diritti di cui agli artt. 8 e 9 Cedu poichè la misura controversa è giustificata da ragioni obiettive.

Medesime conclusioni sono raggiunte in *Dakir c. Belgio* (Corte Edu, sentenza dell’11.07.2017), relativo a una cittadina belga che lamentava una violazione degli stessi diritti a causa di una regolamentazione locale che aveva anticipato il divieto contenuto nella legge, sopra menzionata, poi adottata a livello statale e alla quale fa riferimento la Corte Edu nella sua valutazione del caso per ritenere che non vi è stata, in particolare, violazione dell’art. 9 Cedu.

Il caso *Metodiev e altri c. Bulgaria* (Corte EDU, sentenza del 15.06.2017) è relativo al rifiuto delle autorità bulgare di registrare un’associazione culturale, di cui il ricorrente era stato eletto presidente, promossa da un movimento religioso derivante dall’Islam sunnita. Alla base di tale rifiuto vi erano, da un lato, la necessità di evitare la diffusione in Bulgaria di una corrente dell’Islam non tradizionale e, dall’altro, le caratteristiche stesse del movimento ritenuto dalle autorità interne intollerante, contrario alla modernità e sostenitore della poligamia. Nell’esaminare la presunta violazione delle libertà di religione e di associazione, protette dagli artt. 9 e 11 Cedu, la Corte Edu ricorda come solamente ragioni imperative possono giustificare la restrizione della libertà di associazione, specialmente quando è in gioco l’autonomia delle comunità religiose quale nucleo essenziale della stessa libertà di religione. Nel caso del ricorrente, la Corte non ritiene che esistessero tale ordine di ragioni poichè l’ingerenza subita a causa della mancata registrazione, seppur prevista dalla legge, non risulta necessaria in una società democratica, definita come quella società in cui uno Stato, quale attore neutro e imparziale, non adotta misure volte a difendere una corrente religiosa ritenuta maggioritaria. Considerando anche le carenze dell’iter di registrazione sfavorevoli al ricorrente, la Corte Edu ritiene che vi è stata una violazione dell’art. 9 Cedu, interpretato in conformità alla libertà di associazione.

Art. 10: Libertà di espressione

Il caso *Belkacem c. Belgio* (Corte EDU, decisione del 20.07.2017) riguarda la violazione della libertà di espressione, protetta dall'art. 10 Cedu, lamentata dal portavoce dell'organizzazione *Sharia4Belgium* in seguito alle infrazioni comminategli per aver diffuso video via internet inneggianti alla *jihad* e alla presa di Bruxelles e dei non credenti da parte dei *moudjahidines*. Tenuto conto della particolare aggressività manifestata nei video, le autorità interne decidevano infatti di sanzionare il ricorrente per incitamento alla discriminazione, alla segregazione, all'odio e alla violenza non solo contro i non musulmani ma anche contro coloro che, pur aderenti all'Islam, desiderano professare la loro religione in modo pacifico. La Corte Edu ricorda come la libertà di espressione costituisca un aspetto essenziale di ogni società democratica e, per tale ragione, ogni interferenza risulta difficilmente giustificabile. Tuttavia secondo la Corte, in virtù dell'art. 17 Cedu, per cui nessun diritto protetto dalla Cedu può essere utilizzato per compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella stessa Convenzione, il ricorrente non può utilizzare la sua libertà di espressione per lanciare attacchi generalizzati contro i valori di tolleranza, di pace sociale e di non discriminazione su cui si fonda la Cedu. Pertanto, il ricorso del sig. Belkacem è stato rigettato dalla Corte come incompatibile *ratione materiae*.

In *Boudelal c. Francia* (Corte EDU, decisione del 6.07.2017) un cittadino algerino lamentava la violazione della libertà di espressione per via del rigetto della sua richiesta volta a riottenere la cittadinanza francese basato, a suo avviso, su ragioni legate al coinvolgimento in un movimento vicino al radicalismo religioso. Ribadendo che ogni Stato parte è libero di stabilire i criteri per la concessione della cittadinanza, la Corte Edu non ritiene che il ricorrente sia stato punito per aver esercitato la sua libertà di espressione manifestando particolari posizioni politiche o religiose o che, in conseguenza del rigetto della sua domanda, ha dovuto rinunciare a esprimere le sue opinioni o a partecipare alle associazioni di cui condivide i fini. Al contrario, il rigetto della sua domanda riguarda un criterio che non è stato soddisfatto dal ricorrente, ossia la lealtà nei confronti dello Stato francese e della relativa Costituzione. Pertanto, non trovando applicazione l'art. 10, così come le libertà di religione o di associazione pur richiamate dal sig. Boudelal, il ricorso è stato ritenuto inammissibile.

[1] La rassegna relativa agli artt. 2-5 è di M. Balboni; la rassegna relativa agli artt. 8-10 è di C. Danisi.

Corte di Giustizia dell'Unione europea²

«Dublino III»: criteri di competenza

Nei casi *Jafari* (CGUE, 26.7.2017, causa C-646/16) e *A.S.* (CGUE, 26.7.2017, causa C-490/16), decisi separatamente, ma accomunati da numerosi elementi (tant'è che l'Avvocato Generale li ha trattati assieme nelle sue conclusioni), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi su alcuni punti chiave del regolamento 604/2013 (regolamento «Dublino III»).

Entrambi i casi vertono sulla presunta irregolarità dell'ingresso di cittadini di Stati terzi in uno Stato membro e sull'interpretazione dei criteri di competenza del «Dublino III» in presenza di circostanze straordinarie, dovute all'elevato afflusso di migranti in uno Stato membro. Nello specifico, lo Stato eccessivamente gravato era la Croazia, che aveva deciso di accompagnare verso la Slovenia alcune famiglie di cittadini siriani e afgani giunti in territorio UE varcando la frontiera croata senza visto e intenzionati a recarsi in altri Stati membri per chiedere protezione internazionale. Gli Stati membri in cui le domande erano poi state effettivamente presentate ritenevano, contrariamente ai soggetti interessati, di non avere competenza e disponevano l'allontanamento dei richiedenti in Croazia. Venivano allora instaurate due cause interne che sfociavano in altrettanti rinvii pregiudiziali posti in essere per avere delucidazioni sostanzialmente su due questioni di fondo. L'accompagnamento alla frontiera interna ad opera delle autorità dello Stato membro di primo ingresso può considerarsi l'equivalente di un visto in relazione all'art. 12, reg. 604/2013? E tale condotta, se realizzata in presenza di ragioni umanitarie a causa del numero spropositato di ingressi di potenziali richiedenti protezione internazionale, è idonea a rendere regolare l'ingresso di chi si è presentato senza visto e quindi a sollevare lo Stato di primo ingresso dalla competenza stabilita dall'art. 13 del regolamento? Quanto al primo quesito, la Corte ammette che l'art. 2, lett. m), reg. 604/2013 non sia l'unica disposizione di diritto UE a qualificare le varie tipologie di visto, ma aggiunge che la nozione di visto sottesa al regolamento «Dublino III» non può essere dedotta da altre norme. Per acclarare quando uno Stato abbia effettivamente rilasciato un visto *ex art. 12, co. 2*, occorre attenersi all'art. 2, lett. m), senza riferirsi ad atti ulteriori (come il regolamento 562/2006/CE – Codice frontiere Schengen): con ciò, per *visto* deve intendersi un atto formalmente adottato da un'amministrazione nazionale. Al contrario, il rilascio del visto non coincide con l'ingresso e il soggiorno propriamente detti: pertanto, non può essere equiparato a una semplice tolleranza o autorizzazione implicita (tanto meno per ragioni umanitarie), come accaduto nei casi che hanno visto coinvolti i ricorrenti. Per la risoluzione del secondo quesito, la CGUE ricostruisce il significato dell'espressione «attraversamento irregolare della frontiera», che il diritto UE ad

oggi non ha ancora definito. Al riguardo, la Corte mantiene lo stesso approccio che si è appena illustrato e procede all'interpretazione dell'art. 13 reg. 604/2013 sulla base dell'accezione abituale dei termini utilizzati, prendendo in considerazione il contesto nel quale sono usati e gli obiettivi perseguiti dalla normativa. Il concetto di attraversamento irregolare non può essere sovrapposto a quello di soggiorno irregolare, così come non può essere ricavato attraverso il ricorso ad altri atti, quali la direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) o il Codice frontiere Schengen. La Corte riconduce le ipotesi di ingresso regolare agli artt. 12 e 14 reg. 604/2013, affermando che «l'ingresso regolare di un cittadino di un paese terzo in tale territorio normalmente si fonda su un visto o su un titolo di soggiorno, oppure si basa su un'esenzione dall'obbligo di visto». All'interno dei confini tracciati dalla Corte non trovano spazio le autorizzazioni nazionali per ragioni umanitarie. In pratica, e a differenza di quanto argomentato dall'Avvocato Generale, per i giudici di Lussemburgo espandere la portata di questi articoli provocherebbe un'alterazione dei criteri di competenza all'esame di domande di protezione internazionale, che sono stati individuati in un'ottica di solidarietà; se ci si distaccasse da questa interpretazione rigorosa, secondo la Corte, sarebbe rimessa in discussione l'economia generale del regolamento. Di conseguenza, l'elevato afflusso di cittadini di paesi terzi nel territorio di uno Stato UE non giustifica un modo alternativo di intendere la *ratio* del «Dublino III». Il regolamento, nel pensiero della Corte, è stato infatti previsto per operare anche in condizioni di straordinaria emergenza, alle quali è possibile fare fronte applicando meccanismi insiti in questo stesso atto (come l'acquisizione volontaria della competenza da parte di altro Stato membro, concessa dall'art. 17, o il sistema di allerta rapido di cui all'art. 33) o ricavabili altrove (ad esempio, nell'art. 78, par. 3, TFUE, o nella direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea). Da ultimo, restano da riassumere due questioni aggiuntive su regole procedurali che la CGUE esamina solo nella sentenza *A.S.* Rispondendo al giudice del rinvio, la Corte riprende parte delle conclusioni della sentenza *Ghezelbash* (CGUE, 7.6.2016, causa C-63/15) per statuire che i richiedenti possono ricorrere contro una decisione di allontanamento (verso altro Stato membro ritenuto competente) anche per fare valere l'erronea applicazione di un criterio di competenza: invero, se così non fosse sarebbe compromesso l'effetto utile dell'art. 27 reg. 604/2013. Inoltre, la Corte evidenzia il rapporto che intercorre tra gli artt. 13 e 29 reg. 604/2013. L'ultimo periodo dell'art. 13, par. 1, deve essere interpretato nel senso che lo Stato in cui il cittadino di paese terzo ha fatto per la prima volta ingresso nel territorio UE, attraversando irregolarmente la frontiera, non è più competente se quest'ultimo propone la sua prima domanda di protezione internazionale in uno Stato membro diverso dopo dodici mesi dal suddetto ingresso irregolare. Sul calcolo dei dodici però mesi non incide il tempo necessario per decidere l'eventuale ricorso proposto dal richiedente contro la decisione di trasferimento verso lo Stato ritenuto competente. E solo una volta definito il ricorso inizia a decorrere il termine dell'art. 29, co. 2, per il quale lo Stato membro che ha ricevuto la domanda di protezione internazionale ha sei

mesi per effettuare il trasferimento del richiedente verso lo Stato membro competente ai sensi dei criteri del “Dublino III” (in questo caso i criteri stabiliti all’art. 13).

«Dublino III»: presa in carico di altro Stato membro

Il regolamento «Dublino III» è stato interpretato in alcuni suoi punti anche nel caso *Mengasteab* (CGUE, 26.7.2017, causa C-670/16). Il sig. Mengasteab aveva chiesto asilo in Germania con domanda depositata ad un’agenzia pubblica, che ne aveva certificato la registrazione; in seguito, il sig. Mengasteab aveva presentato una domanda ufficiale all’autorità competente, trasmettendo il documento certificato dalla precedente agenzia. In sostanza, la domanda non appariva formalmente redatta nei termini disposti dall’art. 20, co. 2, reg. 604/2013, in quanto non veniva presentata tramite formulario redatto dal richiedente, né si sostanzitava in un verbale redatto dall’autorità competente. Parallelamente, poiché le autorità tedesche giungevano a conoscenza del fatto che in precedenza le impronte digitali del richiedente erano state rilevate in Italia, nonostante fosse ormai decorso il termine di tre mesi per chiedere la presa in carico allo Stato eventualmente competente in virtù del criterio *Eurodac* (articolo 21, par. 1, reg. 604/2013) decidevano ugualmente di procedere in tal senso. Siccome però nessuna risposta perveniva alla sollecitazione entro i termini previsti, le autorità tedesche, considerando il silenzio dell’Italia come accettazione implicita riguardo alla presa in carico, emanavano un provvedimento di allontanamento in Italia del sig. Mengasteab. Questi eccepiva la competenza della Germania a valutare la sua domanda di protezione internazionale e ricorreva avverso tale provvedimento. Nel giudizio interno, il giudice tedesco effettuava un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla CGUE, sollevando varie questioni: quelle trattate dalla Corte possono essere suddivise essenzialmente in due gruppi. Il primo insieme di quesiti concerne la possibilità o meno, per il richiedente protezione internazionale, di invocare, nell’ambito di un ricorso esercitato contro una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti, la scadenza di un termine indicato all’articolo 21, par. 1, reg. 604/2013, anche quando lo Stato membro richiesto sia disposto a prendere il richiedente in carico e anche quando la richiesta di presa in carico venga formulata entro due mesi dal ricevimento di una risposta pertinente di Eurodac. La Corte risponde affermativamente al quesito, attenendosi nuovamente al ragionamento svolto nella sentenza *Ghezelbash* (CGUE, 7.6.2016, C-63/15) e asserendo che l’evoluzione del sistema di Dublino si caratterizza per il rafforzamento della tutela dei richiedenti protezione internazionale e implica che il loro diritto a un ricorso effettivo possa coprire anche l’applicazione del reg. 604/2013, comprese le norme di carattere procedurale. In questa ipotesi rientra il rispetto dei termini imperativi previsti dall’art. 21, par. 1, reg. 604/2013 per la legittimità della richiesta di presa in carico formalizzata da uno Stato membro a un altro, circostanza che per la Corte rappresenta una specificazione delle regole di competenza dettate al capo III dell’atto. Quindi, se entro il termine di tre mesi la Germania non richiede all’Italia la presa in carico di chi abbia presentato domanda di protezione internazionale in territorio

tedesco, la competenza all'esame della domanda passerà sulla Germania. Anzi, per effetto dell'art. 21, par. 3, reg. 604/2013 ciò determina un trasferimento automatico della competenza al primo Stato, indipendentemente dal fatto che il secondo abbia accettato la presa in carico in maniera esplicita o per silenzio assenso e a prescindere dal ricevimento di una risposta pertinente di Eurodac conformemente all'art. 21, par. 1, co. 2, reg. 604/2013. Una simile interpretazione è peraltro aderente all'obiettivo di garantire un rapido espletamento delle domande di protezione internazionale, che il regolamento Dublino III indica al considerando 5. Con il secondo quesito, invece, la Corte viene chiamata a valutare il senso dell'art. 20, par. 2, reg. 604/2013, che recita «(l)a domanda di protezione internazionale si considera presentata non appena le autorità competenti dello Stato membro interessato ricevono un formulario presentato dal richiedente o un verbale redatto dalle autorità»; più nel dettaglio, la Corte si trova a dover stabilire cosa sia un verbale redatto dalle autorità competenti. La soluzione offerta dalla Corte è il risultato di un'interpretazione al tempo stesso testuale, teleologica e sistematica. Posto che non in tutte le traduzioni del «Dublino III» viene usato il termine «verbale», il significato dell'espressione viene analizzato anche in relazione agli obiettivi del regolamento (su tutti, l'esigenza di speditezza della procedura, finalizzata al rispetto delle garanzie accordate al richiedente) e ad altre norme riguardanti il medesimo aspetto (ad esempio, gli artt. 4, par. 1, e 6, par. 1). Dal complesso di questi elementi normativi, il termine «verbale» deve essere interpretato estensivamente, sottintendendo la prevalenza della sostanza sulla forma. La Corte risolve allora il quesito ammettendo che il verbale di cui parla l'art. 20, par. 2, ben possa essere un documento scritto, trasmesso all'autorità competente e redatto da un'autorità pubblica, in cui si certifica che un cittadino di paese terzo ha chiesto protezione internazionale; oppure, la domanda di protezione internazionale si considera presentata anche se l'autorità competente riceve le sole informazioni principali contenute in un documento come quello appena riassunto (in luogo del documento stesso o della sua copia).

Diritti di difesa: audizione del richiedente protezione internazionale

Nel caso *Sacko* (CGUE, 26.7.2017, causa C-348/16) la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sul diritto di un richiedente protezione internazionale di essere sentito nell'intero arco della procedura relativa alla sua domanda di *status*. Al sig. Sacko, arrivato in Italia dal Mali, era stata concessa audizione in primo grado, anche se poi la sua domanda era stata rigettata; invece, il giudice del procedimento di impugnazione non riteneva necessario procedere a un secondo colloquio, ma preferiva ugualmente rivolgersi alla CGUE per comprendere come dovessero essere interpretate le disposizioni rilevanti della direttiva procedure (direttiva 2013/32/UE), in particolare l'art. 46. La Corte ha chiarito da subito che alcuni obblighi enunciati dalla direttiva procedure devono essere rispettati solo in primo grado: tra questi, l'audizione dell'interessato, che a tale proposito non è contemplata dall'art. 46 della direttiva, unica norma a disciplinare il procedimento di impugnazione. In generale, ciò che l'autorità competente dovrà fare è assicurarsi che sia rispettato l'art. 47 della Carta dei diritti

fondamentali. Tuttavia, la Corte ricorda che, anche in forza di una consolidata giurisprudenza, l'art. 47 della Carta non apre a diritti di carattere assoluto: questi diritti possono subire restrizioni a causa dello scopo della misura in questione, sempre che non si tratti di restrizioni sproporzionate e inaccettabili, tali cioè da ledere la sostanza del diritto in gioco. Peraltro, secondo la CGUE, alle stesse conclusioni si giungerebbe se ci si basasse sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: gli artt. 6, co. 1, e 13 CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU, escludono che i diritti di difesa in essi previsti siano assoluti. A margine di queste osservazioni, la CGUE ha comunque affermato anche quando la pretesa del ricorrente appaia evidentemente infondata è necessario che le garanzie processuali dell'individuo siano rispettate; inoltre, per capire se questo accade o meno è necessario considerare anche le circostanze specifiche della fattispecie. Il giudice *a quo* può quindi omettere l'audizione se ciò permette di soddisfare le esigenze di speditezza evidenziate al considerando 18 della direttiva 2013/32 e ammesso che sia possibile procedere a un esame chiaro ed *ex nunc* della situazione del richiedente in base agli atti del fascicolo di primo grado. In concreto, il giudice del rinvio ha la facoltà (non l'obbligo) di non disporre una seconda audizione quando tutte questioni di diritto o di fatto possono essere risolte fondandosi sugli atti processuali disponibili, a patto che il richiedente sia stato compiutamente ascoltato in primo grado e sia disponibile il verbale o la registrazione del colloquio.

Controlli alla frontiera interna

La Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *A.* (CGUE, 21.6.2017, causa C-9/16) è stata interpellata da un giudice tedesco in merito alla compatibilità di una misura nazionale con la regola di diritto primario e derivato UE che vieta i controlli alle frontiere interne. La normativa contestata consentiva alla polizia tedesca di effettuare, tra le altre cose, controlli personali in due situazioni: in una zona che si estende fino a 30 chilometri al di là della frontiera, per prevenire o impedire qualunque ingresso irregolare nel territorio tedesco o di prevenire reati contro la sicurezza delle frontiere; sui treni e negli impianti ferroviari appartenenti alle ferrovie dello Stato federale, ma solo per prevenire o impedire un ingresso irregolare nel territorio nazionale. In base a questa normativa, il cittadino tedesco *A.* era stato fermato nei pressi di una stazione tedesca a 500 metri dal confine francese; egli però si era rifiutato di esibire i documenti e le autorità competenti gli avevano contestato il reato di resistenza a pubblico ufficiale. Nella causa interna instaurata da *A.* sorgeva appunto il dubbio che le fattispecie normative di cui sopra fossero in contrasto con l'art. 67 TFUE e con gli artt. 20 e 21 del regolamento n. 562/2006 (Codice frontiere Schengen): pertanto, il giudice interno si rivolgeva alla CGUE. Ora, l'art. 2 del reg. 562/2006 definisce le verifiche di frontiera come quelle verifiche «effettuate ai valichi di frontiera al fine di accertare che le persone, compresi i loro mezzi di trasporto e gli oggetti in loro possesso, possano essere autorizzati ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzati a lasciarlo». Tuttavia, secondo l'art. 21 dello stesso atto possono essere esercitate attività di polizia purché non integrino misure a effetto

equivalente alle verifiche di frontiera. Ciò è da escludere quando le misure di polizia: a) non hanno come obiettivo il controllo di frontiera; b) si basano su informazioni e l'esperienza generali di polizia quanto a possibili minacce per la sicurezza pubblica e sono volte, in particolare, alla lotta contro la criminalità transfrontaliera; c) sono ideate ed eseguite in maniera chiaramente distinta dalle verifiche sistematiche sulle persone alle frontiere esterne; d) sono effettuate sulla base di verifiche a campione. La Corte prima di tutto spiega che il divieto di verifiche alle frontiere previsto per garantire la libera circolazione delle persone in linea di massima può essere limitato per garantire l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Inoltre, affinché le misure di polizia non coincidano con le verifiche alle frontiere che il diritto UE proibisce non è richiesto che l'obiettivo da raggiungere debba essere per forza diverso dal prevenire o impedire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato membro interessato (o di prevenire determinati reati); piuttosto, è necessario che la normativa nazionale circoscriva dettagliatamente i poteri degli agenti di polizia incaricati di effettuare i controlli. Venendo alle ipotesi concrete selezionate dal giudice interno, la Corte constata che possono essere realizzate anche in luoghi diversi dalla frontiera, in virtù di obiettivi che non coincidono necessariamente con il controllo delle frontiere e in maniera selettiva. Al tempo stesso, però, la Corte rileva che la norma che autorizza controlli sulle persone in una zona entro i 30 chilometri dalla frontiera non dispone nulla riguardo alle informazioni e l'esperienza generali di polizia circa gli eventi che i controlli dovrebbero scongiurare per essere legittimi: dunque, la prima misura viene dichiarata in contrasto con l'art. 21 del Codice delle frontiere. Diversamente, la Corte ritiene che la norma interna che autorizza controlli di polizia sui treni e negli impianti ferroviari federali per le predette ragioni non rappresenti, almeno in via teorica, una misura a effetto equivalente a una verifica di frontiera: questo a condizione che il diritto tedesco imponga chiari limiti all'esercizio dei controlli nei luoghi individuati (ad esempio, disposizioni su intensità, frequenza e selettività).

Allontanamento di cittadino europeo

Nel caso *E.* (CGUE, 13.7.2017, causa C-193/16) la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affrontato il tema dell'allontanamento di cittadini europei per ragioni legate alla pubblica sicurezza dello Stato membro ospitante. Il sig. E., cittadino italiano residente in Spagna, era stato arrestato per avere commesso abusi sui minori e l'autorità spagnola competente aveva disposto il suo allontanamento dal paese per motivi di pubblica sicurezza. L'interessato aveva impugnato invano il provvedimento, salvo poi presentare appello contro la decisione del primo giudice. In appello, il sig. E. aveva sostenuto che il suo prolungato stato di detenzione non potesse configurare l'esistenza di una minaccia reale e attuale per un interesse fondamentale della società, così come previsto dall'art. 27 direttiva 2004/38/CE: proprio questo aspetto diveniva l'oggetto del rinvio del giudice d'appello alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La Corte muove dalla tipologia di reato commessa da E. per affermare che ciò costituisce un crimine di particolare gravità e integra una lesione fondamentale, anche se questo di per sé

non è sufficiente per disporre l'allontanamento del reo. In effetti, stando all'art. 27, co. 2, dir. 2004/38, la minaccia deve essere reale e attuale, oltre che dettata dal comportamento personale. Ebbene, la Corte rileva che i requisiti della realtà e dell'attualità della minaccia non possono essere esclusi per il solo fatto che il sig. E. si trovi in carcere da tempo, poiché conta la tendenza del soggetto a ripetere il comportamento in futuro; ovviamente, anche nel caso di specie tale ultimo aspetto deve essere valutato soltanto in considerazione del comportamento personale del condannato.

Libertà di circolazione

Nel caso *Freitag* (CGUE, 8.6.2017, causa C-541/15) è stato approfondito il tema dei limiti alla circolazione di cittadini UE dovuti all'impossibilità di trascrivere la modifica del cognome in uno Stato membro. Il ricorrente ha la doppia cittadinanza, rumena e tedesca, e risiede abitualmente in Germania. Dopo essersi recato in Romania, otteneva che in quello Stato il suo cognome tedesco fosse sostituito da un cognome rumeno; chiedeva quindi la trascrizione del nuovo cognome rumeno in Germania, ma si scontrava con una normativa nazionale che vietava tale facoltà a coloro i quali fossero abitualmente residenti in Germania. La questione approdava dapprima al giudice interno, che preferiva rivolgersi direttamente alla CGUE per sapere se una normativa come quella tedesca fosse in contrasto con il diritto primario dell'Unione in punto di libera circolazione, segnatamente l'art. 21, co.1, TFUE. In via preliminare, la Corte ne approfitta per ribadire che la competenza che gli Stati membri possiedono nel campo della trascrizione negli atti dello stato civile del cognome di una persona deve pur sempre essere esercitata conformemente al divieto di discriminazioni basate sulla cittadinanza e nel rispetto della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri che l'Unione prevede per i cittadini europei. Da queste premesse, la Corte giunge alla conclusione che gli Stati membri non possono adottare norme sulla trascrizione negli atti dello stato civile del cognome di una persona se ciò ha come effetto quello di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione dei diritti conferiti dall'articolo 21 TFUE ai cittadini dell'Unione. Siccome nel caso concreto la mancata trascrizione del cognome rumeno negli atti dello stato civile tedesco determinerebbe per il richiedente il rischio di dovere «dissipare dubbi riguardo alla propria identità nonché all'autenticità dei documenti», la Corte giudica che la norma nazionale di riferimento è idonea a pregiudicare l'effettività dell'art. 21 TFUE; questo a meno che non vi siano altre norme di diritto interno che permettano a chi presenti un collegamento diverso dalla residenza abituale (ad esempio, la cittadinanza) di ottenere la trascrizione del nuovo cognome.

Sicurezza sociale

Il caso *Martinez Silva* (CGUE, 21.6.2017, causa C-449/16) riguarda la legittimità di limitazioni nazionali al diritto alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale. La sig.ra Martinez Silva, cittadina di Stato terzo residente in Italia con tre figli minorenni a carico, lamentava una discriminazione ai suoi danni, derivante da una normativa interna che le negava

il percepimento dell'*ANF*. Si anticipa che l'*ANF* corrisponde a una prestazione in denaro, destinata a compensare i carichi familiari e concessa alle famiglie che ne abbiano particolare bisogno in considerazione del numero di figli minori e delle condizioni economiche. Il problema ruotava attorno alla durata del permesso di soggiorno della ricorrente: la sig.ra Martinez Silva era titolare di un permesso unico di lavoro di durata superiore a sei mesi, mentre l'*ANF* poteva essere erogato solo a favore dei cittadini UE soggiornanti di lungo periodo. Nel corso del procedimento interno il giudice italiano prospettava profili di incompatibilità tra la normativa sull'*ANF* e l'art. 12 della direttiva 2011/98/CE, che garantisce parità di trattamento tra i lavoratori dei paesi terzi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b e c), e i cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne, tra l'altro, i settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004. Dopo avere ricevuto la questione trasmessa dal giudice interno, la CGUE dapprima si prefigge di valutare se l'*ANF* possa rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento 883/2004. La Corte fa presente che questo tipo di prestazioni dipende soprattutto dalle finalità e dai presupposti di attribuzione, mentre resta irrilevante la qualifica come prestazione di sicurezza sociale realizzata da una normativa nazionale. Più precisamente, una prestazione ricade all'interno del predetto regolamento se viene erogata prescindendo da qualsiasi valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del richiedente e, laddove rientri tra le prestazioni familiari, se risulta essere una prestazione in natura o in denaro destinata a compensare i carichi familiari. Ebbene, l'*ANF* possiede tutte queste caratteristiche, ragion per cui è riconducibile al regolamento 883/2004 e, di conseguenza, deve essere concesso nel rispetto del regime di parità di trattamento fissato dall'art. 12 dir. 2011/98. Sennonché, la Corte nota che tale direttiva consente limitazioni alla parità di trattamento in via di eccezione e solo qualora lo Stato membro che decida di imporle lo faccia in attuazione della direttiva, esprimendo chiaramente tale intenzione. Non essendo questo il caso, considerato tra l'altro che l'Italia aveva adottato la misura contestata prima ancora di attuare la direttiva 2011/98, la Corte giudica la limitazione che affligge la ricorrente non compatibile con l'art. 12 di questa direttiva.

[2] *La rassegna sulla Corte di giustizia è di Marco Borraccetti e Federico Ferri*

ENRICA RIGO, GUIDO SAVIO

Rassegna di giurisprudenza italiana: Allontanamento e trattenimento

Questa rassegna prende in considerazione alcuni tra i provvedimenti giurisdizionali più significativi intervenuti nel secondo quadrimestre del corrente anno, in materia di espulsioni e trattenimento. Talune delle ordinanze che saranno esaminate sono importanti perché riguardano casi specifici assai ricorrenti, sui quali i dubbi interpretativi non erano ancora stati posti all'attenzione del supremo Collegio.

Come di consueto si distinguerà tra giurisprudenza relativa alle espulsioni e quella relativa al trattenimento presso gli ex CIE, che oggi, a seguito dell'entrata in vigore della l. 46/2017, sono denominati CPR (Centri di permanenza per il rimpatrio).

TRATTENIMENTO

Rapporti tra espulsione e trattenimento

È possibile disporre un trattenimento senza un autonomo decreto di espulsione? La domanda, apparentemente assurda, si pone in relazione ai numerosi casi in cui si susseguano diversi decreti espulsivi corredati da ordini questorili di allontanamento: di norma, dopo avere constatato l'inottemperanza reiterata a tali ordini, le amministrazioni dispongono direttamente il trattenimento, senza provvedere a nuova espulsione. In tali casi il trattenimento troverebbe il suo fondamento nella pregressa espulsione, cui l'interessato non ha ottemperato lasciando il territorio nazionale entro i canonici sette giorni dalla notifica del provvedimento.

Non è di questo avviso la Corte di cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 20662/17, pubblicata il 31.8.17) chiamata a valutare la legittimità di un decreto di convalida del trattenimento emesso da un giudice di pace. Nelle specie, il ricorrente era stato attinto da un primo decreto espulsivo il 6.12.2014 mai eseguito; il 20.5.2015 si procedeva ad emettere un secondo decreto espulsivo con il quale, dato atto che il precedente decreto non aveva avuto esecuzione, il questore ordinava al destinatario di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni, successivamente, il 4.10.2015, il questore emetteva un autonomo ordine di trattenimento facendo rivivere l'efficacia del primo decreto espulsivo, mai eseguito, ma a sua volta succeduto dal secondo decreto. Questa reviviscenza a ritroso di provvedimenti non eseguiti è stata cassata dalla Corte, sul presupposto che l'amministrazione avrebbe dovuto emettere un ulteriore decreto di espulsione e non disporre *tout court* il trattenimento. In effetti, l'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. 286/98 disciplina l'inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito ex art. 14, co. 5 *bis*, prevedendo - oltre alle sanzioni penali che qui non interessano - che si proceda all'adozione di un nuovo decreto di espulsione che trova la sua ragion d'essere proprio nell'inottemperanza al pregresso ordine di allontanamento. alcuna disposizione di legge autorizza l'adozione di decreti di trattenimento nei confronti di stranieri espulsi o respinti, senza che siano preceduti

dall'adozione di un autonomo provvedimento ablativo: infatti l'istituto del trattenimento amministrativo è null'altro che una modalità esecutiva delle espulsioni coattive o dei respingimenti differiti.

Questo arresto della Corte di cassazione è molto importante non solo perché dichiara l'illegittimità di una prassi assai diffusa, ma anche perché - stante la non autonoma impugnabilità dei decreti di trattenimento, che possono solo essere impugnati avanti il giudice di pace unitamente al decreto di espulsione, quali atti consequenziali - è ovvio che in assenza del decreto di espulsione, il trattenimento di per sé non è direttamente giustiziabile (se non, come nel caso in esame, ricorrendo per cassazione avverso il decreto di convalida emesso dal giudice di pace, ricorso che, come noto, non ha efficacia sospensiva, quindi nelle more il migrante viene di frequente rimpatriato).

Trattenimento e condizioni di salute

Al momento dell'ingresso nei centri di detenzione amministrativa il trattenuto è sottoposto a visita medica al fine di accertare la sussistenza di condizioni sanitarie incompatibili con la misura e con la convivenza comunitaria. Tuttavia, vi sono patologie che non emergono palesemente ad una mera visita generica, oppure la documentazione sanitaria non è di immediato reperimento, accade quindi che quasi sempre i giudici di pace convalidino il trattenimento delegando la questura ad ulteriori accertamenti sanitari, quando la persona trattenuta deduca l'esistenza di patologie che non sono state riscontrate. Questa prassi consolidata è stata dichiarata illegittima dalla Corte suprema (Cass., sez.VI, ord. n. 15106/17, pubblicata il 19.6.2017) che ha cassato il decreto di convalida del trattenimento di un giudice di pace disposto con la motivazione «previo accertamento sanitario sulla compatibilità dello straniero con il trattenimento nel C.I.E.» sull'ovvio presupposto che ogni accertamento sanitario, condizione ineludibile di validità del trattenimento, avrebbe dovuto essere effettuato prima della convalida, e non dopo. La vicenda che ha originato l'ordinanza della cassazione è emblematica della superficialità con cui è esercitato il controllo giurisdizionale all'atto della convalida del trattenimento, in casi come questo si tratta di vera denegata giustizia, perché il giudice delega all'amministrazione accertamenti obbligatori che lui stesso dovrebbe compiere prima di assumere la decisione: la convalida del trattenimento sottoposta a condizione futura, incerta e soprattutto incontrollabile non è prevista dall'ordinamento.

Competenza per la convalida del richiedente asilo

La competenza del tribunale ordinario, in composizione monocratica, per le convalide e proroghe presso i centri di detenzione amministrativa dei richiedenti protezione internazionale è da tempo stabilita dalla legge (art. 21, co. 2, d.lgs. 25/2008, e, successivamente, art. 6, d.lgs. 142/2015, competenza ora affidata alle sezioni specializzate ai sensi della l. 46/2017), così come da anni è noto che fino all'inutile decorso del termine per impugnare le decisioni della

commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale permane la condizione di richiedente protezione.

È pertanto inquietante che nonostante la chiara e risalente previsione normativa, si verifichino casi come quello ancora recentemente sottoposto all'attenzione della Cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 17419/17, pubblicata il 13.7.2017) in cui un giudice di pace ha respinto l'eccezione d'incompetenza e ha convalidato il trattenimento di una straniera ritenendola in condizione di irregolarità a seguito di espulsione disposta dopo il rigetto della domanda di asilo, nonostante non fosse ancora decorso il termine di trenta giorni per impugnare il diniego della commissione territoriale. La Corte, richiamando il suo consolidato indirizzo (*ex multis* l'ordinanza 19336/2015), ribadisce la competenza inderogabile del tribunale, avendo cura di precisare che la ricorrente non aveva perso la qualità di richiedente asilo alla data di emanazione del decreto di espulsione secondo la definizione data dall'art. 2, lett. c) della direttiva 2013/32/UE e, pertanto, versava nella situazione di inespellibilità ex artt. 7 e 32, co. 4, d.lgs. 28/2015.

Il termine massimo per il trattenimento per gli ex detenuti

A seguito della modifica apportata all'art. 14, co. 5, d.lgs. 286/98, a opera della legge n. 161/2014, lo straniero, che sia già stato detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo di almeno novanta giorni, può essere detenuto presso un centro d'identificazione ed espulsione (ora denominato centro di permanenza per i rimpatri dalla l. 45/17) per un periodo massimo di trenta giorni (ora prorogabile di ulteriori 15 giorni a seguito della modifica operata dalla l. 45/17). Tale disposizione - di non cristallina chiarezza - non specifica se il passaggio dalla detenzione penale a quella amministrativa debba avvenire senza soluzione di continuità, ovvero se possa intercorrere un lasso temporale tra le due tipologie detentive. La questione è stata oggetto di una pronuncia della Cassazione (Cass, sez. VI, ord. n. 18541/17, pubblicata il 26.7.2017) la quale ha escluso, nel caso di specie, la sussistenza della continuità temporale tra il trattenimento in carcere e quello presso i centri di detenzione amministrativa. Per la verità tale approdo non può considerarsi risolutivo, poiché non è sorretto da alcuna interpretazione della disposizione normativa e, pertanto, non convince. Infatti, se si ha riguardo alla *ratio* che impone termini più stringenti per il trattenimento degli ex detenuti, questa si fonda sull'obbligo di identificazione degli stranieri irregolari durante la detenzione che è stato introdotto con il d.l. 146/2013, convertito nella l. 21.2.2014, n. 10 in materia di tutela dei diritti dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria, che ha inserito i commi 5 *bis* e 5 *ter* nell'art. 16, TU, dettagliando le procedure d'identificazione in carcere dei cittadini stranieri che debbono scontare una pena detentiva. Dunque, se tale obbligo di identificazione sorge con l'entrata in vigore della citata legge sulla riduzione controllata della popolazione detenuta, sarebbe logico concludere che chiunque sia stato detenuto per oltre novanta giorni a partire dalla data di entrata in vigore della predetta legge non possa essere soggetto a detenzione amministrativa a fini identificativi per oltre trenta giorni. Argomentando

diversamente, si eluderebbe l'obbligo normativo di identificazione in carcere, in danno del detenuto straniero.

Risarcimento del danno al comune e alla provincia di Bari per le violazioni dei diritti umani perpetrate all'interno del CIE

Il Tribunale di Bari (sez. I, 31.7.2017) riconosce il diritto al risarcimento del danno all'immagine e all'identità storico-culturale del Comune e della Provincia di Bari per le modalità con le quali gli stranieri erano trattenuti nel Centro di Identificazione ed Espulsione presente nella città di Bari.

ESPULSIONI

Profili procedurali e formali

Per quanto concerne la legittimazione passiva nei ricorsi per cassazione avverso i provvedimenti dei giudici di pace, la Corte suprema (Cass. sez. VI, ord. n. 14525/17, pubblicata il 9.6.2017) ha precisato che la legittimazione passiva spetta in via esclusiva, personale e permanente, al prefetto quale autorità che ha emesso il provvedimento, sicché dichiara l'inammissibilità del ricorso notificato al Ministero dell'interno presso l'Avvocatura generale dello Stato, invece che al prefetto in proprio. Altra ordinanza della stessa sezione (Cass., sez. VI, ord. n. 15450/17 pubblicata il 21.6.17) ha disposto - in via interlocutoria - la rinnovazione della notifica entro un congruo termine, rinviando la causa a nuovo ruolo, poiché il ricorso era stato notificato alla prefettura presso l'Avvocatura distrettuale e non presso l'Avvocatura generale. Se ne desume che il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti emessi dai giudici di pace deve essere notificato al Prefetto presso l'Avvocatura generale dello Stato in Roma.

La Cassazione (Cass. sez. VI, ord. n. 14053/17, pubblicata il 6.6.2017), premesso che i giudizi avverso i provvedimenti di espulsione e i connessi decreti di allontanamento sono soggetti al rito sommario di cognizione, ha stabilito che se è vero che l'art. 18, co. 5, d.lgs. 150/2011 contempla espressamente la sola notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza all'autorità che ha emesso il provvedimento a cura della cancelleria, ciò non significa che si possa prescindere dalla presenza della parte ricorrente in udienza (parte da ritenersi già costituita con l'impugnazione) sicché se il fax di notifica dell'avviso di fissazione udienza, per come pervenuto al difensore, risulta privo dell'indicazione della data dell'udienza stessa, pacifica appare la violazione del contraddittorio con conseguente nullità della decisione. Deve essere altresì cassata la decisione circa la dichiarazione d'inammissibilità dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti perché, ai sensi dell'art. 18, co. 4, d.lgs. 150/2011, il ricorrente avverso il decreto di espulsione è ammesso *ex lege* al patrocinio gratuito; consegue che il giudice deve limitarsi a verificare la sussistenza dei due presupposti

per l'ammissione: la qualità di cittadino extracomunitario del ricorrente e il tipo di procedimento oggetto della richiesta.

Secondo altra pronuncia (Cass., sez. VI, ord. n. 18532/17, pubblicata il 26.7.2017) non è necessaria la notifica del decreto di espulsione all'amministratore di sostegno dello straniero che ne beneficia a prescindere dalla prova delle lesioni che, in concreto, siano derivate ai diritti ed alle facoltà processuali dello stesso in conseguenza della mancata notifica.

Obbligo di sottoscrizione e di traduzione

Circa altri requisiti formali dei decreti di espulsione, si registrano due decisioni: una relativa all'obbligo di sottoscrizione, l'altra relativa alla forma della comunicazione, ovvero all'obbligo di traduzione dell'atto ablativo.

Ricorre per cassazione il Ministero dell'interno - Prefettura di Livorno avverso decreto del giudice di pace che d'ufficio aveva rilevato la mancata delega del Prefetto al funzionario che aveva sottoscritto il decreto di espulsione. La Corte (Cass., sez. VI, ord. n. 19689/17, pubblicata il 7.8.2017), dopo avere rammentato la sua costante giurisprudenza, secondo cui la previsione di tre distinte figure professionali (prefetto, viceprefetto vicario e viceprefetto aggiunto) non esclude la facoltà di delega al compimento di singoli atti, ha precisato che è illegittimo e va annullato il decreto di espulsione emesso dal viceprefetto aggiunto senza delega del prefetto. Tuttavia, nel caso di specie, il ricorso proposto dal Ministero dell'interno va accolto poiché il giudice ben avrebbe potuto rilevare d'ufficio la questione previa instaurazione del contraddittorio sul punto, invitando la Prefettura a dimostrare l'esistenza della delega, e non già a provvedere "a sorpresa" all'annullamento del decreto impugnato.

Del tema dell'omessa traduzione dei decreti espulsivi in lingua conosciuta al destinatario continua a occuparsi la giurisprudenza, nonostante il consolidato orientamento della Cassazione. Nonostante un cittadino tunisino lamentasse - in sede di ricorso al giudice di pace - la sola traduzione del decreto espulsivo in lingua francese e non in quella araba, il giudicante non prese in considerazione la doglianza, omettendo di pronunciarsi. La Corte (Cass., sez. VI, ord. n. 17135/17, pubblicata il 11.7.2017), richiamata la sua costante giurisprudenza secondo cui la mancata traduzione del decreto di espulsione nella lingua propria del destinatario determina la nullità non sanabile del provvedimento, anche nelle ipotesi in cui l'amministrazione adduca l'indisponibilità del traduttore, cassa senza rinvio il decreto impugnato.

Ad analoga conclusione perviene la stessa sezione (Cass., sez. VI, ord. n. 18878/17, pubblicata il 28.7.2017) nel caso di omessa traduzione del provvedimento ablativo in lingua ucraina. Nelle specie, l'impossibilità di traduzione in lingua madre era stata addotta dall'amministrazione in modo superficiale e con formula di mero stile. Osserva la Corte che il generico rinvio alle difficoltà per il reperimento immediato di un qualificato interprete non costituisce formula idonea a sorreggere una motivazione non contestabile in sede di legittimità, data l'assenza di qualsivoglia riferimento, ancorché sintetico, alle circostanze concrete che

avevano determinato la legale “impossibilità” alla traduzione. Si rammenta che per molti anni la giurisprudenza di legittimità era attestata nel senso della insindacabilità delle attestazioni amministrative da parte del giudice ordinario, sicché la dichiarazione della pubblica amministrazione di impossibilità di procedere alla traduzione dell’atto espulsivo costituiva condizione necessaria e sufficiente per ritenere legittimo l’uso delle lingue veicolari. Tale orientamento decennale mutò radicalmente nel 2012 quando, con l’ordinanza 3678/12, la Corte suprema decretò l’insostenibilità logica «di una risposta dell’Amministrazione quale quella di non avere la disponibilità di un traduttore quando, nella stragrande maggioranza dei casi, nessuna tradizione personalizzata è necessaria dato che i testi erano e restano ipotesi standard». Conseguentemente la giurisprudenza di legittimità ha affermato da anni il principio che la traduzione in lingua veicolare comporta la nullità del decreto espulsivo, salvo che l’amministrazione non affermi - e il giudice ritenga plausibile tale motivazione - l’impossibilità di predisporre un testo nella lingua madre dello straniero per la sua rarità ovvero l’inidoneità di tale testo alla comunicazione della decisione in concreto assunta. Davvero stupisce che, nonostante questa lapidaria giurisprudenza, amministrazione e giudici di pace continuino ad adottare e avallare queste prassi illegittime che ovviamente continuano a essere cassate dalla Corte suprema.

Eccezione di giudicato in caso di precedente espulsione

Una pregressa espulsione, annullata in sede giurisdizionale, non impedisce l’adozione di un nuovo autonomo decreto espulsivo. È quanto si desume da un’ordinanza della Cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 14488/17, pubblicata il 9.6.17) chiamata a decidere un ricorso in cui si sosteneva che lo straniero era già stato oggetto di un pregresso decreto di espulsione, annullato dal giudice di pace, sicché l’adozione di una seconda espulsione sarebbe stata illegittima. La censura è stata ritenuta manifestamente infondata perché «L’eccezione di giudicato non può essere accolta non per le ragioni esposte nel provvedimento impugnato, ma perché perdura la condizione di mancanza del permesso di soggiorno o titolo equipollente. Il rilievo relativo all’identità della circostanza di fatto (mancata richiesta del titolo di soggiorno) non incide sulla validità del secondo provvedimento espulsivo che si fonda sull’accertamento incontestato della ricorrenza della fattispecie espulsiva». Invero, il primo decreto di espulsione era stato annullato ritenendo sussistente una causa di forza maggiore impeditiva alla richiesta di rilascio del permesso di soggiorno, successivamente, però, perdurando l’omessa richiesta del titolo autorizzativo al soggiorno, ricorreva la medesima fattispecie non più scriminata da alcuna causa di forza maggiore.

Rilievo delle condizioni di salute

La Cassazione penale (Cass. pen. sez. I, sent. 38041/17, pubblicata il 26.5.17) è stata investita del tema relativo alla rilevanza della disabilità dello straniero irregolare, ai fini della legittimità del provvedimento di espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione

disposta nei suoi confronti dal magistrato di sorveglianza. Il supremo Collegio non condivide il presupposto argomentativo del Tribunale di sorveglianza secondo cui le ipotesi di inespellibilità previste dall'art. 19, co. 1 e 2, d. lgs. 286/98 sono rigidamente tassative, dovendosi, invece, pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma alla luce dei principi enucleati dalla Corte EDU e dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare, la nota sentenza 252/2001). Nel caso di specie, le condizioni di salute del condannato, affetto da grave disabilità motoria (amputazione di un arto inferiore), esulano dalla stretta previsione di cui all'art. 35, co. 3, d.lgs. 286/98, non necessitando di cure urgenti o essenziali; tuttavia non può disconoscersi che il provvedimento oggettivamente leda il "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale ambito inviolabile della dignità umana, così come qualificato dalla citata sentenza della Corte costituzionale. Di qui l'annullamento del decreto con rinvio al Tribunale di sorveglianza in diversa composizione.

La causa di forza maggiore

Ricorre per cassazione uno straniero, espulso per non avere richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno nel termine di legge, assumendo che il giudice di pace non avrebbe correttamente valutato la sua condizione di detenuto in carcere, fatto asseritamente integrante l'esimente della forza maggiore. La Corte (Cass., sez VI, ord. n. 6780, pubblicata il 15.3.2017) richiama la sua consolidata giurisprudenza secondo cui la detenzione non costituisce fattore impeditivo al rinnovo del permesso di soggiorno che deve essere effettuato tramite la direzione dell'istituto di pena, che a sua volta è tenuta all'inoltro di ogni comunicazione afferente il detenuto, ivi compreso l'inoltro, il ritiro e la consegna della documentazione diretta alla - e proveniente dalla - questura ai sensi dell'art. 10, co. 4, d.p.r. n. 394/99 (disposizioni di attuazione del d.lgs. 286/98).

L'espulsione del richiedente protezione internazionale durante la pendenza del giudizio di appello

Con l'ordinanza pubblicata lo scorso 27 luglio la Corte di cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 18737, pubblicata il 27.7.2017) risolve i numerosi dubbi relativi all'espellibilità del richiedente protezione internazionale durante la pendenza del procedimento di appello proposto avverso il rigetto della domanda di protezione in primo grado, qualora il giudice d'appello non abbia disposto la sospensiva. Il caso, simile a molti altri, riguarda uno straniero che, in pendenza dell'appello avverso il rifiuto della domanda di protezione internazionale, è stato espulso per avere fatto ingresso illegale nel territorio nazionale: poiché l'ordinanza di primo grado non era stata sospesa, ecco che il migrante retrocedeva idealmente nella condizione di irregolarità sanzionata con l'espulsione.

Osserva la Corte suprema che la sospensione del provvedimento impugnato (il rigetto della domanda di protezione) è stabilita dalla legge (segnatamente dall'art. 19, co. 4, d.lgs. 150/2011, come modificato dall'art. 27, co. 1, lett. c), d.lgs. 142/2015), tant'è che la

cessazione dell'effetto sospensivo in caso di rigetto del ricorso «con decreto, anche non definitivo» del Tribunale è stato recentemente introdotto dalla legge n. 46/2017 (c.d. Legge Minniti, che tra l'altro ha abrogato l'art. 19 cit.) e tale espressa previsione conferma la tesi che prima della novella la cessazione non si verificava. Di qui illegittimità dell'espulsione. Si deve quindi concludere che per le cause di protezione che ancora proseguono con il vecchio rito (cioè quelle introdotte prima del 17.8.2017) l'effetto sospensivo del rigetto permanga fino alla definitiva decisione del giudizio. Con ogni conseguenza anche in relazione al rinnovo del permesso di soggiorno per attesa asilo.

L'espulsione per motivi di pericolosità sociale

Accade frequentemente nella prassi che i decreti di espulsione prefettizi disposti ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), d.lgs. 286/98 siano motivati con riferimento pressoché esclusivo alle condanne penali riportate dallo straniero, e che i giudici di pace aditi sostanzialmente avallino l'operato della Pubblica Amministrazione. Così, nel caso esaminato dalla Cassazione (Cass., sez. VI, ord. n. 16626/17, pubblicata il 5.7.2017) il giudice di pace aveva dedotto in via automatica la pericolosità del ricorrente sulla base delle condanne da lui riportate per gravi reati (rapina e violazione della legge stupefacenti, tra le altre). La Corte tuttavia cassa la decisione richiamando la sua costante giurisprudenza (risalente al 2002) secondo cui il controllo giurisdizionale, in questi casi, deve avere ad oggetto l'obiettivo riscontro dell'appartenenza dell'espellendo ad una delle categorie di persone pericolose previste dal d.lgs. n. 159/2011 (c.d. "codice delle leggi antimafia"). In particolare, l'analisi deve essere condotta sulla base di tre criteri: l'accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni; l'attualità della pericolosità e la necessità di esaminare globalmente la personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita.

NAZZARENA ZORZELLA

Ammissione e soggiorno

Requisiti generali per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno: la residenza

Con ordinanza 16.1.2017 (rep. 726/2017) il Tribunale ordinario di Roma ha deciso una controversia in cui ad un cittadino straniero la questura di Roma aveva *diniegato il rinnovo del permesso di soggiorno per mancata iscrizione all'anagrafe* della popolazione residente.

Si trattava di un cittadino straniero in condizione di emergenza abitativa da vari anni, che pur essendo titolare di protezione internazionale, viveva in un immobile non residenziale (centro sociale) e che pertanto non poteva conseguire l'iscrizione anagrafica. In corso di giudizio è stata allegata la circolare del Ministero dell'interno del 18 maggio 2015, secondo cui *la residenza anagrafica non è tra i requisiti per il rinnovo del titolo di soggiorno* e a seguito di istanza di riesame la questura ha provveduto al rilascio del titolo di soggiorno.

Il Tribunale ha dunque dichiarato cessata la materia del contendere, liquidando i compensi per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, stante la soccombenza virtuale del Ministero dell'interno.

Requisiti per il rilascio del permesso UE di lungo soggiorno

Con sentenza n. 785 del 4.7.2017 (RG. 328/2017) il TAR Piemonte ha annullato il provvedimento con cui il Questore di Torino ha rifiutato il rilascio del *permesso UE di lungo soggiorno (PSUE)* ad una cittadina straniera che l'aveva chiesto per sé e la figlia convivente, in quanto ha ritenuto che dovesse dimostrare *un reddito parametrato al numero dei conviventi nella medesima abitazione* (nel caso, peraltro, cittadine italiane), anche se non familiari.

Il Giudice amministrativo piemontese ha censurato tale provvedimento, affermando che l'art. 9 TU, richiamando l'art. 29 del medesimo TU (che per la dimostrazione del reddito indica anche quello dei familiari conviventi non a carico), è da intendersi riferito ai soli familiari, essendo norma di favore che, consentendo di beneficiare anche del reddito dei familiari «conferisce risalto alla solidarietà economica che si presuppone esistente tra i componenti dello stesso nucleo familiare e agli obblighi di reciproca assistenza materiale che caratterizza la realtà familiare». Obblighi che non esistono nei confronti di altri soggetti conviventi non caratterizzati da vincolo familiare. Inoltre, il TAR chiarisce «Nella ipotesi (quale quella in esame) in cui il permesso di soggiorno sia richiesto dallo straniero (solo) per sé e il familiare ricongiunto a carico, non è ammesso il cumulo dei redditi prodotti da altri familiari conviventi». Infine, il Giudice amministrativo afferma che il reddito che il cittadino straniero deve dimostrare per il rilascio del PSUE deve riguardare non tanto il periodo passato quanto «le prospettive di reddito desumibili dalla situazione attuale (cfr. Cons. Stato, III, n. 5108/2015; n. 2699/2015; n. 6069/2014)».

Requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno per studio

Con sentenza n. 910 del 31.7.2017 (RG. 1012/2016) il TAR Piemonte ha annullato il provvedimento del Questore di Torino che aveva diniegato ad uno studente straniero pakistano il rinnovo del *permesso di soggiorno per motivi di studio* per mancato superamento del numero di esami (7) prescritto dalla legge (art. 46 d.p.r. 394/99). In sede di giudizio il ricorrente ha giustificato tale carenza con la necessità di dovere svolgere attività lavorativa per mantenersi in Italia e dalla sofferenza psicologica determinata dalle forti aspettative dei familiari in patria, tali da avergli indotto un forte stress certificato da una relazione peritale. Il TAR Piemonte, dopo avere svolto attività istruttoria, sostanzialmente inevasa dalla questura, ha riconosciuto il diritto dello studente al rinnovo del permesso di soggiorno in quanto «seppure sia vero che le difficoltà economiche che il ricorrente sta attraversando non giustificano il fatto che egli non è stato in grado di superare il numero minimo di esami di profitto richiesto dalla legge, tuttavia non si può escludere che la lontananza dal proprio Paese, lo svolgimento di una attività lavorativa per mantenersi gli studi, eventuali pressioni ed aspettative manifestate dalla famiglia, possono aver determinato una situazione di stress tale da compromettere l'integrità della salute del ricorrente, integrando quei *gravi motivi di salute* che ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 394/99 possono giustificare il mancato superamento di verifiche nel numero minimo previsto dalla legge».

Requisiti per il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro/attesa occupazione

Con ordinanza cautelare n. 357/2017 (RG. 776/2017) del 7.9.2017 il TAR Piemonte ha sospeso l'efficacia del provvedimento del Questore di Torino che aveva negato ad una cittadina straniera il rinnovo del permesso di soggiorno per *superamento del periodo di disoccupazione* previsto dalla legge (art. 22, co. 11 TU). Infatti, la lavoratrice ha dimostrato che dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro (marzo 2016) non era decorso il termine annuale previsto dalla predetta disposizione normativa, in quanto il preavviso di rigetto era intervenuto nel luglio 2016 e da tale data non aveva più potuto svolgere attività lavorativa stante il disposto di cui all'art. 5, co. 9-*bis* TU. Il TAR piemontese ha accolto tale tesi, affermando conseguentemente che, stante l'impossibilità di svolgere attività lavorativa successivamente al preavviso di rigetto, «la predetta ha titolo ad ottenere un permesso di soggiorno per il periodo non ancora fruito per attesa occupazione, nella misura di 8 mesi e 5 giorni».

MARTINA FLAMINI, NAZZARENA ZORZELLA

Asilo e protezione internazionale

LO STATUS DI RIFUGIATO

Appartenenza ad un determinato gruppo sociale

Il Tribunale di Bologna (15.7.2017), ritenute credibili le dichiarazioni di un giovane cittadino nigeriano – il quale aveva riferito di essere fuggito dal Paese d'origine in seguito alla scoperta, da parte della polizia e dei membri della comunità, del suo *orientamento omosessuale* – ha premesso come le domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale vadano ricondotte al motivo dell'«appartenenza ad un determinato gruppo sociale» e vadano considerate come «caratteristiche innate o immutabili, o come caratteristiche di importanza talmente fondamentale per la dignità umana che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi».

Tanto premesso, ha concluso che il fondato timore di cui all'art. 2, d.lgs. 251/2007 nel caso di soggetti omosessuali provenienti da Paesi – come la Nigeria – in cui sussiste la criminalizzazione inequivocabile e diretta, deve considerarsi in *re ipsa*. In particolare, con riferimento alla criminalizzazione, si legge nell'ordinanza che, come risultante dai numerosi ed aggiornati rapporti internazionali consultati dal giudicante, in *Nigeria* accanto alla criminalizzazione legale (rispetto alla quale l'atteggiamento del governo, pur dopo la nomina del nuovo presidente, non è mutato), esiste una criminalizzazione sociale (che si manifesta attraverso l'emarginazione ed i pregiudizi nei confronti delle persone LGBT). Tale scenario porta il giudice bolognese a ritenere che, ai fini della valutazione dei rischi cui sarebbe esposta una persona omosessuale in caso di rientro in Nigeria, stanti le predette forme di criminalizzazione, non rileva la intrinseca natura omosessuale o eterosessuale, ma la manifestazione e la percezione di un atto omosessuale da parte della società o delle autorità statuali.

Opinioni politiche

Il Tribunale di Perugia (con ordinanza n. 422 del 26.5.2017), ha riconosciuto lo *status* di rifugiato ad un giovane fuggito dall'*Ucraina* in ragione della sua *renitenza alla leva*. In particolare il giudice, dopo aver ribadito il carattere tassativo e non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva delle condizioni previste dall'art. 1, lett. A, della Convenzione di Ginevra, ha evidenziato come il rifiuto opposto dal ricorrente (il quale, ricevuta la chiamata alle armi, come confermato anche dalla produzione della cartolina precetto, si è rifiutato di partecipare al conflitto) poteva essere ricondotto al motivo di connotazione politico-sociale. Infatti, in ragione delle caratteristiche del conflitto nelle zone orientali dell'*Ucraina* – che ha visto l'uccisione di circa 5000 persone, di cui moltissimi civili a far data dall'inizio del conflitto – si è ritenuto che, in caso di partecipazione al servizio militare, il ricorrente sarebbe

stato costretto a commettere «crimini di guerra». Il predetto scenario, la avvenuta chiamata alle armi, l'impossibilità di fruire dell'esenzione (per le ragioni indicate dal ricorrente e ritenute del tutto attendibili dal giudicante) e le caratteristiche della «guerra civile» nella zona orientale del Paese d'origine del ricorrente giustificano, ad avviso del Tribunale, il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA

Art. 14, lett. c) d.lgs. 251/2007

Mali

La Corte d'appello di Cagliari (sentenza 529/2017 del 13.6.2017), in riforma della decisione del Tribunale, ha riconosciuto la protezione sussidiaria ad un richiedente proveniente dal *Sud del Mali* (in particolare da un villaggio vicino alla capitale). Il giudice di secondo grado, in particolare – pur avendo utilizzando prevalentemente dati forniti dal Ministero degli affari esteri (ed il portale www.viaggiaresicuri.it, istituzionalmente dedicato solo ad orientare le scelte di viaggio) – ha censurato la decisione del Tribunale evidenziando come non si era tenuta in debita considerazione la drammatica evoluzione della condizione socio-politica della zona meridionale del Mali caratterizzata da un «elevato rischio terroristico» e da un quadro complessivo di sicurezza estremamente critico ed in continua evoluzione.

Senegal

Con ordinanza del 19.5.2017, il Tribunale di Palermo – dopo aver ritenuto non credibili, perché incoerenti e poco plausibili, le dichiarazioni del ricorrente relative alla sussistenza di un concreto rischio individuale di subire un «grave danno» – ha ritenuto sussistente il rischio effettivo di subire un grave danno, ai sensi dell'art. 14, lett. c) del d.lgs. 251/2007. In particolare il Tribunale, dopo aver accertato che la città di provenienza del ricorrente era sita nella regione di Kolda, in *Casamance*, ha ritenuto che detta zona fosse ancora interessata dal conflitto tra il Movimento delle forze democratiche della Casamance e le forze militari, tale da ravvisare la sussistenza di un «conflitto armato interno».

Nigeria

La Corte di Cassazione 17193/2017, nel rigettare il ricorso proposto dal Ministero dell'interno avverso la sentenza della Corte d'appello di Campobasso (che aveva riconosciuto la protezione sussidiaria ad un uomo che era fuggito dall'Edo State perché minacciato dai parenti della compagna, contrari alla loro unione per motivi religiosi e perché nell'impossibilità di ricevere protezione dalle autorità statuali a causa del grave conflitto anche nel Sud della Nigeria), ha affermato come sia plausibile ritenere che, a fronte di minacce provenienti da privati cittadini, l'instabile situazione socio-politica e la sussistenza di una situazione di conflitto possa far ritenere sussistente un rischio effettivo di subire un grave danno.

Art. 14, lett. b) d.lgs. 251/2007

Il Tribunale di Milano (ordinanza del 10.7.2017), – decidendo sul ricorso di un giovane nigeriano, che aveva riferito di essere nato in Edo State e di essersi trasferito, sin dall'età di 2 anni, nello stato del Borno, nel Nord della Nigeria e di aver lasciato il suo Paese d'origine in seguito all'uccisione del padre da parte di ragazzi appartenenti al gruppo terroristico *Boko Haram* – ha ritenuto che l'uccisione del padre e le violenze subite ad opera del gruppo terroristico, nonché la gravissima situazione presente proprio nello Stato del Borno costituiscono tutti elementi per far ritenere che, in caso di rientro in Nigeria, egli sarebbe esposto al pericolo di subire un grave danno e giustificano, pertanto il riconoscimento della protezione sussidiaria.

La sez. VI della Suprema Corte, con ordinanza n. 14700/2017 – chiamata a decidere su un ricorso di un cittadino nigeriano fuggito perché accusato di *omicidio colposo* di un motociclista con il quale aveva avuto un incidente automobilistico – richiamando i principi già espressi dalla giurisprudenza di legittimità (nella pronuncia n. 2830/2015), ha ribadito la centralità del dovere di cooperazione del giudice, con particolare riferimento all'acquisizione di informazioni sulla repressione dei reati di diritto comune in Nigeria. Tanto premesso, la Corte di Cassazione ha affermato che il giudice deve esaminare la sussistenza di un rischio effettivo di subire un grave danno – rappresentato dal pericolo di subire una condanna a morte – con particolare riferimento all'esistenza di un sistema sanzionatorio che commina la pena di morte, «inflitta con brutalità e sofferenza», senza diversificare tra reati dolosi e colposi.

Il Tribunale di Messina, con ordinanza del 23.5.2017, pronunciando sul ricorso di un cittadino del Gambia – fuggito dal Paese d'origine perché accusato dell'omicidio stradale di una giovane donna e trattenuto, in stato di arresto per alcune settimane – ha affermato che, in caso di detenzione, egli sarebbe esposto al rischio di un trattamento inumano e degradante. Nell'ordinanza si legge che, pur prevedendo il *road traffic act*, per l'omicidio stradale colposo, la pena detentiva non superiore ai 5 anni di reclusione, deve ritenersi che, come confermato dai rapporti di Amnesty International consultati dal giudicante, le condizioni di vita nelle carceri in Gambia «sono particolarmente precarie e non pongono al riparo i detenuti da torture e maltrattamenti».

Alle medesime conclusioni, sempre con riferimento al rischio di subire un trattamento inumano e degradante nelle carceri del Gambia, giunge anche il Tribunale di Venezia, nella pronuncia del 21.6.2017.

Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 20.7.2017, ha, infine, riconosciuto la protezione sussidiaria ad un uomo, nato ad Asmara quando era ancora in territorio etiope e poi trasferitosi, ormai orfano, in un centro ad Addis Abeba, al quale sia il governo etiope che quello eritreo avevano rifiutato di riconoscere la cittadinanza. Il giudice meneghino, ritenuto il complessivo

quadro fornito esauriente e considerato positivo il giudizio di veridicità alla stregua degli altri indici (di genuinità intrinseca), ha proceduto ad integrare il detto giudizio con l'assunzione delle informazioni relative alla condizione generale del Paese d'origine. In particolare, dopo aver consultato i più recenti rapporti internazionali, ha concluso che le informazioni relative alla situazione dell'Eritrea e dell'Etiopia sono tali da far ritenere che, a fronte del pericolo subito per l'esposizione individuale del ricorrente – sprovvisto dei documenti di identità e cittadinanza etiope e allo stesso modo sprovvisto dei documenti di identità eritrea – le autorità statali non potrebbero offrirgli protezione.

La Suprema Corte, sez. VI-I, nell'ordinanza 17891 del 17.7.2017, decidendo sull'impugnazione proposta dal Ministero dell'interno avverso la decisione che aveva riconosciuto ad una cittadina provenienza dalla Nigeria la protezione sussidiaria, ha affermato che nella narrazione di «episodi specifici riguardanti la storia personale (in particolare l'omicidio del padre e del fratello dai seguaci di Boko Haram per motivi religiosi)» e in ragione del credo religioso debbano essere ravvisato quel «grado di individualizzazione necessario ad integrare i presupposti della protezione sussidiaria».

Ancora la Suprema Corte, sez. VI-I, con ordinanza del 3.7.2017, n. 16356, ha ribadito come, dopo aver verificato l'adempimento, da parte del ricorrente, dell'onere di presentare tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, sia l'autorità amministrativa che quella giudiziaria siano tenute a rispettare l'obbligo di cooperazione ad esse imposto dal d.lgs. n. 251 del 2007, art. 3 e segnatamente a valutare tutti i fatti pertinenti riguardanti il Paese d'origine. Tanto premesso, la Corte di legittimità, richiamando un precedente orientamento (Cass. 15192/2015), ha sottolineato che «il Giudice della protezione internazionale non può fermarsi alla valutazione delle sole ragioni che spinsero lo straniero a lasciare il Paese di provenienza, dovendo, al contrario, effettuare un esame dei fatti prospettati, anche alla luce delle condizioni socio-politiche generali di suddetto Paese, in ossequio al disposto del d.Lgs. n. 251 del 2007, art. 3, comma 3, lett. a (Cass. 15192/2015)». Merita, infine, di essere ricordato quanto ribadito dalla Corte di Cassazione in merito al fatto che agenti del «danno grave» possano essere anche soggetti privati (come, nel caso esaminato nel provvedimento in commento, anche i parenti della ragazza frequentata dal richiedente protezione), in assenza di un'autorità statale che impedisca tali comportamenti dannosi.

LA PROTEZIONE UMANITARIA

Il diritto alla protezione umanitaria, ai sensi dell'art. 5, co. 6 TU 286/98, richiamato dall'art. 32, co. 3 d.lgs. 25/2008 (e dunque riconoscibile sia dalla Commissione territoriale che dall'autorità giudiziaria se negata la protezione internazionale) è un istituto sempre più all'attenzione degli organi giudiziari e, data l'ampiezza e l'indeterminatezza della previsione (imprescindibile, stante la natura di norma di chiusura del sistema), è oggetto di variegata interpretazione ed applicazione. In particolare, si sta delineando una giurisprudenza che rinviene il bisogno di protezione umanitaria nell'esigenza di salvaguardare il richiedente dai

rischi connessi alla *instabilità sociale e politica del Paese di origine*, oppure nella valorizzazione dell'*integrazione sociale* avvenuta in Italia.

Un'ipotesi particolare è, invece, quella decisa dal Tribunale di Trieste che ha trattato della discriminazione ai danni di una minoranza etnica e del rilievo dei legami familiari *ex art. 8 CEDU*.

Con sentenza n. 476/217 la Corte d'appello di Cagliari ha negato il riconoscimento della protezione internazionale ad un richiedente asilo proveniente dalla regione del *Punjab* in *Pakistan*, per difetto di credibilità delle dichiarazioni, ritenute vaghe e contraddittorie (egli, peraltro, aveva denunciato in sede di appello erroneità della traduzione da parte di due interpreti, ma non aveva indicato diverse circostanze) e dunque non ritenendo attivabili i poteri officiosi previsti dall'*art. 3 d.lgs. 251/2007*. Comunque la Corte ha provveduto ad accertare la situazione nel Paese ed in particolare nella regione di provenienza, per l'eventuale esistenza di violenza indiscriminata e diffusa secondo le previsioni dell'*art. 14, lett. c) d.lgs. 251/2007*, escludendola in quanto le fonti di informazione consultate attestano un calo della violenza nel Punjab. Tuttavia, proprio in conseguenza dell'esistente *instabilità del Punjab*, teatro di recenti attacchi terroristi, la Corte sarda ha individuato il rischio per la popolazione di violazione dei diritti fondamentali e dunque ha riconosciuto al richiedente la *protezione umanitaria*, di natura temporanea, «potendosi prognosticare un'evoluzione positiva della situazione».

Con riguardo ad altro Paese, il *Mali*, la Corte d'appello di Bari, con sentenza n. 62/2017 ha negato il riconoscimento della protezione internazionale a richiedente asilo maliano (per difetto di credibilità), proveniente dal sud del Paese, ritenendo che, pur se non totalmente pacificata, la situazione sia tutto sommato stabilizzata e negando anche il riconoscimento della protezione umanitaria con motivazione che, partendo dal difetto di credibilità, prende in considerazione anche l'integrazione sociale in Italia, ritenuta però insussistente. Così la Corte pugliese: «L'eventuale rimpatrio, quindi, non esporrebbe l'appellante a una situazione di conflitto armato interno rilevante per la protezione sussidiaria, oppure – tenuto conto della conclamata inattendibilità dei motivi dell'emigrazione indicati alla Commissione e dell'assenza anche di un principio di integrazione nel nuovo contesto di vita – di specifica e grave vulnerabilità personale, rilevante per la protezione umanitaria.».

La Corte pugliese, dunque, ha *escluso la tutela umanitaria* innanzitutto perché ritiene ostativa la non credibilità delle dichiarazioni del richiedente, ed inoltre per non avere dimostrato nessuna concreta integrazione in Italia.

Con ordinanza del 3.3.2017 (RG. 44/2016) il Tribunale di Firenze ha riconosciuto la protezione umanitaria a richiedente asilo del *Punjab*, *Pakistan*, dopo avere negato il riconoscimento della protezione internazionale in quanto, pur ritenuto attendibile il racconto

del richiedente, la risalenza nel tempo dei fatti ed il contesto territorialmente limitato delle minacce subite, escludono la ricomprensione della vicenda nelle fattispecie previste dalla legge. Il Tribunale, tuttavia, ha riconosciuto il diritto alla *protezione umanitaria* in considerazione della *instabilità del Paese* che esclude un rimpatrio in condizioni di sicurezza.

Con altra ordinanza, del 10.4.2017 (RG.18329/2015), il Tribunale di Firenze ha riconosciuto la protezione umanitaria a richiedente asilo proveniente dalla regione del *Punjab, in Pakistan* (dopo il rigetto da parte della Commissione territoriale per la natura privata dei fatti raccontati), in quanto, pur avendo escluso che la situazione ivi esistente rientri nella definizione di conflitto armato interno rilevante ai fini della protezione sussidiaria, l'ha qualificata come di *grave instabilità*, sia pur temporanea, che esclude che il richiedente possa rientrare in Pakistan in condizione di sicurezza. Il Tribunale ha *valorizzato nel contempo, il lavoro* reperito dal richiedente in Italia, talché il suo rimpatrio lo esporrebbe ad una situazione di «assoluta precarietà esistenziale».

Con ordinanza 3.6.2017 il Tribunale di Bologna (RG. 11000/2016) ha riconosciuto la protezione umanitaria a richiedente asilo proveniente dalla *Costa d'Avorio*, dopo avere accertato che per la vicenda narrata (contesa con parenti e conseguente esclusione sociale) non avrebbe trovato protezione nel Paese di origine (per la prevalenza del diritto consuetudinario su quello legale, per un inefficace obbligo scolastico, per la precarietà economica del Paese). Pur escludendo che tale situazione faccia rientrare il caso nella protezione internazionale, il Tribunale ha riconosciuto il diritto alla *protezione umanitaria* stante la mancanza di legami familiari in patria e di risorse economiche e verificata la precaria situazione economica in Costa d'Avorio e dunque una condizione di *vulnerabilità personale*, nel contempo valutando *l'inserimento sociale in Italia* attraverso il percorso formativo e lavorativo in corso. Secondo il giudice, infatti, la residuale tutela gli va riconosciuta «affinché egli possa avere il tempo nel Paese ospitante, in cui ha saputo utilizzare proficuamente i mezzi che gli sono stati messi a disposizione dal sistema di accoglienza, di consolidare il suo futuro».

Sempre il Tribunale di Bologna, con ordinanza 20.6.2017 (RG. 3399/2017) ha riconosciuto la *protezione umanitaria* a richiedente asilo proveniente dal *sud della Nigeria (Edo State)*, pur non ritenendo del tutto attendibili le sue dichiarazioni (soprattutto per la parte relativa alla richiesta di protezione alle proprie autorità statali), ma accertando la sua estrema *fragilità soggettiva*, causata dalla peculiare vicenda vissuta (violenza familiare psicologica, more violenta dei genitori).

Secondo il giudice bolognese la tutela umanitaria consentirebbe alla richiedente asilo di elaborare adeguatamente il proprio vissuto, dopo le drammatiche vicende vissute in patria, tenuto anche conto del buon inserimento sociale in Italia.

Con decisione 4.7.2017 (RG. 33/2016) il Tribunale di Trieste ha riconosciuto la *protezione umanitaria* a richiedente asilo della *Macedonia*, appartenente alla *minoranza etnica rom*, in ragione della discriminazione accertata in quel Paese ai danni dell'intera etnia. Interessante la pronuncia che, richiamando espressamente l'art. 8 CEDU, valorizza i *legami familiari* della richiedente in Italia, ove vivono il compagno (cittadino afghano, titolare di protezione sussidiaria) e la loro figlia, nata nel 2011 e ben inserita nella società italiana.

Con ordinanza 10.7.2017 (RG. 244/2017) il Tribunale di Milano ha negato la protezione internazionale a richiedente asilo proveniente dal *sud della Nigeria*, escludendo, sulla base di fonti di informazione indicate, l'esistenza sia di atti persecutori rientranti nel rifugio politico, che di una situazione, in quella area, di conflitto armato interno/violenza generalizzata rilevante secondo la definizione di protezione sussidiaria. Dopo avere descritto la *natura della protezione umanitaria* ed evidenziato che i seri motivi umanitari, unitamente agli obblighi costituzionali ed internazionali, riguardano fattispecie riferibili a peculiari vulnerabilità, il Tribunale ha riconosciuto la *protezione umanitaria*, in ragione della peculiare *vulnerabilità* del richiedente conseguente alla sua giovane età e all'essere privo in patria di legami familiari in grado di sostenerlo e di proteggerlo, nel contempo *valorizzando l'inserimento sociale in Italia*, attestato dalla convivenza con una famiglia italiana, con l'apprendimento della lingua italiana e con l'instaurazione di un rapporto di lavoro.

Con ordinanza 17.7.2017 (RG.1900/2017) il Tribunale di Bari ha riconosciuto la protezione umanitaria a richiedente asilo proveniente dal *Ghana*, in ragione delle sue *condizioni di salute* (seria patologia) e della impossibilità o difficoltà di ricevere adeguate cure nel Paese. Il Tribunale compie una ricostruzione giurisprudenziale della protezione umanitaria, giungendo alla conclusione secondo cui «Non v'è dubbio che il diritto alla salute dell'istante – da qualificarsi “diritto umano fondamentale” ai sensi e per gli effetti di cui al su richiamata giurisprudenza di legittimità – risulterebbe esposto a grave compromissione laddove lo stesso non potesse continuare a godere dell'assistenza specialistica assicurata in Italia [...], essendo improbabile che, per le note condizioni di inadeguato sviluppo, prestazioni di assistenza e cure mediche almeno equivalenti possano essergli garantite nel Paese di provenienza».

Con ordinanza 17.7.2017 (RG. 2129/2017) il Tribunale di Milano ha riconosciuto a richiedente asilo del *Mali* la *protezione umanitaria*, pur in difetto di credibilità delle sue dichiarazioni che avevano condotto all'esclusione dal riconoscimento della protezione internazionale. Il Tribunale ha ancorato l'accertamento del bisogno di tutela umanitaria alla valutazione dei pericoli ai quali andrebbe incontro in caso di rimpatrio nel suo Paese. Accertamento che ha condotto l'autorità giudiziaria a rinvenire una *situazione di insicurezza*, derivante detti pericoli conseguenti al fenomeno del banditismo nell'area centrale del Mali,

all'intensificarsi di conflitti comunitari, al fenomeno del terrorismo, tali da escludere che il richiedente possa ritornare nel Paese in condizioni attuali di sicurezza.

Il Giudice ha, altresì, valutato positivamente il *percorso di integrazione sociale* del richiedente comprovato dalle attività di formazione e istruzione seguite e dall'attività lavorativa in corso.

Con ordinanza 24.7.2017 il Tribunale di Torino ha riconosciuto la *protezione umanitaria* a richiedente asilo del *Senegal (Casamance)*, per il quale era stata chiesta esclusivamente detta forma di protezione. Il Tribunale, ricostruita sinteticamente la vicenda (giovane orfano, affidato alle cure di un padrino, poco scolarizzato, con uccisione del padrino da parte dei ribelli e fuga del giovane in altra area del Paese per alcuni anni, prima dell'esodo in Libia) ha rinvenuto i seri motivi umanitari in relazione alla *condizione di particolare vulnerabilità soggettiva* del richiedente che, se rinvio in Senegal, si troverebbe «privo di qualsiasi affetto nonché di beni che gli consentirebbe di riprendere la sua vita».

Il giudice ha attribuito importanza anche al percorso di *integrazione sociale* del giovane richiedente, dimostrato attraverso attestati di apprendimento della lingua, di attività di volontariato e dello svolgimento di un lavoro, tali da ritenere che egli abbia «raggiunto un apprezzabile grado di integrazione nel tessuto sociale ed economico italiano».

LE MISURE DI ACCOGLIENZA

Con sentenza n. 110/2017 il Tar Liguria ha annullato il provvedimento con cui il prefetto della provincia di Genova ha *revocato la misura dell'accoglienza* in un Centro straordinario di accoglienza (CAS) ad una richiedente asilo, per ritenuta violazione del regolamento delle strutture di accoglienza (comportamento, qualificato irrispettoso, nei confronti degli operatori, non rientro nelle ore notturne in assenza di autorizzazione).

Il Tar ha annullato il provvedimento in quanto, essendo di natura discrezionale, deve necessariamente essere preceduto da un *contraddittorio con il destinatario*, ai sensi dell'art. 7, l. 241/2000 e s.m. (comunicazione di avvio del procedimento). Pronuncia con cui si conferma l'applicazione delle norme e dei principi della legge cd. sulla trasparenza amministrativa.

La pronuncia è di interesse anche nella parte in cui rigetta per inammissibilità la richiesta di ammissione al *patrocinio a spese dello Stato*, per difetto di produzione di certificazione consolare relativa alla situazione reddituale nel Paese di provenienza o, in alternativa, di prova della impossibilità di acquisirla, non essendo applicabile, secondo il Tar, l'art. 25 della Convenzione di Ginevra in quanto l'interessata era richiedente asilo e non rifugiata.

Invero, la pronuncia non ha fatto applicazione della speciale disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato del richiedente asilo ed in particolare dell'art. 16, d.lgs. 25/2008, secondo cui «Nel caso di impugnazione delle decisioni in sede giurisdizionale, il cittadino straniero è assistito da un avvocato ed è ammesso al gratuito patrocinio ove ricorrano le condizioni previste dal d.p.r. 30.5.2002, n. 115. In ogni caso per l'attestazione dei redditi prodotti all'estero si applica l'art. 94 del medesimo decreto.».

Detto art. 94 del TU Spese di giustizia (che disciplina presupposti e modalità per l'ammissione per chiunque al beneficio del patrocinio a spese dello Stato) contempla proprio l'impossibilità di ottenere la certificazione consolare prevedendo, in alternativa, la produzione di certificazione sostitutiva. Ma è soprattutto l'art. 8, d.lgs. 21/2015 che doveva essere applicato, in quanto prevede che «Ai fini dell'ammissione al gratuito patrocinio ai sensi dell'art. 16 del decreto, la documentazione prevista dall'art. 79 del d.p.r. 30.5.2002, n. 115, è sostituita da una dichiarazione sostitutiva di certificazione resa dall'interessato».

È noto, infatti, che il richiedente asilo non può avere rapporti con le proprie autorità nazionali (possibilità esclusa per chiunque sia a conoscenza della richiesta di asilo) e pertanto l'accorto legislatore ha previsto una esplicita deroga per il richiedente asilo della documentazione da allegare per ottenere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Deroga che non è stata minimamente considerata dal Tar ligure.

I PROVVEDIMENTI DI RINVIO EX REGOLAMENTO n. 604/2013 DUBLINO III

Con sentenza 2272/2017 il Consiglio di Stato ha annullato un provvedimento dell'Unità Dublin, del Ministero dell'interno, che, all'esito della procedura di determinazione dello Stato dell'Unione europea competente all'esame della domanda di riconoscimento della protezione internazionale, secondo i criteri di cui al regolamento n. 604/2013, aveva disposto il *rinvio* di un richiedente asilo del Pakistan in *Ungheria* (risultava, infatti, che il richiedente, prima della richiesta di protezione in Italia, aveva presentato analoga istanza in Ungheria, ove era approdato nel 2014 al termine della cd. rotta balcanica). Dopo avere espletato un'attività istruttoria finalizzata all'accertamento delle effettive condizioni dei richiedenti asilo in Ungheria e richiamate numerose fonti di Agenzie istituzionali (UNHCR ed EASO), il Consiglio di Stato, riformando completamente la decisione negativa del Tar Lazio, ha annullato la decisione di rinvio ritenendo *l'Ungheria Paese terzo non sicuro*, nel quale il richiedente asilo avrebbe concretamente *rischiato trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 della CEDU*.

IL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Il Tribunale di Trieste, con ordinanza 23.5/6.7.2017 (RG. 3988/2016) ha annullato il provvedimento con cui il giudice monocratico del Tribunale aveva *revocato l'ammissione del richiedente asilo al patrocinio a spese dello Stato* (disposta in via anticipata e provvisoria dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati), *in conseguenza del rigetto del ricorso* avverso il diniego di riconoscimento della protezione internazionale della Commissione territoriale. Revoca disposta per *colpa grave*, vale a dire una delle ipotesi contemplate dall'art. 136 d.p.r. 115/2002.

In sede di opposizione alla revoca, *ex art. 170 del medesimo TU Spese di giustizia ed art. 15 d.lgs. 150/2011*, altro magistrato (delegato dal Presidente del Tribunale cui va diretta l'opposizione) ha ritenuto *insussistente la colpa grave*, in quanto nella particolare materia della

protezione internazionale, l'oggettiva difficoltà di produrre prove, il dovere di cooperazione istruttoria in capo sia all'autorità amministrativa che a quella giudiziale e i diversi orientamenti giurisprudenziali, escludono che il ricorrente potesse «prevedere con sufficiente certezza l'esito del ricorso giurisdizionale».

Decisione particolarmente importante, sia perché chiarisce quali possa essere i presupposti per la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (che non può conseguire automaticamente al rigetto dell'impugnazione), sia in previsione di quanto potrà avvenire a seguito della riforma operata dalla legge n. 46/2017, che ha modificato per i soli giudizi di protezione internazionale la disciplina del cd. gratuito patrocinio, imponendo che il giudice che rigetti un ricorso avverso un provvedimento con cui la Commissione territoriale dichiara inammissibile la richiesta di protezione internazionale o manifestamente infondata, sia tenuto a motivare perché NON revoca il patrocinio a spese dello Stato.

QUESTIONI PROCESSUALI

La forma dell'atto di appello: una questione ancora aperta

Con ordinanza n. 17420 del 13.7.2017 la Corte di cassazione è intervenuta su una questione che, negli ultimi tempi, aveva visto la giurisprudenza di merito assumere opposti orientamenti in tema di *forma dell'atto d'appello* avverso la decisione di 1° grado del Tribunale, in materia di protezione internazionale. Come evidenziato su questa *Rivista* (cfr. Rassegna asilo e protezione internazionale nn. 1 e 2 del 2017), a seguito della riforma dell'art. 19 d.lgs. 150/2011 operata dal d.lgs. 142/2015, parte della giurisprudenza ha ritenuto che il riferimento in detta disposizione al «ricorso», che le Corti d'appello dovevano definire entro 6 mesi, era da intendersi come indicazione della forma dell'atto di impugnazione di 2° grado, con la conseguenza che l'introduzione dell'appello con atto di citazione depositato (*rectius*: iscritto a ruolo) oltre il termine di 30 gg. (ai sensi dell'art. 702 *quater* c.p.c.) era da ritenersi tardivo e dunque rendesse inammissibile l'appello.

Altra parte della giurisprudenza, invece, riteneva che l'uso del termine «ricorso» nella novella del 2015 fosse in senso atecnico, valendo dunque per l'appello *ex art. 702 quater* c.p.c. la forma dell'atto di citazione (approdo a cui era giunta, in generale, la Cassazione dopo il d.lgs. 150/2011).

Arrivata la questione davanti alla Suprema Corte, con l'ordinanza n. 17420/2017 ha affermato che la riforma del 2015 ha inteso definire i tempi delle procedure giudiziali ma non mutare la forma dell'atto di appello, che dunque anche in materia di protezione internazionale è *l'atto di citazione* (da notificarsi entro 30 gg. ed iscriverlo a ruolo entro i successivi 10 gg.), in coerenza con l'orientamento già formatosi per tutte le cause soggette al rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 *bis* c.p.c.

Stante il ruolo nomofilattico della Cassazione, ci si aspettava che la questione fosse definitivamente risolta, senza che le Corti d'appello potessero orientarsi diversamente l'una dall'altra (con effetti evidentemente irragionevoli) o mutare il proprio orientamento in corso di

causa (come avvenuto, letteralmente, in molte situazioni), penalizzando il diritto al processo dei richiedenti asilo.

Così non è avvenuto.

Con ordinanza RG. 825/2017 del 17 luglio 2017 e depositata il 24 successivo, la Corte d'appello di Venezia ha espressamente *disatteso la pronuncia della Cassazione*, ritenendo di doversene discostare e dunque ribadendo che la forma dell'atto d'appello deve essere il *ricorso*. Secondo il giudice d'appello veneto, che conosce la pronuncia della Cassazione n. 17420/17, il legislatore del 2015 ha inteso esplicitamente accelerare le procedure giudiziali indicando in 6 mesi il termine entro il quale ognuno dei tre gradi di giudizio doveva essere definito (oggi la disciplina è mutata ancora ad opera della legge n. 46/2017) e, per rispettare tale finalità, l'uso della locuzione «deposito del ricorso» anche per la fase dell'appello non può essere inteso in senso atecnico. Infatti, se, al contrario, si ritenesse l'atto di citazione come forma dell'appello, la scansione dei tempi della causa sarebbe assegnata principalmente alle parti, con esclusione di ogni potere acceleratorio del giudice, in quanto è la parte ad indicare la data dell'udienza (che non può essere inferiore a 90 gg. ex art. 163 c.p.c.) e, in conclusione del giudizio, ognuna delle parti in giudizio ha il diritto di depositare comparse conclusionali entro 60 gg. dall'ultima udienza e ulteriore 20 gg. per le repliche, ai sensi dell'art. 190 c.p.c. Se rispettati tali termini, sarebbe oggettivamente impossibile, secondo il giudice veneziano, rispettare quello semestrale di definizione del giudizio indicato dal legislatore del 2015, vanificando la finalità dallo stesso perseguita.

La Corte d'appello di Venezia, dunque, ha disposto la *conversione del rito* (evidentemente perché l'iscrizione a ruolo era avvenuta comunque entro i 30 gg. dal deposito dell'ordinanza di 1^a grado).

Interpretazione, quella qui in esame, che riapre la questione della forma dell'atto d'appello, nel frattempo rischiando che svariati appelli cadano sotto la scure dell'inammissibilità, senza neppure che venga ritenuto errore scusabile l'utilizzo da parte del difensore del richiedente asilo di una forma o dell'altra (scelta necessitata dall'iniziale orientamento giurisprudenziale), con un risultato che mortifica, ancora una volta, il diritto d'asilo.

Successivamente, in data 11.9.2017 è stata depositata l'ordinanza n. 21030/17 della Corte di cassazione, che ha ribadito che la *forma dell'atto d'appello è la citazione* e non il ricorso, e la tempestività va verificata con riguardo alla data della notifica dell'impugnazione e non a quella del suo deposito in Corte d'appello.

La sospensione del provvedimento della Commissione territoriale nelle more del giudizio.

Con ordinanza del 14.7.2017 la Corte d'appello di Bologna ha confermato il proprio consolidato orientamento, affermando che la *sospensione del provvedimento della Commissione*

territoriale, che nega il riconoscimento della protezione internazionale, *opera per tutti i gradi di giudizio*.

La riforma dell'art. 19 d.lgs. 150/2011, ad opera del d.lgs. 142/2015, ha, infatti, comportato una modifica della previgente disciplina che subordinava la sospensione a specifico provvedimento giudiziale, disponendo la sospensione automatica a seguito di presentazione del ricorso, ad eccezione dei casi espressamente esclusi dalla norma (per i quali vale ancora il diritto di chiedere al giudice detta sospensione dell'efficacia del provvedimento). Secondo la Corte felsinea, dunque, «la disciplina vigente comporta la sospensione del provvedimento impugnato per l'intera durata della procedura, in conformità delle indicazioni della direttiva 32 cit., che agli artt. 9 e 46 sancisce il diritto dei richiedenti asilo di rimanere nello Stato membro durante l'intera procedura, amministrativa di esame della domanda e negli eventuali sviluppi in sede giurisdizionale promossi con ricorso dello straniero, nell'ottica premessa nei considerando dell'effettività della garanzia dell'ottenimento della protezione internazionale».

La sospensione del provvedimento questorile di revoca del permesso di soggiorno conseguente a rigetto del ricorso di 1^a grado

Con ordinanza 12.7.2017 (RG. 5660/2017) il Tribunale di Cagliari ha affrontato una questione particolare, ovverosia il *rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno* e l'intimazione a lasciare il territorio nazionale in conseguenza del rigetto in 1^a grado del ricorso avverso il diniego di riconoscimento della protezione internazionale, nonostante la proposizione dell'appello.

Nel caso specifico, il richiedente asilo aveva chiesto alla Corte d'appello di sospendere l'efficacia del provvedimento della Commissione, nelle more del giudizio, ma la revoca e l'intimazione questorile sono intervenute prima che il giudice d'appello si sia pronunciato.

Il Tribunale cagliaritano, adito dal richiedente asilo, ha sospeso l'efficacia del provvedimento del questore nella parte in cui intimava di lasciare l'Italia entro 15 gg., impregiudicata ogni ulteriore decisione all'esito di quella della Corte d'appello sulla cd. sospensiva.

Il giudice non ha ritenuto di potere sospendere l'efficacia dell'intero provvedimento del questore ma il testo della decisione non lascia comprendere quale sia stato ritenuto l'impedimento.

ROBERTA CLERICI

Cittadinanza e apolidia

Nel periodo qui considerato, maggio-agosto 2017, (nonché in alcune sentenze risalenti ad aprile) emerge soprattutto un discreto numero di decisioni in tema di acquisto della cittadinanza italiana per naturalizzazione alle quali si affiancano talune pronunce che confermano il consolidato orientamento sull'acquisto della cittadinanza per filiazione così come quello all'acquisto c.d. per elezione e all'apolidia.

Acquisto della cittadinanza per filiazione

Non accennano a diminuire le domande di accertamento della cittadinanza italiana per filiazione da parte dei discendenti di cittadini italiani emigrati all'estero, a volte addirittura due secoli orsono. L'effetto retroattivo dell'intreccio tra le due (ormai ben note) sentenze costituzionali 16.4.1975 n. 87 e 9.2. 1983 n. 30, interpretate alla luce di quella della Corte di Cassazione a sezioni unite 25.2.2009 n. 4466, comporta il riconoscimento della cittadinanza italiana ai discendenti di cittadine le quali avevano perso il loro *status civitatis* originario a seguito dell'acquisto di una cittadinanza straniera per matrimonio.

Dai fatti posti alla base di *Trib. Roma, sent. 5.7.2017 n. 13659* (in *Banca dati De Jure*) risulta che la “catena di trasmissione” della cittadinanza era avvenuta per linea maschile dalla fine del 1800 sino al 1974, anno nel quale una discendente aveva contratto matrimonio con un cittadino straniero. Inevitabile dunque l'accoglimento delle domande, rilevando che «il diritto di cittadinanza in quanto *status* permanente ed imprescrittibile, salva l'estinzione per effetto di rinuncia da parte del richiedente, è giustiziabile in ogni tempo (anche in caso di pregressa morte dell'ascendente o del genitore dai quali deriva il riconoscimento) per l'effetto perdurante anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione dell'illegittima privazione dovuta alla norma discriminatoria dichiarata incostituzionale». Occorre inoltre rilevare che gli attori lamentavano altresì il silenzio, protrattosi per due anni, da parte del Consolato italiano a San Paolo del Brasile ai fini di ottenere tale riconoscimento per via amministrativa. È noto del resto che tale Consolato è sommerso di domande di tal genere, anche se tale situazione non ha impedito in passato ai giudici amministrativi di comminare ad esso una messa in mora riguardo al rilascio dei documenti necessari a comprovare la “catena” suddetta.

Acquisto della cittadinanza "per elezione"

In tema di acquisto volontario della cittadinanza italiana a favore dei cittadini stranieri o apolidi nati e residenti «legalmente» e ininterrottamente in Italia sino al compimento della maggiore età, previsto dall'art. 4, co. 2., l. n. 91/92 e successivamente modificato dall'art. 33 della l. n. 98/2013, è intervenuta *Cass., sent. 17.5.2017 n. 12380*. Il ricorso traeva origine dal rigetto, nei due precedenti gradi di giudizio, di una domanda di accertamento della cittadinanza italiana,

esclusivamente motivato su una risalente *sottoscrizione* (ovvero, iscrizione) della residenza all'estero ad opera del padre della ricorrente, malgrado numerosi documenti attestassero la presenza della famiglia, ivi compresa la figlia sin dalla nascita, in Italia nel periodo utile per il successivo riconoscimento della cittadinanza italiana. Nell'accogliere il suddetto ricorso e confermando il principio della residenza effettiva già largamente applicato dalla giurisprudenza di merito, la Suprema Corte ha così ricostruito la portata dell'art. 4: «La condizione dettata dalla norma relativa alla residenza in Italia fino al raggiungimento del diciottesimo anno di età deve essere interpretata, coerentemente con quanto ritenuto dalla dottrina pressoché unanime, con specifico riferimento all'avverbio "legalmente", come permanenza in Italia non clandestina ovvero in violazione delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini stranieri. L'affacciarsi del fenomeno della migrazione al momento dell'entrata in vigore della legge sulla cittadinanza ha dettato l'esigenza di qualificare come "legale" la condizione costituita dall'ininterrotta residenza, utilizzando un termine del tutto eterogeneo rispetto alla qualificazione normativa della residenza desumibile dall'art. 43 c.c. o dalle norme processuali sulle notificazioni degli atti. Secondo l'art. 43 la residenza è il luogo della dimora abituale. Ugualmente, la definizione giuridica di residenza, mutuabile dalle disposizioni processuali sulla notificazione degli atti giudiziari (artt. 138 e ss. codice di rito), si fonda sul criterio dell'effettività, da ritenersi prevalente ove provata sulla residenza anagrafica. (Cass., n. 2814 del 2000; n. 5726 del 2002). Peraltro, come esattamente sottolineato nel ricorso, nelle circolari esplicative, dettate dal Ministero dell'interno, ed in particolare nella circolare n. 22 del 2007, *ratione temporis* applicabile, viene espressamente precisato che l'eventuale iscrizione anagrafica tardiva del minore non può pregiudicare l'acquisto della cittadinanza italiana quando vi sia in concreto la residenza effettiva. L'incidenza quantitativa del fenomeno dell'errore, a danno dei requisiti dell'acquisto della cittadinanza da parte del minore nato da genitori stranieri e residente in Italia dalla nascita, si è rivelata così frequente da richiedere l'intervento del legislatore. Il d.l. n. 69/2013, art. 33, conv. con modif. dalla l. n. 98/2013, rivolto proprio alla "semplificazione del procedimento per l'acquisto della cittadinanza per lo straniero nato in Italia" prevede espressamente che: Ai fini di cui all'art. 4, co. 2, l. 5.2.1992, n. 91, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della Pubblica Amministrazione, ed egli può dimostrare il possesso dei requisiti con ogni altra idonea documentazione».

Acquisto della cittadinanza per naturalizzazione

Come di consueto, anche le pronunce qui considerate non possono che soffermarsi sull'ampiezza della discrezionalità, attribuita da questo modo di acquisto della cittadinanza, previsto dall'art. 9, co.,1 lett. f) della l. n. 91/92, alla valutazione della Pubblica Amministrazione nonché sul grado di trasparenza dei motivi di rigetto delle relative domande.

A proposito di quest'ultima merita di essere richiamata (anche se anteriore al periodo qui considerato) la vicenda sottostante a Tar Lazio, sez. II, sent. 10.4.2017 n. 4416, anche perché

da essa risulta che il Ministero dell'interno, dapprima restio a produrre la documentazione relativa al rifiuto della cittadinanza giustificato da motivi inerenti alla sicurezza dello Stato, aveva poi adempiuto a tale obbligo dietro una seconda sollecitazione da parte dei giudici. La correttezza di tale rifiuto viene avvalorata dal Tribunale unitamente alle "cautele" con le quali la documentazione è stata versata in atti, a causa della natura riservata di quest'ultima in relazione alle posizioni di «radicalismo islamico anti-occidentale» evidenziate dagli «organismi preposti ai servizi di sicurezza dello Stato». Infatti, sulla attendibilità delle notizie da essi comunicate «non è dato ragionevolmente dubitare, sia perché come detto provengono dagli organi specificamente preparati e adibiti alle indagini della specie sia perché alcun certo e sicuro elemento contrario è stato prodotto dalla parte in proposito. Non può dunque essere ravvisato alcun vizio nell'operato degli uffici istruttori né da parte del Ministero, atteso che quest'ultimo, nel respingere l'istanza per il rilascio della cittadinanza italiana, ha fondato il suo giudizio negativo su quelle attività di indagine ed ha prestato fede alla loro provenienza istituzionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 28 novembre 2011 n. 6289) né sarebbe stata opportuna l'esternazione di maggiori dettagli. Si può richiamare in proposito su questi temi la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato (cfr., tra le tante, Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5103 e 19 luglio 2005, n. 3841) ad avviso della quale il provvedimento di diniego non deve necessariamente riportare le notizie che potrebbero in qualche modo compromettere l'attività preventiva o di controllo da parte degli organi a ciò preposti, essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni del diniego senza dover indicare tutte le valutazioni interne che hanno condotto al giudizio sfavorevole dell'amministrazione. La Sezione ha già affermato anche il principio di diritto, per cui, nei casi in cui il diniego di cittadinanza è fondato su ragioni inerenti la sicurezza della Repubblica, il provvedimento di diniego è sufficientemente motivato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, quando consente di comprendere l'*iter* logico seguito dall'amministrazione nell'adozione dell'atto, non essendo necessario che vengano espressamente indicate tutte le fonti ed i fatti accertati sulla base dei quali è stato reso il parere negativo (Tar Lazio II quater, 3 marzo 2014, n. 2453). Gli accertamenti sulla sicurezza pubblica sono, infatti, naturalmente riservati e quando non sono posti a base di misure limitative della libertà o di altri diritti costituzionalmente garantiti ma danno luogo alla formulazione di una valutazione riferibile al potere sovrano dello Stato di ampliare il numero dei propri cittadini (e che può essere risollecitata dopo cinque anni dall'emanazione del diniego, ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 91 del 1992), ben possono essere esternati con formule sintetiche che, piuttosto che configurarsi meramente apodittiche, hanno l'obiettivo di evitare il disvelamento di notizie che potrebbero compromettere anche solo attività di *intelligence* in corso».

La maggior parte delle decisioni di questa Rassegna affronta tuttavia il problema relativo all'incidenza di sentenze o di procedimenti penali a carico del richiedente giungendo a soluzioni interpretative piuttosto restrittive.

La premessa di tali decisioni è sempre costituita dalla ben nota motivazione secondo cui «l'amplessissima discrezionalità dell'Amministrazione in questo procedimento si esplica in un potere valutativo che si traduce in un apprezzamento di opportunità circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulla base di un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irrepreensibilità della condotta (Cons. Stato sez. VI n. 5913 del 9.11.2011; id. n. 52 del 10.1.2011; n. 282 del 26.1.2010; T.a.r. Lazio sez. II quater n. 3547 del 18.4.2012)». Inoltre, «trattandosi di esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione, il sindacato sulla valutazione compiuta dall'Amministrazione non può che essere di natura estrinseca e formale; non può spingersi, quindi, al di là della verifica della ricorrenza di un sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole (Cons. Stato sez. VI 9.11.2011, n. 5913; T.a.r. Lazio II quater n. 5665 del 19.6.2012)». Così si esprime Tar Lazio, sez. I-ter, sent. 13.4.2017 n. 4552 sia pure in un caso che evidenziava due risalenti condanne per guida in stato di ebbrezza; in ogni caso, sulla motivazione del rigetto concernente «la scarsa affidabilità» del richiedente deve avere certamente influito «la mancata dichiarazione sulla sussistenza di tali condanne nella domanda di concessione della cittadinanza italiana, che integra il reato di falso».

Negli stessi termini relativi alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione e al rilievo dei comportamenti penalmente rilevanti si è pronunciato successivamente Tar Lazio, sez. I ter, sent. 6.6.2017, n. 6649 (rispetto al quale vale forse la pena di sottolineare che il ricorso era stato presentato nel 2005), a fronte di una serie di denunce per lesioni volontarie e di condanna per furti a danno della moglie, sia pure risalenti agli anni Novanta.

Meritano poi di essere poste in evidenza due decisioni del Consiglio di Stato che hanno valutato il ruolo dell'istituto della riabilitazione nella prospettiva in esame. Nella prima, Cons. di Stato, sez. III, sent. 5.5.2017 n. 2082, lo straniero appellante deduceva l'illegittimità del provvedimento di diniego della cittadinanza da parte della Pubblica Amministrazione convalidato dal Tar Lazio; tale provvedimento era fondato su una sola condanna penale inflitta nel 2008 dal giudice di pace per condotte risalenti ad epoca ancora precedente, senza considerare, sempre ad avviso dell'appellante, gli altri elementi positivi di integrazione sociale (lunga permanenza in Italia, adeguata capacità lavorativa, presenza di figli nati in Italia); era altresì pendente un procedimento per la riabilitazione. Secondo il Consiglio di Stato questi argomenti tuttavia non reggono di fronte al comportamento del richiedente, il quale, alla luce del provvedimento del Ministero, «all'atto di presentazione dell'istanza, ha autocertificato di non aver mai subito condanne penali, condotta che potrebbe andare a configurare una ulteriore ipotesi di reato». Questa omissione «ha indotto l'autorità amministrativa a ritenere inaffidabile il comportamento del richiedente ai fini del riconoscimento della cittadinanza, con una valutazione che appare logica, coerente ed espressiva di un corretto esercizio del potere ampiamente discrezionale, comunque, da parte del Ministero dell'Interno nel riconoscere o

meno la cittadinanza». Dunque, la lunga permanenza in Italia, la stabile occupazione lavorativa e la presenza di figli nati in Italia «sono apparsi all'Amministrazione e appaiono, in questa sede, del tutto recessivi. Rientra, infatti, nella insindacabile discrezionalità del Ministero dell'Interno ritenere che il richiedente possa essere accolto nella comunità italiana (Cons. Stato, Sez. I, 4.5.1966, n. 914), con la concessione della cittadinanza, solo se non risultino la sua pericolosità ed il suo coinvolgimento in vicende aventi rilevanza penale (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 25.8.2016, n. 3696; Cons. St., Sez. III, 28.11.2011, n. 6289; Cons. St., sez. I, 14.1.2004, n. 5267), soprattutto quando esse si caratterizzino di per sé per l'obiettivo gravità delle accuse, come nel caso di specie, relative comunque a fatti di violenza contro la persona». Né può assumere rilievo la riabilitazione dell'interessato, ottenuta «sul presupposto delle prove effettive e costanti di buona condotta», in ragione ancora della mancata menzione della precedente condanna penale.

Come si è anticipato, gli effetti della riabilitazione sono stati analizzati anche da Cons. di Stato, sez. III, sent. 20.6.2017 n. 2997. Si tratta di una decisione alquanto sintetica, dato che le parti non avevano sollevato obiezioni di fronte alla prospettata possibilità di definire il giudizio mediante sentenza in forma semplificata. Pure in questa occasione il Consiglio di Stato respinge il ricorso di una cittadina straniera e conferma la precedente decisione del Tar Lazio e perciò la validità del provvedimento ministeriale di diniego di cittadinanza. Dopo aver semplicemente ricordato «il pacifico orientamento che riconosce all'Amministrazione amplissima discrezionalità nell'esame delle domande di concessione della cittadinanza italiana», è stato ritenuto che «tale discrezionalità è stata, nella specie, esercitata legittimamente atteso che l'esistenza dei precedenti penali, gli ultimi dei quali risalgono a data recente, imputati all'appellante non è contestata, e la riabilitazione, intervenuta successivamente all'adozione del provvedimento impugnato, potrà, a tutto voler concedere, essere presa in considerazione qualora l'appellante apra un nuovo procedimento volto alla concessione della cittadinanza italiana ma non inficia la legittimità del provvedimento oggetto del presente giudizio».

Accertamento dell'apolidia

I requisiti attinenti alla dichiarazione dello *status* di apolide sono stati ancora una volta affrontati da *Trib. Roma, sent. 1.6.2017, n. 11197* (in *Banca dati De Jure*) riguardo ad un individuo non riconosciuto come proprio cittadino né dalla Serbia, Stato nel quale si trovava la città di origine della madre che a sua volta però non risultava iscritta all'anagrafe, né dall'Italia, Stato di nascita. Il Tribunale ha affermato anzitutto la propria giurisdizione, richiamando l'orientamento consolidato secondo cui «appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario il giudizio contenzioso instaurato con la domanda volta ad ottenere l'accertamento dello *status* di apolide di cui alla convenzione di New York del 28/9/1954 ed all'art. 17 del d.p.r. 12/10/1993 n. 572, trattandosi di un procedimento sullo stato e capacità delle persone, attribuito in via esclusiva al Tribunale dall'art. 9 c.p.c., nonché relativo ad un diritto civile e politico, la cui tutela è sempre ammessa *ex art.* 113 Cost. davanti al giudice ordinario (cfr.

Cass. Sez. Un., n. 28873/08)». Altrettanto consolidato nella prassi giurisprudenziale risulta, da un lato, il richiamo dell'art. 1 della suddetta Convenzione (resa esecutiva con l. 1 ° febbraio 1962, n. 306), secondo cui deve considerarsi apolide la persona che nessuno Stato, sulla base del proprio ordinamento giuridico, considera come suo cittadino; dall'altro – e soprattutto – il costante indirizzo dei giudici di legittimità e di merito in base al quale, ai fini della prova dello *status* di apolide, non è necessario che l'individuo fornisca la prova che nessuno Stato lo consideri suo cittadino (prova definita "diabolica"). Ampliando tale orientamento i giudici negano per di più la necessità di dimostrare, con riferimento alla normativa attualmente in vigore nei paesi con cui l'interessato dichiara di avere legami di appartenenza, di non essere in possesso e di non poter acquistare la cittadinanza di quegli Stati: si introdurrebbe altrimenti, a loro avviso, «un regime probatorio particolarmente gravoso per una persona che non ha più legami con il paese di origine. In sostanza, proprio in ragione delle tipologie di procedimenti concernenti l'accertamento di *status* personali per il riconoscimento di diritti civili e politici (come quello in oggetto), il regime probatorio richiesto non deve essere particolarmente gravoso ed oneroso, si da poter rendere più agevole ed accessibile lo strumento di tutela». Nel caso di specie, è stata esclusa la cittadinanza serba del ricorrente in seguito all'esame dell'art. 6 della legge del relativo Stato concernente appunto tale cittadinanza, in quanto non sussisteva nessuna delle condizioni ivi indicate, soprattutto quella dell'acquisto per origine, ovvero per filiazione, a causa della mancata iscrizione anagrafica della madre nei relativi registri e risultando il padre ignoto. Piuttosto inusuale appare invece l'ulteriore verifica, che il Tribunale ha ritenuto di condurre prima della dichiarazione di apolidia, sull'assenza di precedenti penali in capo all'interessato; ed appare oscuro il richiamo dell'art. 12 della Convenzione di New York. Questa norma si riferisce infatti allo statuto giuridico dell'apolide e si limita a prescrivere che esso è regolato dalla legge del domicilio o, in mancanza, della residenza aggiungendo che i relativi diritti saranno riconosciuti una volta rispettate le formalità prescritte dallo Stato locale e alle medesime condizioni previste per i cittadini stranieri.

MASSIMO PASTORE, GIULIA PERIN

Famiglia e minori

FAMIGLIA

La mancanza di un reddito minimo non è ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno in presenza di legami familiari stabili.

Con la sentenza 23.05.2017, n. 2398, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso di un cittadino straniero che si era visto rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno sul solo presupposto della carenza di un reddito sufficiente, senza che venisse presa in alcuna considerazione la circostanza che lo straniero aveva legami familiari stabili in Italia oltre ad essere figlio di un cittadino italiano.

Confermando il proprio consolidato orientamento, il Supremo Consesso Amministrativo rileva che, sebbene il possesso di un reddito minimo – idoneo al sostentamento dello straniero – costituisca un requisito soggettivo necessario ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno (Consiglio di Stato, sez. III, 11 maggio 2015, n. 2335; 11 luglio 2014, n. 3596), nondimeno la mancanza di reddito nella misura richiesta non rappresenta una causa automaticamente ostativa alla permanenza in Italia, in quanto, in presenza di legami familiari stabili dello straniero in Italia, è necessario un bilanciamento ragionevole e proporzionato tra l'esigenza, da un lato, di regolare i flussi migratori e, dall'altro, di salvaguardare i diritti riconosciuti dagli artt. 29 e segg. della Costituzione, senza discriminazione alcuna (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26.5.2016, n. 2229).

Il genitore del rifugiato non deve provare la vivenza a carico ai fini del ricongiungimento

Con l'ordinanza 9.5.2017, il Tribunale di Perugia si è pronunciato su di una fattispecie particolare, ma suscettibile di applicarsi in altri casi.

La ricorrente, titolare dello status di rifugiato in Italia, aveva ottenuto il nulla osta al ricongiungimento con la madre, ma l'Ambasciata competente aveva successivamente negato il rilascio del visto per motivi familiari, ritenendo fare difetto la prova della vivenza a carico del genitore.

Con l'ordinanza sopra richiamata, il Tribunale ha ricordato che il rifugiato richiedente il ricongiungimento non deve dimostrare di possedere un alloggio adeguato ed un reddito minimo superiore alle soglie indicate per il ricongiungimento ordinario. Secondo l'autorità giudiziaria, tale circostanza deve indurre ad escludere che il legislatore possa chiedere al rifugiato la prova della vivenza a carico, prevista dall'art. 29, co. 1, lett. d), prima parte, d.lgs. n. 286/1998, dal momento che essa «inevitabilmente necessita della prova di un reddito minimo e di un alloggio adeguato, di cui spesso i rifugiati non dispongono, sicché porterebbe in ultima analisi a svuotare di contenuto la potenza intrinseca contenuta nell'art. 29-bis TU».

MINORI

Competenza all'adozione del provvedimento di accertamento dell'età, ai sensi dell'art. 19 *bis*, d.lgs. 142/2015.

Con il decreto del 12.7.2017, il Tribunale per i minorenni di Trieste ha affermato che la competenza per il provvedimento di attribuzione dell'età risulta naturalmente rimessa al Tribunale per i minorenni, a cui in genere sono rivolgete, in materia civile e penale, le richieste del Pubblico Ministero minorile.

Il provvedimento si segnala perché è tra i primi ad avere affrontato la questione della competenza all'adozione del provvedimento di attribuzione dell'età nell'ambito del procedimento disciplinato dall'art. 19 *bis* d.lgs. n. 142/2015, introdotto di recente dall'art. 5 della l. 7.4.2017, n. 47 sui minori non accompagnati.

Tale articolo investe il Pubblico Ministero degli accertamenti socio-sanitari da effettuarsi nel caso in cui sussistano fondati dubbi sull'età dichiarata dal minore straniero non accompagnato e in cui i precedenti accertamenti meno invasivi fondati sull'esame dei documenti e di un'intervista non abbiano permesso di confermare la minore età.

La norma non chiarisce però quale sia l'Autorità giudiziaria competente ad adottare il provvedimento di accertamento dell'età, da adottarsi sulla base degli accertamenti esperiti dal Pubblico Ministero. Tale silenzio ha indotto a individuare due possibili soluzioni: da un lato, si è indicato come competente all'adozione del provvedimento lo stesso Pubblico Ministero, dall'altro, si è individuata l'autorità giudiziaria competente nel Tribunale per i minorenni.

Il Tribunale per i minorenni di Trieste aderisce a questa seconda interpretazione: secondo il Giudice triestino, «il provvedimento di attribuzione dell'età, impugnabile in sede di reclamo secondo la procedura prevista per i procedimenti in camera di consiglio, è un provvedimento di natura decisoria rimesso al giudice, che si colloca all'esito degli accertamenti demandati dalla norma al Pubblico Ministero Minorile e da emettersi dunque su richiesta del Pubblico Ministero stesso fondata appunto su quegli esperiti accertamenti; secondo tale interpretazione, poiché ad essere investito degli accertamenti è il Pubblico Ministero Minorile, la competenza per il “provvedimento di attribuzione dell'età” risulta naturalmente rimessa (mancando ogni indicazione in contrario) al Tribunale per i minorenni, a cui in generale sono risolte, in materia civile e penale, le richieste del Pubblico Ministero minorile».

L'opzione ermeneutica del Giudice triestino appare condivisibile, essendo nel nostro ordinamento del tutto eccezionale l'attribuzione al Pubblico Ministero della competenza ad adottare provvedimenti decisori impugnabili “in sede di reclamo” secondo la procedura prevista per i procedimenti in camera di consiglio.

Sarebbe comunque opportuno un intervento chiarificatore del legislatore sul punto, dal momento che la disposizione in esame, pur disciplinando un procedimento che è idoneo ad incidere su diritti fondamentali della persona minorenne, appare eccessivamente lacunosa.

Possibilità di rilasciare l'autorizzazione al soggiorno ex art. 31, d.lgs. n. 276/1998 anche a favore di genitori di minori in età prescolare

Si è posta frequentemente all'attenzione della giurisprudenza minorile la questione della possibilità di fare applicazione dell'art. 31, d.lgs. n. 286/1998 anche a tutela di minori senza problemi di salute che abbiano un'età prescolare.

Secondo un filone della giurisprudenza di merito cui aderisce anche la sentenza della Corte d'Appello impugnata avanti la Corte di Cassazione, in presenza di minori di tenera età, l'eventuale allontanamento del nucleo familiare dall'Italia non avrebbe potuto determinare alcun significativo pregiudizio al minore anche eventualmente nato in Italia, dal momento che, proprio in ragione della tenera età, il minore ben avrebbe potuto adattarsi alla nuova realtà.

Con la sentenza 30.08.2017, n. 19433 (ud. 30.05.2017), la Cassazione esclude che una simile interpretazione sia corretta.

Secondo i giudici di legittimità, deve al contrario essere affermato, in linea con la giurisprudenza della Corte (Cass. n. 25419 del 2015) che il giudice di merito deve attribuire il necessario rilievo al pregiudizio che i minori subirebbero per effetto dell'allontanamento dal luogo in cui sono nati (ove nati in Italia) o comunque hanno il centro dei propri interessi e relazioni, considerando che, proprio per la loro tenera età, il disagio derivante dal distacco risulterebbe superiore a quello normalmente connesso al mutamento del contesto di riferimento, e dunque l'insufficiente grado di sviluppo della personalità potrebbe renderne problematico l'adattamento a condizioni di vita e ad usanze profondamente differenti da quelle proprie del nostro Paese, nel quale o sono nati o hanno comunque prevalentemente vissuto.

Secondo la Corte, dunque, l'elemento dell'età prescolare appare particolarmente significativo e non deve essere trascurato come quello del radicamento nel territorio.

MARIAROSA PIPPONZI

Non discriminazione

Nel corso del secondo quadrimestre del 2017 si segnala che:

- si è aperto un dibattito in merito alla legittimazione attiva di enti ed associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 5, d.lgs 215/03 nel caso di ipotesi di discriminazione collettiva per nazionalità riconosciuta dalla Corte di Cassazione con le pronunce n. 11165 e n. 11166/17 (vedi Rassegna del numero precedente), ma negata dal Tribunale di Firenze (ordinanza del 21 giugno 2017, vedi *infra*);
- si sta viepiù consolidando, con le pronunce emesse sia dai giudici di primo grado che dalle corti di appello, l'orientamento giurisprudenziale che riconosce la diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE con conseguente disapplicazione delle norme nazionali sulla base delle quali l'INPS rifiuta la erogazione delle prestazioni sociali.

Bonus bebè

In relazione al c.d. bonus bebè previsto dall'art. 1, co. 125 della legge n. 190/14, l'orientamento ormai prevalente sul territorio nazionale dei giudici di primo grado sta ottenendo importanti conferme anche in sede di appello. Sono, infatti, intervenute le sentenze della Corte di Appello di Milano del 29.5.2017 e della Corte di Appello di Torino del 29.9.2017 (entrambe in Banca dati ASGI), le quali hanno ribadito la diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2011/98. In particolare si evidenzia che la Corte di Appello di Milano ha riconosciuto la sussistenza dell'interesse ad agire del privato con l'azione antidiscriminatoria per mancata concessione di una prestazione sociale, anche a fronte di un diniego dell'INPS comunicato informalmente via mail e confermato da una circolare di portata generale che, pur essendo inidonea a incidere direttamente sulle posizioni dei singoli, ribadisce la volontà dell'INPS di non riconoscere la prestazione. Degno di nota è il richiamo contenuto nella sopracitata sentenza della Corte di Appello di Milano la quale ha stigmatizzato il comportamento dell'INPS che non ha applicato «quanto indicato nel messaggio dello stesso istituto del 10.3.2016» omettendo di considerare che, in assenza di un provvedimento amministrativo, le domande presentate da un genitore extracomunitario privo del permesso illimitato possono in via eccezionale essere accolte laddove, come nel caso esaminato, l'altro genitore sia cittadino dell'Unione Europea.

Si richiamano altresì le pronunce recenti del Tribunale di Milano in data 12.5.2017, n. 12935, in data 27.7.2017 n. 20649, in data 03.08.2017, n. 20926 e del Tribunale di Pavia, in data 19.7.2017, n. 2952 (tutte in *Banca dati ASGI*).

Assegno sociale

Una recente pronuncia della Corte di Appello di Firenze ha ritenuto la sussistenza di un comportamento discriminatorio da parte dell'INPS che aveva negato la prestazione pur in presenza del requisito dei dieci anni di residenza legale in Italia. Ad avviso della Corte l'unica interpretazione conforme sia alla Costituzione italiana sia alla normativa europea è quella che ritiene che l'art. 20 co. 10 del d.l. 112/08 conv. in l. n. 133/08 abbia implicitamente abrogato il co. 19 dell'art. 80 della legge finanziaria n. 388/2000 (sentenza 11 maggio 2017 in *Banca dati ASGI*). Al riguardo anche la Corte di Appello di Venezia (sentenza del 5 settembre 2017 in *Banca dati ASGI*), pur negando la sussistenza di un comportamento discriminatorio nella fattispecie sottoposta al suo esame, ha riconosciuto che l'assegno sociale spetta al cittadino extra UE anche in assenza del permesso di lungo soggiorno purché dimostri di aver soggiornato legalmente sul territorio nazionale per dieci anni. La Corte ha ritenuto che il requisito della residenza decennale in Italia previsto dall'art. 20 co. 10, d.l. 112/2008 conv. l. 133/2008 per il diritto all'assegno sociale di cui all'art. 3, co. 6, l. 335/95 ha assorbito il requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo in quanto «si deve considerare che la disposizione fa riferimento agli 'aventi diritto', senza distinguerli in base alla nazionalità e richiede per tutti gli aventi diritto - cioè per i soggetti aventi i requisiti di età e reddito richiesti per il riconoscimento dell'assegno sociale - lo specifico requisito della durata decennale del soggiorno legale nel territorio dello Stato; la richiesta di tale requisito ha concreto significato anche per i soggetti con cittadinanza di Paesi Ue o anche con cittadinanza italiana, in quanto ben può ricorrere nella realtà l'ipotesi del cittadino che si sia allontanato dallo Stato e vi abbia poi fatto ritorno. Quindi, la disposizione ha posto il requisito del soggiorno legale e continuativo per dieci anni nel territorio dello Stato, quale requisito specifico e valevole per tutti i soggetti che richiedono l'erogazione dell'assegno sociale disciplinato dall'art.3 co.6 L. 335/1995». Pertanto «sia per i cittadini italiani, sia per i cittadini di Paesi Ue, sia per i cittadini di Paesi terzi al fine della spettanza dell'assegno sociale rileva la stabile e legale permanenza sul territorio nazionale, e quindi il possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo non è requisito necessario in sé e richiesto in via discriminatoria, ma costituisce elemento attestante la legale permanenza ultradecennale sul territorio nazionale, che comunque può anche essere diversamente attestata, in primo luogo in forza di successivi permessi di soggiorno rilasciati senza soluzione di continuità».

Diritto di dimora

Il Tribunale di Genova con ordinanza del 28.7.2017 (in *Banca dati ASGI*) ha ritenuto discriminatorie, in quanto violano gli artt. 2 e 43 del TU, le ordinanze sindacali che, correlando automaticamente l'insorgere di malattie infettive all'origine etnica e alla provenienza geografica dei soggetti, vincolano il diritto di dimora degli stessi all'interno del Comune alla presentazione di un certificato sanitario che attesti le condizioni di buona salute.

Discriminazione per nazionalità nell'accesso al pubblico impiego

Con due ordinanze (in *Osservatorio sulle Discriminazioni*) emesse in sede cautelare, la prima in composizione monocratica e la seconda in composizione collegiale, i giudici del Tribunale di Firenze hanno diversamente statuito in relazione alla dedotta natura discriminatoria dell'art. 3 del bando di concorso indetto con d.m. 18/11/2016 per 800 posti di assistente giudiziario nei ruoli del personale del Ministero della Giustizia, che impone il requisito della cittadinanza italiana per l'accesso alla selezione pubblica. La candidata di nazionalità albanese e l'Associazione «L'Altro diritto Onlus, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità» avevano chiesto, in via di urgenza, di rimuovere la clausola discriminatoria e di prorogare la scadenza del termine per consentire ai soggetti privi di cittadinanza italiana ed esclusi di presentare domanda. Con ordinanza del 27.5.2017 il giudice del lavoro aveva riconosciuto sia la legittimazione attiva della associazione ricorrente, richiamando anche il recente orientamento di legittimità (Corte di Cassazione n. 11165 e n. 11166/2017 in *Banca dati ASGI*), sia la sussistenza della denunciata discriminazione, avendo rilevato, che in concreto, l'attribuzione del posto a concorso non costituiva «esercizio di pubblici poteri», in quanto «il rilascio di copie conformi e la ricezione in deposito degli atti provenienti sia dal giudice che dall'utenza deve essere limitato solo ai casi urgenti ed indifferibili nella contingente assenza di altri profili professionali di norma preposti a tali attività», occupando perciò una parte ridotta e del tutto occasionale rispetto a quella in collaborazione, preparatoria e assistenza.

Il Tribunale di Firenze in sede di reclamo con ord. 21.6.2017, tenuto conto che la ricorrente (così come gli altri candidati privi della cittadinanza italiana) aveva svolto le prove preselettive a seguito dell'ammissione con riserva, ha rilevato la insussistenza attuale del *periculum in mora*, da cui l'infondatezza della domanda cautelare. Inoltre ha negato la legittimazione passiva dell'associazione ricorrente affermando di non condividere l'orientamento della Corte di Cassazione espresso nelle sentenze n. 11165 e n. 1166/2017 sostenendo che fosse palese che «il D.Lgs. 215/2003 si riferisca alle sole discriminazioni per ragioni di razza e di etnia, con esclusione di quelle per nazionalità» in quanto «all'art. 3 viene definito l' "ambito di applicazione" del decreto» che «al comma secondo, espressamente prevede: "il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso, all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei paesi terzi e degli apolidi....."». Inoltre, ad avviso della Collegio, «l'espressa limitazione della disciplina alle sole discriminazioni a causa della razza o dell'origine etnica è, del resto, conforme alla direttiva 2000/43/CE, della quale il d.lgs. 215/2003 costituisce attuazione, che, all'art. 3, punto 2, precisa: *La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità [...]*».

PIER LUIGI DI BARI, LUCA MASERA

Penale

In relazione al delitto di cui all'art. 13, co. 13 TU (illecito reingresso dello straniero espulso), si segnalano in particolare due decisioni di legittimità di un qualche interesse per il lettore.

La prima (Cass., sez. I, 17.3.2017, n. 13130, ud. 9.2.2017) affronta il problema, da tempo oggetto di attenzione in giurisprudenza, della soluzione da adottare nel caso di soggetti che siano stati *destinatari di un divieto di reingresso decennale*, e che abbiano fatto *rientro in Italia prima del decorso di tale termine, ma passati cinque anni dal rimpatrio*.

Il termine di cinque anni rappresenta, secondo il disposto dell'art. 11, dir. 2008/115/CE, il termine massimo applicabile di norma ai divieti di rimpatrio, e corrisponde del resto a quanto attualmente previsto all'art. 13, co. 14 TU, così come modificato con la legge di trasposizione della direttiva (l. 129/2011): *secondo un consolidato orientamento* giurisprudenziale, in caso di provvedimenti espulsivi emanati prima del 2011, quando il divieto di reingresso aveva di norma durata decennale, *il reato di cui all'art. 13 co. 13 deve ritenersi insussistente* quando al momento del reingresso, pur avvenuto prima della scadenza del termine, siano trascorsi almeno cinque anni dal rimpatrio (per la pacifica configurabilità del reato nel caso invece di reingresso infra-quinquennale, cfr. da ultimo Cass., sez. I, 31.3.2017, n. 16412, ud. 10.6.2016). Nel caso di specie, lo straniero si trovava esattamente in tale situazione (rientro in Italia dopo nove anni dal rimpatrio, prima della scadenza del divieto decennale di reingresso), con la peculiarità che l'espulsione cui era associato il divieto era stata disposta *ex art. 16 TU* come *sanzione sostitutiva della pena di due anni di reclusione* inflitta per violazioni alla disciplina in materia di stupefacenti. La Corte d'appello dell'Aquila, cui era stato richiesto dalla Procura generale di revocare in qualità di giudice dell'esecuzione la sanzione sostitutiva e di ripristinare la pena detentiva, aveva accolto la richiesta, in ragione del fatto che l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva avrebbe natura di sanzione penale, e sarebbe per ciò sottratta al limite di cinque anni fissato dalla direttiva per i divieti di reingresso disposti in sede amministrativa. La Cassazione conferma tale conclusione, affermando che «*la limitazione a soli cinque anni dell'efficacia dell'espulsione*, ostativa al rientro nel paese dal quale lo straniero sia stato coattivamente allontanato, è riferibile soltanto all'espulsione disposta in via amministrativa, come indicato chiaramente nell'intitolazione dell'art. 13 d.lgs. 286/98, richiamato dal successivo art. 16, quindi *non è applicabile ai casi in cui il provvedimento sia adottato in sostituzione della pena detentiva, quale sanzione penale*, ipotesi per la quale sussiste la specifica regolamentazione contenuta nel citato art. 16». La Cassazione non tralascia di ricordare che la Corte Costituzionale, chiamata a vagliare nel 1999 la costituzionalità dell'allora vigente figura di espulsione a titolo sostitutiva, ne aveva affermato la natura amministrativa e non penale (C. cost., 369/1999), e tuttavia ritiene che l'attuale disciplina della misura, diversa da

quella oggetto di scrutinio quasi vent'anni fa, conduca al contrario a derivarne la natura penale. La Cassazione adotta quindi, in relazione alla questione della natura amministrativa o penale dell'espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva di pena detentiva (ed all'associato divieto di reingresso), una soluzione opposta a quella della Corte costituzionale, che peraltro proprio sull'assunto della sua natura amministrativa e non penale aveva ritenuto inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate in particolare per la violazione del principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3 Cost.; venendo meno la qualificazione come amministrativa, riacquistano rilievo i profili di incostituzionalità non esaminati nel 1999, sicché sarebbe auspicabile una più attenta riflessione sulla costituzionalità della misura alla luce della nuova qualificazione proposta dalla Cassazione.

Una seconda decisione (Cass., sez. I, 5.7.2017, n. 32392, ud. 2.2.2017) si segnala per l'attenzione mostrata nei confronti dell'*elemento soggettivo del reato*, solitamente oggetto di frettolosa indagine nei processi per il delitto in questione. Il caso era quello di un cittadino albanese, espulso nel 2008, che si era presentato presso la Questura di Varese nel 2009, ed era stato rinviato a giudizio per il reato in esame: il Tribunale lo aveva assolto affermando «che non era provato il dolo ed era, invece, plausibile che l'imputato avesse agito con l'intento di esercitare il diritto all'unità familiare»; la Corte d'appello aveva riformato la sentenza di primo grado, condannando l'imputato ad un anno ed otto mesi di reclusione. La Cassazione, ricordati i principi in tema di colpevolezza affermati dalla Corte costituzionale nella storica decisione n. 364/88, annulla senza rinvio la decisione d'appello, in quanto «è pacifico che l'imputato è cittadino albanese e che la scoperta del suo avvenuto rientro nel territorio italiano, con il conseguente arresto, fu determinata proprio dalla sua spontanea presentazione all'Ufficio immigrazione della Questura di Varese, con la finalità di ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari in relazione alla nascita di una figlia. Se avesse svolto questa analisi, il giudice del merito avrebbe potuto apprezzare la valenza di tali elementi come *indici rivelatori di ignoranza inevitabile del precetto penale, sulla base non della sola nazionalità dell'imputato, ma della convergenza di tale dato con quello della presentazione in Questura e con quello dello scopo di regolarizzazione sotteso al comportamento*. Non è plausibile, infatti, ritenere che l'imputato si sarebbe presentato a detto Ufficio se avesse saputo che ciò non poteva fargli conseguire una regolarizzazione della sua posizione, ma esporlo all'incriminazione e all'arresto». L'applicazione dei principi generali in tema di imputazione soggettiva conduce dunque la Cassazione ad escludere la responsabilità dell'imputato, dal cui comportamento viene desunta l'ignoranza della propria condizione di irregolarità: l'auspicio è che tale decisione non rimanga isolata, e la giurisprudenza (di merito come di legittimità) inizi finalmente ad analizzare in modo scrupoloso la sussistenza dell'elemento soggettivo, che spesso nei processi aventi ad oggetto reati connessi alla condizione di irregolarità del soggiorno (in particolare nei giudizi davanti al giudice di pace) viene sostanzialmente considerata *in re ipsa* nel mero fatto del soggiorno irregolare, quando invece proprio la condizione di straniero ed il suo difficile

inserimento sociale dovrebbero condurre a scrutinare con particolare acribia la possibilità per lo stesso di rendersi davvero conto dell'irregolarità della propria permanenza.

In relazione al **delitto di compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato (art. 12, co. 1, TU)** si segnala, anche per la sua importanza pratica nella determinazione del trattamento sanzionatorio, una decisione della Cassazione secondo la quale le fattispecie disciplinate dal terzo comma dell'art. 12 TU hanno natura di circostanze aggravanti e non di ipotesi autonome di reato (Cass. pen. sez. I, 24.03.2017, n. 14654, ud. 29.11.2016). La sentenza (di annullamento con rinvio) riguarda il caso dell'ingresso di 87 migranti a bordo di un gommone, oggetto di un intervento di recupero e soccorso in mare della Guardia costiera italiana, che li aveva infine condotti nel porto di Catania. Sulla base delle testimonianze di alcuni trasportati erano stata ritenuta nel giudizio di merito la responsabilità per il delitto in oggetto di due minorenni, cui era stata concessa l'attenuante di cui all'art. 98 c.p. ritenuta equivalente alle contestate aggravanti del numero delle persone interessate e della loro esposizione a pericolo di vita o per la loro incolumità personale (art. 12, co. 3 bis, in relazione al co. 3 lett. a) e b) TU). Nell'irrogare la sanzione era stata considerata come pena base non la previsione edittale di cui al comma 1 (con un massimo di anni 5), ma quella di cui al comma 3, partendosi in concreto dalla misura di anni sei, sulla quale la Corte d'Appello competente aveva operato la diminuzione di un terzo per il rito abbreviato, così pervenendosi alla pena finale di anni 4 di reclusione. La Cassazione ha in primo luogo ribadito il suo orientamento in ordine all'irrilevanza del conseguimento del risultato dell'ingresso per la consumazione di questa fattispecie, per la quale sono sufficienti, secondo la sua descrizione tipica, gli atti finalisticamente diretti a procurarlo. È stato pertanto respinto il motivo di ricorso che spostava la consumazione del reato sul «procurato ingresso», con l'importante corollario dell'irrilevanza ai fini della configurazione del tentativo, auspicata dalla difesa, della particolare modalità di ingresso nel territorio dello Stato costituita dall'intervento finale della Capitaneria di porto, atteso il ritenuto indefettibile collegamento dello stesso con l'iniziale condotta di trasporto dei migranti in acque internazionali su natanti inadeguati a raggiungere le coste italiane. Nel ribadire la struttura di questa fattispecie come delitto a consumazione anticipata la sentenza in esame si è tuttavia posta in consapevole contrasto con un precedente orientamento secondo il quale l'effettività dell'ingresso, irrilevante ai sensi del comma 1 dell'art. 12, era invece determinante per integrare le ipotesi di cui ai commi 3 e 3 bis, da ritenersi titoli autonomi di reato rispetto alla prima fattispecie (Cass. pen., sez. I, 01.10.2014, n. 40624). La Cassazione giunge ora a diversa soluzione ragionando in primo luogo sul principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. e pervenendo alla conclusione che le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 12 non modificano alcuno degli elementi strutturali ed essenziali della condotta descritta al comma 1, ma si limitino ad inserire dei dati specializzanti (secondo tecnica di enumerazione progressiva), così operando in rapporto di specialità per aggiunta rispetto al genere costituito dal comma 1 medesimo. Anche il criterio interpretativo sistematico conduce la Corte nella stessa direzione laddove viene considerata l'identità del bene giuridico protetto

dalle norme in esame, tutte si noti inserite nello stesso art. 12. Ragionando altrimenti si verrebbe a spezzettare, in base a condotte specifiche, un identico nucleo di offensività e così a tradire il principio di *favor* che ispira il sistema penale. Dunque si è in presenza di ipotesi aggravata da elementi a c.d. carattere indipendente, nella quale è la determinazione della pena ad essere autonoma rispetto al reato base. Non contraddicono tale conclusione le successive previsioni di cui al comma 3 bis (che prevede un ulteriore aumento di pena quando i fatti di cui al comma 3 siano plurimi) e al comma 3 ter (che prevede una circostanza ad effetto speciale). Anzi la logica del *favor*, da privilegiare nel dirimere la controversia interpretativa, sembra ribadita dal successivo comma 3 quater che prevede un regime di deroga rispetto all'ordinario funzionamento del meccanismo di bilanciamento tra aggravanti e attenuanti ex art. 69 c.p., soltanto per alcune delle ipotesi considerate (quelle appunto di cui ai commi 3 bis e 3 ter), in funzione del progressivo incremento della lesività della stessa condotta base. L'unico residuo argomento lessicale, contrario all'assunto, costituito dal riferimento, al plurale, ai «fatti» di cui ai commi 1 e 3, (contenuto nei commi 3 bis e 3 ter) viene ritenuto elemento di valenza puramente formale inidoneo a contraddire la ritenuta funzione di tutte queste previsioni quali connotazioni accessorie del fatto base. Nella complessa vicenda normativa vissuta nel tempo dall'art. 12 del TU (che ha conosciuto 11 modifiche dalla sua iniziale emanazione nel 1998) appare apprezzabile lo sforzo interpretativo compiuto dalla Cassazione nel dirimere la questione esaminata valorizzando una pluralità di criteri.

Sempre *in relazione allo stesso delitto* e al tema del suo trattamento sanzionatorio, deve altresì darsi conto di *altra decisione della Cassazione* che *ha escluso*, proprio ragionando sulla natura di delitto a consumazione anticipata, *la configurabilità dell'attenuante comune del danno di speciale tenuità di cui all'art. 62 n. 4 c.p.* in una fattispecie nella quale, sulla base di un accordo estemporaneo raggiunto in prossimità del confine, un soggetto aveva favorito l'ingresso illegale in territorio francese di 14 persone percependo il compenso di soli 50 € (Cass. pen. 27.02.2017, n. 9636, ud. 13.5.2016). La Corte, pur consapevole della sua giurisprudenza sull'estensione dell'applicabilità dell'attenuante in parola oltre il campo dei reati contro il patrimonio e dunque in quello dei reati plurioffensivi, ha escluso che nella struttura del reato in oggetto siano rilevanti il profitto (considerato un'aggravante) o anche solo la determinazione per motivi di lucro, posto che il bene giuridico va individuato nella tutela della sicurezza interna dello Stato e nella cooperazione internazionale. Sulla base di questa ricostruzione della natura della fattispecie e del bene protetto viene radicalmente esclusa l'applicabilità alla stessa della predetta attenuante e annullata senza rinvio la sentenza impugnata. La parte che convince meno della motivazione, perché ispirata ad una lettura degli interessi coinvolti che appare eccessivamente formalistica, è quella secondo la quale, laddove pure si considerasse il reato come di tipo plurioffensivo, nella valutazione ai fini dell'applicazione dell'attenuante andrebbe negativamente considerato il pregiudizio per i clandestini (privi di radicamento sul territorio nazionale) non lievissimo o di natura economicamente irrilevante.

Quanto all'**espulsione come misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 16, co. 5, TU**, va segnalata un'interessante decisione della Corte di Cassazione che ha aperto alla *possibilità di includere tra le cause ostative ex art. 19* (in relazione alla ricorrenza delle condizioni per l'espulsione amministrativa di cui al richiamato art. 13, comma 2) la situazione di *disabilità fisica* di un immigrato (Cass. pen. sez. I, 31.07.2017, n. 38041, ud. 26.5.2017). Il caso riguardava più precisamente persona dichiarata invalida al cento per cento (con assegnazione di assegno INPS), priva di un arto inferiore, costretta per far fronte alle sue primarie esigenze di vita all'utilizzo di protesi o di carrozzina, priva altresì di legami familiari nel paese d'origine (nel quale non era prevista una normativa assistenziale per le persone disabili) in ragione della sua permanenza in Italia da oltre 30 anni. Il Tribunale di sorveglianza, di cui veniva impugnata la decisione di rigetto di opposizione avverso la decisione di applicazione dell'espulsione ex art. 16 TU, aveva ragionato sulla tassatività delle ipotesi di divieto di espulsione di cui all'art. 19, co. 1 e 2, sull'argomentazione che l'inabilità fisica era considerata dalla disciplina normativa specifica (vedi art. 19, co. 2 bis) esclusivamente in relazione alle modalità di esecuzione dell'espulsione e infine sull'assenza di uno stato patologico richiedente cure o trattamenti sanitari particolari. La Corte non condivideva l'argomento relativo alla rigida tassatività delle ipotesi ostative all'espulsione alla luce di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, in particolare richiamando il precedente in materia di diritto alla salute e disciplina del Testo Unico Immigrazione di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 252/2001. Appare utile ricordare come questa decisione interpretativa di rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 cit., sollevata in relazione agli artt. 2 e 32 della Costituzione, si era fondata proprio sull'erroneità del presupposto interpretativo del giudice *a quo* secondo cui solo inserendo uno specifico divieto nella norma suddetta fosse possibile tutelare il diritto inviolabile alla salute di uno straniero irregolarmente presente nel territorio nazionale (nella specie entrato nel territorio nazionale allo scopo, non perseguibile nel paese d'origine, nel quale non era erogata la prestazione, di farsi sostituire una protesi ad un piede, che gli era stato in passato amputato). La Corte costituzionale aveva invece da un lato ritenuto che l'elencazione delle prestazioni sanitarie assicurate a tutti gli immigrati, a prescindere dalla regolarità del loro soggiorno, dall'art. 35, co. 3, TU non era esaustiva degli interventi e delle cure comunque essenziali, d'altro lato concluso che l'espulsione, ferma la legislazione di settore vigente, non fosse eseguibile laddove, con prudente apprezzamento, il giudice valutasse che dalla stessa derivasse pregiudizio a quel nucleo irriducibile del diritto alla salute, tutelato dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana e perciò riconosciuto a tutti. La Cassazione non ha inteso affermare che tutti i casi disabilità motoria rientrino nell'ambito di tutela del diritto alla salute e in specie nella previsione dell'art. 35, co. 3, TU, ma che nello spirito del precedente della Corte Costituzionale, oltre che dai principi affermati in materia dalla giurisprudenza della CEDU, non sia corretto un ragionamento basato su esclusioni aprioristiche e presupposti tassativi, dovendosi invece procedere ad una valutazione caso per caso facendo ricorso ai mezzi istruttori consentiti e non esperiti nella decisione impugnata.

Va infine segnalata, per i suoi profili sia procedurali sia sostanziali, un'innovativa decisione del Tribunale di Vicenza in tema di **revoca per ragioni inerenti la coesione familiare della sanzione sostitutiva dell'espulsione** applicata in sede di merito **per il reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* TU** (ordinanza Tribunale di Vicenza 11.10.2017 Sige, ud. 09.10.2017). Il caso nasce dalla presentazione da parte dell'interessato di un'istanza di revoca della misura dell'espulsione in sostituzione della pena pecuniaria dell'ammenda applicata nei suoi confronti con sentenza irrevocabile da parte del competente Ufficio del Giudice di Pace in ordine al suddetto reato. Con una prima decisione l'istanza veniva rigettata sulla base dell'argomento che l'unico rimedio proponibile avverso una simile decisione di sostituzione era dato dall'impugnazione avverso la sentenza che l'aveva applicata, ormai preclusa dalla formazione del giudicato. In sede di ricorso avverso l'ordinanza di rigetto la Cassazione declinava la sua competenza (riqualificando l'impugnazione) in favore di quella del Tribunale in composizione monocratica nel cui circondario ha sede l'Ufficio del Giudice di Pace coinvolto e ciò in virtù della disposizione dell'art. 41, d.lgs. n. 274/2000 che prevede appunto questo specifico rimedio per motivi di legittimità avverso decisioni pronunciate come giudice dell'esecuzione dal Giudice di Pace. Fissata una nuova procedura per incidente di esecuzione, il Tribunale ha affrontato preliminarmente la questione dell'ammissibilità della proposizione dell'istanza di revoca in oggetto ad istanza dell'interessato rispondendo in termini positivi. Nel farlo ha superato la questione dell'intangibilità del giudicato riproposta dal P.M. a fronte dell'assenza di una previsione specifica di tipo sostanziale e processuale e, in tesi, della conseguenza unicità di rimedio costituito dalla tempestiva impugnazione (con appello) della sentenza. Secondo il Tribunale l'istituto dell'espulsione come sanzione sostitutiva prevista per lo specifico reato di cui all'art. 10 *bis* TU introdotto con la legge n. 94/2009 va inquadrato nel sistema normativo del TU medesimo che appunto già prevedeva all'art. 16, co. 4, in riferimento al co. 1 (sia pure con riguardo all'originaria previsione generale costituita dalla sostituzione, alle condizioni previste, della pena detentiva entro il limite di due anni), la revocabilità della decisione da parte del giudice competente, da identificarsi in quello che l'aveva disposta (e nel Tribunale in sede di ricorso avverso un'eventuale decisione di rigetto). Il Giudice, oltre a questo argomento, sembra essersi ispirato ad una nozione estesa dell'incidente di esecuzione in funzione di strumento utilizzabile per apportare correttivi al giudicato e alla sua intangibilità. Quanto al merito, il Tribunale, premesso che al momento di emissione anche di questo tipo di espulsione non debbono sussistere situazioni di divieto a norma nelle quali l'art. 19 TU, ha rilevato l'esistenza almeno all'atto della presentazione dell'istanza di revoca (e in parte già in precedenza) di plurime cause integratrici del divieto stesso. In particolare l'interessato risultava sposato e convivente con una cittadina italiana, nonché con due figli minori, a loro volta cittadini italiani. L'accoglimento dell'istanza di revoca è stato basato soprattutto su ragioni di coerenza con i principi elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Boultif* a proposito dell'applicazione dell'art. 8 CEDU sul rispetto della vita privata e familiare e della definizione del punto di equilibrio da raggiungere tra

l'ingerenza statale ammessa in tale campo (ove proporzionata e necessitata da ragioni di sicurezza nazionale ed altro) e l'interesse privato alla tutela dei legami familiari. Tra gli altri criteri da considerare in concreto vi erano quelli: del lasso di tempo trascorso dalla perpetrazione del reato (oltre 4 anni rispetto all'emissione della sentenza) e della condotta tenuta durante detto periodo; della nascita di figli dal matrimonio e della loro età; dell'interesse e del benessere dei figli stessi. Il bilanciamento tra l'interesse statale all'allontanamento dell'interessato (valutato in concreto modesto) e quello (maggiormente rilevante e grave) del mantenimento della coesione familiare determinava l'accoglimento dell'istanza di revoca della sanzione sostitutiva dell'espulsione e il ripristino della pena pecuniaria.



OSSERVATORI



ALESSIA DI PASCALE

Osservatorio europeo

Atti di indirizzo

Piano d'azione in supporto all'Italia. In vista della riunione informale del Consiglio «Giustizia e affari interni», tenutasi il 6 e 7 luglio a Tallinn, la Commissione ha presentato, quale contributo alla discussione, un «Piano di azione in supporto all'Italia, volto a ridurre la pressione sulla rotta del Mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà» (SEC (2017) 339).

Il piano ha proposto una serie di misure comprendenti, tra l'altro, il consolidamento della capacità delle autorità libiche di controllare i confini, prevedendo anche di finanziare la creazione in Libia di un centro di coordinamento e soccorso marittimo, il rafforzamento delle azioni volte a ridurre la pressione migratoria verso la Libia, promuovendo la collaborazione con i paesi terzi, in particolare Niger e Mali, l'aumento dei rimpatri, intensificando i negoziati per la conclusione di accordi di riammissione e sostenendo i programmi di rimpatrio assistito. La Commissione ha annunciato l'avvio di un nuovo programma di reinsediamento, in particolare da Libia, Egitto, Niger, Etiopia e Sudan da attuarsi di concerto con l'UNHCR. Per il conseguimento dei suddetti obiettivi, il 28 luglio sono stati resi disponibili, nell'ambito del fondo fiduciario per l'Africa, 46 milioni di euro, in aggiunta ai 90 milioni stanziati ad aprile, a sostegno del programma di rafforzamento della capacità di gestione delle frontiere da parte delle autorità libiche. È stato anche previsto l'aumento dei finanziamenti per la gestione della migrazione in Italia di ulteriori 35 milioni di euro. La Commissione ha, inoltre, inviato l'Italia a redigere, con il proprio supporto, un codice di condotta per le ONG che effettuano attività di ricerca e soccorso nel Mediterraneo.

Dichiarazione congiunta su come «affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo». Riuniti a Parigi il 28 agosto i Capi di Stato e di governo di Italia, Spagna, Germania e Francia, l'Alto Rappresentante dell'Unione europea per gli Affari esteri e la politica di sicurezza comune, i Capi di Stato e di governo di Niger e Chad e il presidente del Consiglio libico hanno adottato una Dichiarazione congiunta su come «affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo». Riprendendo quanto definito a novembre 2015 nel piano di azione adottato a La Valletta tra l'Unione europea e l'Unione africana, con il quale si invitava ad una responsabilità condivisa tra i paesi d'origine, di transito e di destinazione nella gestione della migrazione, la dichiarazione propone una serie di misure. Per quanto attiene in particolare ai paesi di origine e transito, è stato convenuto un rafforzamento della collaborazione al fine di agire sulle cause profonde delle migrazioni, in modo da prevenire le partenze, studiando altresì nuovi strumenti per favorire il rimpatrio volontario e il reinserimento nei loro paesi di origine. La dichiarazione propone l'adozione di misure differenziate nei confronti di Niger e Chad e della Libia, sostenendo i primi nella costruzione di strutture governative per soccorrere i migranti in pericolo nel deserto, nel rafforzamento dei controlli alle frontiere verso la Libia, delle misure

di sicurezza e della lotta al traffico di esseri umani e di armi, nonché fornendo supporto alle comunità locali perché siano create fonti di reddito alternative. I due paesi dovrebbero essere aiutati anche nel rafforzamento della capacità istituzionale, compresa quella dell'apparato giudiziario. Nei confronti della Libia, è stata ribadita la necessità di una stabilizzazione del governo libico e l'intenzione di supportare economicamente le comunità locali, cercando di offrire modelli economici alternativi e renderle indipendenti dalle reti dei trafficanti, nonché di incoraggiare le operazioni del governo libico per il controllo delle acque territoriali. E' stata prevista la creazione di una task force per l'attuazione delle misure contenute nella dichiarazione.

Ricollocamento e reinsediamento. La Commissione ha pubblicato i rapporti mensili sul ricollocamento e il reinsediamento il 16 maggio COM(2017) 260 finale, il 13 giugno COM(2017) 330 finale e il 26 luglio COM(2017) 405 finale. Nonostante i significativi progressi registrati dai rapporti, i numeri rimangono largamente insufficienti rispetto agli obiettivi fissati. Al 24 luglio il numero totale di ricollocamenti era pari a 24 676 (16 803 dalla Grecia e 7 873 dall'Italia), continuando a rilevarsi una scarsa partecipazione. Solo pochi Stati membri hanno, infatti, assolto in larga misura ai propri compiti, al contrario altri si sono opposti quasi completamente: Ungheria e Polonia hanno continuato a non prendere parte al programma, mentre la Repubblica Ceca da agosto 2016 ha sospeso i trasferimenti. A fronte di questi inadempimenti, a luglio la Commissione ha annunciato l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dei suddetti Stati. La Commissione, nei citati rapporti, ha individuato una molteplicità di motivazioni per spiegare un così basso numero di ricollocamenti: la lentezza di alcuni Stati nel trattare le domande e la richiesta di indagini di sicurezza ulteriori, la mancata comunicazione delle condizioni delle strutture di accoglienza e talvolta, tentativi di selezione dei richiedenti secondo un uso non pienamente in linea con il testo delle due decisioni di settembre 2015; la diffidenza dei richiedenti nei confronti del nuovo meccanismo, che non consente loro facoltà di scelta circa il paese di destinazione e le difficoltà di completare le operazioni di identificazione. Soprattutto, e particolarmente per l'Italia, la soglia di accesso al meccanismo, si è rivelata troppo alta, finendo per escludere dal programma la maggior parte delle nazionalità di appartenenza dei richiedenti asilo presenti sul territorio. Per quanto attiene al reinsediamento si registra un maggiore successo e tre quarti circa (17 179) dei 22 504 reinsediamenti concordati nel luglio 2015 risultavano effettuati a luglio, sebbene con notevoli differenze nella partecipazione degli Stati membri.

Atti adottati

Spazio Schengen. L'11 maggio 2017 il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione (UE) 2017/818, recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen (in GUUE L 122 del 13.5.2017, p. 73), sulla base dell'art. 29 del Codice frontiere

Schengen, con cui ha autorizzato l'Austria, la Germania, la Danimarca, la Svezia e la Norvegia a prorogare i controlli alle frontiere interne per un periodo massimo di sei mesi, ponendo tuttavia delle limitazioni al loro utilizzo ed invitandoli a ricorrere sempre più a misure alternative.

Varie

Cooperazione UE-Turchia. A giugno la Commissione ha pubblicato la sesta relazione sui progressi compiuti in merito all'attuazione della dichiarazione UE-Turchia COM (2017) 323 finale. In essa si segnala che, pur in un quadro di drastica riduzione (97%) degli arrivi verso le isole greche dall'avvio della collaborazione, gli attraversamenti giornalieri sono lievemente aumentati, assestandosi ad una media di 93 al giorno, rispetto ai 43 segnalati nella quinta relazione. Anche il numero di morti in mare, pur decisamente inferiore rispetto ai 1500 registrati nell'anno precedente, presenta un lieve rialzo portandosi dai 70 registrati fino al mese di marzo, ai 113 nel mese di settembre. Progressi si registrano sul piano dei reinsediamenti dalla Turchia verso l'Unione europea, di cui sono stati destinatari 9.000 siriani. I rimpatri, per quanto in aumento, procedono più lentamente. La relazione segnala, infine, l'assegnazione di quasi tutti i fondi (2,9 miliardi di euro su 3) previsti per il 2016-2017.

Partenariato con i Paesi terzi. Prosegue anche il monitoraggio sull'attuazione del nuovo quadro di partenariato nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione e a giugno la Commissione ha presentato la quarta relazione sui progressi compiuti (COM(2017) 350 def. del 13 giugno 2017). Con riguardo ai cinque paesi individuati quali prioritari, la relazione segnala tangibili progressi. Viene segnalata come particolarmente proficua la collaborazione attuata con il Niger, ove, con il supporto degli esperti europei le autorità locali hanno redatto il piano di azione della strategia nazionale sulla migrazione. Il Niger ha, inoltre, incrementato gli sforzi per la prevenzione della migrazione irregolare e favorito i rimpatri assistiti, che nel 2017 hanno raggiunto al primo settembre la quota di 4000 persone. Proseguono tuttora i negoziati per la conclusione di un accordo con la Nigeria che rappresenta il primo paese di provenienza dei migranti irregolari. Per quanto concerne la migrazione irregolare dal Mali, nella relazione la Commissione osserva come il tasso dei rimpatri sia rimasto sostanzialmente basso e la necessità di ulteriori sforzi anche ai fini di una maggiore stabilizzazione del paese. Anche nei confronti dell'Etiopia il tasso di rimpatri è ritenuto insoddisfacente, ma la Commissione sottolinea positivamente le iniziative volte a migliorare le condizioni di vita dei rifugiati presenti nell'area. Nel complesso la Commissione segnala la notevole intensificazione della cooperazione con tutti i paesi partner, anche grazie alla presenza di funzionari di collegamento europei per la migrazione in 12 paesi partner.

Migrazione legale. A giugno la Commissione ha promosso una consultazione pubblica sulla legislazione dell'Unione europea in materia di immigrazione legale. Tutte le parti interessate

hanno potuto far pervenire le proprie osservazioni tra il 19 giugno e il 18 settembre. La consultazione mirava, infatti, a raccogliere esperienze, dati e pareri a sostegno della valutazione, da parte della Commissione, del quadro normativo dell'UE in vigore per l'ingresso e il soggiorno di cittadini di paesi terzi negli Stati membri dell'UE. I risultati della consultazione dovrebbero fornire elementi utili per la predisposizione di una relazione della Commissione contenente la valutazione in merito all'adeguatezza dell'attuale legislazione, in vista di possibili modifiche delle norme in vigore.

PAOLO BONETTI

Osservatorio italiano

Rassegna delle leggi, dei regolamenti e dei decreti statali

Il divieto di respingimento o espulsione o estradizione dello straniero verso Paesi in cui potrebbe subire torture o trattamenti inumani o degradanti e il divieto di immunità e l'extradizione concernenti lo straniero condannato o indagato per reati di tortura in altri Stati

La *legge 14.7.2017, n. 110* (pubblicata nella G.U. serie gen. n. 166 del 18.7.2017) introduce nell'ordinamento italiano il delitto di tortura, dando espressa attuazione (seppur molto discussa) all'obbligo di punire ogni violenza fisica o morale contro le persone sottoposte a misure restrittive della loro libertà personale, previsto sia dall'art. 13 Cost., sia dalle molte Convenzioni internazionali già in vigore per l'Italia.

Ai fini del diritto degli stranieri acquistano particolare rilevanza gli artt. 3 e 4 della legge.

L'art. 3 introduce tra i divieti di espulsione e respingimento già previsti dall'art. 19 del Testo unico immigrazione (d.lgs. 286/1998) anche un nuovo comma 1.1. che prevede che sono vietate le espulsioni, i respingimenti e le estradizioni ogni volta che sussistano fondati motivi di ritenere che, nei Paesi nei confronti dei quali queste misure amministrative dovrebbero produrre i loro effetti, la persona rischi di essere sottoposta a tortura. La disposizione (sostanzialmente aderente al contenuto dell'art. 3 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984) precisa che tale valutazione tiene conto se nel Paese in questione vi siano violazioni «sistematiche e gravi» dei diritti umani.

Come è noto numerose banche dati pubbliche e private, italiane, straniere e di organizzazioni internazionali, anche non governative raccolgono sistematicamente notizie sui Paesi di origine degli stranieri, soprattutto al fine della valutazione delle domande di asilo, ma le medesime informazioni possono senz'altro fornire un quadro completo e attuale dell'effettiva situazione concernente i diritti umani in ogni Stato.

L'art. 4 prevede altresì che non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un Tribunale internazionale e che, nel rispetto del diritto interno e dei Trattati internazionali, in tali casi lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o, nel caso di procedimento davanti ad un Tribunale internazionale, verso il Tribunale stesso o lo Stato individuato ai sensi dello statuto del medesimo Tribunale.

Trasferimento al Ministero della salute della responsabilità per i rimborsi delle spese delle cure degli stranieri indigenti non iscritti al Servizio sanitario nazionale

L'art. 32 del *decreto-legge 24.4.2017, n. 50* (pubblicato nella G.U. n. 95 del 24.4.2017 – suppl. ord. n. 20), convertito con modificazioni nella *legge 21.6.2017, n. 96* (pubblicato in suppl. ord. n. 31, relativo alla G.U. 23.6.2017, n. 144) prevede dal 1° gennaio 2017 il trasferimento dal Ministero dell'interno al Ministero della salute della responsabilità per i rimborsi delle spese delle prestazioni urgenti o essenziali, ancorché non continuative, ospedaliere o ambulatoriali, erogate agli stranieri indigenti non iscritti al Servizio sanitario nazionale di cui all'art. 35, co. 6, d.lgs. 25.7.1998, n. 286, in coerenza con le risorse a tal fine stanziare nel bilancio dello Stato in apposito capitolo di spesa. Si prevede anche che il Ministero della salute si fa carico della gestione dei rimborsi delle spese pregresse tuttora pendenti, a seguito della ricognizione che deve essere effettuata da parte delle Regioni e Province autonome in contraddittorio con le prefetture, le cui risultanze devono essere comunicate al Ministero della salute entro il 30 aprile 2017.

In particolare si prevede che il finanziamento di tali rimborsi, nei limiti delle risorse a tal fine iscritte nello stato di previsione del Ministero della salute, avviene sulla base delle prestazioni effettivamente erogate agli stranieri in possesso dei requisiti prescritti dall'art. 35, co. 3 e 4, d.lgs. 25.7.1998, n. 286, desumibili dagli elementi informativi presenti nel Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) del Ministero della salute debitamente consolidati e validati. A decorrere dal primo anno di applicazione di tali nuove norme tali risorse, nei limiti dello stanziamento di bilancio, sono ripartite a titolo provvisorio tra le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei dati risultanti dagli elementi informativi presenti nel NSIS del Ministero della salute con riferimento all'anno precedente o comunque all'ultimo anno disponibile e consolidato. Alla regolazione finanziaria dei saldi regionali si provvede, a seguito dell'aggiornamento dei dati relativi agli esercizi precedenti, desunti dal sistema NSIS, tramite compensazione tra ciascuna Regione e Provincia autonoma di Trento e di Bolzano, in sede di ripartizione delle risorse degli anni successivi, sempre nei limiti dello stanziamento delle risorse indicate nel comma 1 dell'art. 32.

La riforma velocizzerà sicuramente i rimborsi a tutte le strutture sanitarie per le cure urgenti o essenziali agli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale così disincentivando prassi elusive regionali che, per evitare ulteriori enormi aggravii di spese poi non ancora effettivamente rimborsate dal Ministero dell'interno, avevano finito per disincentivare il ricorso di tali stranieri alle cure indispensabili per la propria salute.

Vaccinazioni obbligatorie dei minori di 16 anni e di tutti i minori stranieri non accompagnati

Il *decreto-legge 7.6.2017, n. 73* (pubblicato in G.U. n. 130 del 7.6.2017), convertito con modificazioni nella *legge 31.7.2017, n. 119* (pubblicata in G.U. 5.8.2017, n. 182) prevede che al fine di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale, nonché di garantire il conseguimento degli obiettivi prioritari del Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017/2019 ed il rispetto degli obblighi assunti a livello europeo ed internazionale, per i minori di età

compresa tra zero e sedici anni e per tutti i minori stranieri non accompagnati sono obbligatorie e gratuite, in base alle specifiche indicazioni del calendario vaccinale nazionale relativo a ciascuna coorte di nascita, determinate vaccinazioni indicate nell'art. 1.

Dunque sono soggetti a questi obblighi vaccinali anche tutti i minori stranieri non accompagnati (da intendersi secondo la definizione data dall'art. 2 l. 7.4.2017, n. 47 quale minorenni non avente cittadinanza italiana o di un altro Stato membro dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano), ma anche quelli di età compresa tra i 16 e i 18 anni, tenendo conto che spesso il loro arrivo in Italia avviene proprio in quelle età e che anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale essi devono essere iscritti al Servizio sanitario nazionale su richiesta del tutore o, prima della sua nomina, dal responsabile del Centro di accoglienza (art. 14 l. n. 47/2017).

Per attuare tale finalità le norme legislative prevedono specifici obblighi a carico di genitori e dirigenti scolastici e sanitari. In primo luogo l'art. 3 prevede, tra l'altro, che i dirigenti scolastici delle istituzioni del sistema nazionale di istruzione ed i responsabili dei servizi educativi per l'infanzia, dei Centri di formazione professionale regionale e delle scuole private non paritarie sono tenuti, all'atto dell'iscrizione del minore di età compresa tra zero e sedici anni e del minore straniero non accompagnato, a richiedere ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, ai tutori o ai soggetti affidatari la presentazione di idonea documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie indicate all'art. 1 ovvero l'esonero, l'omissione o il differimento delle stesse in relazione a quanto previsto dallo stesso articolo o la presentazione della formale richiesta di vaccinazione all'azienda sanitaria locale territorialmente competente, che eseguirà le vaccinazioni obbligatorie secondo la schedula vaccinale prevista in relazione all'età, entro la fine dell'anno scolastico o la conclusione del calendario annuale dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i Centri di formazione professionale regionale. La presentazione di tale documentazione deve essere completata entro il termine di scadenza per l'iscrizione. La documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni può essere sostituita dalla dichiarazione sostitutiva; in tale caso, la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni deve essere presentata entro il 10 luglio di ogni anno. In secondo luogo l'art. 3 *bis* prevede, tra l'altro, che dall'anno scolastico 2019/2020 nonché dall'inizio del calendario dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i Centri di formazione professionale regionale 2019/2020, i dirigenti scolastici delle istituzioni del sistema nazionale di istruzione ed i responsabili dei servizi educativi per l'infanzia, dei Centri di formazione professionale regionale e delle scuole private non paritarie sono tenuti a trasmettere alle aziende sanitarie locali territorialmente competenti, entro il 10 marzo, l'elenco degli iscritti per l'anno scolastico o per il calendario successivi di età compresa tra zero e sedici anni e minori stranieri non accompagnati.

Risorse aggiuntive ai Comuni che sostengono oneri per l'accoglienza di asilanti

L'art. 15 octies del decreto-legge 20.6.2017, n. 91 (pubblicato in G.U. n. 141 del 20.6.2017), convertito in legge con modificazioni dalla *legge 3.8.2017, n. 123* (pubblicata in G.U. 12.8.2017, n. 188) prevede, al comma 4, che, quale concorso dello Stato agli oneri che sostengono i Comuni che accolgono richiedenti protezione internazionale, è autorizzata la spesa di 150 milioni di euro per l'anno 2018. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione dello stesso decreto-legge, sono definite le modalità di ripartizione di tali risorse i Comuni interessati, nel limite massimo di 700 euro per ogni richiedente protezione accolto nei Centri del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) e di 500 euro per ognuno di quelli ospitati nelle altre strutture e comunque nei limiti della disponibilità del fondo. Il Ministero dell'interno, sulla base di uno specifico monitoraggio definisce il contributo spettante a ciascun Comune entro il 30 novembre 2017. Il comma 5 prevede altresì che negli anni 2018 e 2019, i medesimi Comuni possono innalzare del 10 per cento, a valere sulle risorse disponibili nei rispettivi bilanci, il limite di spesa di cui all'art. 9, co. 28, d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, con riferimento ai rapporti di lavoro flessibile esclusivamente finalizzati a garantire i servizi e le attività strettamente funzionali all'accoglienza e all'integrazione dei migranti. Le risorse corrispondenti a tale spesa non concorrono all'ammontare delle risorse previste per i contratti di lavoro flessibile utilizzabili per le procedure di cui all'art. 20 d.lgs. 25.5.2017, n. 75.

È evidente che tali complesse risorse aggiuntive costituiscono un ristoro per le spese aggiuntive sostenute dai Comuni in cui sono attivi Centri di accoglienza per asilanti, con preferenza per quelli operanti nell'ambito dello SPRAR, e consentono anche a tali Comuni, allorché abbiano avanzi di bilancio, assunzioni di proprio personale in deroga ai limiti previsti dal patto di stabilità interno da destinare proprio alle attività strettamente funzionali all'accoglienza e all'integrazione degli asilanti accolti nel territorio dello stesso Comune.

L'accesso degli stranieri ai finanziamenti del Fondo di sostegno della natalità: profili di illegittimità

Il *decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8.6.2017* (pubblicato in G.U. 12.9.2017, n. 213) disciplina il Fondo di sostegno alla natalità che era stato istituito dall'art. 1, co. 348, della l. 11.12.2016, n. 232 (Legge di bilancio per l'anno 2017). Tale disposizione, al fine di sostenere le famiglie e di incentivare la natalità, istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un apposito fondo rotativo, denominato «Fondo di sostegno alla natalità», volto a favorire l'accesso al credito delle famiglie con uno o più figli, nati o adottati a decorrere dal 1

gennaio 2017, mediante il rilascio di garanzie dirette, anche fideiussorie, alle banche e agli intermediari finanziari.

L'art. 3, co. 1 del decreto consente di accedere al finanziamento anche fideiussorio a favore dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale di bambini nati o adottati a decorrere dal 1° gennaio 2017 fino al compimento del terzo anno di età del bambino ovvero entro tre anni dall'adozione, che abbiano presentato nei termini e secondo le modalità stabilite dal Protocollo d'intesa di cui all'art. 4, co. 2, stipulato tra il Dipartimento per le politiche della famiglia della Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Associazione bancaria italiana, la certificazione attestante la nascita o l'adozione del proprio figlio. Nel caso di responsabilità o affidamento condiviso è ammesso un solo prestito. L'art. 4 del decreto precisa la natura della garanzia del Fondo che è concessa nella misura del 50 per cento del finanziamento ed è a prima richiesta, incondizionata, irrevocabile e permane per l'intera durata del finanziamento, che in base all'art. 3, co. 4 deve avere una durata non superiore a 7 anni e un ammontare non superiore a 10.000 Euro. L'art. 3, co. 2 del decreto ammette al finanziamento le persone che abbiano la residenza in Italia e che siano cittadini italiani o dell'Unione europea o stranieri titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato in Italia.

La disposizione non menziona i titolari di protezione internazionale e gli extracomunitari titolari di carta di soggiorno per familiari extraUE di cittadini UE regolarmente residenti in Italia, ma la misura deve ritenersi estesa anche a costoro per effetto della parità di trattamento coi cittadini italiani in materia di assistenza sociale prevista rispettivamente dall'art. 27, co. 1 d.lgs. n. 251/2007 e dagli artt. 19 e 23 d.lgs. 6.2.2007, n. 30.

Pertanto appare in ogni caso illegittima la limitazione dell'accesso al Fondo ai soli stranieri titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato in Italia. In primo luogo l'art. 1, co. 349 della l. 11.12.2016, n. 232 prevede che il decreto deve stabilire soltanto i criteri e le modalità di organizzazione e di funzionamento del Fondo, nonché quelli di rilascio e di operatività delle garanzie. La disciplina dei requisiti dei potenziali beneficiari del Fondo non dovrebbe essere perciò oggetto del decreto, soprattutto allorché esclude dalla misura le famiglie degli stranieri non lungo soggiornanti, mentre il requisito (comune a tutti i beneficiari) della residenza può apparire ragionevole perché consente di svolgere meglio le verifiche degli altri requisiti di accesso al Fondo, il cui ulteriore limite è soltanto l'esaurimento dei fondi disponibili a causa del numero di finanziamenti precedentemente erogati. In secondo luogo la finalità e le condizioni di erogazione del finanziamento del Fondo sembrano avere la natura di prestazione familiare ed è una delle misure, anche economiche, favorite per tutte le famiglie dall'art. 31 Cost. per favorirne la formazione, l'infanzia e l'adempimento dei compiti familiari. Pertanto la restrizione ai soli stranieri titolari di permesso UE per soggiornanti di lungo periodo disposta con una norma di rango *sub*-legislativo pare violare altre norme aventi rango superiore nel sistema delle fonti del diritto. Infatti il possesso di un titolo di soggiorno della durata di almeno un anno è il requisito indicato nell'art. 41 d.lgs. n. 286/1998 per l'accesso a tutti i tipi di prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale in condizione di

parità coi cittadini italiani e più volte la Corte costituzionale l'ha ritenuto limite ragionevole nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale. Inoltre trattandosi di una prestazione familiare si deve applicare ad essa il principio di parità di trattamento col cittadino italiano per le prestazioni familiari previsto dalla direttiva sugli stranieri lavoratori altamente specializzati titolari di carta blu UE (art. 14 direttiva 2009/50) e dalla direttiva sugli stranieri titolari di permesso unico per soggiorno e lavoro (art. 12 direttiva 2011/98), allorché le disposizioni tali direttive rinviando alle prestazioni di sicurezza sociale indicate nel regolamento (CEE) n. 1408/71, tra le quali l'art. 4, par. 1 lett. h) indica proprio le prestazioni familiari. Si ricordano pronunce della Corte costituzionale (306/2008; 11/2009; 187/2010; 329/2011; 40/2011; 40/2013; 22/2015; 230/2015) che hanno dichiarato l'incostituzionalità di altre norme che limitavano irrazionalmente l'accesso alle misure di assistenza sociale ad alcune categorie di stranieri regolarmente soggiornanti. In proposito è significativa anche la sentenza del 21 giugno 2017 della Corte di giustizia dell'Unione europea che, proprio a proposito dell'Italia, ha stabilito che il cittadino non UE titolare del «permesso unico lavoro» deve poter beneficiare di una prestazione come l'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli minori, istituito dalla l. del 23.12.1998, n. 448, perché la direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, che istituisce la procedura unica per il rilascio del cd «permesso unico lavoro» garantisce ai cittadini di Paesi terzi che soggiornano e lavorano nel territorio di uno Stato membro un insieme comune di diritti validi per tutti i lavoratori non comunitari che soggiornano regolarmente e quindi anche le «prestazioni di sicurezza sociale» come l'assegno per le famiglie numerose.

I nuovi importi della tassa per il rilascio dei permessi di soggiorno

Il decreto 5.5.2017 del Ministero dell'economia e delle finanze, emanato di concerto con il Ministero dell'interno (pubblicato in G.U. serie gen. n. 131 dell'8.6.2017) ridetermina i contributi per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno.

Infatti la Corte di giustizia europea dell'UE con sentenza del 2 settembre 2015 aveva ritenuto che l'importo di tale contributo che era previsto dal precedente decreto del 2011 era otto volte più elevato rispetto a quello richiesto per ottenere la carta d'identità nazionale. Perciò le Amministrazioni competenti con questo nuovo decreto hanno ottemperato all'invito rivolto dal Consiglio di Stato, con sentenza 4487/2016, a fissare importi congrui e proporzionali tenendo conto della pronuncia della Corte di giustizia.

Pertanto il nuovo decreto modifica quello che era stato emanato il 6.10.2011, in maniera che la riparametrazione equilibrata e proporzionale del contributo non ostacoli l'esercizio dei diritti conferiti ai cittadini stranieri richiedenti i permessi di lungo soggiorno (direttiva 2003/109/CE).

I nuovi importi dei contributi a carico degli stranieri maggiorenni sono pari a:

- euro 40,00 (invece dei precedenti 80) per permessi di soggiorno di durata superiore a tre mesi e fino ad un anno;
- euro 50,00 (invece dei precedenti 100) per i permessi di soggiorno di durata superiore a un anno e fino a due anni;
- euro 100,00 (invece dei precedenti 200) per permessi di soggiorno UE di lungo periodo e per i permessi di soggiorno rilasciati a dirigenti e lavoratori specializzati.

La ricevuta di pagamento del nuovo contributo deve essere esibita al momento della convocazione in questura per l'acquisizione delle impronte digitali.

Il contributo è dovuto sia per le nuove richieste di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, che per le richieste presentate prima della data del 9 giugno 2017 che siano ancora in fase istruttoria o non sia ancora avvenuta la consegna del permesso allo straniero.

Un nuovo caso di esclusione dal pagamento del contributo è previsto nella semplice richiesta del duplicato del permesso di soggiorno.

Restano esclusi dal contributo i permessi di soggiorno per: i minori di 18 anni, gli stranieri che sono in Italia per cure mediche e i loro accompagnatori, i richiedenti il duplicato o la conversione di permesso di soggiorno in corso di validità, i richiedenti asilo, protezione sussidiaria e motivi umanitari, i titolari di protezione internazionale che richiedono il permesso di soggiorno UE di lungo periodo, le carte di soggiorno per i familiari di cittadini comunitari emesse ai sensi del d.lgs. n. 30/2007.

Per tutti i casi rimangono, comunque, dovuti i seguenti costi per richiedere il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, compresi i permessi di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo:

- 30,00 euro per l'assicurata a Poste italiane;
- 16,00 euro per la marca da bollo;
- 30,46 euro per il permesso di soggiorno – PSE 380, a titolo di contributo per la stampa del documento elettronico, da versare sul conto corrente postale n. 67422402 intestato a Ministero dell'economia e delle finanze-Dipartimento del tesoro con causale «importo per il rilascio del permesso di soggiorno elettronico».

Se viene richiesto il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, utilizzando un unico kit di Poste italiane per uno stesso nucleo familiare, deve essere allegata la ricevuta del versamento di 30,46 euro per ciascun componente il nucleo familiare.

Forme di agevolazione per la trattazione delle domande di visto di ingresso e di permesso di soggiorno

Con apposito *decreto del 30 giugno 2017 del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale*, di concerto col Ministro dell'interno in conformità con i commi 155 e 156 dell'art. 1 della l. 11.12.2016, n. 232 (legge di bilancio 2017), forme di agevolazione per la trattazione delle domande di visto di ingresso e di permesso di soggiorno:

a) in favore di chi trasferisce la propria residenza fiscale in Italia ai sensi dell'art. 24 *bis* del Testo unico delle imposte sui redditi, di cui al d.p.r. 22.12.1986, n. 917 al fine di favorire l'ingresso di significativi interessi in Italia;

b) in connessione con *start-up* innovative, con iniziative d'investimento, di formazione avanzata, di ricerca o di mecenatismo, da realizzare anche in partenariato con imprese, università, enti di ricerca e altri soggetti pubblici o privati italiani.

Agli stranieri che intendono entrare e soggiornare in Italia per queste finalità è assicurato l'accesso diretto e agevolato agli uffici della Rappresentanza diplomatico-consolare competenti per la presentazione della domanda di visto, senza preventivo appuntamento.

In presenza di elevati flussi di richiedenti visto, a tali stranieri è fissato prioritariamente l'appuntamento da parte della Rappresentanza diplomatico-consolare, entro un termine massimo di tre giorni. In tale contesto, gli interessati sono dispensati dal rivolgersi preventivamente, ove presenti, ai fornitori esterni di servizi in materia di visti, di cui all'art. 43 del reg. (CE) n. 810/2009.

Ove consentito dalle strutture logistiche e dalla dotazione organica, la Rappresentanza diplomatico-consolare italiana istituisce uno Sportello riservato ai cittadini stranieri per la ricezione di tali domande di visto.

I requisiti e le condizioni per la richiesta del visto d'ingresso, la documentazione richiesta per ciascuna tipologia di visto, l'indirizzo fisico, il recapito e-mail e il sito internet del Consolato o dell'Ambasciata italiana competente alla trattazione delle domande di visto, e le modalità per richiedere l'eventuale appuntamento, sono elencati al portale informatico *Il Visto per l'Italia*, che fornisce – in cinque lingue – informazioni personalizzate sulle condizioni di ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia. Informazioni sono pure disponibili allo Sportello dedicato del Ministero degli affari esteri, al numero telefonico +3906 3691 2284, e attraverso la mail dgitt-06@esteri.it.

Ove possibile, i Consolati e le Ambasciate italiane hanno attivato un apposito servizio di posta elettronica, riservato ai cittadini stranieri che intendono recarsi in Italia per le finalità descritte.

Analoghe agevolazioni sono riconosciute ai familiari che intendano accompagnare o visitare per brevi soggiorni ovvero ricongiungersi con i cittadini stranieri, secondo le disposizioni di cui all'art. 29 d.lgs. n. 286/1998.

Esperiti i controlli di rito e verificata la sussistenza dei requisiti di legge, le Rappresentanze diplomatico-consolari trattano in via prioritaria tali richieste di visto.

Procedure di accertamento dei requisiti per il rilascio dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per investitori

Il decreto del 21 luglio 2017 del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con i Ministri dell'interno e degli affari esteri e della cooperazione internazionale definisce la procedura volta

all'accertamento dei requisiti per l'ingresso e il soggiorno degli investitori che intendono effettuare una delle attività previste dall'art. 26 *bis*, co. 1 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), introdotto dall'art. 1, co. 148 della legge di bilancio 2017, che mira a facilitare l'ingresso di potenziali investitori stranieri per un soggiorno per periodi superiori a tre mesi al di fuori delle quote massime previste dal medesimo TU sull'immigrazione.

Il decreto definisce la procedura di accertamento di tali requisiti da parte dell'apposito Comitato interministeriale, al quale dovrà essere presentata (tramite la piattaforma online) la seguente documentazione:

1. copia del documento di viaggio in corso di validità con scadenza superiore di almeno tre mesi a quella del visto richiesto;
2. documentazione con cui il richiedente dimostra di essere titolare e beneficiario effettivo degli importi da destinare agli investimenti, e che tali importi sono disponibili e trasferibili in Italia;
3. certificazione attestante la provenienza lecita dei fondi costituita da:

- una dichiarazione resa dal soggetto richiedente in cui si indica la fonte dalla quale provengono i fondi;

- certificazione di insussistenza di condanne penali definitive e di carichi pendenti rilasciata dalle autorità competenti dei Paesi diversi dall'Italia nei quali, nei 10 anni precedenti all'invio della candidatura e successivamente al compimento del 18° anno di età, il richiedente ha soggiornato per un periodo superiore a 12 mesi consecutivi;

- dichiarazione in cui il richiedente si impegna a utilizzare i fondi entro tre mesi dall'ingresso in Italia per la realizzazione dell'investimento o della donazione e a mantenere l'investimento per almeno due anni. La dichiarazione è corredata da una descrizione delle caratteristiche e dei destinatari dell'investimento o della donazione.

Il procedimento dovrà concludersi entro 30 giorni dalla ricezione della domanda. Dopo il rilascio del nulla osta, il richiedente potrà presentare la domanda di visto all'ufficio consolare competente per territorio.

Le quote di ingresso per il periodo 2017-2019 degli stranieri che partecipano a tirocini formativi o a corsi di formazione professionale

Il *decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale del 24 luglio 2017* (pubblicato in G.U. 9.9.2017) stabilisce che per il triennio 2017/2019 il limite massimo di ingressi in Italia degli stranieri in possesso dei requisiti previsti per il rilascio del visto di studio è determinato in:

7. a) 7.500 unità per la frequenza a corsi di formazione professionale finalizzati al riconoscimento di una qualifica o alla certificazione delle competenze acquisite di durata

non superiore a 24 mesi, organizzati da enti di formazione accreditati secondo le norme regionali in attuazione dell'Intesa tra Stato e Regioni del 20 marzo 2008;

8. b) 7.500 unità per lo svolgimento di tirocini formativi e di orientamento finalizzati al completamento di un percorso di formazione professionale iniziato nel Paese di origine e promossi dai soggetti promotori individuati dalle discipline regionali, in attuazione delle Linee guida in materia di tirocini approvate in sede di Conferenza permanente Stato, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano il 5 agosto 2014.

Le quote di ingresso 2017-2018 di sportivi stranieri

Il decreto del 28 luglio 2017 del Ministro per lo sport stabilisce che per la stagione agonistica 2017/2018 il limite massimo d'ingresso degli sportivi stranieri provenienti da Paesi non appartenenti all'UE, che svolgeranno attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita, da ripartire tra le Federazioni sportive nazionali è determinato complessivamente in n. 1149 unità.

Rassegna delle circolari delle amministrazioni statali

Cittadini di Paesi terzi

Asilo

Nuova disciplina delle notificazioni degli atti delle Commissioni in materia di protezione internazionale: tra applicazione e sospensione

La nuova disciplina delle notificazioni degli atti delle Commissioni in materia di protezione internazionale introdotta nel d.lgs. n. 25/2008 dalla legge n. 47/2017 ha suscitato numerose difficoltà applicative già prima della sua effettiva applicazione, che dovrebbe avvenire a partire dal 17 agosto 2017.

In base alle nuove norme le notifiche degli atti e provvedimenti relativi alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale saranno effettuate presso il Centro in cui il richiedente è accolto.

Le notifiche dovranno avvenire per mezzo dell'invio di una PEC contenente il documento informatico da notificare all'indirizzo PEC indicato dal gestore del Centro.

Il Centro dovrà a tal proposito indicare, oltre all'indirizzo PEC, anche il nominativo di un responsabile il quale, nella veste di pubblico ufficiale, a sua volta dovrà:

- curare la consegna dell'atto o provvedimento al destinatario;
- fargli sottoscrivere la ricevuta di avvenuta consegna (relata di notifica);
- dare immediata comunicazione a mezzo PEC alla Commissione territoriale dell'avvenuta consegna indicando l'ora e la data dell'avvenuta notifica ovvero il rifiuto del richiedente asilo di sottoscrivere la ricevuta di consegna.

La notifica si intende eseguita dal momento in cui il messaggio PEC del responsabile del Centro è disponibile nella casella PEC della Commissione territoriale.

L'art. 11 co. 3 *quinques*, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dal d.l. 27/2017 convertito nella l. n. 46/2017, prevede poi l'obbligo a carico del responsabile del Centro in cui il richiedente asilo è accolto di informare quest'ultimo al momento dell'ingresso nell'accoglienza delle modalità con le quali gli saranno notificati gli atti e i provvedimenti relativi alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

Per facilitare l'adempimento di tali complessi obblighi in un primo tempo con la *circolare del 27 luglio 2017 del Ministero dell'interno, Commissione nazionale per il diritto di asilo* erano state predisposte note esplicative sulle notificazioni degli atti e dei provvedimenti delle Commissioni territoriali ai richiedenti asilo accolti in Centri o strutture di accoglienza. Alla circolare era allegata una guida pratica alle notifiche per i responsabili dei Centri contenente le indicazioni su come effettuare e gestire le notifiche ai richiedenti asilo e le comunicazioni alla Commissione. Nella guida erano inseriti anche modelli *fac-simile* degli atti e delle relazioni di notifica con riferimento ai casi di consegna del provvedimento, di mancata notifica per rifiuto da parte del destinatario e di irreperibilità dello stesso.

In un secondo tempo tuttavia la *circolare del 13 agosto 2017 della Commissione nazionale per il diritto d'asilo* (ora presieduta da nuova presidente) ha informato che le disposizioni previste dalla l. n. 46/2017, riguardanti le procedure di notifica degli atti e dei provvedimenti da parte delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, da attuarsi a partire dal 17 agosto 2017, non saranno effettivamente applicate sino a successivo avviso.

Il repentino cambio di orientamento deriva da un preciso nuovo indirizzo politico-amministrativo impartito dallo stesso Ministro dell'interno con propria direttiva, richiamata nella circolare, mediante la quale si dispongono due misure operative importanti.

In primo luogo si afferma che «l'esigenza di effettuare ulteriori approfondimenti, anche di carattere tecnico-organizzativo, ha indotto il sig. Ministro a disporre la sospensione – sino a nuovo avviso – delle cennate nuove procedure».

In secondo luogo si impartisce alle Commissioni nazionale e territoriali il compito di attuare la direttiva ministeriale affermando che essa dispone che «nelle more, gli atti ed i provvedimenti adottati dalle Commissioni territoriali e da codesta Commissione nazionale continueranno ad essere notificati secondo le previgenti disposizioni».

La sospensione dell'effettiva applicazione della nuova disciplina legislativa delle notifiche potrebbe essere motivata anche dall'incapacità delle amministrazioni statali di giungere ad una

soluzione ragionevole ed efficiente per risolvere alcune importanti incertezze interpretative ed applicative delle nuove norme legislative.

La prima riguarda l'individuazione del responsabile del Centro nei casi in cui non sia già individuato da altra norma vigente, soprattutto per i Comuni in cui vi siano più strutture SPRAR facenti parte del medesimo progetto comunale o più Centri di accoglienza collettiva e diffusa.

La seconda è collegata all'esigenza di evitare di attribuire funzioni pubbliche a ministri di culto, quali legali rappresentanti di taluni enti ecclesiastici (come il parroco di una Parrocchia), allorché abbiano messo a disposizione, anche gratuitamente, parti di immobili di tali enti per allestirvi strutture di accoglienza collettiva o diffusa di migranti. Questa attribuzione di pubbliche funzioni a ministri di culto che avevano dato in gestione immobili per motivi di solidarietà aveva già indotto alcuni di costoro a preannunciare la dismissione dell'accoglienza alla scadenza, il che è un indubbio effetto controproducente, che però era ritenuto inevitabile da ritiene doveroso evitare di essere obbligato ad esercitare funzioni pubbliche, anche molto spiacevoli per il migrante accolto, e che perciò erano ritenute estranee o addirittura contraddittorie rispetto ai dettami religiosi dell'accoglienza dello straniero e alle funzioni canoniche ed ecclesiali esercitate.

In ogni caso è evidente che la decisione operativa adottata con l'ultima circolare comporta conseguenze molto gravi, soprattutto per le materie della condizione giuridica dello straniero e del diritto di asilo che sono coperte da riserva di legge in base all'art. 10, co. 2 e 3 Cost.

In primo luogo contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico ispirato al principio di legalità nell'amministrazione qualsiasi tipo di libera decisione da parte dell'amministrazione pubblica di disporre con una mera circolare amministrativa (che non è una fonte del diritto) la non applicazione una norma legislativa vigente qualsiasi e la sostanziale reviviscenza di norme legislative ormai abrogate dalle nuove norme legislative che avrebbero dovuto essere applicate.

In secondo luogo una simile situazione potrebbe comportare il paradosso di rendere nulle le notificazioni delle decisioni nel frattempo avvenute con modalità diverse rispetto a quelle previste dalle nuove norme legislative applicabili dal 17 agosto 2017.

Così talune importanti disposizioni di un decreto-legge – che in quanto tale era stato adottato dal Governo proprio perché si affermava l'esistenza del presupposto costituzionale della sua adozione, cioè presunte e indimostrate «circostanze straordinarie di necessità e urgenza» prescritte dall'art. 77 Cost. – finiscono per essere in parte non applicate di fatto dallo stesso Governo ancor prima del termine in cui diventano effettivamente applicabili di diritto, il che appare un'ulteriore conferma dell'incostituzionalità radicale di quel medesimo decreto-legge per l'insussistenza dei presupposti costituzionali previsti dall'art. 77 Cost.

Obbligo di verificare il rischio di sanzioni penali sproporzionate per il reato comune commesso dal richiedente asilo nel suo Paese ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria

La circolare del Ministero dell'interno – Commissione nazionale per il diritto di asilo del 19.7.2017, n.0005801 ricorda che in base alla sentenza Corte di cassazione n. 147000 del 16.5.2017 ogni Commissione territoriale deve sempre valutare la sussistenza di subire un rischio effettivo di «danno grave» per i richiedenti asilo in caso di rimpatrio nel proprio Paese di origine in tutti i casi in cui il richiedente affermi di avere commesso reati comuni per i quali sono previste sanzioni sproporzionate o inumane, invitando le Commissioni territoriali ad effettuare verifiche accurate sia circa la sussistenza dei fatti che il richiedente asilo afferma di avere commesso, sia circa il tipo e l'entità delle sanzioni penali di quei fatti previste da quell'ordinamento giuridico, al fine di riconoscere al richiedente qualche forma di protezione e in particolare della protezione sussidiaria.

Trasformazione di Centri di accoglienza straordinari in strutture SPRAR e spostamenti dei richiedenti asilo accolti

La circolare del Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo n. 4.1.3/4.1/4 - Protocollo 0011610 del 04.08.2017 dispone le modalità operative derivanti dalla trasformazione dei Centri di accoglienza straordinaria (CAS) in strutture SPRAR o dall'apertura di una struttura afferente allo SPRAR nel territorio di un Comune in cui sia già operativo un CAS. Le ipotesi indicate sono dunque due:

- a) Se la struttura adibita a CAS coincide con quella indicata nel progetto SPRAR, occorrerà garantire l'operatività del nuovo sistema senza soluzione di continuità: alla data di cessazione del CAS dovrà corrispondere il contestuale avvio del progetto SPRAR. Sarà cura delle prefetture dare tutte le comunicazioni necessarie al Servizio centrale e al Ministero dell'interno, ivi compreso l'elenco dei soggetti da inserire sino a copertura dei posti disponibili nel progetto SPRAR; in particolare, coloro che saranno accolti nello SPRAR, saranno individuati tra i beneficiari già ospiti del CAS da convertire in SPRAR e, se in numero inferiore, tra quelli presenti nei CAS della Provincia, privilegiando coloro che hanno ottenuto una forma di protezione o siano in possesso di permesso di soggiorno per motivi umanitari.
- b) Se un Comune già sede di un CAS attiva un progetto SPRAR senza che le due strutture coincidano, si procederà con la graduale chiusura o riduzione del CAS, a seconda che il progetto SPRAR preveda l'attivazione di un numero di posti pari o inferiore al Piano nazionale di accoglienza concordato tra il Ministero dell'interno e ANCI.

Anche in questo caso, le prefetture dovranno effettuare tutte le comunicazioni inerenti al Servizio centrale e al Ministero.

Presentazione delle domande di protezione internazionale da parte dei responsabili di Centri di accoglienza di minori stranieri non accompagnati prima della nomina dei tutori degli stessi minori

Con un *parere n. prot. 6425 del 21 agosto 2017 del Ministero dell'interno – Commissione nazionale per il diritto di asilo* si ricorda che l'art. 26, co. 5, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dalla l. n. 47/2017 stabilisce che «Quando la domanda di protezione internazionale è presentata da un minore non accompagnato, l'autorità che la riceve sospende il procedimento, dà immediata comunicazione al Tribunale dei minorenni e al giudice tutelare per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore [...]. Il giudice tutelare nelle quarantottore successive alla comunicazione della questura provvede alla nomina del tutore».

Di seguito, la disposizione prevede che il responsabile della struttura di accoglienza ai sensi dell'art. 3, co. 1, l. 184/1983, qualora il tutore non sia stato ancora nominato, prende immediato contatto con il minore e con la questura per la conferma della domanda ai fini dell'ulteriore corso del procedimento.

Il legislatore del 2017, attraverso l'introduzione del riferimento al responsabile della struttura di accoglienza, ha voluto trovare una soluzione volta a evitare che la procedura di esame della domanda di protezione internazionale possa essere rallentata, a tutto svantaggio del minore stesso, nell'attesa che il tutore venga nominato.

Ciò, tuttavia, non implica che tutti gli atti del procedimento possano essere demandati al responsabile della struttura, considerato che rimane essenziale, ai fini di una adeguata tutela del minore, che quest'ultimo venga rappresentato e assistito da un tutore.

Sulla base delle suesposte considerazioni, e in ragione della particolare attenzione alla tutela dei minori, la Commissione nazionale ritiene che, ai sensi dell'art. 26, co. 5, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dalla l. n. 47/2017, al responsabile della struttura di accoglienza sia consentito, laddove il tutore non sia stato ancora nominato, solamente confermare la volontà del minore all'ulteriore corso della domanda di protezione internazionale, restando in capo al tutore la rappresentanza dello stesso in tutte le successive fasi della procedura.

Rilascio di un codice fiscale provvisorio ai richiedenti asilo

Il *messaggio 28 luglio 2017 n. 3151 dell'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS) – Direzione centrale entrate e recupero crediti – Direzione centrale organizzazione e sistemi informativi* informa che Uniemens è stata aggiornato per accogliere i flussi individuali trasmessi con codice fiscale numerico. Tale casistica riguarda gli stranieri richiedenti la protezione internazionale ai quali, ai sensi del d.p.r. 605/1973 e successive modificazioni, nonché dei decreti ministeriali del 23.12.1976 n. 13814 e n. 13813, viene attribuito un codice fiscale provvisorio numerico.

A tali soggetti, infatti, viene rilasciato dalla questura, al momento del rilascio della ricevuta della richiesta di protezione internazionale, il codice fiscale provvisorio numerico, che potrà essere convertito in alfanumerico definitivo solo in caso di determinazione favorevole da parte della Commissione territoriale per la protezione internazionale.

Con tale modifica i datori di lavoro possono trasmettere le denunce individuali direttamente con tale codice fiscale numerico che si abbina con il codice fiscale numerico presente in ARCA consentendo l'aggiornamento del conto individuale.

Permangono i dubbi di legittimità su una simile prassi che in modo irragionevole discrimina i soli richiedenti asilo nell'accesso al normale codice fiscale.

Ingresso

Procedura telematica per la presentazione delle domande di nulla-osta ai ricongiungimenti familiari

La circolare 2805 del 31.7.2017 del Ministero dell'interno – Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo dispone le istruzioni relative alla nuova procedura di inoltro della «domanda di nulla osta al ricongiungimento familiare» entrata in vigore il 17 agosto 2017, ai sensi della l. n. 46/2017, che ha modificato l'art. 29 d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico delle leggi sull'immigrazione).

La domanda di nulla osta al ricongiungimento, presentata dallo straniero con le consuete modalità telematiche, deve essere corredata della documentazione relativa ai requisiti richiesti circa il reddito e l'alloggio (come prescrive l'art. 29, co. 3 dello stesso Testo unico), scannerizzata dall'interessato e inviata allegata alla richiesta di ricongiungimento.

L'innovazione dovrebbe consentire ad ogni Sportello unico per l'immigrazione di verificare i requisiti relativi all'alloggio e al reddito e di rilasciare il nulla osta entro 90 giorni – nuovo limite temporale imposto dalla nuova norma legislativa – dalla presentazione della domanda.

La comunicazione dell'avvenuto nulla osta al ricongiungimento è fatta al richiedente nel momento della successiva convocazione presso lo Sportello unico per la consegna degli originali dei documenti (se, ovviamente, sia verificata la veridicità delle informazioni rilasciate al momento dell'inoltro telematico), riducendo ad una le convocazioni allo Sportello unico e il lavoro del personale addetto.

Sul sistema di inoltro telematico delle istanze (ALI), per i soli moduli di istanza di nulla-osta al ricongiungimento familiare (SM, T e GN), sono presenti le nuove pagine dalle quali caricare i documenti necessari alla presentazione di tali istanze. Ogni documento allegato potrà avere una dimensione massima di 3MB in uno dei formati ammessi: PDF, JPEG, TIFF.

La nuova procedura consente allo Sportello unico di verificare i requisiti relativi all'alloggio ed al reddito e procedere al rilascio del nulla osta laddove tali requisiti soddisfino i parametri richiesti. Al momento della convocazione presso lo Sportello per la consegna degli originali dei

documenti, se gli stessi risulteranno congruenti con quelli inviati telematicamente, è rilasciata la comunicazione di avvenuto rilascio del nulla osta al ricongiungimento familiare. Tale contestualità consente di convocare una sola volta lo straniero presso lo Sportello unico, comportando un notevole risparmio di personale e consentendo di poter rispettare il nuovo limite temporale imposto dalla norma.

Un allegato alla circolare contiene una dettagliata elencazione (finalmente uniforme) della documentazione attestante la disponibilità dell'alloggio idoneo e del reddito minimo indicati dal citato art. 29 che deve essere allegata ad ogni domanda.

Si prescrive che la disponibilità dell'alloggio risulti da contratti regolarmente registrati o rinnovati di compravendita o di locazione o di comodato, aventi una durata di almeno 6 mesi successivi alla presentazione della domanda, insieme con la ricevuta di registrazione o di rinnovo.

Circa l'idoneità dell'alloggio si prescrive l'esibizione del certificato di idoneità alloggiativa rilasciato dal Comune per finalità di ricongiungimento familiare oppure di copia della ricevuta di richiesta del certificato indicante il codice RIA. Peraltro in quest'ultima ipotesi dall'art. 29 d.lgs. n. 286/1998 che esige comunque l'esibizione di tale certificazione deve ricavarsi che il certificato richiesto debba essere effettivamente rilasciato almeno al momento del colloquio diretto del richiedente con gli operatori dello Sportello unico dell'immigrazione.

Si esige altresì che in caso di locazioni o di comodati il titolare dell'alloggio dia l'assenso scritto ad ospitare anche i ricongiunti. Poiché però tale assenso non è previsto dall'art. 29 citato si deve concludere che l'assenso indicato concorra a dimostrare la disponibilità legale dell'alloggio e cioè si riferisca soltanto al caso del titolare del contratto di locazione o di comodato convivente con altro parente convivente che ha presentato domanda di nulla-osta.

Peraltro la circolare dispone anche che in caso di alloggio in albergo o in *residence* è sufficiente allegare, al posto dell'idoneità alloggiativa, la conferma di prenotazione per un mese su carta intestata. In quest'ultima ipotesi una simile interpretazione così estensiva (che difficilmente potrebbe attestare la disponibilità di un alloggio davvero idoneo) non impedirà peraltro l'obbligo di dovere esibire di nuovo la certificazione di alloggio idoneo per i familiari al momento del colloquio finale con lo Sportello unico prima del rilascio del nulla-osta.

Circa la dimostrazione della disponibilità di un reddito si esigono minuziosamente le attestazioni dei redditi da lavoro dipendente e autonomo, inclusi i lavori in cooperative sociali e il lavoro domestico, corredate dall'ultima dichiarazione dei redditi, o dall'ultimo CUD, allorché si tratti di attività che dura da più di un anno, mentre se il rapporto dura da meno di un anno devono essere presentate tutte le ultime buste paga o le fatture relative ai compensi ricevuti o la dichiarazione IVA, nonché altra documentazione concernente l'effettiva instaurazione del rapporto di lavoro subordinato o l'effettivo svolgimento regolare dell'attività di lavoro autonomo e dei proventi conseguiti con essa.

L'elencazione dei redditi indicata e dettagliata nella circolare deve però essere intesa come non esaustiva della disponibilità di altre fonti di reddito, cioè di tutti i redditi derivanti da fonte

lecita, di importo annuo complessivo non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale, previsti nel citato art. 29 come requisito da dimostrare ai fini del diritto all'unità familiare, bensì come una mera elencazione esemplificativa, il che consente di dimostrare la disponibilità di una o più delle tante altre fonti legittime di reddito previste dalla vigente legislazione tributaria (Testo unico delle leggi sull'imposta sui redditi emanato con d.p.r. 22.12.1986, n. 917 e successive modificazioni e integrazioni), come per esempio borse di studio o trattamenti pensionistici italiani o stranieri erogati regolarmente in Italia o le varie indennità di mobilità o di disoccupazione (ASPI) o trattamenti di fine rapporto di lavoro.

Procedura telematica per compilare le domande di visto di ingresso Schengen uniforme

Dall'inizio di settembre 2017 il Ministero degli affari esteri ha istituito apposito sito internet <http://e-applicationvisa.esteri.it/> mediante il quale lo straniero può completare telematicamente il formulario (per ora soltanto in italiano o in inglese) della sua richiesta di visto di ingresso Schengen uniforme per ingressi e soggiorni fino a 90 giorni per turismo, visite o affari, con allegata la documentazione necessaria, anche se poi dovrà presentare personalmente la domanda così compilata e la documentazione allegata all'ufficio consolare italiano competente.

Istituzione di una nuova sottocategoria di visto di ingresso per “turismo - visita famiglia/amici”

La *nota del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, del 23.5.2017* (della quale dà notizia la *circolare 23.6.2017, prot. n. 20060 del Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere*) comunica l'avvenuta istituzione da parte del Ministero di una nuova sottocategoria di visto per turismo, denominata visto per «Turismo – Visita famiglia/amici».

Tale decisione deriva dalle raccomandazioni rivolte all'Italia dalla Commissione europea a seguito della Valutazione Schengen in materia di visti che ha coinvolto l'Italia nel 2016. Nel corso della visita, infatti, la Commissione rilevò che nel decreto interministeriale 11.5.2011 n. 850, che disciplina presupposti e condizioni per il rilascio di ogni tipo di visto di ingresso, il visto per «Turismo» contempla due differenti motivazioni di ingresso e soggiorno, cioè quella legata alla spendita di un periodo di vacanza all'interno dello Spazio Schengen e quella inerente la visita di familiari o amici.

Tale duplice motivazione comportava, peraltro, l'obbligo per il richiedente di presentare documentazione giustificativa parzialmente diversa per la stessa tipologia di visto all'atto della richiesta di rilascio, il che poteva ingenerare confusioni e non permetteva di ben rilevare neppure gli effettivi flussi di turisti diretti in Italia.

Perciò il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale ha deciso di differenziare le due ipotesi di ingresso, istituendo una sottocategoria di visto «Turismo – Visita famiglia/amici» e ha effettuato le opportune modifiche sul sito internet «il Visto per l'Italia» e nel sistema L-VIS, nei quali è stata resa obbligatoria, nella fase di inserimento della domanda, la compilazione dei dati relativi all'invitante, poiché la presenza di una lettera di invito da parte di congiunti o amici è diventata elemento caratterizzante la nuova tipologia di visto.

L'indicazione della nuova tipologia di visto verrà stampata sull'etichetta da applicare al documento di viaggio del richiedente.

L'istituzione della nuova sottocategoria di visti potrebbe anche facilitare i rapporti familiari rendendo così meno frequenti i dinieghi di visto per motivi turistici che spesso erano motivati sul rischio di immigrazione illegale ritenendosi simulati i presupposti per il rilascio del visto che in realtà mirava a consentire allo straniero di visitare propri familiari residenti in Italia o a soggiorni di lungo periodo con costoro nel tentativo di aggirare i requisiti e le condizioni richiesti dalle norme che disciplinano il ricongiungimento familiare.

RECENSIONI E MATERIALI DI RICERCA

MONIA GIOVANNETTI, MASSIMO PASTORE

Recensioni e materiali di ricerca

Segnalazioni bibliografiche

Algotino A., *I diritti umani e la sfida dell'universalità*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 1.

Antonucci A., Papanicolopulu I., Scovazzi T., *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, e-book, Torino, Giappichelli, 2017.

Asprella C., *Un nuovo rito applicabile in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, in *Corr. giur.*, 2017, n. 6.

Baldini V., *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello Stato multiculturale*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 1.

Baroni A.M., Di Agosta E., Paciullo G., *Il nuovo diritto dell'immigrazione dopo il decreto Minniti-Orlando. Protezione internazionale e contrasto all'immigrazione illegale dopo il d.l. 13/2017*, Roma, Dike, 2017.

Biagioni G., *Unioni same sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. N. 7/2017*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, n. 2.

Bordino G., Rigallo D., Sabatino A., Turrone G., *Europa, Migranti, Frontiere. Diritti fondamentali e accoglienza dei profughi nell'Unione europea*, Numero monografico di *Euroregione*, 2017.

Camilli A., *Dentro l'hotspot di Moria, nell'isola di Lesbo*, in *Internazionale.it*, 02.07.2017.

Campiglio C., *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2017, n. 1.

Cardaci G., *Sull'efficacia – automatica, seppur “interinale” – del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico italiano e sulla trascrizione del relativo certificato nell'archivio di stato civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, n. 1.

Cardaci G., *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 5.

Cavaliere A., *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 8.

Cervolani N., *La trascrivibilità del matrim*

onio celebrato all'estero in via telematica tra consapevolezza del consenso alle nozze e ordine pubblico internazionale, Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2016, n. 15343, in *Fam. dir.*, 2017, n. 2.

Corcione E., *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso "Chowdury"* in *Dir. um. dir. int.*, 2017, n.2.

Consiglio di Sicurezza dell'ONU, *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, 1 giugno 2017; Missione di supporto delle Nazioni Unite in Libia e OHCHR, *Detained and Dehumanised*, 13 dicembre 2016, .

Curi U., a cura di, *Vergogna ed esclusione. L'Europa di fronte alla sfida dell'emigrazione*, Roma, Castelvechi, 2017.

De Santis G., Strozza S., a cura di, *Rapporto sulla popolazione. Le molte facce della presenza straniera in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Di Marzio P., *Figlio di due madri?*, nota a Cass. Civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Dir. fam. pers.*, 2017, n. 2.

Di Stasio C., *Il 'sistema Dublino' non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C646/2016, Jawari*, in *dirittifondamentali.it*, 2017, n. 2.

Favilli C., *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2017, n. 2.

Favilli C., *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 6.

Ferri F., *I trattamenti illegittimi all'interno degli hotspot alla luce della sentenza della Corte EDU sul caso Khlaifia v. Italia: la politica della detenzione continua*, in www.asgi.it, 21/02/2017.

Fronza E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 2,

Gornati B., *'Paesi terzi sicuri', respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed*, in *Dir. um. dir. int.*, 2017, n. 2.

UNHCR, UNICEF e CRI, *The Way Forward to Strengthened Policies and Practices for Unaccompanied and Separated Children in Europe*, luglio 2017,

UNHCR, IMPACT e Altai Consulting, *Mixed migration trends in Libya: Changing dynamics and protection challenges*, luglio 2017.

Ierrano A., *Il D.lgs. n. 129/2016 e i limiti nella trasposizione della dir.2010/64/UE in tema di interpreti e traduttori*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 6.

Lopes Pegna O., *Effetti dei matrimoni same sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2017, n. 2.

Manconi L., Resta E., *Non son razzista ma. La xenofobia degli italiani e gli imprenditori politici della paura*, Milano, Feltrinelli, 2017.

Marchi I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2017.

Marino C., *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, Cass. Civ., Sez.VI, 20 dicembre 2016, n. 26442, in *Fam. dir.*, 2017, n. 8-9.

Matonti A.I., *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU. Il caso "Khlaifia"*, in *Dir. um. dir. int.*, 2017, n. 2.

Mazzanti E., *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2017.

Militello E., *I recenti executive orders in tema di immigrazione nella gerarchia delle fonti del sistema federale statunitense*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6.

Morandi N., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, D.lgs. n. 286/98*, Scheda pratica, agg. 13/07/2017.

Murgo C., *Il corpo svelato e la Corte europea: quando l'interesse all'integrazione prevale sui convincimenti religiosi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 6.

Nazzaro U., *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 7-8.

Negri A., *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2017.

Nigro R., *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso Lounani e le controverse motivazioni giuridiche al fine di escludere lo status di rifugiato per presunti terroristi*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, n. 2.

Palmeri G., *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 3.

Pelissero M., *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 7.

PLEIN DROIT, *La revue du Gisti, Travailleurs sociaux précarisés, étrangers maltraités*, n. 112, marzo 2017.

PLEIN DROIT, La revue du Gisti, *Exploitations*, n.113, giugno 2017.

Potetti D., *Commento al nuovo art. 51-bis att. c.p.p.in tema di traduzione gli atti*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 4.

QUESTIONE GIUSTIZIA, Fasc. 1/2017, Obiettivo 2, *Il multiculturalismo e le Corti*.

Rauti A., *Il codice di condotta per le Ong “tra terra e mare”*, in *lacostituzione.info*, 15 agosto 2017.

Ronzitti N., *La legge italiana sulle missioni internazionali*, in *Riv. dir.intern.*, 2017, n. 2.

Ricucci R., *Cittadini senza cittadinanza. Immigrati, seconde e altre generazioni*, Torino, SEB 27, 2017.

Ricucci R., *Diversi dall'Islam. Figli dell'immigrazione e altre fedi*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Saccucci A., *I “ripensamenti” della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive “alla prova” delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, n. 2.

Scarcella S., *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del “caporalato”: ultimo atto?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 7.

Sciortino G., *Rebus immigrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Sessa A., *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 4.

Squire V., Dimitriadi A., Perkowski N., Pisani M., Stevens D., Vaughan-Williams N., *Crossing the Mediterranean Sea by Boat: Mapping and Documenting Migratory Journeys and Experiences*, Final Project Report, 4 maggio 2017,

Tommaseo F., *La Cassazione sul rientro dei minori in caso di sottrazione internazionale*, in *Fam. dir.*, 2017, n. 1.

Tuo C.E., *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2017, n. 7.

Venchiarrutti D., *L'assegno di natalità tra normativa interna ed europea: discriminatorio non concederlo ai migranti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 5.

Virgadamo P., *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, n. 2.

Visconti V., *Danno morale allo straniero e realtà socioeconomica del paese di residenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 2.

Documenti e rapporti

ASGI, *Greece: Europe's Laboratory. An Idea for Europe. The Greek asylum system one year after the EU-Turkey Statement*, 2017.

ASGI, *Le riammissioni a Ventimiglia. Un'analisi giuridica*, luglio 2017.

ASGI, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell'Unione europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto di asilo*, settembre 2017.

Camera dei Deputati, *Relazione sul sistema di protezione e di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati* (relatrice: on. Carnevali).

Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, giugno 2017.

EASO, *Annual Report on the situation of Asylum in the European Union 2016*, giugno 2017.

ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe*, giugno 2017.

GISTI, *La procédure d'asile en France*, Les cahiers juridiques, Maggio 2017.

GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Les guides pratiques, 10me ed., giugno 2017.

Ministero dell'interno, *Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare*, 7 agosto 2017.

Ministero dell'interno, *Le iniziative di buona accoglienza e integrazione dei migranti in Italia. Modelli, strumenti e azioni*, settembre 2017.

Senato della Repubblica, *La gestione delle migrazioni alla luce delle recenti iniziative dell'Unione europea*, Servizio Studi, Settembre 2017.

Table of contents

2017 – Volume 1

ISSUE no. 3

Editorial, *Mario Savino*

Articles

Irregular immigration by sea, protection of human life and non-governmental organizations
di *Irini Papanicolopulu*

Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents
Jennifer Allsopp

The new urgent provisions for the acceleration of the proceedings concerning international protection
and for the fight against illegal immigration: an announced (counter)reform
Guido Savio

The European migration policy in the period 2017-2019: developments and perplexities,
Marco Borraccetti

Reflections along the lines of the “new” procedure for ascertaining the age of unaccompanied foreign
minors pursuant Article 5, Law no. 47/2017
Ester di Napoli

Comments

Brief reflections on the Paris Summit of 28 August 2017: the management of migratory flows and
"side effects"
Alessandra Algostino

The *kirpan* knife, the western values and the conflicting cultural archipelagos. On a recent judgment
of the Supreme Court of Cassation
Fabio Basile, Mariarosa Giannoccoli

Personal laws v. state law. Reflections starting from the Indian Supreme Court ruling of 22 August
2017 on the triple repudiation
Deborah Scolart

Overview of European case law

(1 May 2017 – 31 August 2017)

European Court of Human Rights

Court of Justice of the European Union

Overview of Italian case law

European observatory

(1 May 2017 – 31 August 2017)

Italian observatory

(1 May 2017 – 31 August 2017)

Reviews and research materials